



**ASPECTOS JURÍDICO-TRIBUTARIOS DEL FIDEICOMISO. ESPECIAL ATENCIÓN
A LOS PAÍSES DE LA COMUNIDAD ANDINA
Milenka Vilca Pozo**

Dipòsit Legal: T. 1054-2012

ADVERTIMENT. L'accés als continguts d'aquesta tesi doctoral i la seva utilització ha de respectar els drets de la persona autora. Pot ser utilitzada per a consulta o estudi personal, així com en activitats o materials d'investigació i docència en els termes establerts a l'art. 32 del Text Refós de la Llei de Propietat Intel·lectual (RDL 1/1996). Per altres utilitzacions es requereix l'autorització prèvia i expressa de la persona autora. En qualsevol cas, en la utilització dels seus continguts caldrà indicar de forma clara el nom i cognoms de la persona autora i el títol de la tesi doctoral. No s'autoritza la seva reproducció o altres formes d'explotació efectuades amb finalitats de lucre ni la seva comunicació pública des d'un lloc aliè al servei TDX. Tampoc s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant als continguts de la tesi com als seus resums i índexs.

ADVERTENCIA. El acceso a los contenidos de esta tesis doctoral y su utilización debe respetar los derechos de la persona autora. Puede ser utilizada para consulta o estudio personal, así como en actividades o materiales de investigación y docencia en los términos establecidos en el art. 32 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (RDL 1/1996). Para otros usos se requiere la autorización previa y expresa de la persona autora. En cualquier caso, en la utilización de sus contenidos se deberá indicar de forma clara el nombre y apellidos de la persona autora y el título de la tesis doctoral. No se autoriza su reproducción u otras formas de explotación efectuadas con fines lucrativos ni su comunicación pública desde un sitio ajeno al servicio TDR. Tampoco se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al contenido de la tesis como a sus resúmenes e índices.

WARNING. Access to the contents of this doctoral thesis and its use must respect the rights of the author. It can be used for reference or private study, as well as research and learning activities or materials in the terms established by the 32nd article of the Spanish Consolidated Copyright Act (RDL 1/1996). Express and previous authorization of the author is required for any other uses. In any case, when using its content, full name of the author and title of the thesis must be clearly indicated. Reproduction or other forms of for profit use or public communication from outside TDX service is not allowed. Presentation of its content in a window or frame external to TDX (framing) is not authorized either. These rights affect both the content of the thesis and its abstracts and indexes.

Milenka Villca Pozo

**ASPECTOS JURÍDICO-TRIBUTARIOS DEL
FIDEICOMISO. ESPECIAL ATENCIÓN A LOS
PAÍSES DE LA COMUNIDAD ANDINA**

TESIS DOCTORAL

Dirigida por el Dr. Ángel Urquizu Cavallé

Departamento de Derecho Privado,
Procesal y Financiero



UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI

Tarragona

2012

*“A Dios, a mi Director de tesis y demás compañeros de trabajo, a mi esposo,
a mis padres, y a mis hermanos, por todo su apoyo y por estar siempre ahí”*

ÍNDICE

LISTA DE ABREVIATURAS	11
RESUMEN INTRODUCTORIO	15
RIASSUNTO INTRODUTTIVO	19
DESCRIPCIÓN DE OBJETIVOS Y METODOLOGÍA	23
DESCRIZIONE DIGLI OBIETTIVI E METODOLOGIA.....	27

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL FIDEICOMISO EN LATINOAMÉRICA

1. Antecedentes del fideicomiso.....	31
1.1. La <i>fiducia</i> romana	32
1.2. El <i>fideicommissum</i> romano.....	38
1.3. El <i>trust</i> angloamericano	43
2. La influencia predominante del <i>trust</i>	50
3. El fideicomiso en México. Ordenamiento pionero	51
3.1. Recepción del fideicomiso en otros países latinoamericanos.....	54
3.2. Elementos característicos del fideicomiso.....	55
3.3. Notas comunes y diferenciales entre el fideicomiso y <i>el trust</i>	57
4. Consideraciones finales.....	62

CAPÍTULO II

EL FIDEICOMISO EN BOLIVIA

1. El fideicomiso y su estructura general	65
1.1. Introducción	65
1.2. Concepto legal	69
1.3. Características del contrato de fideicomiso.....	71
1.4. Formalidades de constitución	73
1.5. Naturaleza jurídica	73
1.6. Objeto y finalidad.....	77
1.7. Elementos personales del fideicomiso	78
1.8. La propiedad fiduciaria	88

Índice general

1.9. Plazo de duración.....	91
1.10. Extinción del fideicomiso y sus efectos inmediatos.....	91
2. Tipos de fideicomisos	93
2.1. Fideicomisos de administración	94
2.2. Fideicomisos de garantía.....	95
2.3. Fideicomisos de inversión	96
2.4. Fideicomisos testamentarios	97
2.5. Fideicomisos públicos	99
3. Relación del fideicomiso con otros regímenes fiduciarios	100
3.1. La titularización	100
3.1.1. Importancia del régimen de la titularización.....	100
3.1.2. Definición de la titularización.....	101
3.1.3. El fideicomiso y la titularización.....	103
3.1.4. Legislación comparada.....	109
3.2. Fondos de inversión	112
3.2.1. Concepto de fondo de inversión.....	112
4. Tributación de las rentas y actividades del fideicomiso	118
4.1. Introducción	118
4.2. El Código Tributario Boliviano. Punto de partida.....	119
4.3. El fiduciario “como tercero responsable”	123
4.4. Tributación efectiva del fideicomiso.....	128
4.4.1. El Impuesto sobre el Régimen Complementario al Impuesto al Valor Agregado RC-IVA	128
4.4.2. El Impuesto sobre las Utilidades de Empresa - IUE	130
4.4.3. Impuesto a las Transacciones Financieras- ITF.....	132
4.4.4. Impuesto a las Transacciones - IT.....	134
4.4.5. Impuesto sobre la renta de no residentes - BE.....	135
4.5. Importancia de la regulación del régimen tributario del fideicomiso. Perspectivas de futuro.....	136
5. Tratamiento tributario aplicable a procesos de titularización	138
6. Consideraciones finales.....	139

CAPÍTULO III

EL FIDEICOMISO EN PERÚ

1. El fideicomiso y su estructura general.....	143
1.1. Introducción	143
1.2. Definición	148
1.3. Características	150
1.4. Naturaleza jurídica.....	151
1.5. Objeto y finalidad.....	153
1.6. Participantes.....	155
1.7. Patrimonio autónomo.....	164

Tesis Doctoral

1.8. Inscripción en el Registro Público	165
1.9. Plazo de duración.....	167
1.10. Cesación	168
2. Tipos de fideicomiso.....	169
2.1. Fideicomiso en Garantía	169
2.2. Fideicomiso Testamentario.....	171
2.3. Fideicomiso vitalicio.....	175
2.4. Fideicomiso cultural	176
2.5. Fideicomiso filantrópico	177
2.6. Fideicomiso público	177
2.7. Fideicomiso de titulización.....	180
2.7.1. Consideraciones preliminares	180
2.7.2. Definición	180
2.7.3. Diferentes procesos de titulización	185
2.7.4. Elementos del proceso	186
2.7.4.1. Elementos subjetivos	186
2.7.4.2. Elementos objetivos	196
2.7.5. Características principales.....	200
2.7.6. Relevancia práctica.....	201
3. Otras figuras con regímenes fiduciarios	203
3.1. Fondos de inversión	204
3.1.1. Introducción	204
3.1.2. Definición	206
3.1.3. Partes	207
3.1.4. Características.....	214
3.1.5. Patrimonio autónomo del fondo	215
3.1.6. Inscripción del fondo en el Registro Público	216
3.1.7. Regulación interna del funcionamiento del fondo.....	216
3.1.8. Fondos de inversión. Otro sistema de negociación	218
3.2. Comisiones de confianza.....	219
3.2.1. Definición	219
3.2.2. Partes	222
3.2.3. Características.....	223
4. Tributación de las rentas y actividades del fideicomiso	225
4.1. Consideración preliminar.....	225
4.2. Texto Único Ordenado del Código Tributario. Punto de partida....	226
4.3. El fiduciario “como agente de retención”	227
4.4. Responsabilidad solidaria del fiduciario	228
4.5. Tributación efectiva de los fideicomisos.....	231
4.5.1. Fideicomisos bancarios.....	231
4.5.1.1. Impuesto a la Renta - IR	231
4.5.1.2. Impuesto Temporal a los Activos Netos - ITAN	235
4.5.1.3. Impuesto de Alcabala - IA	240
4.5.1.4. Impuesto a las Transacciones Financieras - ITF.....	241
4.5.1.5. Impuesto General a las Ventas - IGV	244

Índice general

4.5.2. Fideicomisos de titulización	247
4.5.2.1. Impuesto a la Renta - IR	247
4.5.2.2. Impuesto Temporal a los Activos Netos - ITAN	250
4.5.2.3. Impuesto de Alcabala - IA	250
4.5.2.4. Impuesto a las Transacciones Financieras - ITF.....	250
4.5.2.5. Impuesto General a las Ventas - IGV	252
4.5.3. Cuestiones pendientes	253
5. Tratamiento tributario aplicable a los fondos de inversión	254
6. Análisis tributario de las Comisiones de Confianza	258
7. Consideraciones finales.....	259

CAPÍTULO IV

LA FIDUCIA MERCANTIL EN COLOMBIA

1. La fiducia mercantil y su estructura general	263
1.1. Introducción	263
1.2. Concepto.....	269
1.3. Características	270
1.4. Naturaleza jurídica.....	272
1.5. Diferencia con figuras afines	274
1.6. Objeto y finalidad	277
1.7. Partes	277
1.8. Patrimonio autónomo	288
1.9. Plazo de duración.....	290
1.10. Liquidación y terminación.....	291
2. Tipos de fiducia mercantil	294
2.1. Fiducia de administración.....	295
2.2. Fiducia en garantía	297
2.3. Fiducia de inversión.....	300
2.4. Fiducia inmobiliaria	304
2.5. Fiducia testamentaria	309
2.6. Fiducia de titularización.....	314
2.6.1. Consideraciones preliminares	314
2.6.2. Definición	317
2.6.3. Elementos del proceso	321
2.6.3.1. Elementos subjetivos	321
2.6.3.2. Elementos objetivos	325
2.6.4. Principales formas de titularización	329
2.6.5. Similitudes con el fideicomiso de titulización del Perú.....	331
2.6.6. Relevancia práctica	331
2.7. Fiducia pública	333
2.7.1. Consideraciones preliminares	333
2.7.2. Concepto.....	340

Tesis Doctoral

2.7.3. Partes	341
2.7.4. Características	342
2.7.5. Relación con el fideicomiso público en Bolivia y Perú	343
3. Régimen de los encargos fiduciarios públicos.....	347
4. Tributación de las rentas y actividades de la fiducia mercantil.....	350
4.1. Aproximación inicial	350
4.2. Estatuto Tributario Nacional. Punto de partida.....	351
4.2.1. El fiduciario “como sujeto responsable”	352
4.2.1.1. Obligaciones formales y materiales	353
4.2.1.2. Responsabilidad tributaria.....	354
4.3. Tributación efectiva de la fiducia mercantil.....	356
4.3.1. Impuestos nacionales	356
4.3.1.1. Impuesto a la Renta y Complementarios - IRC.....	356
4.3.1.1.1. Impuesto sobre la Renta - IR.....	358
4.3.1.1.2. Impuesto sobre las Ganancia Ocasionales - IGO.....	362
4.3.1.2. Impuesto de Timbre Nacional - ITN.....	362
4.3.1.3. Impuesto sobre las Ventas - ISV	364
4.3.2. Impuestos departamentales y municipales.....	366
4.3.2.1. Impuesto al Registro - IR	367
4.3.2.2. Impuesto de Industria y Comercio - IIC.....	370
4.3.2.3. Impuesto Predial - IP	373
4.3.2.4. Incidencia de otros impuestos.....	375
5. Análisis del régimen tributario de la fiducia pública y encargos fiduciarios	376
6. Consideraciones finales.....	377

CAPÍTULO V

EL FIDEICOMISO MERCANTIL EN ECUADOR

1. El fideicomiso y su estructura general	383
1.1. Introducción	383
1.2. Definición	387
1.3. Características.....	388
1.4. Naturaleza jurídica	390
1.5. Diferencia con otras figuras	393
1.6. Objeto y finalidad.....	396
1.7. Partes	399
1.8. Patrimonio autónomo.....	409
1.9. Inscripción en el Registro Público	412
1.10. Plazo de duración del fideicomiso.....	413
2. Tipos de fideicomiso.....	415
2.1. Fideicomiso mercantil de garantía.....	415
2.2. Fideicomiso mercantil de administración	417

Índice general

2.3. Fideicomiso mercantil inmobiliario.....	418
2.4. Fideicomiso mercantil de inversión	420
2.5. Fideicomiso mercantil de conservación	422
2.6. Fideicomiso mercantil público.....	424
2.7. Fideicomiso mercantil de titularización	427
2.7.1. Consideraciones preliminares	427
2.7.2. Definición	429
2.7.3. Diferentes tipos de titularización.....	432
2.7.4. Elementos del proceso	433
2.7.4.1. Elementos subjetivos	433
2.7.4.2. Elementos objetivos	440
2.7.5. Relevancia actual.....	443
3. Otras figuras con regímenes fiduciarios	444
3.1. Encargos fiduciarios	444
3.1.1. Definición	444
3.1.2. Partes	445
3.1.3. Características principales.....	447
3.2. Fondos de inversión	448
3.2.1. Definición	448
3.2.2. Partes	449
3.2.3. Características.....	452
3.2.4. Clases de fondos	453
3.2.5. Regulación interna del funcionamiento del fondo	454
3.2.6. Afinidad entre el régimen de los fondos de inversión y el fideicomiso.....	455
4. La tributación de las rentas y actividades del fideicomiso mercantil	456
4.1. Introducción	456
4.2. El fideicomiso mercantil como agente de retención y percepción ..	458
4.3. Responsabilidad tributaria del fiduciario.....	458
4.4. Tributación efectiva del fideicomiso mercantil	460
4.4.1. Impuestos nacionales	460
4.4.1.1. Impuesto a la Renta - IR	460
4.4.1.2. Impuesto al Valor Agregado - IVA.....	466
4.4.1.3. Impuesto a los Consumos Especiales - ICE.....	468
4.4.2. Impuestos municipales	470
4.4.2.1. Impuesto de Alcabala - IA	471
4.4.2.2. Impuesto a las Utilidades en la Compraventa de Predios Urbanos y Plusvalía de los mismos - IUCPUP.....	474
4.4.2.3. Impuesto de Patente Municipal - IPM.....	476
4.4.2.4. Impuesto del 1.5 por mil sobre los activos totales - IAT..	480
5. Tratamiento tributario aplicable a los fondos de inversión	483
6. Análisis tributario de los encargos de confianza	486
7. Consideraciones finales.....	488

CAPÍTULO VI

EL TRUST EN EUROPA. UN EJEMPLO DE DERECHO COMPARADO: EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ITALIANO

1. Introducción	493
2. El <i>trust</i> angloamericano a la luz de la doctrina italiana	494
3. La disciplina del Convenio de la Haya de 1985 sobre el <i>trust</i>	498
4. Reconocimiento y aplicabilidad del <i>trust</i> en Italia.....	503
4.1. Noción general del <i>trust</i> interno	506
4.2. Límites al <i>trust</i> interno.....	507
4.3. Tipologías del <i>trust</i> interno.....	508
4.4. Tributación del <i>trust</i>	510
4.4.1. Introducción	510
4.4.2. Impuesto indirectos	511
4.4.2.1. La tributación del acto constitutivo y de la transferencia de los bienes al <i>trustee</i>	511
4.4.2.2. La tributación de las operaciones efectuadas por el <i>trustee</i> , de la sustitución del <i>trustee</i> y de la transferencia de los bienes al beneficiario	517
4.4.3. Impuestos directos.....	519
4.4.3.1. Financiera 2007.....	519
4.4.3.2. La tributación de las rentas en cabeza del <i>trust</i>	522
4.4.3.3. La tributación de las rentas en los beneficiarios.....	524
4.4.3.4. La transferencia de los bienes al <i>trust</i>	527
4.4.4. Residencia fiscal del <i>trust</i>	528
4.4.5. Perspectivas futuras sobre el régimen tributario del <i>trust</i>	531
5. Otras figuras con algunos elementos fiduciarios	533
6. Consideraciones finales.....	543
CONCLUSIONES	547
CONCLUSIONI	559
BIBLIOGRAFÍA.....	571

Índice general

LISTA DE ABREVIATURAS

CBCF	Circular Básica Contable y Financiera
CCB	Código de Comercio de Bolivia
CCC	Código de Comercio de Colombia
CCvB	Código Civil de Bolivia
CCvC	Código Civil de Colombia
CCvE	Código Civil de Ecuador
CCvI	Código Civil de Italia
CCvP	Código Civil de Perú
CE	Circular Externa
CLATR	Convenio sobre la Ley aplicable al <i>trust</i> y a su reconocimiento
CNV	Comisión Nacional de Valores
CONASEV	Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores
COOTAD	Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización
CRCI	Certificado de Recuperación del Capital Invertido
CRCNV	Codificación de las Resoluciones del Consejo Nacional de Valores
CREGC	Comisión de Regulación de Energía y Gas de Colombia
CTB	Código Tributario de Bolivia
CTE	Código Tributario de Ecuador
CTP	Código Tributario de Perú
DIAN	Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales
DPR	Decreto del Presidente de la República
EGCPC	Estatuto General de Contratación Pública de Colombia
EOSF	Estatuto Orgánico del Sistema Financiero
ETNC	Estatuto Tributario Nacional de Colombia
FONDESIF	Fondo de desarrollo del sistema financiero y apoyo al sector productivo
IA	Impuesto de Alcabala
IAT	Impuesto del 1.5 por mil sobre los Activos Totales
ICE	Impuesto a los Consumos Especiales
IGO	Impuesto sobre las Ganancias Ocasionales
IGV	Impuesto General a las Ventas

Lista de abreviaturas

IHC	Impuesto Hipotecario y Catastral
IIC	Impuesto de Industria y Comercio
IP	Impuesto Predial
IPM	Impuesto de Patente Municipal
IR	Impuesto a la Renta
IRC	Impuesto a la Renta y Complementarios
IRES	Impuesto sobre la Renta de la Sociedad
ISD	Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones
ISV	Impuesto sobre las Ventas
IT	Impuesto a las Transacciones
ITAN	Impuesto Temporal a los Activos Netos
ITF	Impuesto a las Transacciones Financieras
ITN	Impuesto de Timbre Nacional
IUCPUC	Impuesto a las Utilidades en la Compraventa de Predios Urbanos y Plusvalía de los mismos
IUE	Impuesto sobre las Utilidades de Empresa
IVA	Impuesto al Valor Agregado
LFI	Ley de Fondos de Inversión
LGSF	Ley General del Sistema Financiero y del Sistema del Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros
LIGVISC	Ley del Impuesto General a las Ventas e Impuesto Selectivo al Consumo
LIR	Ley del Impuesto a la Renta
LMVB	Ley de Mercado de Valores de Bolivia
LMVC	Ley de Mercado de Valores de Colombia
LMVE	Ley de Mercado de valores de Ecuador
LMVP	Ley de Mercado de Valores de Perú
LORTI	Ley Orgánica del Régimen Tributario Interno
NIT	Número de identificación Tributaria
NTCFCC	Normas para el Tratamiento Contable del Fideicomiso y de las Comisiones de Confianza
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico
PNUD	Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo
RALRT	Reglamento para la Aplicación de la Ley de Régimen Tributario
RC-IVA	Régimen Complementario al Impuesto al Valor Agregado

Tesis Doctoral

RFESF	Reglamento del fideicomiso y de las empresas de servicios fiduciarios
RLMVE	Reglamento de la Ley de Mercado de Valores de Ecuador
RLORTI	Reglamento de Ley Orgánica del Régimen Tributario Interno
RMCC	Registro Mercantil de la Cámara de Comercio
RMV	Registro del Mercado de Valores
RNBEF	Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras
RNVC	Registro Nacional de Valores y Emisores de Colombia
RPMV	Registro Público del Mercado de Valores
RPTA	Reglamento a los Procesos de Titulización de Activos
RUC	Registro Único del Contribuyente
SBEF	Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras
SBSAPFP	Superintendencia de Bancos, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones
SC	Superintendencia de Compañías
SFC	Superintendencia Financiera de Colombia
SMV	Superintendencia de Mercado de Valores
SRI	Servicio de Rentas Internas
SUNAT	Superintendencia Nacional de Administración Tributaria
SVC	Superintendencia de Valores de Colombia
SVPS	Superintendencia de Valores, Pensiones y Seguros
TUIR	Texto Único del Impuesto sobre las Rentas
UVT	Unidades de Valor Tributario

Lista de abreviaturas

RESUMEN INTRODUCTORIO

El fideicomiso constituye uno de los instrumentos financieros más utilizados y difundidos en los países de la Comunidad Andina, por su fácil adaptabilidad a innumerables negocios jurídicos. Su introducción en los países miembros de esta organización latinoamericana fue realizada en distintos años: Bolivia (1928), Perú (1931), Colombia (1971) y Ecuador (1993), con el objetivo principal de brindar un mecanismo práctico para la gestión patrimonial familiar, empresarial y financiera de bienes ajenos.

En cada uno de los países andinos, bajo la influencia e inspiración del *trust* angloamericano, el legislador ha regulado el fideicomiso con una estructura y funcionamiento que integra elementos comunes con los fideicomisos de estos países, pero que también distingue notas propias de la figura, a causa de su adaptación a la situación económica y social de cada país.

De esta manera, el actual marco legal que implementa cada país posibilita que el fideicomiso sea empleado para realizar distintos negocios y operaciones económicas, tanto *inter vivos* como *mortis causa*, ya que este contrato permite a una persona transferir la propiedad de cualquier tipo de bien a otra persona para que con ellos realice la finalidad que le ha sido encomendado en el contrato y administre los bienes de manera separada al patrimonio de aquél. Logrando de esta manera aislar el patrimonio autónomo constituido de cualquier amenaza legal.

Los particulares, las empresas, las entidades públicas y privadas, así como la sociedad en su conjunto acuden a su utilización especialmente por tres razones: la protección jurídica que brinda a las partes del contrato, la certeza y seguridad para responder al cumplimiento del fin perseguido con el fideicomiso, y por la flexibilidad de su estructura para acomodarse a las necesidades y expectativas de los sujetos que intervienen en el contrato.

A la gran cantidad de los fideicomisos de administración, garantía e inversión que se practican en estos países se han sumado, y siguen agregándose, nuevos fideicomisos con nuevas combinaciones y estructuras complejas como los fideicomisos de titularización de activos presentes o

Resumen introductorio

futuros, fideicomisos para la gestión de fondos comunes de inversión, fideicomisos para crear fondos colectivos de titularización, y junto con ellos, los fideicomisos públicos.

Esta diversidad de fideicomisos plantea numerosas interrogantes en el funcionamiento de este instrumento jurídico, a los cuales debemos agregar las concernientes al tratamiento fiscal que se aplica a los fideicomisos debido a que no en todos se establece el régimen tributario de estas operaciones.

Mientras en algunos países se va aclarando limitadamente su tratamiento tributario, en otros es nulo el esclarecimiento sobre este aspecto.

Desde esta perspectiva, la presente tesis se dedica al estudio del fideicomiso en los países de la Comunidad Andina, para cuyo análisis abordamos un examen detallado de los elementos civiles, mercantiles y administrativos que se entremezclan en su estructura, y a partir de ahí, la tributación de las rentas del fideicomiso y de las derivadas del fideicomiso, haciendo hincapié en las implicaciones tributarias que presenta la figura, así como en aquellos puntos en los que la norma aún presenta lagunas en su aplicación e interpretación.

Las razones que nos llevan a estudiar el fideicomiso se concentran básicamente en su innegable y creciente actualidad, así como por la utilidad financiera que viene cumpliendo en el sistema financiero de los países miembros de esta comunidad. Ello es así porque el fideicomiso, tal como sucede con el *trust* en los países anglosajones y europeos, facilita correctamente su adaptación a las estructuras económico-financieras, es por eso que se van creando nuevos fideicomisos o especies fiduciarias.

Nos encontramos ante una figura jurídica que, al margen de los beneficios que brinda a las personas o empresas que lo emplean, en el contexto interregional de los países andinos, viene a constituir una herramienta que ayuda a promover el desarrollo económico entre estos países. Este objetivo, que proclama el Acuerdo de Cartagena de 1969, se hace posible a través de los fideicomisos de titularización, los cuales dan acceso a la financiación

Tesis Doctoral

mediante la emisión de valores ofertados a inversores nacionales y extranjeros residentes de estos países.

Si bien es verdad que la maximización de la utilidad del fideicomiso pende principalmente de la claridad de la normativa, no resulta menos enriquecedor disponer de estudios especializados en la materia, que analicen globalmente la figura y no sólo aspectos civiles o mercantiles, como viene ocurriendo a menudo.

La poca dedicación que la doctrina ha prestado al estudio del régimen tributario de la institución no sólo pone en evidencia la necesidad de estudiar y atender a esta temática, sino también de considerar que el fideicomiso, a diferencia de otras figuras, no es estática o permanente, al contrario, es dinámica y versátil, en constante transformación y evolución, por lo que el estudio de su régimen tributario requiere mayor reflexión.

De este modo, con este estudio pretendemos aportar mayor claridad en la resolución de estas cuestiones, de tal manera que pueda constituirse en un punto de partida en el análisis tributario de esta figura, que como hemos señalado, día a día va cobrando mayor importancia.

Resumen introductorio

RIASSUNTO INTRODUTTIVO

Il fedecommesso è uno degli strumenti finanziari utilizzati e diffusi nei paesi della Comunità Andina, per la sua facile adattabilità a numerosi negozi giuridici. La sua introduzione nei paesi membri di questa organizzazione latinoamericana è stato condotto in anni diversi: Bolivia (1928), Perù (1931), Colombia (1971) ed Ecuador (1993), con l'obiettivo principale di offrire un meccanismo pratico per la gestione patrimoniale familiare, commerciali e finanziari di beni altrui.

In ciascuno dei paesi andini, sotto l'influenza ed ispirazione del *trust* anglo-americano, il legislatore ha regolato il fedecommesso con una struttura e funzionamento che integra elementi comuni con i fedecommessi di questi paesi, ma che distingue anche note proprie della figura, a causa del suo adattamento alla situazione economica e sociale di ogni paese.

Di questa maniera, l'attuale quadro legale che implementa ogni paese facilita che il fedecommesso sia usato per realizzare distinti negozi ed operazioni economici, tanti *inter vivos* come *mortis causa*, in quanto questo contratto permette ad una persona di trasferire la proprietà di qualunque tipo di bene ad un'altra persona affinché con essi realizzi la finalità che gli è stato raccomandato nel contratto ed amministri i beni in maniera separata al patrimonio di quello. Riuscendo di questa maniera ad isolare il patrimonio autonomo costituito da qualunque minaccia legale.

Gli individui, le imprese, gli enti pubblici e privati, così come la società nel suo insieme accorrono al suo utilizzo specialmente per tre ragioni: la protezione giuridica che brinda alle parti del contratto, la certezza e sicurezza per rispondere al compimento del fine perseguito con el fedecommesso, e per la flessibilità della sua struttura per adattarsi alle necessità ed aspettative degli individui che intervengono nel contratto.

Alla gran quantità dei fedecommessi di amministrazione, garanzia ed investimento che si praticano in questi paesi si sono sommati, e continuano ad unirsi, nuovi fedecommessi con nuove combinazioni e strutture complesse come i fedecommessi di cartolarizzazione di attivi presenti o

Riassunto introduttivo

futuri, fedecommissi per la gestione di fondi comuni di investimento, fedecommissi per creare fondi collettivi di cartolarizzazione, e con essi, i fedecommissi pubblici.

Questa diversità di fedecommissi solleva numerosi interrogativi nel funzionamento di questo strumento giuridico, ai quali dobbiamo aggregare i relativi al trattamento fiscale che si applica ai fedecommissi dovuto non in tutti si stabilisce il regime tributario di queste operazioni.

Mentre in alcuni paesi si va chiarendo limitatamente il suo trattamento tributario, in altri è nullo lo schiarimento su questo aspetto.

Da questa prospettiva, la presente tesi si dedica allo studio del fedecommissio nei paesi della Comunità Andina per il cui analisi affrontiamo un esame dettagliato degli elementi civili, mercantili ed amministrativi che si mescolano nella sua struttura, ed a partire da lì, la tassazione dei redditi del fedecommissio e delle derivate del fedecommissio, facendo particolare attenzione nelle implicazioni tributarie che presenta la figura, come in quelli punti nei che la norma presenta ancora lagune nella sua applicazione ed interpretazione.

Le ragioni che ci portano a studiare il fedecommissio si concentrano principalmente nella sua innegabile e crescente attualità, così come per l'utilità finanziaria che viene compiendo nel sistema finanziario dei paesi membri di questa comunità. Ciò è così perché il fedecommissio, come succede con il *trust* nei paesi anglosassoni ed europei, facilita correttamente il suo adattamento alle strutture economico-finanziarie, è per quel motivo che si vanno creando nuovi fedecommissi o specie fiduciarie.

Ci troviamo davanti ad una figura giuridica che, al margine dei benefici che brinda alle persone o imprese che l'usano, nel contesto interregionale dei paesi andini, viene a costituire uno strumento che aiuta a promuovere lo sviluppo economico tra questi paesi. Questo obiettivo, che proclama l'Accordo di Cartagena di 1969, diventa possibile attraverso i fedecommissi di cartolarizzazione, i quali danno accesso al finanziamento mediante

Tesis Doctoral

l'emissione di titoli offerti agli investitori nazionali e stranieri residenti di questi paesi.

Sebbene è verità che la massimizzazione dell'utilità del fedecommesso dipende principalmente dalla chiarezza della normativa, non risulta meno arricchitore disporre di studi specializzati nella materia che analizzino globalmente la figura e non solo aspetti civili o mercantili, come viene succedendo spesso.

La poca dedizione che la dottrina ha prestato allo studio del regime tributario dell'istituzione non solo mette in evidenza la necessità di studiare e servire questa tematica, ma anche di considerare che il fedecommesso, a differenza di altre figure, non è statica o permanente, al contrario, è dinamica e versatile, in costante trasformazione ed evoluzione, per quello che lo studio del suo regime tributario richiede maggiore riflessione.

In questo modo, con questo studio pretendiamo di apportare maggiore chiarezza nella risoluzione di queste questioni, di tale maniera che possa costituirsi in un punto di partenza nell'analisi tributario di questa figura che come abbiamo segnalato, giorno per giorno sta riscuotendo maggiore importanza.

Riassunto introduttivo

DESCRIPCIÓN DE OBJETIVOS Y METODOLOGÍA

El presente trabajo se ha estructurado en seis capítulos. De los seis capítulos, el primero desarrolla los antecedentes históricos y normativos del fideicomiso, los cuatro siguientes capítulos explican el fideicomiso en los países de la Comunidad Andina, y el último capítulo examina, a modo de ejemplo, el *trust* en el ordenamiento italiano. Finalmente, se exponen las conclusiones extraídas del trabajo.

En el primer capítulo se explican los antecedentes históricos del fideicomiso y su proceso de introducción en las legislaciones latinoamericanas. El objetivo es ofrecer una visión global de los antecedentes del fideicomiso, desde las figuras que han influido notablemente en su configuración y lo que se pretendía con ella. Este repaso histórico no sólo será esencial para entender íntegramente el fideicomiso, sino también para determinar sus características particulares como punto de partida para el análisis de la figura en los países de la Comunidad Andina.

En el segundo capítulo se estudia el fideicomiso en Bolivia, analizando los aspectos esenciales de su estructura (constitución, características, naturaleza jurídica), los tipos de fideicomisos y el tratamiento tributario que procedería en estas operaciones. El objetivo central es ofrecer un análisis completo de la regulación del fideicomiso que se práctica en Bolivia y poner en evidencia la necesidad del establecimiento de su régimen tributario. En este estudio también se expone la relación que guarda el fideicomiso con otras figuras, como son la titularización y los fondos de inversión.

En el tercer capítulo se analiza el fideicomiso en Perú, desarrollando, al igual que el anterior, los principales elementos de su estructura, las clases de fideicomisos que existen en el país y la tributación de las rentas de los fideicomisos bancarios y fideicomisos de titulización. El objetivo es brindar una panorámica global del fideicomiso en Perú, dejando constar que en Perú, a diferencia de Bolivia, se prevé un tratamiento especial para la titularización debido a que regula el fideicomiso de titulización. En este capítulo también analizamos, de forma sucinta, otras figuras cercanas al

Descripción de objetivos y metodología

fideicomiso —las comisiones de confianza y los fondos de inversión—, con el fin de delimitar las características distintivas entre estas.

En el cuarto capítulo se examina el funcionamiento de la fiducia mercantil en Colombia, describiendo, igualmente, los componentes esenciales de su estructura, las distintas clases de fiducias, y la tributación de las rentas de la fiducia y de sus actividades, haciendo hincapié en los criterios especiales que recoge la normativa tributaria para la fiducia mercantil. El propósito de este capítulo es exponer la regulación y práctica de la fiducia en Colombia, demostrando, por otra parte, las incoherencias y debilidades normativas existentes sobre la fiducia pública.

En el quinto capítulo se estudia el fideicomiso mercantil en Ecuador, desarrollando, bajo la sistemática anterior, los elementos principales de su estructura, los tipos de fideicomiso, y la tributación de las rentas del fideicomiso y de las actividades derivadas, destacando en este último aspecto el régimen establecido para la imposición indirecta de la figura. El objetivo es dar a conocer que el fideicomiso mercantil en Ecuador sigue una orientación similar a los fideicomisos de los otros países andinos, con la diferencia de que posee personalidad jurídica. En el capítulo también analizamos otras figuras afines al fideicomiso, con énfasis en la convergencia e integración del fideicomiso y los fondos comunes en casos concretos de inversión y titularización.

En el último capítulo de esta obra se analiza la aplicación del *trust* en Italia y su reconocimiento en este ordenamiento a partir de la ratificación del Convenio de la Haya de 1985. Para ello abordamos una descripción detallada de la concepción actual del *trust* en la doctrina italiana, la concreción de las características del *trust* interno, y la tributación de las rentas del *trust* residente y del *trust* no residente.

La decisión de incluir en el estudio un capítulo referido a la experiencia del *trust* a nivel europeo se debe fundamentalmente a dos razones: primero, porque el *trust* ha influido de forma determinante en la regulación del fideicomiso en los países de América Latina; y segundo, porque existe la necesidad de constatar desde un punto legal, jurisprudencial y doctrinal

Tesis Doctoral

cuál ha sido el tratamiento del *trust* en el Derecho Comparado. De esta forma, el capítulo del *trust* en Italia trata de ofrecer una panorámica del tratamiento jurídico de la figura y su aplicación para recoger aquellos elementos que pueden ser útiles para la mejor aplicación del fideicomiso en los países de la Comunidad Andina.

Por último, la elaboración de esta tesis ha seguido una metodología histórica, aplicada exclusivamente en el capítulo primero, y una metodología dogmática, empleada en los capítulos siguientes, la cual se ha basado esencialmente en el análisis e interpretación de las fuentes normativas de los cinco ordenamientos, así como de las respectivas líneas jurisprudenciales y de las diferentes opiniones doctrinales.

No hemos descartado consultar otras fuentes complementarias, como las consultas jurídicas formuladas por los particulares hacia las autoridades pertinentes y los conceptos aclarativos expedidos por las superintendencias de bancos y otras autoridades, para recopilar la información relevante para la figura objeto de este estudio, dado que son limitadas las interpretaciones judiciales vertidas sobre ella, en especial, en materia tributaria.

Descripción de objetivos y metodología

DESCRIZIONE DEGLI OBIETTIVI E METODOLOGIA

Il presente lavoro si è strutturato in sei capitoli. Dei sei capitoli, il primo sviluppa gli antecedenti storici e normativi del fedecommesso, i quattro seguenti capitoli spiegano il fedecommesso nei paesi della Comunità Andina, e l'ultimo capitolo esamina, a modo di esempio, il *trust* nell'ordinamento italiano. Finalmente, si espone le conclusioni estratte dal lavoro.

Nel primo capitolo si spiegano gli antecedenti storici del fedecommesso ed il suo processo di introduzione nelle legislazioni latinoamericane. L'obiettivo è offrire una visione globale degli antecedenti del fedecommesso, dalle figure che hanno influenzato notevolmente nella sua configurazione e quello che si pretendeva con lei. Questo ripasso storico non solo sarà essenziale per capire integralmente il fedecommesso, ma anche per determinare le sue caratteristiche particolari come punto di partenza per l'analisi della figura nei paesi della Comunità Andina.

Nel secondo capitolo si studia il fedecommesso in Bolivia, analizzando gli aspetti essenziali della sua struttura (costituzione, caratteristiche, natura giuridica), i tipi di fedecommessi ed il trattamento tributario che procederebbe in queste operazioni. L'obiettivo centrale è offrire un'analisi completa della regolazione del fedecommesso che si pratica in Bolivia e mettere in evidenza la necessità dello stabilimento del suo regime tributario. In questo studio si espone anche la relazione che conserva il fedecommesso con altre figure, come sono la cartolarizzazione ed i fondi di investimento.

Nel terzo capitolo si analizza il fedecommesso in Perù, sviluppando, come l'antecedente, i principali elementi della sua struttura, le classi di fedecommessi che esistono nel paese e la tassazione dei redditi dei fedecommessi bancari e fedecommessi di cartolarizzazione. L'obiettivo è brindar una panoramica globale del fedecommesso in Perù, lasciando constare che in Perù, a differenza della Bolivia, prevede un trattamento speciale per la cartolarizzazione in quanto regola il fedecommesso di cartolarizzazione. In questo capitolo analizziamo anche, di forma succinta,

Descrizione degli obiettivi e metodologia

altre figure vicine al fedecommesso —le commissioni di fiducia ed i fondi di investimento—, al fine di delimitare le caratteristiche distintive tra questi.

Nel quarto capitolo si esamina il funzionamento della fiducia mercantile in Colombia, descrivendo, ugualmente, i componenti essenziali della sua struttura, le distinte classi di fiducia, e la tassazione dei redditi della fiducia e delle sue attività, facendo enfásis nei criteri speciali che raccoglie la normativa tributaria per la fiducia mercantile. Il proposito di questo capitolo è esporre la regolazione e pratica della fiducia in Colombia, dimostrando, d'altra parte, le incoerenze e debolezze normative esistenti sulla fiducia pubblica.

Nel quinto capitolo si studia il fedecommesso mercantile in Ecuador, sviluppando, sotto la sistematica anteriore, gli elementi principali della sua struttura, i tipi di fedecommesso, e la tassazione dei redditi del fedecommesso e delle attività derivate, sottolineando in questo ultimo aspetto il regime stabilito per l'imposta indiretta della figura. L'obiettivo è fare conoscere che il fedecommesso mercantile in Ecuador segue un'orientazione simile ai fedecommessi degli altri paesi andini, con la differenza che possiede personalità giuridica. Nel capitolo analizziamo anche altre figure legate al fedecommesso, con enfasi nella convergenza ed integrazione del fedecommesso ed i fondi comuni in casi concreti di investimento e cartolarizzazione.

Nell'ultimo capitolo di questa opera si analizza l'applicazione del *trust* in Italia ed il suo riconoscimento in questo ordinamento a partire dalla ratifica della Convenzione dell'Aja del 1985. Per ciò abordiamo una descrizione dettagliata della concezione attuale del *trust* nella dottrina italiana, la concrezione delle caratteristiche del *trust* interno, e la tassazione dei redditi del *trust* residente e del *trust* non residente.

La decisione di includere nello studio un capitolo riferito all'esperienza del *trust* a livello europeo si deve fondamentalmente a due ragioni: primo, perché il *trust* ha influito di forma determinante sulla regolazione del fedecommesso nei paesi dell'America Latina; e secondo, perché esiste la necessità di constatare da un punto legale, jurisprudencial e dottrinale

Tesis Doctoral

quale il trattamento è stato del *trust* nel Diritto Comparato. In questo modo, il capitolo del *trust* in Italia cerca di fornire una panoramica del trattamento giuridico della figura e la sua applicazione per raccogliere quegli elementi che possono essere utili per la migliore applicazione del fedecommesso nei paesi della Comunità Andina.

Infine, l'elaborazione di questa tesi ha seguito una metodologia storica, applicata esclusivamente nel capitolo primo, ed una metodologia dogmatica, impiegata nei capitoli seguenti, la quale si è basata essenzialmente sull'analisi ed interpretazione delle fonti normative dei cinque ordinamenti, come delle rispettivi linee jurisprudenciales e delle differenti opinioni dottrinali.

Non abbiamo scartato consultare altre fonti complementari, come le consultazioni giuridiche formulate per le questioni verso le autorità pertinenti ed i concetti aclarativos spedito per le soprintendenze di banche ed altre autorità, per raccogliere l'informazione rilevante per il figura oggetto di questo studio, dato che sono limitate le interpretazioni giudiziali versate su di essa, in particolare, in materia fiscale.

Descrizione degli obiettivi e metodologia

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL FIDEICOMISO EN LATINOAMÉRICA

1. Antecedentes del fideicomiso

En la actualidad, el fideicomiso que se regula y práctica en los países de Latinoamérica se encuentra dotado de elementos comunes así como también de particularidades propias que varían según el ordenamiento que lo regula.

No obstante el perfil propio del fideicomiso, en ésta institución encontramos dos características principales que han acompañado desde tiempos remotos a los negocios fiduciarios: primero, la transferencia de la propiedad para el cumplimiento de una finalidad, y segundo, el encargo de confianza, la fe del transmitente en la gestión encomendada al nuevo titular temporal de la propiedad.

Desde la antigüedad, en Roma, con la *fiducia* y el *fideicommissum*, y en Inglaterra y los países anglosajones, con el *trust*, mediante estas formas negociales bajo una relación personal de confianza se transfería la propiedad de bienes o cosas a un fiduciario para la realización de un fin o un propósito en provecho de un beneficiario.

Estos elementos que también están presentes en el fideicomiso latinoamericano han sido precisamente los que han llevado a que una parte representativa de la doctrina, desde los años noventa del siglo pasado y hasta el presente, venga entendiendo, por un lado, que los antecedentes del fideicomiso se remontan a las figuras de *fiducia* y *fideicommissum*¹, y por

¹ Entre estos autores encontramos a: FERNÁNDEZ, Julio C.: “Antecedentes históricos del fideicomiso”, en MAURY DE GONZÁLEZ, Beatriz (Dir.) *Tratado teórico práctico de fideicomiso*, 2ª Ed., Ed. Ad Hoc, Argentina, 2000, p. 34; FERRO, Héctor Raúl: “Fideicomiso”, *Boletín de Lecturas Sociales y Económicas UCA*, núm. 13, Argentina, 1996, p. 36; GARCÍA CALDERÓN, Francisco: *Diccionario de la Legislación Peruana*, Ed. Grijley, Tomo II, Lima, Perú, 2003, p. 162; JIMÉNEZ SANDOVAL, Humberto: *Derecho Bancario*, Ed. Universidad Estatal a Distancia, San José, Costa Rica, 2006, p. 209; NASARRE AZNAR, Sergio y RIVAS NIETO, M. Estela: “Trust e Instituciones Fiduciarias. Problemática Civil y Tratamiento Fiscal”,

Antecedentes históricos del fideicomiso en Latinoamérica

otro lado, que sus antecedentes inmediatos se hallan en el *trust* despojado de las características propias del Derecho inglés².

Teniendo en cuenta que la doctrina entiende que el fideicomiso encuentra sus antecedentes en estas tres instituciones y considerando que conocer los antecedentes inmediatos del fideicomiso influye considerablemente para nuestro estudio porque nos permitirá entender íntegramente la institución y valorar su desarrollo ulterior, como paso previo de este estudio, hemos de analizar la *fiducia*, *fideicommissum* y el *trust*.

Para ilustrar mejor su origen, evolución y su concepción moderna en los ordenamientos latinoamericanos, examinaremos su proceso histórico, distinguiendo, en cada una de estas instituciones, su etapa inicial y su etapa posterior.

1.1. La *fiducia romana*

a) Etapa inicial

Origen, definición y funcionalidad

La *fiducia* nace en el ámbito de los negocios *inter vivos* del Derecho romano clásico como una de las plasmaciones principales de la *fides*³. La *fides*,

Doc. núm. 28/06, Instituto de estudios fiscales, Madrid, 2004, p. 6; RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio: *Negocios Fiduciarios. Su significación en América Latina*, Ed. Legis, México, 2005, p. 17; MARTIN SANTIESTEBAN, Sonia: *El Instituto del «Trust» en los Sistemas Legales Continentales y su Compatibilidad con los Principios «Civil Law»*, Ed. Aranzadi, Navarra, España, 2005, p. 30; MORINEAU, Marta: *Una introducción al Common Law*, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 1998, p. 107.

² Entre estos autores encontramos a: ARESPACOCCHAGA, Joaquín: *El trust, la fiducia y figuras afines*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 49; BATIZA, Rodolfo: *Principios básicos del fideicomiso y la administración fiduciaria*, Ed. Porrúa, México, 1977, p. 18; GHERSI, Carlos y WEINGARTEN, Celia: *Fideicomiso*, Ed. Nova Tesis, Rosario, Argentina, 2007, p. 10; ITURRASPE MOSSET, Jorge: *Negocios Simulados, Fraudulentos y Fiduciarios*, Tomo II, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1975, p. 266; JIMÉNEZ SANDOVAL, Humberto: *ob. cit.*, p. 209; ORMACHEA, Carolina: “El fideicomiso en la República Argentina a partir de la sanción de la Ley 24.441. Un caso particular de patrimonio de afectación”, en GARRIDO MELERO, Martín y FUGARDO ESTIVILL, Josep M. (Coords.), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, Tomo III, Ed. Bosch, Barcelona, 2005, p. 697; VILLEGAS LARA, René A.: *Derecho Mercantil Guatemalteco*, Tomo IV, Ed. Universitaria (USAC), Guatemala, 2002, p. 136.

cuyo sentido originario era «la lealtad a la palabra dada» constituía un fenómeno ético religioso fundado en la confianza que el transmitente depositaba en la palabra empeñada por el adquirente de obrar conforme al fin propuesto⁴, y fue el sustrato de multitud de formas negociales que los ciudadanos romanos comenzaron a realizar durante aquella época.

Así, la *fiducia* constituía un contrato formal basado en la confianza por el cual una persona, fiduciante, transmitía a otra, fiduciario, la propiedad de una cosa *mancipable*, mediante la *mancipatio* o *in iure cessio*, quedando éste último obligado a restituir la cosa en un determinado plazo o circunstancia al beneficiario designado por el fiduciante; el fiduciante disponía de la *actio fiduciae* para exigir la restitución de los bienes⁵.

En aquel tiempo esta institución romana tomó dos formas genéricas a las que se llamó *fiducia cum amico contracta* y *fiducia cum creditore contracta*. En la primera se transfería la propiedad a una persona de confianza, quien adquiriría la propiedad en la sola razón y medida del fin que persigue⁶; y en la segunda, se atribuía al acreedor la condición de dueño de la cosa transferida, en apoyo de esta condición, el acreedor podía reivindicarla, con

³ CÁMARA LAPUENTE, Sergio: “Breve Compendio Geo-Conceptual sobre Trust”, en GARRIDO MELERO, Martín y NASARRE AZNAR, Sergio (Coords.), *Los Patrimonios Fiduciarios y el Trust*, III Congreso de Derecho Civil Catalán, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 26; NAVARRO MARTORELL, Mariano: *La propiedad fiduciaria*, Ed. Bosch, Barcelona, 1950, p. 27; GÓMEZ BUENDÍA, M. Carmen: “La fiducia en el Derecho romano clásico y su posterior evolución”, en GARRIDO MELERO, Martín y NASARRE AZNAR, Sergio (Coords.), *Los Patrimonios Fiduciarios y el Trust*, III Congreso de Derecho Civil Catalán, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 159.

⁴ CÁMARA LAPUENTE, Sergio: “La fiducia de garantía en Navarra”, *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 14, julio-diciembre de 1992, p. 164.

⁵ BENTANCOURT, Fernando: *Derecho Romano Clásico*, 2ª Ed., Ed. Publicaciones Universidad de Sevilla, Sevilla, 2002, p. 620; BOSCH CARRERA, Antoni: “La admisión en nuestro derecho de patrimonios sin titular (la fiducia, el trust, y los fideicomisos)”, en GARRIDO MELERO, Martín y FUGARDO ESTIVILL, Josep M. (Coords.), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, Tomo III, Ed. Bosch, Barcelona, 2005, p. 569; GARCÍA GARRIDO, Manuel J.: *Derecho Privado Romano*, 3ª Ed., Ed. Dinkinson, Madrid, 1985, p. 358; GUTIÉRREZ, Ricardo: *Derecho Romano*, 3ª Ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 438; IGLESIAS, Juan: *Derecho Romano*, 14ª Ed., Ed. Ariel, Barcelona, 2002, p. 220; NAVARRO MARTORELL, Mariano: *ob. cit.*, p. 28; PANERO GUTIÉRREZ, Ricardo: *Derecho Romano*, 3ª Ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 438.

⁶ CARCABA FERNANDEZ, María: *La simulación en los negocios jurídicos*, Ed. Boch, Barcelona, 1986, p. 53; IGLESIAS, Juan: *ob. cit.*, p. 434.

Antecedentes históricos del fideicomiso en Latinoamérica

excepción de que si la deuda se cancelaba éste quedaba expuesto a la condena que derivaría la *actio fiduciae*⁷.

Con ambas modalidades se podían atender a variadas finalidades, lo cual facilitó considerablemente la gestión y transmisión de bienes, pago de garantías reales y otros fines relacionados en gran medida con el ámbito familiar⁸.

Estructura, características y evolución

Siendo la *fiducia* un negocio jurídico en cuya constitución intervenían tres personas el fiduciante, el fiduciario y el beneficiario⁹, formaban parte de sus características la confianza en la lealtad del fiduciario, ello era la única razón que daba certeza al fiduciante sobre el cumplimiento de lo pactado¹⁰; el desdoblamiento de dos elementos, uno real, que implicaba la transmisión de la propiedad, y otro obligacional, por el cual el fiduciario quedaba obligado a devolver *resmancipatio* al fiduciante tras ser cumplida la

⁷ La *actio fiduciae* podía ejercitarse cuando el fiduciario disponía de los bienes violando el *pactum fiduciae* y cuando el acreedor fiduciario enajenaba la cosa para hacerse pago de su crédito con el precio obtenido con la venta del bien, una vez que ha transcurrido el plazo fijado sin ser saldado el crédito por el deudor". NAVARRO MARTORELL, Mariano: *ob. cit.*, pp. 35-37.

⁸ Además de la administración general, la *fiducia cum amico* era empleada también para el depósito, comodato, arrendamiento, mandato, manumisión, donaciones *mortis causa* y donaciones por persona interpuesta. Por su parte, la *fiducia cum creditore*, según indica Fernández de Buján, fue utilizada con mayor medida en momentos de persecución política, debido a que en la persecución la persona era condenado a la pena de un cierto exilio que privaba al condenado del hogar nativo, lo que provocaba frecuentemente la confiscación de su patrimonio, de ese modo, se traspasaba los bienes una persona de plena confianza en la garantía de que éste se los devolvería si remitía la situación de persecución y el fiduciante retornaba a Roma. FERNÁNDEZ de BUJÁN, Antonio: *Sistema Contractual Romano*, 3ª Ed., Ed. Dykinson, Madrid, 2007, p. 455.

⁹ Esta estructura trilateral no se observaba siempre en la *fiducia cum creditore* ya que no resultaba esencial que exista un beneficiario. Normalmente el propio fiduciante deudor era el beneficiario. Una vez pagada la deuda, el fiduciante debía transferir el bien objeto de la fiducia al fiduciante. BOSCH CARRERA, Antoni: *ob. cit.*, p. 575.

¹⁰ El fiduciario solía nombrar generalmente como fiduciario a un amigo o una persona cercana a él, a quien ya conocía razonablemente lo suficiente y necesario para poder confiarle un encargo teniendo la certeza que no le fallaría. *Vid.* BENTANCOURT, Fernando: *ob. cit.*, p. 543.

obligación garantizada¹¹; y la conversión del fiduciario en propietario del bien transferido¹².

Para la transferencia de la propiedad del bien se cumplían *stricto sensu* las formas solemnes que el *ius civile* establecía para la enajenación: la *mancipatio* y la *in iure cessio*. A la *mancipatio*, que era un acto solemne de transmisión de carácter abstracto propio de la época arcaica, se adicionaba el *pactum fiduciae*, donde las partes determinaban las condiciones y el alcance de la *causa fiduciae*, los créditos garantizados por la *mancipatio* y los derechos del acreedor adquirente.

Todos estos componentes situaban a la *fiducia* como un *negotium bona fide gestum*, encuadrable en la tipología de *negotium genere*, los cuales no engendran vínculos de sumisión contractual, sino vínculos de sumisión personal en cuanto está basado en la buena fe; este aspecto debilitaba su eficacia ya que la *actio bonae fidei* no estaba taxativamente predeterminado, ello se dejaba a la equitativa apreciación del juez¹³.

La *fiducia* evoluciono y ganó mayor identidad propia cuando por el formalismo y rigor del Derecho se hizo necesaria para colmar lagunas del Derecho primitivo y suplir a instituciones como el *pignus*, el *comodatum* o el *depositum*¹⁴. Pero al caer en desuso los antiguos modos formales de la *mancipatio* y la *in iure cessio*, cayó en decadencia. No tuvo una decadencia repentina ni continuada ya que se mantuvo durante varios siglos aún después del advenimiento de la prenda e hipoteca.

¹¹ NAVARRO MARTORELL, Mariano: *ob. cit.*, p. 31.

¹² GONZÁLEZ BEILFUSS, Cristina: *El Trust. La institución angloamericana y el derecho internacional privado español*, Ed. Boch, Barcelona, 1997, p. 38; MORELLO, Umberto: "Fiducia e trust: due esperienze a confronto", en *Fiducia, Trust, Mandato ed Agency*, Giuffrè Editore, Milano, 1991, p. 21.

Sobre la titularidad del fiduciario cabe aclarar que no es extraño encontrar autores que consideren dudoso que el fiduciario adquiriese el dominio pleno y definitivo de la cosa confiada, por la falta de textos que confirmen estos resultados. Así, ha de tenerse en cuenta el cuestionamiento que hace de ello DE CASTRO y BRAVO, Federico: *El negocio jurídico*, Ed. Civitas, Madrid, 1985, p. 391.

¹³ GÓMEZ BUENDÍA, M. Carmen: *ob. cit.*, p. 165; FUENTESECA, P.: *Líneas generales de la fiducia cum creditore en Derecho romano de obligaciones*, Ed. Centro de estudios de Ramón Areces, Madrid, 1994, p. 242; NAVARRO MARTORELL, Mariano: *ob. cit.*, p. 28.

¹⁴ CÁMARA LAPUENTE, Sergio: "La fiducia de garantía...", *ob. cit.*, p. 165.

Antecedentes históricos del fideicomiso en Latinoamérica

Tras un extenso y dilatado periodo de ausencia la *fiducia* romana cobró vida a través del moderno negocio fiduciario que se formalizó en 1983 en el pandectismo alemán bajo las ideas de Ferdinand Regelsberger¹⁵.

Las bases del moderno negocio fiduciario se asentaron en lo que se ha llamado teoría del doble efecto (transmisión real y obligación personal) en virtud del cual se producía el pleno traspaso de la propiedad al fiduciario, de forma de los bienes se integran en su patrimonio sin separación alguna, con los consiguientes riesgos derivados de tan extrema confianza¹⁶.

Para subsanar precisamente esos inconvenientes, que todavía venían de la *fiducia* pura romana, a los negocios fiduciarios, sólo en algunos ordenamientos, se aplicó años más tarde una nueva construcción jurídica como es la teoría de los patrimonios destinados a un fin, nacido de las ideas de Brinz (1873) y Becker (1886) y que postula la existencia de patrimonios separados del patrimonio general de la persona con un algún propósito específico¹⁷.

¹⁵ Al escudriñar los antecedentes del negocio fiduciario, los autores coinciden en señalar que el negocio fiduciario encuentra su base en la *fiducia* romana. En este sentido: CÁMARA LAPUENTE, Sergio: “Breve Compendio...”, *ob. cit.*, p. 27; DE CASTRO y BRAVO, Federico: *ob. cit.*, p. 406.

¹⁶ Según Regelsberger, considerado como el padre de la construcción jurídica del negocio fiduciario en el pandectismo alemán, el negocio fiduciario: “se caracteriza en que las partes eligen para su fin práctico un negocio jurídico, cuyos efectos jurídicos —como ellas saben— exceden de aquel fin; por ejemplo, transmisión de la propiedad para garantizar un crédito, cesión de un crédito para su cobro. Del negocio fiduciario nace el efecto jurídico correspondiente a su tipo, sin disminución: el fiduciario se hace propietario, acreedor crediticio o cambiario, como si la transmisión lo fuera para otro fin material, pues no existe un derecho de crédito, de propiedad o cambiario limitado a un solo fin. El fiduciario recibe un poder jurídico del que no ha de abusar para fines distintos del presupuesto. Quien transmite le hace confianza de que no lo hará. El aseguramiento jurídico contra el abuso no va más allá de una obligación exigible”. Vid. DE CASTRO y BRAVO, Federico: *ob. cit.*, p. 381. En este sentido también: BETTI, Emilio: *Teoría general del negocio jurídico*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1943, p. 233.

¹⁷ La trascendencia de la teoría de los patrimonios destinados a un fin cobró notable pujanza en ámbito jurídico debido a que con ella se impugnó intensamente la ya consolidada tesis del patrimonio unitario [nacida de Zachariä Von Lingenthal (1808) y difundida por Charles Aubry y Charles-Frédéric Rau (1873)] postulaba que el patrimonio es tan divisible como la personalidad y que cada persona es titular de un solo patrimonio, de forma que no existen patrimonios autónomos sin titular. En oposición a ésta teoría, la teoría de los patrimonios destinados a un fin vino a

La aplicación a los negocios fiduciarios de la teoría de los patrimonios destinados a un fin fue la vía que permitió que el fiduciario sea propietario pleno en función del fin específico buscado por la *fiducia* y sometido al cumplimiento de lo pactado por una obligación personal hacia el fiduciante. De esta manera la redefinición contemporánea de la *fiducia* permitió aplicar la figura en el ámbito comercial y financiero, como ya sucedía con los *trusts* en los países del *common law*.

b) Etapa posterior

Recepción posterior de la institución

Debido a que la *fiducia* fue evolucionando de manera diferente en los ordenamientos, en la actualidad nos encontramos ante una disparidad de esquemas fiduciarios, sin embargo, a grandes trazos, es posible distinguir dos principales tipos de *fiducias*: la *fiducia* pura romana construida sobre las bases de la teoría del doble efecto y la *fiducia* romana corregida o *fiducia atrustada*.

La *fiducia* pura romana construida sobre las bases de la teoría del doble efecto sigue existiendo actualmente en la práctica negocial y jurisprudencial de países como Austria, Bélgica, Francia, Países Bajos o Suiza, así como en el Fuero Nuevo de Navarra¹⁸.

La *fiducia* romana corregida o *fiducia atrustada*, al haber sufrido una redefinición contemporánea a partir de la teoría de los patrimonios de afectación para imitar en sistemas civilistas el funcionamiento del *trust*, actualmente, es entendida como la figura correlativa al *trust* angloamericano en los ordenamientos de derecho civil.

defender la existencia de patrimonios separados del patrimonio general de la persona para un propósito específico.

¹⁸ CÁMARA LAPUENTE, Sergio: "Elementos para una regulación del trust", en GARRIDO MELERO, Martín y FUGARDO ESTIVILL, Josep M. (Coords.), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus Protocolos*, Tomo III, Ed. Bosch, Barcelona, 2005, p. 547.

Antecedentes históricos del fideicomiso en Latinoamérica

La concepción actual de esta *fiducia* ha servido de base y de inspiración para que otros ordenamientos, como los latinoamericanos, procedan a regular *fiducias* y fideicomisos con aproximación al *trust* anglosajón. Como señala Nasarre Aznar, la *fiducia atrustada* o *trust* civilizado “se ha venido adaptando en los ordenamientos de derecho civil tanto con carácter generalista como con carácter financiero, como es el caso de Liechtestein, Argentina, Colombia, Ecuador, Japón, Perú y Rusia”¹⁹.

Cabe precisar asimismo que el término *fiducia* es utilizado ahora para todo lo referido en *trust* debido a que dicho término constituye la traducción más cercana al *trust* angloamericano dentro de los sistemas de tradición romanista²⁰; también este término es empleado como sinónimo de los negocios fiduciarios.

1.2. El *fideicommissum romano*

En la etapa inicial del proceso histórico del *fideicommissum* veremos su origen, definición inicial, estructura, características y primeras clases; y en la etapa posterior su evolución, consolidación y su recepción actual en los ordenamientos jurídicos.

a) Etapa inicial

Origen, definición y funcionalidad

¹⁹ NASARRE AZNAR, Sergio: “La regulación de la fiducia como instrumento con utilidad financiera”, en GARRIDO MELERO, Martín y FUGARDO ESTIVILL, Josep M. (Coords.), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus Protocolos*, Tomo III, Ed. Bosch, Barcelona, 2005, p. 652.

²⁰ CÁMARA LAPUENTE, Sergio: “Breve Compendio...”, *ob. cit.*, p. 28; SERRANO DE NICOLÁS, Ángel: “Estate planning: la planificación de la herencia al margen del testamento (will substitutes)”, en GARRIDO MELERO, Martín y FUGARDO ESTIVILL, Josep M. (Coords.), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus Protocolos*, Tomo III, Ed. Bosch, Barcelona, 2005, p. 494.

El *fideicommissum* nace en el Derecho romano clásico ante la necesidad de eludir la falta de capacidad para suceder de aquella persona a la que el testador quería instituir realmente como heredero²¹.

Con el *fideicommissum* se superaron los inconvenientes del régimen formalista de los legados y también se colmaron las deficiencias que tanto legado como herencia entrañaban ya que permitió favorecer toda clase de disposiciones *mortis causa* a peregrinos, solteros, casados sin hijos y esclavos que carecían de la *testamenti factio*²².

En una aproximación general a la institución se la ha definido como un encargo realizado en virtud de un ruego para que una persona, llamada fiduciaria, haga llegar ciertos bienes después de la muerte del causante, llamado fideicomitente, a un tercero, llamado fideicomisario, dentro los límites de su adquisición²³.

Su etimología naturalmente guarda plena relación con esta definición. El vocablo *fideicommissum* (*fidei* = confianza o lealtad y *commitere* = encargar o encomendar) literalmente alude a un encargo a una persona basado en la confianza.

De esa forma, el *fideicommissum* cumplía un papel importante en el derecho clásico romano debido a que facilitaba la transmisión de la propiedad *mortis causa* a las personas que por una u otra razón carecían de la capacidad legal para ser instituido como heredero o recibir herencia, así ciudadanos y

²¹ RASCÓN, César: *Síntesis de historia e instituciones de Derecho romano*, 3ª Ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2008, p. 354; PANERO GUTIÉRREZ, Ricardo: *ob. cit.*, p. 758.

²² CAMACHO EVANGELISTA, Fermín: *Curso de Derecho Romano*, Ed. Impredisur, Granada, 1990, p. 566; D'ORS: *Derecho romano privado*, 10ª Ed., Ed. Ediciones Universidad de Navarra, Navarra, 2004, p. 464; IGLESIAS, Juan: *ob. cit.*, p. 690.

²³ BOSCH CARRERA, Antoni: *ob. cit.*, p. 569; CÁMARA LAPUENTE, Sergio: "Breve Compendio...", *ob. cit.*, p. 27; DE LA FUENTE HONTAÑÓN, Rosario: *Recepción del fideicomiso de herencia en el Derecho castellano y su expansión a Hispanoamérica*, Anuario Mexicano de Historia del Derecho, Volumen XXII, 2010, p. 368; DE LA FUENTE HONTAÑÓN, Rosario: "Una relectio del jurista peruano Baquijano y Carrillo sobre Legados y Fideicomisos", *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, Volumen XVI, 2004, pp. 261-262; FRITZ SCHULZ: *Derecho Romano Clásico*, Ed. Boch, Barcelona, 1960, p. 301.

Antecedentes históricos del fideicomiso en Latinoamérica

extranjeros podían proteger su patrimonio personal a favor de los fideicomisarios.

Estructura, características y evolución

El *fideicommissum* poseía una estructura simple, en la cual, como se ha visto, aparecen involucrados tres sujetos. El fideicomitente como propietario de la cosa o del bien era quien efectuaba el encargo; el fiduciario quedaba obligado a hacer llegar los bienes al heredero fideicomisario; y el fideicomisario recibía la cosa o el bien al término establecido en el fideicomiso.

Esta estructura acompañaba al *fideicommissum* aún cuando se dejara instituido que el fiduciario adquiriría la herencia o legado con el gravamen de que, finalizado el plazo o cumplida una condición, haga tránsito al fideicomisario y éste luego a otra persona, puesto que se admitía que el fideicomitente supeditara el fideicomiso “a la muerte de otro adquirente, incluso haciendo llamamientos sucesivos, todos ellos suspendidos por una condición o un término, generalmente el diez de la muerte del adquirente anterior”²⁴.

De ahí que el *fideicommissum* se caracterizaba por estar circunscrito al ámbito de la *mortis causa*, siendo esencialmente un acto de disposición jurídica supeditada a la muerte del testador para dar continuidad patrimonial a la familia, y por estar librado a la buena fe del fiduciario ya que el fideicomitente daba el encargo confiando en la buena fe y lealtad del fiduciario²⁵.

Esta figura fiduciaria a lo largo de un periodo de tiempo y de forma paulatina dio paso a diferentes categorías, como el fideicomiso de herencia o

²⁴ BOSCH CARRERA, Antoni: *ob. cit.*, p. 569.

²⁵ PANERO GUTIÉRREZ, Ricardo: *ob. cit.*, p. 758

fideicommissum hereditatis, las *fideicommissarias libertas* y los fideicomisos de familia²⁶.

Aunque inicialmente estaba librado a la buena fe del fiduciario y sólo se basaba en la confianza, en tiempos de Octavio Augusto, el *fideicommissum* dejó de ser una disposición sujeta al cumplimiento de lo pactado por una obligación personal entre las partes, pasó a ser una disposición jurídicamente obligatoria debido a que el emperador Octavio Augusto encomendó el cumplimiento del *fideicommissum* a los Cónsules, otorgándoles para tal fin jurisdicción *extra ordinem*²⁷.

La consolidación del fideicomiso fue mayor tras la creación de una jurisdicción especial para las cuestiones derivadas del fideicomiso —la de los Pretores fideicomisarios— que fue ordenado por el emperador Claudio (41 d.C. – 54 d. C.), y también con la extensión a los fideicomisos de las Leyes Caducarias de Octavio Augusto, que fue dispuesto por el emperador Vespasiano (69 d. C. – 79 d. C.)²⁸.

b) Etapa posterior

Recepción posterior de la institución

²⁶ Cada uno de estos fideicomisos presentaba matices propios: en el fideicomiso de herencia el fideicomitente rogaba al heredero fiduciario que restituya el total de la herencia o una parte de ella al fideicomisario; en la *fideicommissarias libertas* el fideicomitente encargaba al fiduciario que *manumita* a un esclavo, haciéndose el fiduciario en patrono del esclavo *manumitido*; y en el fideicomiso de familia los bienes eran restituidos a las personas indicadas por el testador. Este último fideicomiso ha constituido una de las figuras más importantes de la sustitución fideicomisaria. Vid. DE LA FUENTE HONTAÑÓN, Rosario: “Recepción del fideicomiso...”, *ob. cit.*, p. 368; DUPLÁ MARÍN, M. Teresa: “Fideicommissum hereditatis: hereditatis et fideicommissum (I). Algunas consideraciones sobre su naturaleza jurídica en el Derecho romano”, *La Notaría*, núm. 17, mayo 2005, p. 53; GARCÍA GARRIDO, Manuel J.: *ob. cit.*, pp. 586 y ss.

²⁷ Desde ese entonces, el beneficiario, aun sin disponer de una acción que le permitiera exigir el cumplimiento, podía compeler al fiduciario o persona gravada con el fideicomiso mediante la *cognitio* para que cumpliera el deseo del de *cuius*. Vid. FRITZ SCHULZ: *ob. cit.*, pp. 300 y ss.

²⁸ Sobre la equiparación posterior del *fideicommissum* y los legados llegaron en la época del emperador Justiniano puede consultarse: HERNÁNDEZ-TEJERO, Francisco: *Lecciones de Derecho Romano*, 6ª Ed., Ed. Servicio de Publicaciones, Madrid, 1994, pp. 363 y ss.; BENTANCOURT, Fernando: *ob. cit.*, pp. 544 y ss.

Antecedentes históricos del fideicomiso en Latinoamérica

Aunque el fideicomiso romano ya no experimentó mejores momentos en el Derecho continental debido a que los códigos del siglo XIX ven en el fideicomiso un estorbo para el tráfico y la libertad negocial²⁹, las figuras sucesorias relacionadas con el concepto de fideicomiso fueron incluidos en algunas codificaciones pero con enormes limitaciones en relación a su primitiva configuración y operatividad.

A nivel europeo resulta ilustrativo citar como ejemplo las Compilaciones realizadas ya muy entrado el siglo XX en el Derecho español, donde los compiladores a pesar de que los fideicomisos iban perdiendo arraigo social consideraron necesario establecer su regulación y recogieron ampliamente los fideicomisos en las compilaciones. Así pues, la Compilación del Derecho civil de Cataluña de 1960 recogió el fideicomiso puro y el fideicomiso de sustitución o sustitución fideicomisaria³⁰.

Otro ejemplo lo encontramos en Italia, al que dedicaremos un capítulo posteriormente. El Código Civil italiano de 1865 también acogió el fideicomiso sucesorio como una figura de administración fiduciaria, aunque las posteriores modificaciones que introdujo la Ley N° 151, de 1975 han reformado el fideicomiso conduciéndolo en función de la efectividad de la prestación de servicios de cuidado a personas interdictas.

A nivel latinoamericano, las manifestaciones o variantes del fideicomiso puro o del fideicomiso de sustitución también están presentes en las legislaciones actuales. Como ejemplo de ello podemos citar las legislaciones de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú. Bolivia incorpora el fideicomiso testamentario pero prohibiendo el fideicomiso de sustitución. Colombia y Ecuador adoptan el fideicomiso con algunas variantes y bajo la denominación indistinta de propiedad fiduciaria o fideicomiso. Perú acoge el fideicomiso testamentario y la sustitución fideicomisaria.

²⁹ BOSCH CARRERA, Antoni: *ob. cit.*, p. 571.

³⁰ *Ibid.*, pp. 571-572.

1.3. El *trust* angloamericano

Siguiendo la misma metodología del análisis de la *fiducia* y el *fideicommissum*, en los antecedentes históricos del *trust* distinguiremos también su etapa inicial, donde se asienta su origen, definición, estructura, clases y evolución; y su etapa posterior en la que se produce la expansión de la institución en distintos ordenamientos jurídicos.

a) Etapa inicial

Origen, definición y funcionalidad

La institución del *trust* nace en Inglaterra como repuesta a la necesidad creada por la rigidez del *common law* y del sistema feudal medieval inglés³¹.

Después de la conquista de Inglaterra por los normandos en 1066, se derivó un hecho especial que marcaría a partir de entonces la evolución de derecho inmobiliario inglés. Este hecho fue la organización de la tenencia de la tierra conforme a criterios estrictamente feudales de forma que sólo el Rey era propietario de toda la tierra y los vasallos (*tenants*) únicamente podían tener unos *estates* o pertenencias sobre la tierra por un periodo de tiempo³².

Por cuanto en aquella época no se era propietario de la tierra, para superar esta rigidez del *common law* se ingenió un sistema que dio lugar primero al *use*³³, mediante el cual el titular podía transmitir el *estate*, de acuerdo con

³¹ NASARRE AZNAR, Sergio: *La garantía de los valores hipotecarios*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 733; BARRADA ORELLANA, Reyes: "La responsabilidad del trustee en el *trust* inglés. En particular, las llamadas tracing rules", en GARRIDO MELERO, Martín y NASARRE AZNAR, Sergio (Coords.), *Los Patrimonios Fiduciarios y el Trust*, III Congreso de Derecho Civil Catalán, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 86; GONZÁLEZ BEILFUSS, Cristina: *ob. cit.*, p. 23.

³² Como único propietario de la tierra, el Rey solamente permitía su uso bajo determinadas condiciones a los *tenants* y podía privar al titular del *estate* transmitirla *mortis causa* a sus herederos. *Vid.* GONZÁLEZ BEILFUSS, Cristina: *ob. cit.*, p. 23.

³³ De acuerdo con la descripción que da Chevalier Cheshire, la ayuda a los propietarios oprimidos por los serios límites que el derecho feudal impuso sobre la propiedad vino de la mano los frailes franciscanos. Estos misioneros que vivían en Inglaterra, hacia el año 1230, no podían ser propietarios de bienes de ningún

Antecedentes históricos del fideicomiso en Latinoamérica

la modalidad habitual de transmisión de la tierra, a un amigo de confianza para que los defienda en beneficio de la mujer e hijos menores del titular; y luego al *trust*, donde se seguía el mismo funcionamiento: bajo una relación de confianza, el *settlor* entregaba la propiedad de los bienes al *trustee* instruyendo la realización de un encargo o un fin a favor del beneficiario.

El siguiente paso en el proceso histórico del *trust* fue el reconocimiento de un derecho en equidad sobre la tierra para el beneficiario del *trust*³⁴. Ello vino como remedio a los problemas que se plantearon en el *trust* (a raíz del incumplimiento de lo pactado por parte del *trustee*) y se realizó mediante las resoluciones de los Cancilleres³⁵.

Al resolver los problemas derivados del *trust*, los Cancilleres no negaron que el *trustee*, a quien se había transferido el bien, sea el propietario legal del bien, al contrario, lo reconocían, pero al mismo tiempo afirmaron que tal derecho debería o debió ser usado a favor del *settlor*³⁶, por cuanto el beneficiario comenzó a tener un derecho en equidad sobre la tierra, frente al dominio directo que detentaba el *trustee* como titular legal de la tierra.

Se fue construyendo gradualmente así un sistema independiente del derecho, separado del *common law*, que dio nacimiento a la *equity* o derecho

género, dado que, de acuerdo a sus principios, la absoluta pobreza era el único camino a la salvación. Sin embargo, debido a que incluso el más santo de los hombres no puede vivir sin un techo y un pequeño campo de la cual extraer sus medios de sustento, los benefactores recurrieron al expediente de transferir la propiedad de la tierra a privados, para que éstos la tuvieran y administrarán a favor de los frailes. La propiedad de la tierra venía así transferida a determinadas personas *ad opus dei frati*. El término *opus* se transformó gradualmente en *oes*, luego en *ues*, y finalmente en *use*; así en el lenguaje técnico jurídico se traduce en: cierta persona tiene la tierra para el uso de los frailes. CHEVALIER CHESHIRE, Geoffrey: *Il concetto del "trust" secondo la Common Law inglese*, Ed. Giappichelli, Torino, 1998, pp. 11-12.

³⁴ NASARRE AZNAR, Sergio: "La garantía...", *ob. cit.*, p. 735.

³⁵ Los Cancilleres tenían facultades en el régimen del *Common Law* para solucionar libremente determinados asuntos ajustando sus decisiones a cada caso, por delegación del Rey, ya que éste no podía ocuparse personalmente de todos los reclamos.

³⁶ CHEVALIER CHESHIRE, Geoffrey: *ob. cit.*, pp. 12-13.

en equidad, originando, asimismo, el concepto dualístico de propiedad que es fundamental en el Derecho inglés³⁷.

Las reglas en equidad dictadas por los Cancilleres a finales del siglo XVIII comenzaron a ser tan rígidas y cerradas como del *common law*, de forma que en Inglaterra existía un sistema dual de jurisdicciones: el derecho común y el derecho en equidad, defendidos cada uno por distintas jurisdicciones, hasta que el Parlamento mediante dos *Acts* de 1873 y 1875 abolió la división entre las *Courts of Common Law* y la *Court of Chancery* instaurando una sola jurisdicción para ambos derechos, que no acabaron asimilándose ni influenciándose entre ellos.

El *trust* supone por tanto la mayor y más importante aportación de la *equity*³⁸. Desde aquellos años aparece consagrado como un negocio jurídico en virtud de cual el constituyente, denominado *settlor*, mediante un acto *inter vivos* o *mortis causa*, transfiere al fiduciario, denominado *trustee*, la titularidad legal de una propiedad o derecho, con efecto de que la propiedad legal es adquirida por el *trustee*, quien queda obligado en equidad a administrar la propiedad en interés de los beneficiarios hasta la llegada del momento previsto para la transferencia de la propiedad en su favor³⁹.

Este sencillo esquema del *trust* permitió desarrollar una multitud de negocios en Inglaterra apegados sobre todo al ámbito familiar y sucesorio a fin de asegurar el patrimonio familiar. Mediante el *trust mortis causa* el causante dotaba de facultades al *trustee* para liquidar la herencia y

³⁷ Los principales autores sobre este tema, entre los que se encuentra Morineau, parecen coincidir en que en el tercer periodo proceso histórico del *trust*, que llega hasta finales del siglo XVII, es cuando se inicia el desarrollo del *trust* moderno, y en el cuarto periodo se ingresa al desenvolvimiento del *trust* como institución. MORINEAU, Marta: *ob. cit.*, p. 112.

³⁸ Actualmente, la *equity* se ocupa de materias muy concretas como son las relativas al *trust*. CHEVALIER CHESHIRE, Geoffrey: *ob. cit.*, p. 10; BARRADA ORELLANA, Reyes: *ob. cit.*, p. 86.

³⁹ CHECA MARTÍNEZ, Miguel: *El trust angloamericano en el Derecho español*, Ed. McGrawHill, Madrid, 1998, p. 6; MARTIN SANTIESTEBAN, Sonia: "La figura del *trust* en los Estados Unidos de América. Sus aplicaciones en el derecho de familia", *Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2, Barcelona, 2008, p. 4; MIGLIAZZA, A.: "Legge regolatrice delle successioni per causa di morte", en CIAN, Giorgio e TRABUCCHI, Alberto (coords.), *Comentario al Diritto Italiano della Famiglia*, Vol. 1, Ed. Cedam, Padova, 1992, p. 276.

Antecedentes históricos del fideicomiso en Latinoamérica

gestionar la distribución de sus beneficios. En el ámbito mercantil el *trust* constituía un instrumento ideal para pago de deudas, venta en garantía y otro tipo de operaciones.

Estructura, características y clases

La estructura y el proceso del *trust* anglosajón desde sus inicios y hasta el presente sigue desenvolviéndose de idéntica manera: a través de un acto *inter vivos* o *mortis causa*, de forma onerosa o gratuita, el *settlor* transfería la propiedad legal de los bienes al *trustee* encomendándole su administración o cumplimiento de un propósito en provecho de los beneficiarios⁴⁰.

La originalidad y característica más trascendental del *trust* estriba en la división de la propiedad de los bienes que son objetos del *trust*. Por un lado el *trustee* tiene un derecho de propiedad legal «*legal property*» sobre tales bienes y por otro lado los beneficiarios tienen un derecho en equidad «*legal equitable*».

Cada uno de estos derechos es independiente y de distinto alcance y contenido. Como describe González Beilfuss⁴¹, el *trustee* frente al beneficiario tiene una *fiduciary duty* en virtud de ella tiene el deber de comportarse como lo haría un hombre prudente de negocios respecto a sus propios bienes y ser leal con el beneficiario, de tal forma que ejercite su poder sobre los bienes sólo en función de la satisfacción del derecho del beneficiario sin aprovecharse de su situación o conocimientos o de la información que éste le hubiera facilitado.

El beneficiario en relación con el *trustee* como propietario en equidad del bien únicamente puede exigirle que se sujete a lo pactado en el instrumento del *trust* y a las normas legales aplicables a la institución. No puede dar

⁴⁰ Cabe indicar que en el sistema del Derecho inglés, el acto constitutivo del *trust* no está sujeto a forma alguna, no obstante, el acto dispositivo de transferencia de la propiedad de los bienes al *trustee* por disposición de la *Land Registration Act* de 2002 está sometido a la inscripción registral electrónica que establece el Derecho inglés para la transferencia de inmuebles.

⁴¹ GONZÁLEZ BEILFUSS, Cristina: *ob. cit.*, pp. 30-31.

instrucciones al *trustee* o sugerirle la manera de gestionar el *trust* apartándolo de lo dispuesto en el instrumento ya que infringiría el *trust*, cometería lo que se llama *breach of trust*, del cual el *trustee* sería responsable personalmente.

Constituido el *trust* el *settlor* sale jurídicamente de la relación y el *trustee* frente a terceros es considerado como el verdadero propietario del bien. Actúa en nombre propio ejercitando una serie de facultades y poderes que están estrictamente conectados con el oficio al que es llamado y de los cuales no puede ser privado⁴². Esas facultades son las que expresamente le ha atribuido el *settlor*, las que emanan de la ley y las que se deducen implícitamente del instrumento del *trust*⁴³.

Con el correr del tiempo, en Inglaterra y en los países nacidos en la órbita del *common law* donde el *trust* ingresó de forma inminente emergieron diferentes tipos de *trust* y ya desde 1850, con base la *Trustee Act* del mismo año, se viene distinguiendo tres tipos de *trust*: el *express trust*, que es el constituido expresamente por el *settlor* vía *inter vivos* o *mortis causa*; el *implied trust*, que es el constituido implícitamente en la presunta intención del *settlor*; y el *constructive trust* que es creado jurídicamente para corregir los actos ilícitos para los legítimos titulares de un derecho.

b) Etapa posterior

Recepción posterior de la institución

Las múltiples aplicaciones del *trust* en el campo el financiero, comercial e industrial de los países anglosajones, como Australia, Canadá, Nueva

⁴² El *settlor* puede tener control sobre el *trustee* si se ha reservado esa facultad en el acto de constitución del *trust*. LUPOLI, Maurizio: *L'atto istitutivo di trust con un Formulario*, Giuffrè Editore, Milano, 2005, p. 18.

⁴³ CORSO, Elena: *Trustee e gestione dei beni in trust*, Giuffrè Editore, Milano, 2000, p. 60.

Cabe indicar, en este sentido, que por la gestión realizada en el *trust*, el *trustee* percibe sus honorarios. Es usual que el instrumento de constitución establezca que recibirá sus honorarios aún en caso de *breach of trust*, siempre que no concurriera mala fe de su parte.

Antecedentes históricos del fideicomiso en Latinoamérica

Zelanda, Reino Unido y Estados Unidos⁴⁴, desde hace más de cincuenta años, han ido influyendo notoriamente para que países que son ajenos al *common law* consientan el ingreso del *trust* en su sistema mediante una regulación propia y adaptada del *trust* o a través de la adhesión del Convenio de la Haya de 1985.

Así por ejemplo, en sistemas jurídicos civilistas, como Italia, Países Bajos, Liechtenstein, Luxemburgo, Malta y San Marino, se ha admitido el reconocimiento y circulación de los *trusts* internacionales mediante la adhesión y ratificación del Convenio de la Haya, de 1 de julio de 1985, sobre la Ley aplicable al *trust* y a su reconocimiento, cuyo objetivo es precisamente conseguir la eficacia de los *trusts* en ordenamientos jurídicos donde no están regulados⁴⁵.

En otros sistemas civiles puros y sistemas ajenos al mundo del *common law*, como Liechtenstein y China⁴⁶, se ha procedido a regular el *trust* pero con variaciones y adaptaciones, de tal forma que su incorporación no suponga elementos de rotura en su sistema jurídico. Así, en estos países, el *trustee* deviene propietario de los bienes, se produce una segregación patrimonial para afectar los bienes a la realización del fin buscado, se protege los derechos de los beneficiarios mediante la atribución de derechos

⁴⁴ Sobre los negocios empresariales que se desarrollaron con el *trust* puede consultarse: LAWRENCE, M. Friedman: *A History of American Law*. Ed. Simon y Schuster, 1985, pp. 463 y ss.

⁴⁵ Además de estos países han ratificado también el convenio Australia, Canadá, Chipre, Reino Unido, Francia, y Suecia.

⁴⁶ La Ley sobre el *trust* de la República Popular de China, promulgado por el Decreto N° 50, de 28 de abril de 2001 y en vigor desde el 1 de octubre de 2001, establece en el artículo 2, que por *trust* se entiende a la relación que surge del acto con el que el constituyente, sobre la base de la confianza en el *trustee*, confía a éste último que, en nombre propio, lo administre o disponga según la voluntad del constituyente en el interés del beneficiario o para un fin determinado. A continuación agrega en los artículos 15, 16, y 17, que los bienes que forman objeto del *trust* son distintos de los bienes que pertenecen al constituyente, al *trustee*, y si éste muere, los bienes del *trust* no forman parte de su herencia, ni de los bienes objeto de liquidación. No puede procederse a ejecución forzada sobre los bienes que son objeto del *trust*, salvo excepciones fijadas por la ley. Consultar: SCHIPANI, Sandro e TERRACINA, Giuseppe: *Leggi sul matrimonio, sulle adozioni, sulle successioni, sul trust, sulle garanzie delle obbligazioni*, Giappichelli Editore, Torino, 2003, pp. 87-88.

personales frente al patrimonio o, en su caso, derechos reales frente al *trustee* y terceros.

En los países latinoamericanos, basándose en los elementos propios del *trust* de Estados Unidos, se ha regulado el fideicomiso dotándolo de elementos similares al *trust*. Para no recoger la doble propiedad del *trust* se ha adaptado la figura de tal forma que en el fideicomiso también se produce la separación de propiedad de los bienes del fideicomiso para destinarlos a la realización de su fin, el fiduciario adquiere la propiedad de los bienes y asume la gestión del fideicomiso como *trustee* y el beneficiario tienen derechos reales sobre dicho patrimonio⁴⁷.

Esta globalizada difusión que goza el *trust* no sólo está dando nacimiento de *trust companies* en el ámbito de los grupos bancarios o financieros internacionales, también continúa generando un auténtico interés en los operadores jurídicos por acoger y regular esta institución⁴⁸.

En 1999, a nivel europeo, ya se han dado algunos intentos de proponer una regulación del *trust* mediante la Resolución del Parlamento de 2001 sobre Derecho Contractual Europeo, en los llamados Principios de Derecho Europeo de *Trust* de 1999.

En ordenamientos que aun no lo han recepcionado ya se detectan intentos de introducir dicha institución, fundamentalmente, por razones de orden económico (para atraer capitales o para hacer más expedito las relaciones

⁴⁷ La recepción y adaptación del *trust* en los países latinoamericanos podría ubicarse en la tercera tipología de *trust* que indican Cámara Lapuente y Lupoi. Según estos autores, el *trust* mixto o civilístico, que surge como pura variante del *trust* internacional (nacido en los últimos 12 años sobre la base del Convenio de la Haya de 1985), ha sido insertado en sistemas jurídicos mixtos, civiles y otros sistemas, pero con adaptaciones, de tal forma que ley del *trust* no contienen elementos de rotura respecto al ambiente jurídico al cual pertenecen, por el contrario, tales leyes tiene la característica de adecuar el *trust* del modelo tradicional inglés a las reglas tradicionales de los respectivos ordenamientos. CÁMARA LAPUENTE, Sergio: “Breve Compendio...”, *ob. cit.*, pp. 35-39; LUPOI, Maurizio: “La ratifica della Convenzione dell’Ajs e il trust in Italia: problema e prospettive”, AAVV, en *Il trust nella operatività delle banche italiane*, Bancaria Editrice, Roma, 1998, pp. 13-14.

⁴⁸ En vista de esta gran expansión ya se habla con soltura de la existencia de la “*trust industry*”. Vid. LUPOI, Maurizio: “L’atto istitutivo...”, *ob. cit.*, 2005, p. 14.

Antecedentes históricos del fideicomiso en Latinoamérica

comerciales internacionales con países de posición económica privilegiada) y por la exigencia misma de distintos operadores bancos, empresas y demás agentes económicos del país.

Por citar un ejemplo, en Cataluña, tomando como base la regulación quebequesa del *trust*, se hizo pública en 2003 una propuesta de la regulación de los patrimonios fiduciarios en el Anteproyecto de Ley de regulación de los patrimonios fiduciarios en Cataluña (art. 514-2 Código Civil de Cataluña). En los denominados patrimonios fiduciarios se admite la existencia de patrimonios sin titular, cuya unidad se mantiene por su adscripción a un fin determinado, donde el fiduciario es un mero administrador.

2. La influencia predominante del *trust*

Después de haber examinado el proceso histórico y evolutivo de la *fiducia*, el *fideicommissum* y el *trust*, es ya oportuno intentar matizar más detenidamente, dentro de nuestros límites de competencia, el influjo que han ejercido estas tres instituciones en la regulación del fideicomiso en Latinoamérica.

Es cierto e innegable que tanto la *fiducia* como el *fideicommissum* han influido y servido de base para la regulación del fideicomiso de los países latinoamericanos ya que, como países de tradición romanista, están sólidamente influenciados por el derecho romano, como el resto de los ordenamientos continentales.

De estas figuras fiduciarias, que han venido evolucionado con el tiempo, no sólo se han tomado en cuenta sus esquemas y formas operativas, también se ha extraído de ellas la forma de constitución del actual fideicomiso latinoamericano, como es por acto *inter vivos* y mediante testamento *mortis causa*.

Más es mayor la influencia que ha ejercido el *trust* anglosajón. El trabajo principal del jurista R. Alfaro que fue el que sirvió de base a los legisladores latinoamericanos para regular el fideicomiso tomaba como referente al *trust*

anglosajón⁴⁹. En la exposición de motivos de las primeras leyes de la regulación del fideicomiso en México y en las posteriores leyes del fideicomiso de otros países latinoamericanos se reconoce expresamente que el legislador al regular el fideicomiso se ha inspirado en el *trust*. Corroborando ello, la doctrina reconoce que para interpretar el fideicomiso se acude con frecuencia al estudio jurídico comparativo del *trust*⁵⁰.

De hecho, el influjo predominante del *trust* se constata también en las aplicaciones financieras que la normativa permite realizar a través del fideicomiso. A título de ejemplo, en Argentina, Colombia, Ecuador y Perú, a la regulación general del fideicomiso se ha venido agregando disposiciones específicas para la estructuración por medio del fideicomiso de titularización de activos financieros de idéntico proceso como se realiza en grandes niveles en Estados Unidos, Inglaterra y demás países desarrollados.

Sobre la base de todo lo precedentemente apuntado, seguidamente pasamos a desarrollar el proceso de introducción del fideicomiso en los países de Latinoamérica, cuya regulación tuvo su comienzo primeramente en los ordenamientos de México y Panamá.

3. El fideicomiso en México. Ordenamiento pionero

Viendo la amplia utilidad que tenía el *trust* en los Estados Unidos y tras experimentar primeras utilidades del *trust* como instrumento de garantía de pago de emisiones de bonos para financiar la reconstrucción de los Ferrocarriles Nacionales, el legislador mexicano procedió a transplantar el *trust* angloamericano a su ordenamiento.

⁴⁹ Es interesante transcribir, en este sentido, la descripción que Acosta Romero realiza sobre el influjo del *trust* en las ideas de Alfaro. Así, el autor indica: «Alfaro influido por la institución del *trust*, tanto en Estados Unidos como en Inglaterra, llegó a afirmar que el fideicomiso podía ser constituido por acto *inter vivos* y por testamento y así lo propuso en su proyecto conocido como el fideicomiso, una institución nueva semejante al *trust* del Derecho inglés». ACOSTA ROMERO, Miguel: «Naturaleza Jurídica del Fideicomiso», *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 191-192, Septiembre-Diciembre de 1993, pp. 32-33.

⁵⁰ ACOSTA ROMERO, Miguel: *ob. cit.*, p. 15; VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel: *Doctrina general del fideicomiso*, 2ª Ed., Ed. Porrúa, México, 1982, pp. 97-114.

Antecedentes históricos del fideicomiso en Latinoamérica

La implantación del fideicomiso en México como una versión particular del *trust* se realizó en el curso de dos etapas, con diferente interpretación en cada uno de ellas⁵¹.

En la primera etapa, la Ley de Bancos de Fideicomiso de 1926 definía el fideicomiso como un “mandato irrevocable”⁵². En este año, el legislador mexicano tomó como fuente básica el proyecto legislativo del jurista panameño Ricardo J. Alfaro, que dio paso a la ley del fideicomiso panameño en 1925.

En la segunda etapa, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932 concibe al fideicomiso como un “patrimonio de afectación”. En esta ocasión, el legislador, además de requerir la orientación de tratadistas ingleses y norteamericanos, se inspiró en la obra de Pierre Lepaulle, denominada “De la nature du *trust*”⁵³.

Justificando las causas de la recepción del *trust*, la exposición de motivos de la Ley General de Instituciones de Crédito de 1932 declaró expresamente

⁵¹ Ya en 1905 en México se realizaron toda una serie de valoraciones jurídicas sobre la legislación del fideicomiso a través de dos proyectos de ley: el Proyecto Limantour y Proyecto Creel. El Proyecto Limantour, elaborado por Jorge Vera Estañol, facultaba al Ejecutivo la instauración de una ley que autorizase la constitución de instituciones comerciales encargadas de desempeñar las funciones de agentes fideicomisarios, dicho proyecto fue enviado a la Cámara de Diputados del Congreso el 21 de noviembre de 1905. El Proyecto Creel fue expuesto en la Convención Bancaria celebrada el mes de febrero de 1924.

⁵² En esta primera etapa, la normativa del fideicomiso no estaba bien delimitada, ello provocó confusiones en la práctica del fideicomiso. Para mayor profundidad puede consultarse: BATIZA, Rodolfo: *El fideicomiso*, Ed. Porrúa, México, 1976, p. 114; “Análisis y Recopilación referente al tema de los Fideicomisos Públicos”, CEFP/025/2005, Centro de Estudios de las Finanzas Públicas, a través de la Dirección de Estudios de Presupuesto y Gasto Público, julio de 2005, p. 3.

⁵³ MOLINA PASQUEL, Roberto: “Conferencias sobre fideicomiso, ‘*trust*’ y ‘*equity*’”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 20, Octubre-Diciembre de 1955, pp. 51-52; BATIZA, Rodolfo: “La adopción de instituciones jurídicas ajenas y el derecho comparado. El caso especial del fideicomiso en México”, *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, núm. 23, 1994, pp. 89 y 90; CARRERAS MALDONADO, María: “Naturaleza jurídica de los derechos de la Institución Fiduciaria y el llamado Fideicomiso Testamentario”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 2, mayo-agosto de 1990, p. 13.

Actualmente, en la doctrina se reconoce un valor importante al proyecto legislativo del jurista panameño Ricardo J. Alfaro no sólo por la influencia decisiva que tuvo en la introducción del fideicomiso en México, sino también porque junto a la normativa mexicana de 1926 su trabajo fue importante y decisivo para la regulación de esta institución en toda Latinoamérica.

que “el caudal de los medios y formas de trabajo de la vida económica, se acrecienta con la recepción del *trust* como una operación más, realizable por las instituciones de crédito”.

En esta ley, el legislador mexicano definió el fideicomiso como el contrato en virtud del fideicomiso, el fideicomitente transmite a una institución fiduciaria la propiedad o la titularidad de uno o más bienes o derechos, según sea el caso, para ser destinados a fines lícitos y determinados, encomendando la realización de dichos fines a la propia institución fiduciaria⁵⁴.

Sin recoger la doble propiedad del *trust* estableció el efecto de la separación patrimonial de los bienes del fideicomiso, determinando que los bienes transferidos a título del fideicomiso constituyen un patrimonio separado e independiente del patrimonio personal de las partes, del cual el fiduciario es su titular y administrador y está obligado a gestionar la propiedad en la forma establecida en el contrato y en favor de los fideicomisarios⁵⁵.

Bajo esta configuración jurídica, el fideicomiso en poco tiempo permitió estructurar negocios económicos de diversa finalidad, desde la administración, financiación de actividades productivas e infraestructuras públicas, hasta la intermediación de activos. Como describen algunos autores, el fideicomiso constituía una realidad sólidamente arraigada en México, cuyas aplicaciones se extienden y diversifican en proporción ascendente⁵⁶.

Esta utilidad del fideicomiso, junto al interés que existía en varios países por incorporar nuevas figuras creadas por el desarrollismo económico y el deseo especial por mantener expeditas las relaciones económicas con

⁵⁴ Art. 381 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932.

⁵⁵ Art. 391 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932.

⁵⁶ BATIZA, Rodolfo: “Tres estudios sobre el fideicomiso”, *Instituto Nacional de Derecho Comparado de la Universidad Autónoma de México*, México, 1954, p. 22; DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo: “El fideicomiso en México”, *Revista Podium Notarial*, núm. 32, diciembre de 2005, p. 221.

Antecedentes históricos del fideicomiso en Latinoamérica

Estados Unidos, promovió a que el resto de los países latinoamericanos incorporen el fideicomiso⁵⁷.

3.1. Recepción del fideicomiso en otros países latinoamericanos

Sobre las bases legislativas que asentaron México y Panamá, los siguientes ordenamientos que incorporaron el fideicomiso fueron Bolivia (1928), Puerto Rico (1930), Perú (1931), Venezuela (1956), Costa Rica (1964) y Colombia (1971).

En el resto de los países, la regulación del fideicomiso ha seguido un proceso progresivo y actualmente esta institución tiene una marcada presencia en dieciocho países de Latinoamérica.

De forma sintetizada, la relación de las fuentes legislativas que regulan el fideicomiso en los distintos países es la siguiente:

- Argentina: Ley N° 24441, de 22/12/1994, de Financiación de la vivienda y construcción;
- Bolivia: Código de Comercio, aprobado por el D.L. N° 14379, de 25/02/1977, La Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras;
- Brasil: Código Civil, modificado por la Ley N° 10406, de 10/01/2002;
- Costa Rica: Código de Comercio. Ley N° 3284, de 30/04/1964, Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, Ley N° 1644, de 25/09/1953;
- Chile: Código Civil, DFL-1, de 16/05/2000;
- Colombia: Código de Comercio, aprobado por el D.L. N° 410, de 27/03/1971;
- República Dominicana: Ley Monetaria y Financiera. Ley N° 183/02;
- Ecuador: Ley N° 107, de Mercado de Valores, de 23/07/1998; Reglamento General de la Ley de Mercado de Valores, de 14/12/1998;
- El Salvador: Código de Comercio. D.L. N° 671, de 31/07/1970;

⁵⁷ CLADERA, J. José: *Fideicomiso*, Ed. Documentos de la Asociación Bancaria de Uruguay, octubre de 2003, p. 1; GOLDSCHIMDT, Roberto: "El fideicomiso en la reciente legislación venezolana", *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, núm. 29, mayo-agosto de 1957, p. 10.

- Guatemala: Código de Comercio. Decreto 2/70, de 28/01/1970;
- Honduras: Código de Comercio. Norma N° 73-50, de 16/02/1950; Ley del Mercado de Valores. Decreto N° 8/2001, de 20/02/2001;
- México: Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, de 26/08/1932;
- Panamá: Ley N° 1, de 05/01/1984; Ley 6/2005; Decreto Ejecutivo N° 16, de 03/10/1984;
- Paraguay: Negocios Fiduciarios. Ley N° 921, de 09/04/1996;
- Perú: Ley N° 26702, de 6 de diciembre de 1996, el Texto Único Ordenado de la Ley de Mercado de Valores. D.L. N° 861, de 22/10/1996;
- Uruguay: Normas sobre el fideicomiso. Ley N° 17703, de 04/11/2003, Registro de fideicomisos y fiduciarios. Decreto N° 516, de 18/12/2003; y
- Venezuela: Ley de fideicomisos, de 17/08/1956, Ley General de Bancos, aprobado por el Decreto N° 1.526, de 13/11/2001.

Si bien es cierto que cada país ha ido estableciendo una regulación que dota al fideicomiso de ciertas particularidades propias, como es el caso de las legislaciones de Brasil y Ecuador⁵⁸, en el fideicomiso encontramos un denominador común, unos caracteres que son comunes a todos ellos.

3.2. Elementos característicos del fideicomiso

Desde un punto de vista muy general, y no estrictamente interno, es posible describir como elementos característicos del fideicomiso los siguientes:

a) El fideicomiso se constituye por contrato y por testamento

En los países latinoamericanos, el fideicomiso nace de un contrato celebrado entre el fideicomitente y el fiduciario, al que puede añadirse el beneficiario⁵⁹. En este sentido las distintas legislaciones establecen, en términos más o menos idénticos, que en virtud del contrato de fideicomiso

⁵⁸ La legislación de Brasil fragmenta el tratamiento jurídico de esta institución en varios regímenes diferentes y la legislación del Ecuador atribuye personalidad jurídica al fideicomiso.

⁵⁹ GÓMEZ LARA, Cipriano: "Aspectos teóricos y prácticos de los fideicomisos", en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 85-86, enero-junio, 1972, p. 175.

Antecedentes históricos del fideicomiso en Latinoamérica

el fideicomitente transfiere uno o más bienes al fiduciario, con el encargo de que los administre o enajene y con el producto de su actividad cumpla una finalidad establecida por el constituyente, a favor del beneficiario⁶⁰.

Sólo el fideicomiso *mortis causa* se constituye por acto unilateral (testamento).

b) La relación jurídica de las partes se sustancia en una relación de confianza

La confianza, la «*fides*» del fideicomitente en la gestión encomendada al fiduciario es el fundamento principal en que se sustancia todo el negocio del fideicomiso. Este elemento subjetivo de confianza es la base del fideicomiso. El fideicomitente transfiere los bienes confiando en que el fiduciario cumplirá lealmente el fin que le ha sido encomendado (confianza personal), de manera diligente y profesional (confianza técnica).

c) Posee una estructura flexible y es destinado a una finalidad

El fideicomiso está dotado de una estructura de incomparable flexibilidad que permite diseñar y llevar a cabo diferentes operaciones o negocios, de forma transparente y segura. Es por esta razón que ésta institución tiene amplia difusión y aplicación en el ámbito comercial, bancario y financiero de la mayoría de los países de Latinoamérica.

Sobresale en el fideicomiso un carácter finalista debido a que por norma general es constituido para realizar una determinada finalidad y todo el negocio se sustancia en función de esa finalidad lícita y posible de realizar.

d) Los bienes del fideicomiso constituyen un patrimonio autónomo

⁶⁰ Art. 1 de la Ley 24441 (Argentina); Art. 1409 Código de Comercio (Bolivia); Art. 1226 Código de Comercio (Colombia); Art. 633 (Costa Rica) Art. 1233 del Código de Comercio (El Salvador); Art. 777 del Decreto 2-70 (Guatemala); Art. 1033 Código de Comercio (Honduras); Art. 381 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (México); Art. 15 de la Ley 1 de 1984 (Panamá); Art. 1 de la Ley 921 de (Paraguay); Art. 241 de la Ley 26702 (Perú); Art. 1 de la Ley 17703 (Uruguay); Art. 1 de la Ley de fideicomisos de 1956 (Venezuela).

Esta es la característica principal y sustancial del fideicomiso. Los bienes transferidos en el fideicomiso constituyen un patrimonio autónomo, denominado en algunos países como patrimonio separado o propiedad fiduciaria, que se encuentra separado del patrimonio personal de las partes y es afectado exclusivamente para la realización del fin del fideicomiso por lo que no responde por obligaciones ajenas, sino sólo por las contraídas en el desarrollo de su finalidad⁶¹.

Las distintas legislaciones latinoamericanas, en este sentido, consagran el carácter independiente y separado del patrimonio autónomo, obligando al fiduciario a llevar una contabilidad separada para cada patrimonio autónomo y prohibiendo al mismo tiempo mezclar el patrimonio de un fideicomiso con otros correspondientes a otros fideicomisos que administra.

f) La gestión del fideicomiso es realizada por entidades bancarias

La función de fiduciario, por regla general, está reservada para entidades bancarias y sociedades especializadas en el manejo de fideicomisos y operaciones de esta naturaleza, que cuentan con la debida autorización para su funcionamiento. De esta manera, la gestión del fideicomiso sólo puede ser desarrollado por entidades financieras especializadas en el manejo de este tipo de negocios.

3.3. Notas comunes y diferenciales entre el fideicomiso y el trust

Está claro que el legislador latinoamericano ha regulado el fideicomiso dotándole de altas dosis de flexibilidad de tal forma que permita y posibilite realizar las más variadas finalidades y funciones como permite hacer el

⁶¹ Esta peculiar configuración jurídica del patrimonio autónomo o propiedad fiduciaria ha llevado a que un gran sector de los tratadistas que estudian la materia se detenga a analizar, sobretodo, en el por qué de la estructura especial de este patrimonio que hace que se distinga de los demás patrimonios clásicos del derecho civil. El estudio ha dado lugar a la existencia de distintas teorías cuyo análisis permite constatar las dificultades para encontrar una posición unánime de los autores sobre la naturaleza jurídica de la propiedad fiduciaria. KIPER, M. Claudio y LISOPRAWSKI, V. Silvio: *Tratado de Fideicomiso*, 2^a Ed., Ed. Despalma, Buenos Aires, 2005, 149-158, por ejemplo, citan la teoría de Navarro Martorell, teoría de Carregal, teoría de Domínguez, teoría del patrimonio sin sujeto titular, teoría del patrimonio autónomo, y otros más.

Antecedentes históricos del fideicomiso en Latinoamérica

trust. De ahí que es un mecanismo práctico para gestionar negocios de diversa finalidad dentro el ámbito privado como en el público⁶².

El mecanismo procedimental y los efectos derivados de la constitución del fideicomiso comparten evidentes semejanzas con los que tienen lugar en el *trust*, puesto que en el fideicomiso, como sucede también en el *trust*, el fideicomitente transfiere la propiedad de determinados bienes o derechos a un fiduciario para el cumplimiento de una determinada finalidad en provecho de un beneficiario.

Como efecto inmediato de la constitución del fideicomiso, los bienes transferidos al fiduciario permanecen separados del patrimonio personal del fideicomitente, fiduciario y beneficiario, quedando afectados para la realización de la finalidad que se pretende lograr con el fideicomiso. El fiduciario adquiere la titularidad de los bienes, pero sólo puede ejercitarla en función de la finalidad del fideicomiso. El patrimonio del fideicomiso sólo responde por las obligaciones que el fiduciario ha contraído en el desarrollo del encargo que le ha sido confiado. Para la protección de los derechos del beneficiario, se reconoce a los beneficiarios derechos reales sobre dicho patrimonio.

De otra parte, todo el negocio del fideicomiso (desde la constitución, transferencia de los bienes, gestión encomendada, devolución de los bienes al final del fideicomiso) se sustancia dentro una relación de especial confianza entre el fideicomitente y el fiduciario, como ocurre con el *settlor* y el *trustee*. El fiduciario se encarga de administrar los bienes de la mejor

⁶² Los profesionales de los negocios de la banca, en este sentido, coinciden en que el fideicomiso es efectivamente una figura que ofrece diversificadas respuestas a la sociedad. Así, en palabras de Almoño y Calgano el fideicomiso “constituye una herramienta eficaz como vehiculo de canalización de inversiones, permitiendo el financiamiento de empresas o emprendimientos a través de su participación en el mercado de capitales”. ALMOÑO, Hugo y CALCAGNO, Gabriel: *Los fideicomisos en la República Argentina. Mecanismo alternativo a la financiación tradicional*, Ed. CEO Argentina, núm. 6, 2007, p. 13. En sintonía con lo anterior, Tortorella alude que “el fideicomiso financiero en los últimos tiempos se ha convertido en la figura necesaria para aquellas PyMÉs que tienen posibilidades ciertas de ingresar al negocio exportador” TORTORELLA, César: “Fideicomisos productivos”, *Revista Leopyme del Instituto de la Pequeña y Mediana Empresa de la Asociación de Bancos Públicos y Privados de la República Argentina*, núm. 29, marzo de 2003, p. 13.

forma posible en interés del beneficiario y con el objetivo de alcanzar el propósito para el que ha sido constituido el fideicomiso.

Lógicamente cabe reconocer que así como es cierto que el fideicomiso es funcionalmente equiparable con el *trust* y comparte en gran medida rasgos comunes con dicha institución extranjera, así también es cierto que entre ambas figuras todavía subsisten características diferenciadas.

Al tratarse el *trust* de una institución extranjera que procede de una cultura y una realidad social diferente a la de los países latinoamericanos, resulta obvio que en el fideicomiso actual, además de elementos comunes, también existan notas diferenciales.

Es por ello que al hablar comparativamente del fideicomiso y del *trust* se hace énfasis, con frecuencia, en la adaptación del *trust* a los sistemas continentales por la imposibilidad de concebir en el sistema una doble propiedad, como el que se produce en el *trust*, por la rigurosidad del carácter unitario y absoluto del derecho de propiedad que conciben los ordenamientos de cuño romanista⁶³.

Como ponía de relieve Bolgar ya en 1953 (citado por Neri): “*the basic obstacles, aside from the existence of domestic civil law institutions analogous to trusts, are: first and chiefly, that the principle of indivision of property, supposed to be fundamental in the Roma legal system and therefore presumptively also modern civil law, precludes acceptance of an institution, such as that of the trust, by which property is divided into legal and equitable rights; and secondarily, that the principle of registration of interests in property necessitates a numerus clausus of rights in rem, limited to the categories received in the modern codes and not including even traditional rights involved in fiduciary arrangements*”⁶⁴.

⁶³ IGLESIAS, Román y MORINEAU, Marta: “La influencia del derecho romano en el derecho civil mexicano: los códigos civiles de 1870, 1884 y 1928”, *Revista de Derecho Privado*, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, núm. 7, México, 1992, p. 51.

⁶⁴ V. BOLGAR: Why no Trust in the Civil Law?, 2 Am. Journ. Comp. Law, 1953, pp. 204 y ss., citado por NERI, Arianna: *Il trust e la tutela del beneficiario*, Ed. Cedam,

Antecedentes históricos del fideicomiso en Latinoamérica

En este entendido, desde una perspectiva general, es posible establecer las siguientes notas diferenciales:

- el fideicomiso nace en esencia de un contrato, el *trust* anglosajón nace por acto unilateral;
- en el fideicomiso sólo pueden ser fiduciarios las entidades financieras, en el *trust* pueden cumplir el rol de *trustee* tanto personas físicas como entidades financieras y compañías;
- en el fideicomiso no se produce técnicamente la división de la propiedad del bien como sucede en el *trust* y que es su característica principal, pero si la separación patrimonial de los bienes del fideicomiso y de las partes;
- en el fideicomiso el fideicomitente no puede ser al mismo tiempo el fiduciario, en el *trust* el *settlor* puede designarse como *trustee*;
- en el fideicomiso el fiduciario no puede ser beneficiario, en el *trust* el *trustee* puede ser uno de los beneficiarios pero no el único; y
- en el fideicomiso se exige que la finalidad sea lícita y posible de realizar, en el *trust* se exige las tres certezas: la intención del *settlor* de transferir el patrimonio al *trustee*, la identificación de los bienes del *trust*, y la determinación de quienes son los beneficiarios.

Las diferencias entre el fideicomiso y el *trust* que acabamos de mencionar, a nuestro modo de ver, no suponen límites ni tampoco influyen de manera determinante en el fideicomiso, ya que con este contrato puede gestionarse distintos negocios y operaciones como permite hacer el *trust*⁶⁵.

Padova, 2005, pp. 3-4. La traducción de texto citado vendría a ser el siguiente: “los obstáculos principales, aparte de la existencia de instituciones nacionales de derecho civil análogos al *trusts*, son: en primer lugar y principalmente, que el principio de la indivisión de los bienes, supuesto fundamental en el sistema legal continental y por lo tanto presuntamente también del derecho civil moderno, excluye la aceptación de una institución, como el del *trust*, por el cual la propiedad se divide en los derechos legales y equitativos; y segundo, que el principio de registro de intereses en la propiedad requiere un *numerus clausus* de derechos reales, limitadas a las categorías recibidas en los códigos modernos y no incluyendo derechos tradicionales relacionados a los acuerdos fiduciarios”.

⁶⁵ Es por esta razón que el fideicomiso, como señala Dávalos, es un contrato relativamente fácil de explicar y entender, pero al mismo tiempo es difícil de ubicarlo de manera técnica en los cuadros legales tradicionales. Vid, DÁVALOS

Tesis Doctoral

Insistimos, ambas instituciones son funcionalmente equiparables y semejantes en cuanto a su operatividad y efectos posteriores debido a que el fideicomiso, al igual que el *trust*: a) puede ser empleado para la consecución de variados negocios *inter vivos* y *mortis causa*; b) se sustancia dentro de una relación jurídica basada en la confianza entre las partes; y c) lo principal, en el fideicomiso se produce la segregación de los bienes.

De ahí que el éxito de su utilización, en comparación a otras figuras, radica, como puntualiza Urquizu Cavallé, en “la flexibilidad de su estructura, transparencia y seguridad de las operaciones y la separación del patrimonio del fideicomiso de los patrimonios personales del fiduciario, de los fiduciantes y de los beneficiarios”⁶⁶.

Sin ir muy lejos, el paralelismo existente entre el fideicomiso y el *trust* ha propiciado en el ámbito lingüístico que juristas lingüistas y traductores sugieran que el término *trust* sea traducido en español como fideicomiso por ser su equivalente⁶⁷. Si bien esto es compartido por traductores de reconocida presencia internacional, como es la Dirección General de Traducción de la Unión Europea, por la amplitud del concepto jurídico del *trust*, se recomienda que es preferible no traducirlo, sino simplemente referirse a él por su nombre en el idioma inglés⁶⁸.

MEJÍA, Carlos Felipe: *Derecho Bancario y Contratos de Crédito*, 2ª Ed. Tomo II, Ed. Harla, México 1992, p. 369.

⁶⁶ URQUIZU CAVALLÉ, Ángel: “Tributación de las rentas derivadas de fideicomisos latinoamericanos cuando los beneficiarios sean residentes en España”, *Crónica tributaria*, núm. 136, 2010, p. 184.

⁶⁷ A título de ejemplo, dos de los diccionarios bilingües más reputados en materia jurídica como son el “Diccionario de Términos Jurídicos” de Alcaraz Varó y el “Legal Dictionary Englishspanish-Spanishenglish” de Kaplan, traducen el término *trust* como fideicomiso, fiducia. Vid. ALCARAZ VARÓ, Enrique y HUGHES, Brian: *Diccionario de Términos Jurídicos*, 5ª Ed. Ed. Ariel, Barcelona, 2000, p. 548; KAPLAN, M. Steven: *Legal Dictionary Englishspanish-Spanishenglish*, Ed. Wolters Kluwer, The Netherlands, 2008, p. 683.

⁶⁸ DEFERRARI, David José: “«Trusts» y fideicomisos: un paradigma de las dificultades del uso de préstamos, calcos y neologismos en la traducción jurídica al español”, *Actas del Congreso de Almagro*, edición 2001, pp. 173-174; GARCÍA SORIANO, Mónica: “Trust y fideicomiso”, *Revista Punto y Coma*, núm. 94, septiembre/octubre de 2005, pp. 4-5.

Antecedentes históricos del fideicomiso en Latinoamérica

4. Consideraciones finales

1. La *fiducia* romana nació y se desarrolló en la época clásica como un negocio formal circunscrito al ámbito de los negocios *inter vivos* que podía ser empleado para fines de gestión «*fiducia cum amico*» y fines de garantía «*fiducia cum creditore*».

Después de entrar en decadencia y ser sustituida por el mandato, el depósito y la prenda, ésta institución evolucionó en los modernos negocios fiduciarios y, más tarde, volvió a ser redefinida para aplicarle la estructura de los patrimonios de afectación. De esta concepción moderna de la *fiducia* se ha nutrido el fideicomiso que se regula en los países latinoamericanos.

2. El fideicomiso romano desde su origen estaba circunscrito estrictamente al ámbito de la *mortis causa*. A lo largo del tiempo ha ido gestado diversas clases de fideicomisos y pese a que los códigos del siglo XIX acogieron los fideicomisos con enormes limitaciones, los fideicomisos sucesorios están presentes actualmente en distintos ordenamientos latinoamericanos, como Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú.

3. En el Derecho inglés, la *fiducia* romana inició un desarrollo autónomo a partir de la edad media ya que fue a través del *use* que se realizaron negocios similares como los que se hacían con la *fiducia*. El *use* en Inglaterra también se constituía por acto *inter vivos* o por disposiciones de última voluntad y su finalidad más difundida era la de lograr la transmisión de bienes a personas que por el *common law* no estaban posibilitadas de recibirlos. Con el tiempo el *use* gestó el nacimiento del *trust*.

4. El *trust* está consagrado como un negocio jurídico en virtud de cual el *settlor*, mediante un acto *inter vivos* o *mortis causa*, transfiere al *trustee*, la titularidad legal de una propiedad o derecho, instruyendo la realización de un encargo o un fin a favor del beneficiario.

Su característica más trascendental estriba en la división de la propiedad de los bienes del *trust* ya que, por un lado, el *trustee* tiene un derecho de propiedad legal sobre tales bienes, y por otro lado, el beneficiario tiene un

derecho en equidad. Cada uno de estos derechos son independientes y de distinto alcance.

5. Tanto la *fiducia*, el *fideicommissum* como el *trust* anglosajón constituyen los principales antecedentes del fideicomiso en Latinoamérica ya que partiendo de las bases modernas de estas instituciones romanas y tomando como referente el *trust* anglosajón el legislador ha regulado el fideicomiso con características y mecanismos funcionales que comparten mayor semejanza con el *trust*.

6. La regulación del fideicomiso en Latinoamérica tuvo su comienzo en México y simultáneamente en Panamá. El legislador mexicano observando la aplicabilidad y utilidad que tenía el *trust* en Estados Unidos procedió a regular el fideicomiso en México recogiendo los rasgos y mecanismos del *trust*, para que con el fideicomiso sea posible desarrollar funciones análogas.

Es por esta razón que se destaca que el fideicomiso ha sido regulado como una nueva versión del *trust* para no recoger la doble propiedad del *trust* ni la doble jurisdicción, lo cual sería imposible llevar a la práctica en los sistemas jurídicos latinoamericanos.

7. Partiendo de los cimientos legislativos que asentaron México y Panamá sobre el fideicomiso, a partir de 1925 el fideicomiso gradualmente ha venido siendo regulado en los distintos países de Latinoamérica y actualmente está presente en dieciocho países latinoamericanos.

8. Cada ordenamiento dota al fideicomiso de notas generales y comunes de cualquier tipo de fideicomiso que se practica en Latinoamérica, no obstante, se acentúan también ciertas particularidades propias que varían respecto a otros fideicomisos.

Desde un punto de vista general, los elementos comunes de los fideicomisos vienen a ser los siguientes:

- el fideicomiso se constituye por contrato y también por testamento;

Antecedentes históricos del fideicomiso en Latinoamérica

- en el fideicomiso se transfiere la propiedad de bienes o derechos para el cumplimiento de una determinada finalidad lícita y posible de realizar;
- el efecto principal del fideicomiso es la separación del patrimonio del fideicomiso de los patrimonios personales del fideicomitente, fiduciario y beneficiario, para su afectación exclusiva a la consecución del fin del fideicomiso; y
- el rol de fiduciario está reservado para las entidades bancarias y sociedades especializadas en negocios de esta naturaleza.

9. En la doctrina actual se reconoce que los antecedentes del fideicomiso se encuentran en las instituciones romanas de *fiducia* y *fideicommissum*, más se pondera el influjo del *trust* anglosajón, porque los primeros estudios y tratados que sirvieron de base al legislador latinoamericano para regular el fideicomiso tomaban como referencia al *trust* anglosajón.

Esto es corroborado actualmente por las declaraciones expresas que las mismas legislaciones exponen sobre la influencia del *trust* al momento de justificar la introducción del fideicomiso en su ordenamiento.

10. Como instrumento flexible y versátil, el fideicomiso permite estructurar una variedad de negocios así como desarrollar funcionalidades análogas al *trust*. Sus aplicaciones en el ámbito financiero son muchas, ya que constituye un mecanismo práctico para gestionar un gran volumen de negocios de inversión, titularización de activos, ejecución de proyectos inmobiliarios de pequeña, mediana o gran envergadura, canalización de crédito a particulares y empresas.

Se trata efectivamente de un instrumento adecuado por el que las personas, sociedades, empresas e instituciones públicas pueden efectuar la disposición de bienes o derechos para la consecución de variadas finalidades, de manera sencilla, transparente y segura.

CAPÍTULO II

EL FIDEICOMISO EN BOLIVIA

1. El fideicomiso y su estructura general

1.1. Introducción

En el ordenamiento jurídico boliviano, el fideicomiso encuentra sus antecedentes legislativos en la primera Ley General de Bancos, de 11 de julio de 1928, la cual mencionó explícitamente al fideicomiso en su artículo 55, sin ingresar a reglamentar su funcionamiento.

Después de más de cuarenta años de vigencia de la Ley General de Bancos, fue el Código de Comercio de 25 de febrero de 1977, aprobado mediante Decreto Ley 14379/1977, que reguló formalmente el fideicomiso como un contrato bancario por el cual se transfiere bienes a un banco para la realización de un fin determinado a favor de uno o más beneficiarios.

A pesar de que la regulación del fideicomiso estuvo vigente desde 1977, es recién en 1995 donde el desarrollo de la figura comenzó a mostrarse con notoriedad, ya que fue en ese año que el Estado nacional constituyó por primera vez fideicomisos, y a partir de ahí viene participando activamente en fideicomisos públicos, ya sea para la obtención de financiamiento, la construcción de infraestructuras públicas, ejecución de proyectos públicos, u otros fines en pos de atender las necesidades principales del país.

Hoy en día tanto las personas físicas como las jurídicas, públicas o privadas, emplean el contrato de fideicomiso⁶⁹, atraídos especialmente por la configuración especial que adquieren los bienes transferidos al fideicomiso, ya que estos pasan a constituir un patrimonio autónomo cuya estructura ubica a dicho patrimonio en una posición de «patrimonio intangible» de tal forma que queda alejado de las amenazas legales de

⁶⁹ Sólo hasta el 31 de diciembre del 2007 ya se registraba la suma de 436,22 millones de dólares en patrimonios fideicomitidos. Según el cuadro de Estadísticas Fiduciarias de FELEBAN - COLAFI. [Fecha de consulta: 12 de diciembre de 2010]. Disponible en: «<http://www.felaban.com/archivos>».

El fideicomiso en Bolivia

terceros por encontrarse separado solamente para el cumplimiento del fin del fideicomiso.

Esta característica peculiar y diferenciadora del fideicomiso, junto con las otras virtudes que posee, continúa llevando a la utilización de esta figura por la seguridad y respaldo añadido que brinda al logro del fin pretendido por las partes, razón por el cual no deja de ser valorada como un instrumento válido para el diseño de todo tipo de negocios.

Antes de centrarnos en el análisis de las particularidades del fideicomiso y su estructura general, nos detendremos brevemente en dos aspectos primordiales de la institución:

- el reconocimiento de la influencia que ha ejercido la institución anglosajona del *trust* en la regulación del fideicomiso (influencia del *trust*); y
- el articulado de normas y disposiciones que actualmente regulan la operatividad y desarrollo del fideicomiso y sus distintas tipologías (normativa).

a) Influencia del *trust*

En los escasos estudios realizados sobre el fideicomiso en Bolivia, la proximidad de la estructura funcional que presenta el fideicomiso en relación con el *trust* anglosajón ha llevado a sostener a algunos autores que los antecedentes históricos del fideicomiso regulado en el Código de Comercio, encuentra su fuente en el *trust* del derecho anglosajón⁷⁰.

Esta cercanía o parecido entre ambas instituciones se explicaría en que el fideicomiso regulado en el Código de Comercio introdujo un esquema fiduciario cercano al *trust* anglosajón en virtud a que concibe el fideicomiso como un modo de disposición de la propiedad que sujeta los bienes a una finalidad determinada en beneficio de una o varias personas distintas de la que recibe la propiedad.

⁷⁰ CAMARGO MARIN, Víctor: *Derecho Comercial Boliviano*, Ed. Gráficas Thunupa, La Paz, Bolivia, 1998, p. 515.

Así, permite instrumentar actos *inter vivos* en vida del fideicomitente y también disposiciones de última voluntad, a objeto de articular la asignación de las utilidades económicas que se derivan de estos bienes conforme a la voluntad de su propietario y con efectos proyectados hacia el futuro.

Mayor fundamento y respaldo sobre la influencia que ha desplegado el *trust* en la regulación del fideicomiso en el país lo encontramos en las recomendaciones que la Comisión Misión Kemmerer presentó al supremo gobierno en el año 1927. Obsérvese que en los Proyectos e Informes presentados por la Comisión se recomendaba que una comisión de abogados bien calificada realice un estudio bien concienzudo de las leyes concernientes a fideicomisos de los principales estados de los Estados Unidos y algunos países de Europa y América del Sur para preparar y presentar al Congreso un proyecto de ley semejante⁷¹.

Ello constata aún más que el fideicomiso incorporado en la normativa boliviana es una figura jurídica que ha sido inspirada en la institución del *trust* anglosajón.

b) Normativa

El marco legal en que se desarrollan las operaciones de fideicomiso se encuentra preceptuado en distintos cuerpos legales, siendo fuente legislativa principal el Código de Comercio de Bolivia (CCB) de 25 de febrero de 1977, aprobada mediante Decreto Ley 14379/1977.

En concordancia con las previsiones dispuestas en el (CCB), la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras (RNBEF) establece el

⁷¹ “La Misión Kemmerer en Bolivia. Proyectos e Informes”, edición oficialmente autorizada por el Dr. Francisco Mendoza, Ed. Libreros Editores, La Paz, Bolivia, 1927, p. 48. La Comisión Misión Kemmerer después de una investigación cuidadosa destacó también que los bancos son generalmente las instituciones mejor informadas y más experimentadas en cuanto a inversiones, cuidado de fondos, administración de fincas y preparación de informes y documentos financieros y están en consecuencia bien calificados para actuar en capacidades bien definidas de fideicomiso.

El fideicomiso en Bolivia

Reglamento de funcionamiento de los fideicomisos⁷². Igualmente, los compilados de la Ley 1670, de 31 de octubre de 1995, del Banco Central de Bolivia, Ley 1488, de 14 de abril de 1993, de Bancos y Entidades Financieras, y el Código Civil de Bolivia (CCvB), aprobado mediante Decreto Ley 12760, prevén normas del fideicomiso aunque de forma subordinada.

En el CCB, el fideicomiso ha sido incorporado como uno más de los contratos bancarios, por lo que su regulación solamente abarca a los artículos 1409 hasta 1427 de la Sección III. Título VII del Libro III del citado compilado. Con la legislación de este articulado, el legislador boliviano parece haber pretendido dotar al fideicomiso, de normas que instrumenten su constitución, forma legal, características y demás requisitos necesarios para su cabal aplicación.

Las disposiciones contenidas en estos dieciocho artículos constatan que esto efectivamente así es, puesto que el redactado legal comienza describiendo, de forma general, las instrucciones que deben seguirse en la constitución del fideicomiso, la particular configuración del patrimonio autónomo, las facultades que detenta el fideicomitente, el nombramiento y atribuciones del fiduciario, los derechos que asisten a los beneficiarios del fideicomiso así como las acciones que pueden instaurar los acreedores del beneficiario, los fideicomisos que se encuentran prohibidos por mandato de ley, las remuneraciones del fiduciario, las causas de extinción, y los efectos de la terminación del negocio en fideicomiso.

Para reglamentar las operaciones en fideicomiso la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras⁷³ (SBEF), con las atribuciones conferidas por la Ley 1488, de 14 abril de 1993, y demás disposiciones conexas, ha

⁷² Modificado por última vez por la Circular SB/597/2008.

⁷³ Por disposición del artículo 137 del Decreto Supremo N° 29894 de 7 de febrero de 2009, la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras pasó a denominarse como Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI) de Bolivia y asumió las funciones y atribuciones de esta. Actualmente la ASFI se constituye en una institución técnica, de derecho público y con jurisdicción en todo el territorio nacional, encargada de regular y supervisar a todas las entidades que realizan actividades de intermediación financiera, de valores y de seguros.

procedido a recopilar el “Reglamento del Fideicomiso”, siendo éste incorporado en el Título I, Capítulo I, Sección 6 de la RNBEF⁷⁴.

Toda la reglamentación del fideicomiso viene distribuida en trece artículos. Las previsiones contenidas en los citados preceptos establecen, de forma específica, todas las instrucciones que deben cumplir estrictamente aquellas entidades financieras que tengan por finalidad realizar las operaciones de fideicomiso. Se especifica, por un lado, el alcance de las facultades, obligaciones y prohibiciones a las que se encuentran sometidas las entidades de intermediación financiera que participan en fideicomisos.

Al margen de la regulación contenida en el CCB y en la RNBEF, el CCvB prevé mínimas disposiciones relativas al fideicomiso que regulan concretamente la constitución del fideicomiso testamentario (por remisión del artículo 1411 del CCB), las causas de extinción (por remisión del artículo 1421 del CCB), y el mandato (por remisión del artículo 1427 del CCB).

De la misma manera, la Ley 1670, de 31 de octubre de 1995, del Banco Central de Bolivia prevé en el inc. f) del artículo 29 las facultades que detenta el Banco Central de Bolivia, por intermedio del Tesoro Nacional, para realizar operaciones de fideicomiso y administración.

Por su parte, la Ley 1488, de 14 de abril de 1993, de Bancos y Entidades Financieras enumera al fideicomiso, en su artículo 3.6, como una actividad de intermediación financiera y correlativamente dispone en su artículo 39.14 que las operaciones en fideicomiso y comisiones de confianza queda reservado únicamente para las entidades financieras bancarias.

1.2. Concepto legal

El concepto del fideicomiso creado por la legislación boliviana «artículo 1409 del CCB» se traduce en un contrato por medio del cual una persona, llamada fideicomitente, transmite uno o más bienes a un Banco, llamado

⁷⁴ Modificado por Resolución SB N° 083, de 23 de septiembre de 2004.

El fideicomiso en Bolivia

fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada en provecho de aquél o de un tercero llamado beneficiario.

Del contenido textual que ofrece el concepto legal de fideicomiso se extraen los siguientes elementos diferenciales:

- 1) Existe por una parte “una transmisión real” del fideicomitente al fiduciario que implica la necesaria transmisión de los bienes al fiduciario; y por otra existe una “obligación personal” del fiduciario para con el fideicomitente que exige al fiduciario a cumplir con la finalidad que persigue el fideicomiso. Por ello, el dominio que tiene sobre los bienes fideicomitados sólo las ejercerá desde la transferencia de los bienes hasta el término del fideicomiso.
- 2) Puede ser fideicomitente una persona natural (cualquier particular) o, una persona jurídica (una empresa o sociedad).
- 3) Únicamente las entidades financieras bancarias pueden ser designadas fiduciarias.
- 4) Los beneficiarios del fideicomiso pueden ser terceras personas o, el mismo fideicomitente.

De acuerdo con ello podemos decir que el fideicomiso boliviano constituye uno de los mecanismos más prácticos que permite a una persona transferir la propiedad de cualquier tipo de bien a otra persona para que ésta los administre de manera separada, tanto del patrimonio del fideicomitente como del suyo, logrando de esta manera aislar cualquier tipo de amenaza legal sobre los bienes dados en fideicomiso⁷⁵.

⁷⁵ CAMARGO MARIN, Víctor: *ob. cit.*, p. 516, expone una concepción de fideicomiso completamente ceñida a la expuesta en el artículo 1409 del CCB. En sentido similar se pronuncia Ambram, quien afirma que «mediante el fideicomiso, una persona denominada fideicomitente, entrega a otra, denominada fiduciaria, un conjunto de bienes para que este último los administre de acuerdo a instrucciones precisas del primero». AMBRAM, Jorge: *Fideicomiso y operaciones fiduciarias*, Ed. Instituto Boliviano de Mercado de Capitales. Cuaderno financiero, núm. 10, La Paz, Bolivia, 1995, p. 1.

Lo cierto es que el fideicomiso regulado en la normativa boliviana, a pesar de detentar las notas generales de cualquier tipo de fideicomiso, tiene ciertas particularidades propias que más adelante las desglosaremos.

1.3. Características del contrato de fideicomiso

La regulación del fideicomiso viene caracterizada fundamentalmente por la introducción de normas que otorgan a las partes las más amplias posibilidades de estipulación de las particularidades del fideicomiso. La propia literalidad de los artículos 1409, 1414.1) 1416.1) del CCB destacan la posibilidad de moldear su configuración como mejor satisfaga las necesidades de los interesados, siempre que éstas no sean ilícitas ni contrarias al marco del CCB. El contrato de fideicomiso con todas las características propias que pueda tener, destaca las siguientes:

- a) Es un contrato típico. Porque comporta el doble aspecto de la tipicidad; primero, su existencia está expresamente prevista por una norma —CCB— y segundo, porque existe otra disposición que fija las pautas para su funcionamiento —la RNBEF— con cuya entrada en vigencia adquiere la tipicidad.
- b) Es un contrato bilateral. El contrato del fideicomiso es un acto jurídico bilateral en el que se regula fundamentalmente la relación entre las dos partes constituyentes del fideicomiso, esto es, entre el fideicomitente y fiduciario. Y de modo subordinado se regula respecto de los efectos para con terceros, es decir, para los beneficiarios que tengan interés legítimo en él.
- c) Es un contrato sinalagmático. Se pone a cargo de ambas partes «obligaciones determinadas» nacidas del propio contrato.
- d) De contenido Patrimonial. Sobre la base de que en el contrato de fideicomiso se generan derechos y obligaciones de contenido patrimonial⁷⁶.

⁷⁶ Art. 1410 del CCB.

El fideicomiso en Bolivia

Lo que constituye causa fuente de obligaciones y título suficiente para la adquisición y transmisión de derechos reales.

e) Acuerdo Consensual. Porque su perfeccionamiento requiere primordialmente el consentimiento de las dos partes «fideicomitente y fiduciario». De manera que tendrá su desarrollo y conclusión conforme a la regulación establecida por Ley, esto independientemente de la forma que requiera la transmisión y retransmisión de los bienes o activos que constituyen el patrimonio autónomo; sus efectos están condicionados hasta que se sustancie la transmisión de modo efectivo.

f) Es un contrato oneroso. Todo negocio en fideicomiso es remunerado conforme a las normas previstas en el acto de constitución del fideicomiso y, en su caso, conforme a las tarifas que pudieran ser aprobadas por la autoridad administrativa competente⁷⁷.

g) Acuerdo Conmutativo. El contrato de fideicomiso es conmutativo porque las prestaciones que se ponen a cargo de cada parte están expresamente determinadas⁷⁸.

h) Acuerdo Formal. El fideicomiso *inter vivos* debe constar en escritura pública y la constituida *mortis causa*, en testamento⁷⁹.

De las características que acabamos de describir, se infiere que el legislador boliviano ha establecido en la normativa del CCB las disposiciones esenciales para el desenvolvimiento del fideicomiso a fin de evitar vacíos

⁷⁷ El artículo 1417 del CCB. Sobre este carácter Lascala manifiesta que «la onerosidad o gratuidad de la que pueda estar revestido el contrato de fideicomiso, está dada según se establezca o no una retribución a favor del fiduciario por el desempeño de su gestión». LASCALA, Jorge H.: *Práctica del Fideicomiso*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2003, p. 138.

⁷⁸ A título de ejemplo, el artículo 1409 del CCB determina la obligación que tiene el fideicomitente de transmitir los bienes al fiduciario. De otro lado, el artículo 1414.5) del CCB determina que el fiduciario deberá de retransmitir estos bienes a la persona a quien corresponda, esto es, conforme se ha consignado en el acto de constitución del fideicomiso. Todas estas circunstancias deberán estar contenidas en el contrato, mientras mayores sean las previsiones contractuales —aún cuando no sean necesarias para la validez y eficacia del acto— menores serán las posibles situaciones de conflicto.

⁷⁹ Art. 1411 del CCB.

legales, dejando abierta la posibilidad de que las partes implementen estipulaciones estrictamente necesarias para el cumplimiento de la finalidad del fideicomiso.

1.4. Formalidades de constitución

La Ley instituye que la constitución del fideicomiso será instrumentada mediante escritura pública otorgada por Notario de Fe Pública.

Asimismo, las transferencias al fideicomiso serán inscritas en los registros públicos⁸⁰ correspondientes de acuerdo a la legislación común, siendo suficiente para la inscripción la presentación del contrato de constitución del fideicomiso. El objeto del registro, es para dar publicidad del acto y producir efectos ante terceros⁸¹.

1.5. Naturaleza Jurídica

Debido a las características definitorias que posee el contrato de fideicomiso, el legislador boliviano ha apreciado que es aplicable al fideicomiso, en lo que sea favorable, las normas reguladoras del mandato y depósito.

En el CCB esta posibilidad aparece recogida en el artículo 1427 del CCB que preceptúa: «son aplicables al fideicomiso, en lo conducente, las disposiciones que regulan el depósito y el mandato». Aunque la disposición contempla que esta aplicación sólo procederá en la hipótesis de que se presente un vacío o silencio legal respecto al fideicomiso, en el fondo plantea y lleva a considerar que fideicomiso, mandato y depósito son figuras que se relacionan entre sí.

⁸⁰ Prevé el artículo 1566 del CCvB que «La inscripción de la propiedad y de otros derechos reales sobre bienes muebles sujetos a registro, se hará en los registros propios determinados por las leyes que les conciernen y; son aplicables a los muebles sujetos a registro, las disposiciones del Capítulo presente en todo cuanto no se oponga a las leyes especiales pertinentes».

⁸¹ En este sentido el artículo 1538 del CCvB dispone que «los actos por los que se constituyen, transmiten, modifican o limitan los derechos reales sobre bienes inmuebles y en los cuales no se hubiesen llenado las formalidades de inscripción, surten sus efectos sólo entre las partes contratantes con arreglo a las leyes, sin perjudicar a terceros interesados».

El fideicomiso en Bolivia

Cierto es que desde un punto de vista amplio, las características generales que poseen estas tres figuras (fideicomiso, mandato y depósito) guardan ciertas similitudes entre sí, sin embargo, cada contrato se diferencia uno de otro⁸².

El contrato de fideicomiso contempla bastante semejanza con el contrato de mandato debido a tres razones: primero, el mandato también es un contrato de carácter personalísimo en virtud del cual una persona, mandante, da facultad a otra persona, mandatario, para que le represente patrimonialmente⁸³; segundo, el encargo que el mandante realiza al mandatario, es un encargo de confianza, porque se hace en razón de la relación que quien manda tiene con quien recibe el encargo para que éste se ocupe de un asunto en interés del primero; y tercero, porque existe una relación obligacional del mandante para con el mandatario⁸⁴.

Sin embargo, en el mandato se omite un hecho fundamental que lo distingue del fideicomiso y esto propiamente es “la transmisión de dominio de los bienes”⁸⁵. Este acto, es el aspecto crucial que distingue una de otra figura. Tanto en el mandato como en el fideicomiso, la persona interesada

⁸². En el mandato se busca del mandatario una gestión que produzca una mejora, mientras que del depositario lo que se pide es que la cosa que se le confía no sufra merma. SERRERA CONTRERAS, P. Luis: “El contrato de depósito mercantil”, en FERNÁNDEZ-NOVOA, Carlos y OLIVENCIA (Dirs.), *Tratado de derecho Mercantil*, Tomo XXXV, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2001, p. 40.

⁸³ El mandato puede ser general o especial. El primero es el conferido para la realización de todos los actos que no excedan del giro ordinario del negocio jurídico encomendado, salvo limitaciones expresamente establecidas en el contrato. El mandato especial comprende uno o más actos expresamente determinados, además de los necesarios para su cumplimiento. Asimismo, el mandato puede conferirse a varias personas para obrar conjunta o separadamente. Los mandatarios que deben obrar conjuntamente son solidariamente responsables ante el mandante. En caso de que los mandantes obren separadamente, cumplido el encargo por uno de los mandatarios, el mandante debe avisar del hecho a los demás tan luego tenga conocimiento de la celebración del negocio o encargo, bajo pena de indemnizar los perjuicios causados por su omisión o tardanza (Arts. 1238 y 1243 del CCB).

⁸⁴ Por las semejanzas que subsiste entre el mandato y el fideicomiso no ha faltado quienes lleguen a aseverar que el fideicomiso vino a ser una nueva especie del género mandato, en virtud a que este contrato es también de carácter personalísimo por el cual el mandante da facultad al mandatario para que le represente patrimonialmente. Vid. SUAYFETA OZAETA, Juan: “La institución jurídica del fideicomiso en caída libre. En proceso nuevas reformas a las leyes que lo regulan”, *Revista Derecho Privado*, núm. 6, septiembre de 2003, p. 93.

⁸⁵ RODRÍGUEZ RUIZ, Raúl: *El fideicomiso y la organización contable fiduciaria*, Ed. Ediciones Contables y Administrativas, México, 1971, p. 67.

puede encomendar a otro la realización de uno o varios actos para la obtención de una finalidad en beneficio de ella o de un tercero, pero sólo en el fideicomiso se realiza el acto de la transmisión del dominio de los bienes a la persona encargada, porque se trata de un acto estrictamente reservado para el fideicomiso. Las diferencias entre ambas figuras es mayor si se analiza otros aspectos del fideicomiso, por ejemplo, la ley limita el fideicomiso a ciertas personas debido a que sólo pueden asumir la función de fiduciario las entidades financieras expresamente autorizadas y no cualquier persona, como sucede con el mandatario.

Con el contrato de depósito⁸⁶ sucede lo mismo, por el depósito una persona, depositante, entrega a otra, depositario, una cosa, con la obligación de que ésta la guarde, custodie y devuelva cuando el depositante lo solicite, pudiendo exigir el depositario la retribución por el depósito, cuando así se ha convenido.

⁸⁶ El sistema jurídico boliviano contempla dos tipos de depósito: el depósito mercantil, regulado por el CCB, y el depósito general (depósito voluntario y depósito necesario), regulado por el CCvB. El depósito mercantil es el contrato por el cual el depositario recibe una cosa ajena, con la obligación de guardarla, custodiarla y devolverla al depositante, se lo hace en almacenes generales de depósito, en hoteles, empresas similares, en Bancos y entidades de crédito. El contrato se perfecciona por la entrega de la cosa al depositario o, si éste ya la tiene en su poder, por cualquier otro título si el depositante consiente en dejarle la cosa. El marco de actuación del depositario comprende a las siguientes obligaciones:

- a) A custodiar y conservar la cosa como la reciba y a devolverla cuando el depositante la reclame. Si ocurriere la pérdida o el deterioro de la cosa, se presume que se debe a culpa del depositario, el cual deberá probar casos fortuitos o de fuerza mayor para liberarse de responsabilidad;
- b) Si el depósito tiene por objeto títulos-valores que devenguen intereses, el depositario debe cobrarlos y, además practicar todas las diligencias necesarias para conservar su valor y efectos legales;
- c) Si con el consentimiento del depositante el depositario dispusiera de la cosa recibida en depósito, nacen los derechos y obligaciones del nuevo contrato que, por este hecho, reemplace al depósito; y
- d) Si el depositario, sin autorización del depositante, hiciera uso de la cosa depositada o no la devolviera cuando la reclame el depositante, incurrirá en las sanciones contenidas en el Código Penal.

El depositante tiene el deber de remunerar al depositario, salvo pacto en contrario, quien puede retener la cosa para garantizar el pago de las sumas líquidas que le deba el depositante (Arts. 870 al 875 del CCB).

En lo que refiere al depósito irregular, la ley prevé que cuando el depósito trate de dinero o de cosas fungibles, con facultad concedida para usar dicho depósito, puede pactarse que el depositario adquiera la propiedad de la cosa depositada, con la obligación de restituirla en la misma cantidad, especie y calidad. En este caso, se aplican, en lo conducente, las normas del CCvB referentes al depósito irregular (Art. 876 del CCB).

El fideicomiso en Bolivia

La característica definidora del depósito, que lo diferencia de la variante contractual del fideicomiso, se encuentra en la entrega de la cosa depositada. Según se desprende de la definición ofrecida en el artículo 872 del CCB, la entrega de la cosa no surge como una obligación derivada de la celebración de un contrato, sino como un requisito esencial para su validez, esto significa que el depositante no se compromete a entregar una cosa para que se guarde o custodie, sino que el depositante efectivamente hace entrega de la cosa y como consecuencia de esta entrega se perfecciona el contrato, y sólo desde la efectiva real entrega de la cosa depositada, surge en la otra parte la obligación de guardarla y devolverla. En el fideicomiso, en cambio, el contrato se perfecciona por la efectiva transmisión del dominio de los bienes y no simplemente por la entrega.

Sobre esta base y una vez aclarado el aspecto diferencial del fideicomiso en relación con el mandato y depósito, nos ceñimos al estudio de su naturaleza jurídica tomando como punto de partida a la previsión del artículo 1409 del CCB, puesto que es en torno a este precepto que giran las restantes disposiciones del fideicomiso.

Según el artículo 1409 del CCB «por el fideicomiso una persona, llamada fideicomitente, transmite uno o más bienes a un Banco, llamado fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada en provecho de aquél o de un tercero llamado beneficiario». Esta previsión constata que lo fundamental en el fideicomiso es la transmisión de un bien o un derecho al fiduciario para que éste lo administre en beneficio de un tercero.

De manera que coexiste el fideicomiso una combinación entre un “negocio real” de transmisión plena y una “relación obligacional”. El negocio real implica que el fideicomitente necesariamente debe efectuar la transmisión plena del dominio de los bienes o derechos al fiduciario (si bien la ley no dice explícitamente que lo realizará porque tiene un grado de máxima confianza para con el fiduciario, apreciamos que en el fondo prima la confianza). La relación obligacional refiere al marco de actuación en que

deben desenvolver sus funciones el fideicomitente, el fiduciario, y de modo subordinado, los beneficiarios del fideicomiso.

Por último, lo trascendente del contrato de fideicomiso es que los bienes fideicomitados por regla general pasan a constituir un “patrimonio autónomo” y como tal no puede ser alcanzado por la acción singular o colectiva de los acreedores del fideicomitente, del fiduciario o del beneficiario; esta es una de las características de mayor peso que ostenta el fideicomiso.

1.6. Objeto y finalidad

A menudo se quiere confundir el objeto y el fin del fideicomiso dentro de un mismo significado, pero ambos son bien distintos entre sí, según Rodríguez Ruiz, el objeto es la materia del fideicomiso o sea cualquier cosa o derecho a la que pueda atribuirse algún valor y que sea transmisible⁸⁷.

Nuestro CCB dice en la primera parte de su artículo 1409 que pueden ser objeto del fideicomiso “toda clase de bienes”, salvo aquellos que, conforme a la ley, sean estrictamente personales de su titular (o sea todos aquellos que por su naturaleza o por mandato de la ley son intransferibles, como los derivados del patrimonio familiar, de las garantías individuales). Por cuanto, el objeto de las relaciones jurídicas son las cosas⁸⁸ y los derechos, sin los cuales no es posible concebir la existencia de dichas relaciones.

⁸⁷ RODRÍGUEZ RUIZ, Raúl: *ob. cit.*, p. 42.

⁸⁸ En este sentido, conviene señalar que de acuerdo a la clasificación general que se ha asignado a los bienes, por su propia naturaleza éstos se clasifican en: a) Corpóreos. Los que pueden apreciarse por los sentidos; b) Incorpóreos. Los que, no teniendo una materialidad real los percibimos por medio del trabajo de nuestra inteligencia, individualizándolos a virtud de una abstracción de nuestra mente; c) Fungibles. Los que pueden ser substituidos por otros de la misma especie, calidad y cantidad; d) Infungibles. Los que tienen una individualidad determinada y característica; e) Consumibles. Los que se agotan o destruyen en la primera ocasión en que son utilizados; f) Inconsumibles. Los que toleran un uso reiterado; g) Principales. Los que tienen una existencia independiente no requiriendo la existencia anterior de otro bien para justificar esa existencia; h) Accesorios. Aquellos cuya existencia está condicionada a la de otros bienes; i) Muebles. Los que sin alterar su naturaleza pueden ser trasladados de un lugar a otro; j) Inmuebles. Los que no pueden ser trasladados de un lugar a otro sin que se altere o se destruya su naturaleza.

El fideicomiso en Bolivia

En lo que concierne al fin se aduce que este es la meta, el resultado o la finalidad que se persigue con el establecimiento de un fideicomiso, en cuyo acto constitutivo el fideicomitente expresa lo que el fiduciario debe hacer para alcanzar esa finalidad lícita (no contrario a la ley ni a las buenas costumbres) y determinada.

Cabe precisar que la normativa, para evitar el uso fraudulento de la figura, de forma explícita prevé que están completamente prohibidos: los fideicomisos en los cuales se guarde secreto; aquellos en los cuales el beneficio se conceda a diversas personas que sucesivamente deban sustituirse por muerte de la anterior; aquellos cuya duración sea mayor a treinta años, salvo que el beneficiario sea una institución de asistencia, científica, cultural o técnica con fines no lucrativos⁸⁹.

1.7. Elementos personales del fideicomiso

Tal como hemos ido adelantado en anteriores párrafos, la constitución del fideicomiso supone necesariamente la participación de tres partes: el fideicomitente, el fiduciario y el beneficiario.

a) Fideicomitente

La creación del fideicomiso, parte de la iniciativa del propietario de los bienes y de su decisión de disponer de ellos, pues es quien transmite los bienes al fiduciario para que sean administrados correctamente según lo estipulado en el contrato a favor del beneficiario.

Puede ser fideicomitente la persona natural o jurídica que posea la titularidad del bien o derechos, que tenga capacidad para transmitirlos y poder de disposición sobre ellos, es decir «un poder autónomo para realizar negocios jurídicos eficaces para un determinado patrimonio propio

Asimismo, por las personas a quienes pertenecen los bienes se clasifican en el siguiente orden: a) De los particulares. Son aquellos sobre los cuales ejercen el derecho de propiedad las personas, mientras son sujetos privados; b) Del poder público. Aquellos sobre los cuales ejerce el derecho de propiedad el Estado. RODRÍGUEZ RUIZ, Raúl: *ob. cit.*, pp. 43 y ss.

⁸⁹ Art. 1413 del CCB.

o ajeno»⁹⁰, porque la afectación de un patrimonio fiduciario implica la celebración de un acto de disposición, y no de simple gestión administrativa.

Los preceptos normativos del CCB permiten ver que en la realidad el fideicomitente es el principal gestor del fideicomiso, puesto que es él quien establece las pautas contractuales, elige y nombra libremente al titular fiduciario (pudiendo nombrar uno o más fiduciarios y a uno o más sustitutos para que reemplacen al fiduciario), individualiza los bienes que constituyen objeto del fideicomiso.

También, dispone acerca del devenir del patrimonio fiduciario (lo cual implica todo lo concerniente a su administración y disposición), impone las condiciones, ordena el plazo de duración del fideicomiso, designa al beneficiario o los beneficiarios, establece las retribuciones a favor del fiduciario, en síntesis, es quien da las instrucciones necesarias para el cumplimiento de la finalidad del fideicomiso. Lógicamente dará todas estas instrucciones respetando las previsiones legales que regulan la constitución, forma legal, y características del fideicomiso.

a.1) Obligaciones

Las obligaciones que tiene el fideicomitente se traducen en los siguientes deberes esenciales: el transmitir al sujeto fiduciario los bienes que son la materia real u objeto del fideicomiso⁹¹; pagar la retribución debida al fiduciario conforme a las normas previstas en el acto de constitución y, en su caso, conforme a las tarifas que pudieran ser aprobadas por la autoridad administrativa competente⁹²; y otorgar su consentimiento para disponer o gravar los bienes⁹³.

⁹⁰ SANSÓN RODRÍGUEZ, M. Victoria: *La Transmisión de la propiedad*, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 1998, p. 9.

⁹¹ Art. 1409 del CCB.

⁹² Art. 1417 del CCB.

⁹³ El artículo 1414.4) del CCB prevé que «el fiduciario ejercitará personería para la protección y defensa de los bienes en fideicomiso contra actos de terceros del beneficiario o del mismo fideicomitente».

El fideicomiso en Bolivia

a.2) Derechos

La voluntad del legislador viene enfocada en dos prioridades: el primero, está dirigido hacia el reconocimiento legal de la amplia facultad que tiene el fideicomitente para establecer y reservar derechos a su favor en el acto constitutivo —siempre que estos no sean contrarios al CCB, ni ilícitos—; y el segundo, se proyecta hacia el establecimiento expreso de un conjunto de derechos a su favor.

De manera que, al margen de los derechos que se hubiera reservado en el contrato, el fideicomitente, a tenor del artículo 1416 del CCB, podrá hacer uso de los siguientes derechos:

- 1) Revocar el fideicomiso cuando se hubiera reservado esta facultad en el acto constitutivo.
- 2) Pedir la remoción del fiduciario cuando se le compruebe dolo o grave negligencia, descuido en sus funciones o cuando no acceda a la verificación del inventario de los bienes objeto del fideicomiso, del activo y pasivo y de los resultados de la gestión o se resista a dar la caución comprometida en el contrato.
- 3) Nombrar al sustituto del fiduciario cuando ello hubiera lugar (en caso de muerte, incapacidad sobreviniente o, renuncia del fiduciario).
- 4) Obtener la devolución de los bienes al extinguirse el negocio fiduciario si no se hubiera previsto de distinto modo en el acto de su constitución.
- 5) Exigir rendición de cuentas.
- 6) Ejercer la acción de responsabilidad contra el fiduciario.

La dotación de este conjunto de derechos pretende concentrar todos sus esfuerzos en la protección de los intereses del fideicomitente. De ahí que la ley insiste que en que al margen de los derechos que el CCB reconoce a favor del fideicomitente, éste tiene la facultad para estipular cuanta disposición considere necesaria para la obtención de la finalidad del fideicomiso. Lógicamente que estas no habrán de ser incompatibles con la naturaleza del fideicomiso.

b) Fiduciario

El fiduciario es la persona jurídica, pública o privada, a quien se transfieren los bienes o activos a efectos de dar cumplimiento a la finalidad asignada en el acto constitutivo del fideicomiso.

El nombramiento del fiduciario deberá hacérselo en el acto de constitución, de no ser así, deberá establecerse el procedimiento para su designación. En último término, el nombramiento será hecho por el beneficiario sin alterar las condiciones del fideicomiso o, en su caso, por el juez competente⁹⁴.

Para el ejercicio de sus funciones el fiduciario tendrá todas las acciones y derechos inherentes al dominio fiduciario de los bienes fideicomitados; entiéndase por dominio fiduciario, como el derecho de carácter temporal que otorga al fiduciario las facultades necesarias sobre el patrimonio fideicometido para el cumplimiento del fin o fines del fideicomiso, con las limitaciones establecidas en el acto constitutivo.

Una de las facultades de especial relevancia que el fiduciario tiene, es la de emitir —previa autorización administrativa— en nombre del fideicomiso los denominados “certificados fiduciarios”⁹⁵. Estos certificados tienen la calidad de títulos-valores⁹⁶.

⁹⁴ Art. 1412 del CCB.

⁹⁵ Art. 1442 del CCB.

⁹⁶ El artículo 1444 del CCB en concordancia con el inc. a) del artículo 2 de la Ley del Mercado de Valores. Aunque la norma no ingresa en mayor detalle sobre los certificados fiduciarios, de conformidad con el artículo 1445 del CCB el contenido mínimo de los datos que deben consignarse en ellos, debe ser:

- a) La indicación de ser "Certificado fiduciario";
- b) Los datos de la escritura de constitución del fideicomiso;
- c) La autorización de la autoridad administrativa competente para la emisión de los certificados;
- d) La descripción de los bienes en fideicomiso;
- e) La valuación de los bienes;
- f) el valor nominal de los certificados;
- g) Las facultades del fiduciario;
- h) Los derechos de los tenedores; y
- i) Lugar y fecha de su emisión, y firma de los representantes legales del fiduciario.

El fideicomiso en Bolivia

Al ser el fiduciario una persona jurídica, físicamente desempeñará sus facultades por medio de uno o más funcionarios, es decir, los delegados fiduciarios, que se designen especialmente para ello.

De forma resumida, se puede decir que un delegado fiduciario es un administrador y como tal, debe planear, integrar, organizar, ejecutar, dirigir y controlar la cosa fideicomitada. De los actos que ejercite el o los delegados fiduciarios responderá directa o indirectamente la institución, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales en que incurran personalmente los delegados.

Podrán cumplir funciones de fiduciario aquellas entidades bancarias que hayan sido debidamente autorizadas por la SBEF. La SBEF como ente regulador de las entidades financieras, es la responsable de autorizar expresamente la ejecución de operaciones de Fideicomiso en sujeción a la RNBEF⁹⁷.

Desde el año 1993, cuentan con autorización expresa para realizar operaciones de fideicomisos las siguientes entidades financieras: Banco Industrial S.A. (BISA), Banco de Crédito de Bolivia S.A., Banco Unión S.A., Banco Nacional de Bolivia S.A., Banco Central de Bolivia, Banco Mercantil Santa Cruz, y desde 1996, el Banco de Desarrollo Productivo S.A.M (antes NAFIBO SAM). Las entidades que cuentan con autorización para cumplir funciones de fiduciarios en fideicomisos estatales son el Banco de Desarrollo Productivo BSP, y el Fondo de desarrollo del sistema financiero y apoyo al sector productivo (FONDESIF).

⁹⁷ Para obtener la autorización de funcionamiento, de acuerdo con el artículo 2 de la RNBEF, debe presentarse la siguiente documentación:

- 1) Memorial solicitando la autorización para la administración de recursos de fideicomiso.
- 2) Copia del acta de la asamblea de accionistas u órgano equivalente aprobando la apertura de la sección de fideicomiso.
- 3) Perfil financiero en donde se especifique la naturaleza del o los fideicomisos que se pretenden administrar.
- 4) Estudio de la organización, operativa, capacidad gerencial y funciones de la nueva sección.
- 5) Copias de los modelos de los contratos de adhesión.
- 6) Otra información que la Superintendencia considere relevante.

Conviene aclarar en este punto que si bien mediante D.S. 28999, de 1 de enero de 2007 se llegó a disponer que solamente el Banco de Desarrollo Productivo S.A.M cumpliría la función de fiduciario en los fideicomisos públicos (artículo 1) y que el FONDESIF entraría en un proceso gradual de disolución hasta su liquidación definitiva (2º Disposición Transitoria), al presente el Estado nacional ha vuelto a constituir fideicomisos públicos en los que se delega como fiduciario al FONDESIF⁹⁸.

Por consiguiente, se infiere que tanto el Banco de Desarrollo Productivo S.A.M como el FONDESIF constituyen las entidades de intermediación financiera que concentran los esfuerzos del Estado boliviano, en el otorgamiento de financiamiento para el desarrollo productivo, movilizándolo el ahorro interno y canalizando los recursos provistos por el Tesoro General de la Nación, sus propios recursos y los obtenidos directamente o por el Estado, de entidades de cooperación financiera internacional o de entidades privadas nacionales o extranjeras, bajo las modalidades y mecanismos más convenientes que permitan lograr la soberanía nacional.

b.1) Obligaciones

Todas las obligaciones o deberes que se hubiesen consignado en el acto constitutivo del fideicomiso deberán ser estrictamente cumplidas por el fiduciario. Cuando el fiduciario tuviere fundadas dudas acerca de la naturaleza y alcance de las funciones señaladas en el acto constitutivo, o cuando así lo exijan las circunstancias, de acuerdo con el artículo 1425 del CCB, tiene el deber de consultar al fideicomitente.

De conformidad con el artículo 1414 del CCB el fiduciario debe cumplir con suma diligencia los siguientes deberes:

- 1) La realización de todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad del fideicomiso.

⁹⁸ Véase el D.S. 29208, de 25 de julio de 2007; D.S. 29231, de 17 de agosto de 2007; D.S. 29299, de 3 de octubre de 2007; y D.S. 29365, de 5 de diciembre de 2007.

El fideicomiso en Bolivia

- 2) Mantener los bienes del fideicomiso separados de su patrimonio y de los correspondientes a otros negocios de igual naturaleza.
- 3) Asegurar los bienes fideicomitados, cuando así se haya estipulado en el acto de constitución.
- 4) Procurar el mayor rendimiento económico posible de los bienes del fideicomiso en la forma y con arreglo a los requisitos fijados en el acto constitutivo.
- 5) Proteger y defender los bienes en fideicomiso de los actos de terceros, del beneficiario o del mismo fideicomitente.
- 6) Cada seis meses, rendir cuentas de su gestión al beneficiario o, en su caso, al fideicomitente.
- 7) Transmitir los bienes a las personas que conforme al acto de constitución se han designado, una vez concluido el fideicomiso.

Complementariamente a las obligaciones que establece el sistema del CCB, la RNBEF precisa las siguientes obligaciones:

- 1) No recibir de sus clientes depósitos de cualquier clase que estén ajenos a la naturaleza del contrato suscrito entre las partes⁹⁹.
- 2) No usar, colocar o invertir los bienes o valores recibidos en fideicomiso en operaciones diferentes a las estipuladas en el contrato¹⁰⁰.
- 3) Llevar la contabilidad en forma independiente con el fin de cautelar el patrimonio autónomo, debiendo dar cumplimiento a las instrucciones que al respecto contiene el vigente Manual de Cuentas, así como el registro de este en los rubros de las cuentas de orden dentro de la contabilidad de la entidad financiera¹⁰¹.

En los fideicomisos públicos, el fiduciario al margen de dar cumplimiento a las responsabilidades consignadas en el Decreto Supremo de creación del fideicomiso público, también debe cumplir los deberes previstos en el artículo 20 del D.S. N° 0014 de 19 de febrero de 2009, esto es:

⁹⁹ Art. 7 de la RNBEF.

¹⁰⁰ Art. 8 de la RNBEF.

¹⁰¹ Art. 6 de la RNBEF.

- 1) Establecer el origen y uso de los recursos del fideicomiso¹⁰².
- 2) Reportar la constitución de los mismos al Ministerio de Economía y Finanzas Públicas¹⁰³.
- 3) Detallar los flujos financieros que se originan por el uso de los fondos fiduciarios, así como los ingresos.

b.2) Derechos

El fiduciario detenta tanto los derechos que por ley le son conferidos, como aquellos que se hubiesen consignado a su favor en el acto constitutivo del fideicomiso y/o en sus modificaciones.

Una vez asumida la gestión, el fiduciario sólo podrá renunciar a sus funciones por motivos expresamente señalados en el contrato, si éstos no se encontraren en el contrato a tenor de la disposición del artículo 1418 del CCB se presumen como causas justificadas de renuncia:

- que los bienes en fideicomiso no rindan productos suficientes para cubrir las remuneraciones estipuladas a su favor;
- que el fideicomitente, sus herederos o el beneficiario, en su caso, se niegan a pagar sus remuneraciones; y
- otras causas calificadas por el juez competente.

Como se puede apreciar, la previsión señalada, es insistente en el cuidado del derecho de remuneración del fiduciario que inclusive accede a admitir como causa justificada de renuncia del fideicomiso a la circunstancia de no poder cumplir con sus remuneraciones.

b.3) Prohibiciones

El texto legal de la RNBEF contempla expresas prohibiciones para los fiduciarios¹⁰⁴. En primer término prohíbe que los fiduciarios no asuman ningún tipo de riesgo sobre la rentabilidad, recuperabilidad, liquidez,

¹⁰² Art. 20. I, inc. a) del D.S. N° 0014, de 19 de febrero de 2009.

¹⁰³ Art. 20. III, inc. c) del D.S. N° 0014, de 19 de febrero de 2009.

¹⁰⁴ Arts. 10, 11 y 12 de la RNBEF.

El fideicomiso en Bolivia

diferencia cambiaria y cualquier otro riesgo financiero sobre los recursos recibidos en fideicomiso¹⁰⁵.

También prohíbe que los fiduciarios realicen, con cargo a los patrimonios fideicomitados, inversiones en sus propias acciones, en títulos de deuda o en depósitos a plazo fijo por ellos emitidos. Y en segundo término, considerando el riesgo que implica el enfrentar litigios legales por incumplimiento al contrato constitutivo de fideicomiso, alude que las entidades financieras que operen con fideicomisos deben considerar una ponderación de riesgo del 20%.

c) Beneficiario

Es la persona natural o jurídica en cuyo beneficio se administran los bienes o activos fideicomitados. Es quien recibe los frutos y rendimientos que se derivan de la administración.

De conformidad con el párrafo último del artículo 1409 del CCB, es factible que el fideicomitente tenga también la calidad de beneficiario del fideicomiso. No ocurre lo mismo con el fiduciario, pues el sistema de CCB no acepta en una misma persona las calidades de fiduciario y de beneficiario.

Es tal la importancia de la distinción de calidad de fiduciario y beneficiario, que la ley prevé en el artículo 1424 del CCB que si tal cosa sucediera, no podrá ser acreedor de los rendimientos del fideicomiso mientras subsista la confusión.

c.1) Obligaciones

De acuerdo al rol que cumple el beneficiario en el entorno del fideicomiso, se encontrará obligado a cumplir con las responsabilidades a que estuviere sometido. Si en el contrato se fijare que para recibir los rendimientos del fideicomiso éste debe cumplir con ciertas condiciones como ser:

¹⁰⁵ Condición deberá estar expresamente indicada dentro del contrato firmado entre las partes.

presentación de documentos, cumplimiento de requisitos, u otros, así deberá hacerlo.

Tratándose del caso que el beneficiario tuviere obligaciones pecuniarias pendientes, las acciones que sus acreedores instauren contra él, por disposición del artículo 1419 del CCB, sólo podrán afectar a la parte que le corresponde de los rendimientos que se obtienen de los bienes en fideicomiso, no pudiendo afectar a los bienes fideicomitados.

c.2) Derechos

Las facultades que asisten al beneficiario o beneficiarios del fideicomiso se definen estrictamente en términos de lo que dispone el contrato. Según el artículo 1415 del CCB el beneficiario no sólo está facultado para exigir al fiduciario el fiel cumplimiento de sus obligaciones asumidas, sino también para hacer efectiva la responsabilidad por el incumplimiento de ellas.

Ante la salida indebida de los bienes del patrimonio del fideicomiso, el beneficiario puede ejercitar la acción de reivindicación de los bienes fideicomitados para reintegrarlos al patrimonio.

Asimismo, mientras transcurre el tiempo, el beneficiario que espera del fideicomiso los beneficios establecidos a su favor también tiene derecho a conocer el estado del patrimonio, y en caso de tener conocimiento de la realización de actos contrarios a la finalidad del fideicomiso, en defensa de sus intereses puede impugnar los actos anulables del fiduciario dentro de los cinco años contados desde el día en que hubiera tenido conocimiento del acto.

Por último, debemos señalar que el beneficiario al igual que el fideicomitente tiene el derecho de solicitar a la autoridad administrativa competente la remoción del fiduciario y, como medida preventiva, el nombramiento de un administrador interino, porque es siempre necesario que los bienes fideicomitados tengan un titular debidamente acreditado como tal. Queda claro, que el beneficiario ejercerá este derecho sólo cuando exista causa justificada.

El fideicomiso en Bolivia

1.8. La propiedad fiduciaria

La definición de fideicomiso que brinda el artículo 1409 del CCB contiene dos términos cuyo significado operativo resulta de máxima importancia para caracterizar el acto.

El primero es la «transmisión» y el segundo referido concretamente a ciertos bienes «uno o más bienes». Estas dos expresiones constatan, que la propiedad fiduciaria recae sobre bienes que el fiduciante los tiene presentes y nada le impide describirlos con toda precisión en el contrato, siendo éstos sustanciales para que exista fideicomiso.

Vamos a analizar seguidamente tres aspectos básicos: las características del patrimonio autónomo, el dominio fiduciario y la temporalidad del patrimonio autónomo.

a) Patrimonio autónomo

Como señala el artículo 1410 del CCB «los bienes dados en fideicomiso constituyen un patrimonio autónomo». Esto significa que una vez constituido el fideicomiso, aquella parte del patrimonio de que se desprendió el fideicomitente y que son objeto del fideicomiso, pasan al dominio del fiduciario sin formar parte de su patrimonio personal.

La configuración jurídica del patrimonio autónomo hace que éste se sitúe fuera de los patrimonios del derecho civil, ya que a diferencia de la propiedad en sentido corriente, la propiedad fiduciaria o patrimonio autónomo posee un matiz sustancial, sin duda el de mayor peso, que lo configura como una especie de patrimonio intocable que proyecta dos efectos claramente diferenciados: por un lado, aleja todo alcance de la acción individual o colectiva de los acreedores que pueden tener el fiduciario o el fideicomitente, y por otro, brinda seguridad jurídica a las partes del fideicomiso.

La pretensión del legislador se enfoca en dos causas por la que la investidura jurídica del patrimonio autónomo pudiera verse afectado, esto

es, que si de la consecución de la finalidad del fideicomiso se derivare obligaciones para con terceros, los bienes que integran el patrimonio autónomo «sólo garantizarán estas obligaciones»¹⁰⁶. Ahora bien, si el fideicomiso fuere constituido o celebrado en fraude es acreedores «las acciones que instauren los perjudicados podrán impugnar el patrimonio autónomo»¹⁰⁷.

Debe ponerse de realce que en caso de que el fiduciario fuere declarado en quiebra, en liquidación judicial o en liquidación administrativa, debido al principio del patrimonio autónomo e independiente, no se podrá ocupar los bienes que forman parte de él.

En cualquier caso no está demás volver a recordar que al ser el fiduciario una persona jurídica, su actuación la realizará a través de sus representantes, porque el patrimonio autónomo está condicionado y sometido a la dirección y desarrollo de una persona física con facultades y poderes específicos para poder hacerlo. Asimismo podrá ser titular de tantos patrimonios como fideicomisos tenga bajo su cargo, ya que con cada fideicomiso se constituye un patrimonio autónomo diferente a su patrimonio.

b) Dominio fiduciario

Una vez constituido el fideicomiso, frente a terceros, el fiduciario se presenta como el dueño de los bienes que se le han transmitido para su atención, como titular del patrimonio autónomo tendrá todas las acciones y derechos inherentes al dominio.

El dominio que el fiduciario detenta sobre el patrimonio autónomo reviste de características especiales que se materializan en las facultades necesarias para el cumplimiento del fin o fines del fideicomiso.

No tiene el uso o disposición libre de los bienes, porque sus facultades de dominio están sometidas a limitaciones precisas, puesto que deben

¹⁰⁶ Art. 1410 del CCB.

¹⁰⁷ Art. 1419 del CCB.

El fideicomiso en Bolivia

ejercerlas en función de la finalidad del fideicomiso y no en su interés propio¹⁰⁸. El beneficio económico del fideicomiso es para el beneficiario¹⁰⁹ y una vez concluido el negocio en fideicomiso, los bienes se restituyen al fideicomitente o sus herederos¹¹⁰ no pudiendo el fiduciario adquirirlos definitivamente¹¹¹.

Es tal la importancia de la función que el fiduciario cumple en el fideicomiso, que las normas enfatizan un alto nivel de responsabilidad personal, que es precisamente, el de la diligencia y prudencia del buen hombre de negocios, que en todo momento debe asumir y cumplir de buena fe la gestión asumida subordinado a las directivas que le impone el contrato y a las obligaciones inderogables que surgen de la ley.

La lógica de esta exigencia, se explica en el hecho de que el fiduciario como nuevo titular del dominio del patrimonio del fideicomiso, que a su vez está dotado de todo un conjunto de facultades, puede vigilar, organizar y administrar diligentemente el patrimonio, en cambio su anterior propietario fideicomitente ya no puede ejercerlos ilimitadamente.

c) Temporalidad del patrimonio autónomo

La transmisión patrimonial que realiza el fideicomitente al fiduciario —en virtud de la confianza del primero depositada en el segundo— no implica una transmisión de dominio de carácter definitivo sino una transmisión temporal, justamente a una propiedad de tipo fiduciario que se encuentra fuertemente limitada por las normas¹¹² y por todas las estipulaciones que se establezcan en el acto constitutivo para que el fiduciario cumpla con el manejo de los bienes de la manera encomendada.

¹⁰⁸ Arts. 1410, 1414.1 y 1423 del CCB.

¹⁰⁹ Art. 1415.2 del CCB.

¹¹⁰ Art. 1422 del CCB.

¹¹¹ Art. 1423 del CCB.

¹¹² Por ejemplo, en el D.S. N° 27336 de 31 de enero de 2004 se ha establecido mecanismos para el funcionamiento de los patrimonios autónomos constituidos mediante fideicomiso. En su artículo 2° se autoriza a las Instituciones Públicas, Privadas o de la Cooperación a constituir Patrimonios Autónomos por medio de Fideicomisos en el FONDESIF.

Así pues, el dominio fiduciario del patrimonio autónomo puesta en la cabeza del fiduciario sólo dura el tiempo necesario para que se materialice la finalidad del contrato del fideicomiso. En el lenguaje abstracto de la ley¹¹³, concluido el negocio en fideicomiso, el fiduciario dejará de ser dueño, en virtud de la transferencia de los bienes a quien corresponda.

1.9. Plazo de duración

En el sistema del CCB se proyectan dos tipos de plazo claramente diferenciados. El primero, establece de forma general que el plazo máximo de duración del contrato de fideicomiso es de treinta años, siendo estrictamente prohibido constituir fideicomisos que superen este plazo legal¹¹⁴. De darse este caso, por imperio de la ley estos fideicomisos tendrían la consideración de fideicomisos nulos.

Con el segundo, el legislador se anticipa a circunstancias que pueden darse en la realidad y en virtud de ello prevé un plazo legal ilimitado que tiene una aplicación plenamente restringida, pues sólo procede en cuatro excepciones, esto es, que el beneficiario o beneficiarios del fideicomiso sea¹¹⁵:

- una institución de asistencia con fines no lucrativos;
- una institución científica con fines no lucrativos;
- una institución cultural con fines no lucrativos; y
- una institución técnica con fines no lucrativos.

1.10. Extinción del fideicomiso y sus efectos inmediatos

El principio general previsto en el artículo 1421 del CCB establece dos perspectivas diferentes sobre la extinción del fideicomiso: la realización de sus objetivos al vencimiento o expiración del plazo señalado en el contrato y la disolución anticipada por obra de circunstancias sobrevenidas.

¹¹³ Art. 1414.5 del CCB.

¹¹⁴ Art. 1413.3 del CCB.

¹¹⁵ Párrafo último del Art. 1413.3 del CCB.

El fideicomiso en Bolivia

Alternativamente al principio general se considera que el fideicomiso se extingue una vez producido el acto o hecho que configuraba la condición resolutoria a la cual se encontraba sujeto. La tesis de la “condición resolutoria” deviene de la doctrina de la regla contra las perpetuidades¹¹⁶ que en el texto del CCB aparece consagrado en el artículo 1421.2.

El tenor literal del citado precepto expresamente determina que «el fideicomiso se extingue por el cumplimiento de la condición resolutoria a la cual se haya sujetado».

Aunque la expresión que contempla dicho precepto es impropia, la regla viene establecida en ella. Es impropia porque si es precisamente la existencia del fideicomiso la que depende del cumplimiento de la condición suspensiva, al hacerse esta imposible no puede hablarse de extinción del fideicomiso sino de que cesa la posibilidad de que llegue a existir.

El CCB estima asimismo que el fideicomiso extingue: a) en caso de muerte del fideicomitente o del beneficiario si así se hubiere señalado en el contrato; b) en caso de disolución o liquidación de la entidad fiduciaria; c) por mutuo acuerdo del fideicomitente y el beneficiario, sin perjuicio de los derechos del fiduciario; d) por revocación del fideicomitente si así se hubiere estipulado en el contrato; y e) por imposibilidad de sustitución de otro fiduciario.

Concurrida cualquiera de las causas de extinción, emergen los efectos inmediatos de la terminación del fideicomiso.

Los bienes remanentes que queden en poder de la institución fiduciaria serán retransferidos al fideicomitente o, en su caso, a sus herederos¹¹⁷. La institución bancaria fiduciaria no puede adquirir el dominio definitivo de estos bienes, por estar estrictamente prohibido por ley¹¹⁸.

¹¹⁶ Según RODRÍGUEZ RUIZ: *ob. cit.*, p. 115, esta Regla establece el principio de la prohibición de que un derecho de contenido económico permanezca en suspenso, sin ingresar el patrimonio del beneficiario en exceso de ciertos límites temporales.

¹¹⁷ Art. 1422 del CCB.

¹¹⁸ Art. 1423 del CCB.

Si ocurriere el caso que en el contrato el fideicomitente disponga que una vez extinguido el negocio en fideicomiso el fiduciario adquirirá definitivamente, por causa del fideicomiso, el dominio de tales bienes, esta estipulación no causará ningún efecto, por ser nula.

Para que la devolución de los bienes surta efectos, tratándose de bienes inmuebles o derechos reales impuestos sobre ellos, bastará que el fiduciario así lo asiente en el documento constitutivo del fideicomiso y que esta declaración se inscriba en el Registro Público de propiedad en que se hubiere asentado originalmente.

2. Tipos de fideicomisos

En la normativa vigente se establece que el fideicomiso “*inter vivos*” debe constar en escritura pública y el constituido “*mortis causa*” por testamento. Esta previsión, dada por el artículo 1411 del CCB, denota claramente que el fideicomiso no tiene limitaciones legales en cuanto a sus fines. Por consiguiente, las partes gozan de una amplia libertad para constituir fideicomisos de diversa finalidad pese a que la normativa no determina pormenorizadamente las modalidades que se puede dar al fideicomiso¹¹⁹.

¹¹⁹ A objeto de tener un conocimiento más próximo de la efectiva práctica de los contratos de fideicomisos en Bolivia, en el marco de este trabajo de investigación, se ha realizado en el mes de agosto de 2009 un encuesta a los responsables de los departamentos jurídicos de la Sección de Fideicomisos de los siguientes bancos: Banco Central de Bolivia, Banco Nacional de Bolivia, Banco de Crédito Popular, Banco Mercantil Santa Cruz, Banco Bisa SA, y Banco Unión SA, de los cuales se ha podido constatar que la utilización de los contratos de fideicomisos por los terceros para la obtención de diversas finalidades continua creciendo porque es un contrato que genera confiabilidad en su aplicación, fundamentalmente, porque los activos que integran el patrimonio autónomo del fideicomiso se encuentran sujetos a los objetivos definidos en el contrato de acuerdo a la voluntad contractual de los contratantes.

No obstante de esta apreciación, se valora como un factor positivo al hecho de que la normativa introduzca disposiciones precisas sobre las clases de fideicomisos que pueden instaurarse, así como las obligaciones tributarias que debe satisfacer el fideicomiso.

Alternativamente se considera que a efectos de potenciar al fideicomiso debe adicionarse en la normativa elementos como incorporar mecanismos que aseguren resultados positivos del fideicomiso, la proporción de mayor difusión e información a los terceros interesados en utilizar este tipo de contrato.

El fideicomiso en Bolivia

Sobre esta base y considerando el carácter versátil de la figura del fideicomiso, que posibilita la creación de variedad de combinaciones que dan lugar a diversas clases de fideicomisos de tipos similares, pasamos a describir las más importantes.

2.1. Fideicomisos de administración

Los fideicomisos administrativos son constituidos con la finalidad de que el fiduciario simplemente administre los bienes dados en fideicomiso conforme a lo establecido en el acto de constitución y por un período de tiempo determinado. Para ello, el fideicomitente transmitirá el dominio absoluto de los bienes o activos al fiduciario.

a) Forma

A tenor de la disposición del artículo 1411 del CCB, la constitución del fideicomiso será instrumentada mediante escritura pública otorgada por Notario de Fe Pública, y las transferencias al fideicomiso serán inscritas en los registros públicos¹²⁰ correspondientes de acuerdo a la legislación común, siendo suficiente para la inscripción la presentación del contrato de constitución del fideicomiso. El objeto del registro, es para dar publicidad del acto y producir efectos ante terceros¹²¹.

b) Contenido del contrato

De acuerdo con las disposiciones del CCB y complementariamente la RNBEF, en el acto constitutivo necesariamente debe estipularse disposiciones concernientes a la finalidad del fideicomiso¹²²; designación de

¹²⁰ Prevé el artículo 1566 del CCvB que: «La inscripción de la propiedad y de otros derechos reales sobre bienes muebles sujetos a registro, se hará en los registros propios determinados por las leyes que les conciernen y; son aplicables a los muebles sujetos a registro, las disposiciones del Capítulo presente en todo cuanto no se oponga a las leyes especiales pertinentes».

¹²¹ En este sentido, el artículo 1538 del CCvB dispone que: «los actos por los que se constituyen, transmiten, modifican o limitan los derechos reales sobre bienes inmuebles y en los cuales no se hubiesen llenado las formalidades de inscripción, surten sus efectos sólo entre las partes contratantes con arreglo a las leyes, sin perjudicar a terceros interesados».

¹²² Art. 1409 del CCB.

fiduciario o, el procedimiento para su designación¹²³; los aportes de bienes en fideicomiso¹²⁴; las atribuciones y deberes del fiduciario¹²⁵; los derechos del fideicomitente¹²⁶; derechos de los beneficiarios¹²⁷; la remuneración del negocio en fideicomiso¹²⁸; causas de renuncia del fiduciario¹²⁹; efectos de la terminación del negocio en fideicomiso¹³⁰; condiciones suspensivas¹³¹; y la obligación del fiduciario de considerar una ponderación de riesgo del 20%¹³².

2.2. Fideicomisos de garantía

En los fideicomisos de garantía, normalmente, se transfiere al fiduciario la titularidad de ciertos bienes para garantizar con ellos, el incumplimiento de ciertas obligaciones a cargo del fideicomitente deudor o de un tercero; de esta manera, en ejercicio de esa garantía el fiduciario puede instaurar la venta de los bienes para satisfacer las prestaciones acordadas a favor del fideicomitente o del tercero designado. La finalidad primordial que se persigue con estos fideicomisos, es la de garantizar una obligación principal.

a) Forma

De la misma manera que se ha indicado para los fideicomisos de administración, la constitución de los fideicomisos de garantía se perfeccionará por contrato entre el fideicomitente y la entidad bancaria fiduciaria, protocolizado notarialmente, debiendo los bienes que forman parte del patrimonio autónomo ser inscritos ante el registro que por su naturaleza corresponda con arreglo a las leyes que les conciernen.

b) Contenido del contrato

¹²³ Art. 1412 del CCB.

¹²⁴ Art. 226 del CCB.

¹²⁵ Art. 1425 del CCB.

¹²⁶ Art. 1416.1) del CCB.

¹²⁷ Art. 1415 del CCB.

¹²⁸ Art. 1417 del CCB y Art. 5 de la RNBEF.

¹²⁹ Art. 1418 del CCB.

¹³⁰ Art. 1422 del CCB.

¹³¹ Art. 1426 del CCB.

¹³² Art. 12 de la RNBEF.

El fideicomiso en Bolivia

Considerando la finalidad que persigue el fideicomiso de garantía, además de las disposiciones que se establezcan en el acto constitutivo con arreglo al CCB y RNBEF, también deberá estipularse las concernientes a la determinación de las obligaciones que serán respaldadas con el patrimonio fideicometido; condiciones que se aplicarán en la enajenación de los bienes que integran el patrimonio fideicometido cuando ocurra el incumplimiento de las obligaciones.

De igual forma, el valor de enajenación de los bienes que integran el patrimonio fideicometido; el monto del patrimonio fideicometido que estará destinado para respaldar el cumplimiento de obligaciones; y en el caso de que el fideicomiso estuviere constituido con más de un bien, deberá establecerse el criterio de selección de los bienes a ser enajenados para cumplir con la obligación respaldadas.

2.3. Fideicomisos de inversión

En esta modalidad de fideicomisos los fideicomitentes transfieren bienes y/o derechos al fiduciario con la finalidad principal de que este último adquiera otros activos de la inversión con arreglo a las instrucciones que el/los fideicomitentes establezcan, en beneficio de éstos o de terceros. Estos fideicomisos pueden ser constituidos para propósitos individuales o colectivos.

a) Forma

La constitución del fideicomiso de inversión se formalizará mediante contrato firmado entre el/los fideicomitentes y el banco fiduciario, el cual deberá ser instrumentado en escritura pública otorgada por Notario de Fe Pública y registrada según la naturaleza de los bienes fideicomitados.

b) Contenido del contrato

El contenido del acto constitutivo del fideicomiso debe de señalar cuando menos las disposiciones relativas: a la finalidad específica para la cual se constituye el fideicomiso; la individualización de los bienes objeto de

transferencia, la indicación de si los bienes se encuentran sujetos a gravámenes; embargos o son materia de controversia o litigio judicial, arbitral o administrativo y la especificación del modo y plazo de transferencia de los bienes que integrarán el patrimonio fideicometido.

Asimismo, las obligaciones y facultades del fideicomitente, del banco fiduciario y del beneficiario; la fijación de los límites a las facultades de disposición y administración de los bienes o activos que integran el patrimonio fideicometido; y las causales de remoción del banco fiduciario, así como el procedimiento para la elección del fiduciario sustituto en caso de renuncia, liquidación o remoción del banco fiduciario.

2.4. Fideicomisos testamentarios

El fideicomiso testamentario consiste en un acto de disposición de voluntad mediante el cual el testador dispone de sus bienes o derechos, en todo o en parte, dentro de lo permitido por la ley para que este acto tenga efecto después de su muerte¹³³.

El procedimiento sería el siguiente: el causante-fideicomitente transmite determinados bienes al sucesor-fiduciario para que los administre o enajene en beneficio de quien se designa en el testamento como beneficiario. Cumplido el plazo o condición ordenado por el causante, el fiduciario deberá transmitirlo al beneficiario o, si el causante le invistió de la facultad omnimoda de elegir, por él, el heredero, el fiduciario habrá de cumplir con la ejecución de su última voluntad.

Se ha de tener en cuenta que si bien el párrafo segundo del artículo 1411 del CCB establece que el fideicomiso constituido "*mortis causa*" debe serlo conforme a las normas del CCvB, este tipo de fideicomiso merece especial análisis.

Las disposiciones que el CCvB establece para la regulación de la sucesión testamentaria, destacan, especialmente, el carácter personalísimo del

¹³³ Art. 1112 del CCvB.

El fideicomiso en Bolivia

testamento, debido a este carácter, no se puede testar por poder o encargo¹³⁴.

A ello se añade, la prohibición de eludir las incapacidades para recibir testamento¹³⁵, la nulidad de las disposiciones a favor de persona incierta o sobre objetos no identificables¹³⁶, así como la prohibición de herencias fideicomisarias¹³⁷. Es muy probable que la disposición de estos preceptos derive matices diferenciales entre la constitución del fideicomiso por contrato y el fideicomiso constituido por testamento.

Desafortunadamente, el sistema del CCB únicamente se limita a remitir hacia las normas del CCvB, sin ingresar en mayor detalle sobre los diferentes matices que puede plantear esta modalidad de fideicomiso, por ejemplo, en lo relativo a la legítima de los herederos forzosos.

a) Forma

De conformidad con el párrafo segundo del artículo 1411 del CCB, la constitución del fideicomiso por voluntad unilateral del fideicomitente deberá ser expresada en testamento a través de cualquiera de sus formas legales: cerrado¹³⁸, particular¹³⁹, u otorgado ante notario¹⁴⁰.

¹³⁴ En este sentido, el artículo 1115 CCvB establece que el testamento es un acto personalísimo; por tanto no se podrá testar por poder o encargo, ni dejarse al arbitrio de un tercero la institución de heredero o legatario, o la determinación de bienes o cuotas que hayan de recibir. Correlativamente, el artículo 1114 del CCvB añade que el testamento es un acto unipersonal y por tanto, no pueden testar en el mismo documento dos o más personas, ni en beneficio recíproco, ni en favor de un tercero.

¹³⁵ El artículo 1123.I del CCvB dispone que «toda disposición testamentaria en beneficio de un incapaz es nula, aun cuando se haya simulado bajo la forma de un contrato oneroso y se haya hecho bajo el nombre de personas interpuestas».

¹³⁶ De conformidad con el artículo 1159.I del CCvB «la disposición en beneficio de persona incierta o sobre cosa no identificable será nula, a no ser que por sus circunstancias puedan ser individualizadas».

¹³⁷ El artículo 1170 del CCvB establece que «son nulas las instituciones fideicomisarias, cualquiera fuere la forma que revistan; habiendo cláusula fideicomisaria, entran a la sucesión los herederos legales respecto a los bienes afectados por esa cláusula». Véase también que el apartado 2 del artículo 1413 del CCB establece la prohibición —siendo absolutamente nulos— los fideicomisos testamentarios en los cuales el beneficio se conceda a diversas personas que sucesivamente deban sustituirse por muerte del beneficiario anterior.

¹³⁸ Art. 1127 del CCvB.

b) Contenido del contrato

De la técnica legislativa puede inferirse que —en cuanto sea pertinente— las disposiciones establecidas para el fideicomiso contractual son aplicables al testamentario. De manera que, entre las enunciaciones mínimas del contenido se encontrarían: la designación de la entidad fiduciaria; las instrucciones del fideicomitente sobre la administración, disposición, ejecución de los bienes sujetos a ella y todas las instrucciones necesarias para el cumplimiento de la finalidad del fideicomiso, siempre y cuando se sujeten al marco legal.

2.5. Fideicomisos públicos

Caracterizados porque la intervención de la partes detenta el carácter público. Es fideicomitente el Estado directamente o por medio de sus representantes, y es fiduciaria la entidad financiera bancaria que tiene expresa autorización para intervenir en fideicomisos del Estado. A esta modalidad de fideicomisos, se los llaman también, fideicomisos públicos¹⁴¹.

Desde 1995 el Estado boliviano comenzó a emplear al contrato de fideicomiso para canalizar y administrar fondos financieros en favor de los sectores económicos fundamentales del país, ciudad o una región. Se han constituido más de una veintena de fideicomisos públicos y se ve su empleo continué creciendo mucho más por el efecto mismo de la transcendencia e incidencia que ha adquirido en cuanto al manejo de la cosa pública.

Su proceso sería el siguiente: el Estado Nacional —directamente o por medio de sus representantes— como fideicomitente transmite la propiedad fiduciaria de bienes o activos de su dominio público o privado a un

¹³⁹ Art. 1128 del CCvB.

¹⁴⁰ Art. 1132 del CCvB.

¹⁴¹ En opinión de KIPER y LISOPRAWSKI: *ob. cit.*, p. 536, es posible describir el fideicomiso público como «un contrato por medio de la cual la administración, por intermedio de alguna de sus dependencias facultadas y en su carácter de fideicomitente, transmite la propiedad de bienes del dominio público o privado del Estado o afecta fondos públicos a un fiduciario para realizar un fin lícito, de interés público».

El fideicomiso en Bolivia

fiduciario establecido en la Ley especial de creación para que éste la ejerza en beneficio de quien se designe en dicha norma y la transmita al cumplimiento de un plazo o condición, a quien en ella se determine.

a) Forma

De conformidad con la previsión del artículo 429.2 del CCB, las acciones de propiedad del Estado que han de ser transferidas a título de fideicomiso necesariamente deben ser dispuestas mediante Decreto Supremo.

b) Contenido del contrato

El Decreto Supremo de autorización para la constitución de recursos en fideicomiso, deberá especificar mínimamente los siguientes aspectos: el fiduciante (en representación del Estado Nacional), beneficiario o beneficiarios de los recursos, fiduciario encargado de la administración del fideicomiso, monto del fideicomiso, plazo de duración del fideicomiso, finalidad del uso de los recursos fideicomitados, y la entidad encargada de la supervisión, seguimiento, evaluación del logro de la finalidad del fideicomiso¹⁴².

Podrá preverse, taxativamente, el perfil del fiduciario en función del encargo de confianza que se realiza; el objeto específico a cuya consecución se aplicará dicho patrimonio; las causales de extinción; y el mecanismo de liquidación de los beneficiarios del objeto del fideicomiso.

3. Relación del fideicomiso con otros regímenes fiduciarios

3.1. La titularización

3.1.1. Importancia del régimen de la titularización

La titularización consiste en un proceso mediante el cual se desarrollan los procedimientos y mecanismos que permiten la movilización de activos tradicionalmente ilíquidos. Este sistema fue instaurado por la Ley N° 1834

¹⁴² Art. 20.I. a) del D.S. N° 0014, de 19 de febrero de 2009.

de Mercado de Valores de Bolivia (LMVB), de 31 de marzo de 1998, con el objeto de captar el ahorro y convertir en fuente de financiamiento de las actividades económicas del país, mediante la emisión de títulos-valores¹⁴³.

La importancia del estudio de la titularización se refleja en la necesidad de clarificar si la titularización es una especie de negocio fiduciario, en virtud de la semejanza que existe entre la configuración jurídica de la titularización y la del fideicomiso, y en la demostración de que la normativa inherente a estas figuras jurídicas puede desatar importantes confusiones, por ser insuficiente.

Es lamentable que en el año 1998, año en que se introduce la LMVB, el legislador boliviano no haya aprovechado esa oportunidad para determinar y aclarar las diferencias que existían entre la titularización y el fideicomiso, o bien unificar el sistema normativo de este tipo de negocios.

La desafortunada redacción originaria del artículo 76 de la LMVB¹⁴⁴ —que define a la “titularización” haciendo únicamente referencia a la constitución de patrimonios autónomos— y las demás disposiciones que en torno a ella giran, constatan los titubeos que el legislador ha tenido a la hora de regular los negocios fiduciarios.

3.1.2. Definición de la titularización

La LMVB define a la titularización, también llamada movilización de activos¹⁴⁵, como el negocio que consiste en constituir patrimonios autónomos bajo la administración de sociedades de titularización con activos o bienes presentes o futuros, destinados a garantizar y pagar valores

¹⁴³ En la LMVB, la titularización está regulada en los artículos 76 al 86 del Capítulo Único del título VIII de la misma norma. En estos diez preceptos el legislador boliviano ha establecido las normas generales de la titularización, las cuales han sido complementadas por el Reglamento a la LMVB.

¹⁴⁴ Modificada por la Ley 2064, de 3 de abril de 2000, de Reactivación Económica.

¹⁴⁵ CAMARGO MARIN, Víctor: *Derecho Comercial Boliviano*, 3ª Ed., actualizada Gráficas Thunupa, La Paz, Bolivia, 2007, p. 342.

El fideicomiso en Bolivia

emitidos a favor de inversionistas, independientes del patrimonio del cedente¹⁴⁶.

El mecanismo de su funcionamiento sería el siguiente: se reúne un conjunto de bienes o activos de una o varias entidades o personas «denominadas originadores»¹⁴⁷ para transferirlos a una entidad independiente «denominada sociedad titularizadora»¹⁴⁸, con el propósito de que esta última constituya con ellos un patrimonio autónomo que respalde la creación y colocación de títulos-valores en el mercado.

Prácticamente, estamos ante un proceso mediante el cual se emiten valores susceptibles de ser colocados y negociados libremente en el mercado bursátil, emitidos con cargo a un patrimonio autónomo.

Algunos autores definen a la titularización como aquel proceso mediante el cual las empresas necesitadas de financiamiento para sus actividades recurren para la obtención de tales recursos directamente a los mercados organizados, emitiendo títulos-valores, originando de esta manera un aumento de los títulos-valores existentes, a través de una mayor participación de empresas que ya operaban en bolsas, o de la incorporación de nuevas empresas, atraídas por las ventajas que ello representa¹⁴⁹.

¹⁴⁶ Art. 76 de la LMVB.

¹⁴⁷ Art. 77 de la LMVB.

¹⁴⁸ Art. 78 de la LMVB.

¹⁴⁹ CAMARGO MARIN, Víctor: *ob. cit.*, pp. 342-349. Según este mismo autor las ventajas que brinda la titularización en Bolivia son las siguientes: a) representa un mecanismo efectivo para la aceleración del desarrollo, al poner a disposición de las diversas actividades productivas del país, recursos adicionales, sin ningún tipo de presiones inflacionarias; b) la titularización significa un aumento en la emisión de títulos valores, generando de esta manera un incremento de la oferta de títulos-valores en el mercado, dándole así una mayor estabilidad y promoviendo competitividad y eficiencia; c) con la titularización las empresas cuentan con un mecanismo de financiación basado en la rotación de sus activos, sin perder el control sobre el manejo gerencial de la empresa; d) la movilización de una oferta adicional de los fondos prestables pueden contribuir a una reducción y estabilización de la tasas de interés y a una ampliación de los plazos del financiamiento, a niveles compatibles con los requerimientos del desarrollo; y e) Constituye un incentivo a la formación del ahorro interno, a través de brindar al inversionista, una mayor variedad de formas de inversión a tasas o rendimientos superiores a las del sistema tradicional existente.

3.1.3. El fideicomiso y la titularización

En el sistema de la LMVB, la titularización viene configurada bajo los lineamientos generales del fideicomiso en virtud a que en la titularización también se produce dos aspectos propios del fideicomiso.

Estos dos aspectos sustanciales refieren concretamente a la “transmisión plena del dominio de los bienes o activos” que efectúa el originador a la sociedad titularizadora y, a la “obligación personal” que nace entre las partes, la cual determina la conducta debida de la sociedad titularizadora respecto de la administración de los activos que componen el patrimonio autónomo.

La LMVB fue inexacta en acuñar a esta institución la denominación de “titularización” ya que la utilización de ésta denominación ha proyectado dos consecuencias negativas en el plano de los negocios fiduciarios en Bolivia. Por un lado, ha creado una línea divisoria entre el fideicomiso y la titularización, cuando en el fondo son negocios del mismo género; y por otro lado, ha desatado serias confusiones sobre si la titularización es o no un fideicomiso.

Cual haya sido la inspiración de la formulación del esquema jurídico de la titularización, no queda duda de que la LMVB ha recibido influencia del fideicomiso financiero. Así también lo confirma Soliz Morató en un reciente estudio de la figura, al indicar que “dentro de los fideicomisos denominados privados, podemos encontrar el llamado fideicomiso financiero o para efectos prácticos y de desarrollo del Mercado de Valores Boliviano, ingeniosamente bautizado localmente como ‘titularización’”¹⁵⁰. Y de otro lado, Peña Castrillón, quien desde 1986, ya reconocía que el fideicomiso

¹⁵⁰ SOLIZ MORATÓ, Sandro: “Fideicomiso Público y Privado en Bolivia”, Clear Advice, [Fecha de consulta: 20 de octubre de 2011]. Disponible en «<http://www.clearadviceco.com/blog/articulos-locales-fideicomiso-publico-y-privado-en-bolivia/>».

El fideicomiso en Bolivia

financiero denotaba un mayor desarrollo en los países latinoamericanos, hecho que influye para su incorporación en otros¹⁵¹.

A fin de exponer las notorias similitudes que la titularización posee con el fideicomiso, con base en las consideraciones precedentes, vamos ahora a centrar la exposición en los tres elementos principales que se observan en ambas figuras:

- los sujetos que intervienen en la relación jurídica;
- la transferencia del dominio de los bienes o activos; y
- la constitución del patrimonio autónomo.

a) Sujetos de la relación

De igual forma como ocurre en el fideicomiso, en el proceso de titularización también interactúan fundamentalmente tres elementos personales claramente diferenciados: el originador, la sociedad titularizadora, y los inversionistas.

Pueden actuar como constituyentes «originadores» de la titularización, las personas naturales o jurídicas sean estas públicas, privadas o mixtas, interesados en realizar la movilización de activos.

Actúan como sociedades titularizadoras de procesos de titularización, las sociedades anónimas cuyo objeto social exclusivo es el de la titularización, que tienen la debida autorización de la Superintendencia de Valores, Pensiones y Seguros (SVPS).

Son inversionistas de los procesos de la titularización, las personas naturales o jurídicas sean estas públicas, privadas o mixtas interesados en adquirir los títulos-valores colocados.

En el proceso de la titularización, el originador «fiduciante» es quien transfiere la propiedad fiduciaria de bienes o activos específicos a la

¹⁵¹ PEÑA CASTRILLÓN, Gilberto: *La fiducia en Colombia*, Ed. Temis, Bogotá, Colombia, 1986, p. 30.

sociedad titularizadora «fiduciario» para que este último, detentando la propiedad fiduciaria del activo fideicomitado, emita títulos de deuda y/o certificados de participación a ser colocados a través del régimen de oferta pública, siendo los interesados inversionistas quienes adquieran los títulos-valores colocados.

El marco de la LMVB pone de relieve a la intervención de estas tres partes, pero también proyecta la participación subordinada de terceros intervinientes¹⁵².

b) Transferencia del dominio de los bienes o activos

Este es el acto esencial del proceso de la titularización. El criterio que sigue la LMVB sobre la transferencia del dominio de los bienes o activos es estrictamente rígido porque demanda que ésta sea absoluta, en términos jurídicos y contables¹⁵³.

La transferencia del dominio de la propiedad de los bienes constituye una de las características fundamentales y propias del negocio fiduciario. Precisamente por esta razón la Comisión Codificadora —iniciada en 1972— determinó en el cuerpo legal del CCB de 1977 que por el fideicomiso el fideicomitente transmite uno o más bienes al fiduciario.

¹⁵² Las partes que podrían llegar a intervenir en un proceso de titularización son:

- a) Colocadora. Es el agente especializado en la colocación de los valores en el mercado primario. Su participación en el proceso de titularización no es indispensable, ya que la colocación de los valores la puede realizar directamente la sociedad de titularización en representación del patrimonio autónomo emisor de los títulos.
- b) Estructurador. Es quien se encarga de agrupar bienes o activos con características comunes para efectos de la constitución del patrimonio autónomo, así como de la estructuración financiera y jurídica de los procesos de titularización. Esta labor puede ser realizada por la misma sociedad titularizadora, el originador o, por personas especializadas en la materia.
- c) Representante común de tenedores de valores. Es quien actúa en representación de los tenedores de los valores emitidos.
- d) Entidad calificadora de riesgos. Es la entidad especializada que otorga la calificación a los valores emitidos en un proceso de titularización.
- e) Garante. Es la persona individual o colectiva que otorga garantías adicionales al proceso de titularización.

¹⁵³ Art. 80 de la LMVB.

El fideicomiso en Bolivia

De no materializarse este acto de transferencia de dominio, el instituto del fideicomiso podría equipararse con el contrato de mandato ya que, por el mandato el mandatario se obliga a celebrar o ejecutar uno o más actos por cuenta del mandante, con arreglo a las disposiciones y limitaciones expresamente establecidas en el contrato¹⁵⁴. Y al igual que el fideicomitente, el mandante también confiere al mandatario todos los derechos necesarios para la realización del negocio jurídico encomendado¹⁵⁵, pero en ningún momento efectúa la transferencia de dominio.

Ahora bien, en el proceso de la titularización sucede lo propio, el propietario de los bienes o activos «originador» debe transferir dichos bienes a la sociedad titularizadora a fin de ser destinado a inversiones en títulos u otros activos.

En este aspecto, la LMVB dispone en su artículo 80 que “la cesión de bienes o activos destinados para la conformación del patrimonio autónomo que garantiza la emisión de valores de titularización comprende la transferencia del dominio sobre dichos bienes o activos, siendo ésta absoluta e irrevocable”. Siendo esta transferencia de dominio, al igual en el fideicomiso, de carácter temporal¹⁵⁶.

En consecuencia, la particular característica de la transferencia del dominio de los bienes o activos inherente al proceso de la titularización, permite inferir que la titularización regulada en la LMVB es una especie de fideicomiso.

c) Constitución del patrimonio autónomo¹⁵⁷

Los bienes o activos transferidos para la estructuración del proceso de titularización constituyen un patrimonio autónomo¹⁵⁸. El patrimonio

¹⁵⁴ Art. 1237 del CCB.

¹⁵⁵ Art. 1238 del CCB.

¹⁵⁶ Párrafo agregado (al art. 80 de la LMVB) por la Ley 2064 de 3 de abril de 2000, de “Reactivación Económica”.

¹⁵⁷ Art. 76 de la LMVB.

¹⁵⁸ Según el artículo 79 de la LMVB, podrán estructurarse procesos de titularización a partir de los siguientes activos o bienes: Valores de deuda pública,

Tesis Doctoral

autónomo de la titularización ha sido definido por la LMVB como el constituido con los bienes o activos cedidos por una o más personas individuales o colectivas y afectadas para el propósito de que, a cargo del patrimonio autónomo, se emitan valores.

A este patrimonio, se le ha dotado de las mismas características que posee el patrimonio del fideicomiso, por lo que estamos ante un patrimonio especial que no forma parte de la garantía general de los acreedores de las empresas originadoras ni de las sociedades de titularización y solamente responde y garantiza las obligaciones derivadas de la emisión de Valores para la cual se ha efectuado el proceso de titularización.

La constitución de la titularización puede realizarse, por un lado, por medio de un contrato de cesión irrevocable de bienes o activos (en este caso la cesión la realizan una o varias personas individuales o colectivas no vinculadas a la sociedad de titularización), y por otro, por medio de un acto unilateral de cesión de bienes o activos¹⁵⁹.

En referencia a la constitución de la titularización por medio de un acto unilateral, la disposición del artículo 80 de la LMVB, que establece que “*la cesión de bienes o activos se podrá realizar por contratos o mediante actos unilaterales de contenido patrimonial*”, conduce a entender que la sociedad titularizadora en calidad originador hace un contrato de titularización consigo misma y en virtud de ello se autodesigna sociedad titularizadora y se autotransfiere un conjunto de bienes que ya forman parte de su propia masa patrimonial para constituir otro patrimonio.

No obstante ello, el párrafo segundo del artículo 77 de la LMVB, que dispone que “*cuando la sociedad de titularización por acto unilateral proceda*

Valores inscritos en el Registro del Mercado de cartera de crédito, documentos de crédito, flujos de caja, contratos de venta de bienes o servicios, contratos de arrendamiento financiero, contratos de factoraje, activos y proyectos inmobiliarios y otros, de conformidad a reglamento. Se realizará el proceso de titularización, siempre que dichos bienes o activos hayan sido autorizados en forma genérica mediante Resolución de la SPVS.

¹⁵⁹ Párrafo segundo del artículo 80 de la LMVB.

El fideicomiso en Bolivia

a la cesión de activos o bienes para constituir el patrimonio autónomo ésta no adquiere la condición de originadora”, no termina por aclarar este aspecto¹⁶⁰.

La principal interrogante que se plantea en esta clase de titularización, es la de saber que calidad tiene la sociedad titularizadora cuando trasfiere los bienes o activos, si esta no es originador. Se plantea también otro matiz especial que refiere al hecho de que en esta constitución por acto unilateral, no se realiza verdaderamente una transferencia de los bienes, porque estos no pasan de una persona a otra, sino que continúan permaneciendo en poder de su propietario, por cuanto no se produce la *traditio*¹⁶¹.

De ahí que sostenemos que el sistema de la LMVB adolece de ciertas contradicciones, primero, distingue y exige la participación de los tres elementos personales en el proceso de la titularización, y segundo, añade la posibilidad de constituirlo mediante acto unilateral, sin entrar en mayores detalles sobre esa modalidad.

Por último, tal como sucede en el fideicomiso, en la titularización el contrato o el acto unilateral de cesión de bienes o activos también debe constar en escritura pública y ser inscrita en el correspondiente registro en derechos reales. El inicio del proceso de titularización comienza con el contrato de cesión de bienes o activos para la constitución del patrimonio autónomo, así como la transferencia de los bienes o activos a la sociedad de titularización, y finaliza con la extinción del patrimonio autónomo¹⁶².

Todo lo anterior, como se ha visto, muestran las semejanzas de la titularización y el fideicomiso aún cuando han recibido un tratamiento

¹⁶⁰ A pesar de que la ley prevé que en este caso la sociedad titularizadora no es originador, tácitamente admite que ésta reúna subjetivamente las calidades de originador y sociedad de titularización.

¹⁶¹ En una acepción estricta jurídica, la *traditio* comporta la transmisión de la propiedad, que deberá ir acompañada de ciertos requisitos: uno objetivo, *corpus*, la propia entrega de las cosas, esto es ponerla a disposición del adquirente; otro subjetivo, *animus*, la concordancia de la voluntad de las partes de transmitir y adquirir el dominio de aquella; y tercero, jurídico, la justa causa, la relación o fundamento que sirve de base a la entrega. *Vid.*: PANERO GUTIÉRREZ, Ricardo: *ob. cit.*, p. 394.

¹⁶² Art. 86 de la LMVB.

separado, hecho que no se observa en las legislaciones de otros países vecinos.

3.1.4. Legislación comparada

La doctrina latinoamericana ha entendido que la titularización constituye una especie de fideicomiso. Legisladores de diversos países de Latinoamérica han regulado al proceso de titularización dentro de los negocios fiduciarios, en algunos casos acuñando la denominación de “fideicomiso financiero”, y en otros “fideicomiso de titularización”.

Así, se aprecia que tanto en el ordenamiento jurídico argentino, como en el peruano, la figura de la titularización ha sido considerada como una especie más de los negocios fiduciarios y en virtud de ello se la ha regulado dentro del marco de los fideicomisos. En sentido amplio se puede decir que la recepción y regulación de la titularización en estos países contempla sus propias características, pero no diverge notablemente. La diferencia marcada que presenta la titularización en Argentina y Perú se limita a la denominación empleada en cada ordenamiento, es decir, la de “fideicomiso financiero”, en el primero, y “fideicomiso de titulización”, en el segundo. Examinemos con mayor detalle la regulación asignada en estos países:

A) En el Derecho argentino, el fideicomiso financiero es un mecanismo que permite la conversión de activos ilíquidos en activos líquidos a través de la emisión de valores negociables.

El fideicomiso financiero se instrumenta mediante la celebración de un contrato en el que se individualizan los siguientes sujetos: fiduciante, fiduciario, beneficiario, y fideicomisario.

Actúan como fiduciantes originadores las personas naturales o jurídicas, que disponen de la propiedad de bienes o activos.

Cumplen funciones de fiduciario la entidad financiera autorizada a actuar como tal en los términos de la Ley de Entidades Financieras N° 21.526, o

El fideicomiso en Bolivia

una sociedad inscrita en el Registro de Fiduciarios Financieros de la Comisión Nacional de Valores.

Son beneficiarias las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas que reciben los beneficios que surgen del ejercicio de la propiedad fiduciaria, en su caso, los titulares de los valores representativos de deuda o de los certificados de participación¹⁶³.

Y fideicomisarios son los destinatarios finales de los bienes fideicomitidos al cumplimiento de los plazos o condiciones previstos en el contrato.

Bajo este contexto debemos indicar que el mecanismo de su funcionamiento se desarrolla de la siguiente manera: el fiduciante transfiere la propiedad fiduciaria de activos específicos al fiduciario, quien actúa no a título personal, sino en representación del fideicomiso.

El fiduciario detenta la propiedad fiduciaria del activo fideicomitido durante la vida del fideicomiso y emite títulos de deuda o certificados de participación bajo dicho fideicomiso a ser colocados a través del régimen de oferta pública.

Con el producido de la colocación de dichos valores negociables se adquiere el activo fideicomitido y se crea en consecuencia un “vehículo no corporativo” que tiene la función de ser una fuente alternativa de financiamiento para las actividades del fiduciante.

Concretamente el fideicomiso financiero se encuentra regulado de forma general por la Ley 24441 de Financiación de la Vivienda y Construcción, sancionada el 22 de diciembre de 1994, la Ley 17811, de Oferta Pública¹⁶⁴, las normas de la Comisión Nacional de Valores, y el articulado del Banco Central.

¹⁶³ Art. 19 de la Ley 24.441.

¹⁶⁴ En lo relativo a la oferta pública de valores negociables, y las Normas de la Comisión Nacional de Valores-CNV. Ley modificada por última vez mediante el Decreto 677/2001.

B) En el Derecho peruano se sigue la misma línea, por el fideicomiso de titularización el fideicomitente originador se obliga a efectuar la transferencia fiduciaria de un conjunto de activos a favor de la sociedad titularizadora para la constitución de un patrimonio autónomo sujeto al dominio fiduciario de éste último y afecto a la finalidad específica de servir de respaldo a los derechos incorporados en valores, cuya adquisición «de uno o más valores» concede a su titular la calidad de fideicomisario¹⁶⁵.

Su constitución se efectúa y perfecciona por contrato entre el/ los fideicomitentes y la sociedad titulizadora, al que se adhiere el/ los inversionistas al suscribir o adquirir los valores que se emitan con respaldo en el patrimonio fideicometido, obteniendo al mismo tiempo la calidad de fideicomisario¹⁶⁶. También puede constituirse mediante acto unilateral¹⁶⁷.

El marco legal de los fideicomisos de titulización se encuentra preceptuado en las disposiciones del Texto Único Ordenado de la Ley de Mercado de Valores¹⁶⁸, el Reglamento a los Procesos de Titulización de Activos, y por las disposiciones del Título IV del Reglamento de Fideicomiso y de las Empresas de Servicios Fiduciarios.

Es evidente que el legislador peruano ha prestado especial atención a la regulación de los fideicomisos de titulización, la normativa no sólo contempla los lineamientos generales de funcionamiento, también prevé enunciados sobre mecanismos de absolución de dudas y resolución de eventuales dilemas, además de las exigencias que las partes contratantes

¹⁶⁵ Art. 301 del Texto Único Ordenado de la Ley de Mercado de Valores.

¹⁶⁶ Art. 10 del Reglamento a los Procesos de Titulización de Activos.

¹⁶⁷ Según el artículo 301 del Texto Único Ordenado de la Ley de Mercado de Valores, la sociedad titulizadora, mediante acto unilateral, puede también constituir patrimonios fideicometidos. En virtud de dicho acto, la sociedad se obliga a efectuar la transferencia fiduciaria de un conjunto de activos para la constitución de un patrimonio fideicometido sujeto a su dominio fiduciario, reuniendo en tal supuesto, las calidades de fideicomitente y fiduciario. Dichos activos y los frutos y rentas que se deriven de ellos, no podrán regresar al patrimonio de la sociedad titulizadora hasta que se hubiere cumplido con la finalidad para la que fue constituido el fideicomiso, salvo que se hubiere pactado en modo distinto.

¹⁶⁸ Por remisión del artículo 260 de la Ley General.

El fideicomiso en Bolivia

deben cumplir, por ejemplo, la información pormenorizada que el acto constitutivo del fideicomiso debe contener¹⁶⁹.

3.2. Fondos de inversión

3.2.1. Concepto de fondo de inversión

Los fondos de inversión son también de similares características a los procesos de titularización.

Un fondo de inversión es el patrimonio común autónomo constituido por la captación de capitales de personas naturales o jurídicas «denominadas inversionistas» para su inversión en valores de oferta pública por cuenta y riesgo de los aportantes, siendo la sociedad administradora la encargada de administrar la inversión del patrimonio común¹⁷⁰.

Su proceso comienza con la transferencia de los recursos o aportes de los inversionistas a la sociedad administradora para que esta última se ocupe de proporcionar al fondo de inversión los servicios administrativos que éstos requieran. Una vez transferido los aportes al fondo, éstos constituyen el patrimonio autónomo del fondo que es independiente del patrimonio de los inversionistas y de la sociedad administradora¹⁷¹.

La constitución del fondo se realiza mediante escritura pública otorgada por los representantes legales de la sociedad administradora. La SVPS es la

¹⁶⁹ Según el artículo 308 del Texto Único Ordenado de la Ley de Mercado de Valores, el acto constitutivo debe señalar:

- a. La finalidad específica para la cual se constituye el fideicomiso;
- b. La individualización de los activos objeto de transferencia;
- c. La indicación de si los activos se encuentran sujetos a gravámenes o son materia de controversia o litigio judicial;
- d. El modo y plazo de transferencia de los activos que integrarán el patrimonio fideicometido;
- e. Los derechos, obligaciones y facultades del fideicomitente, de la sociedad tituladora y del fideicomisario;
- f. Las causales para la remoción de la sociedad tituladora;
- g. Las condiciones o plazos; y
- h. El destino de los activos a la finalización del fideicomiso

¹⁷⁰ Art. 87 de la LMVB.

¹⁷¹ Art. 90 de la LMVB. Es por esta razón que la sociedad administradora se encuentra obligada a llevar una contabilidad separada para cada fondo que administre

autoridad competente para autorizar el funcionamiento de fondos previa valoración de que la escritura pública, el reglamento interno del fondo, el contrato entre el fondo, y los participantes cumplan con los requisitos establecidos por la LMVB.

Bajo este contexto, los fondos de inversión se clasifican en cinco modalidades, a saber¹⁷²:

a) *Fondos de inversión abiertos o fondos mutuos.* Son aquellos cuyo patrimonio es variable. Las cuotas de participación colocadas entre el público son redimibles directamente por el fondo y su plazo de duración es indefinido.

b) *Fondos de inversión cerrados.* Son aquellos cuyas cuotas de participación no son redimibles directamente por el fondo.

c) *Fondos de inversión no financieros.* Son aquellos que tienen la totalidad de su activo invertido en Valores u otros instrumentos representativos de activos financieros. Estos fondos pueden ser abiertos o cerrados.

d) *Fondos de inversión no financieros.* Son aquellos cuyo objeto principal es la inversión en Valores representativos de activos de índole no financiera ya sea por resultado de un proceso de titularización u otro tipo de procesos expresamente autorizado por reglamento. Estos fondos también pueden ser abiertos o cerrados.

e) *Fondos de inversión internacionales.* Ya sean abiertos o cerrados podrán adoptar las siguientes características:

e.1) Constituidos en Bolivia con aportes exclusivamente extranjeros para inversión en el mercado nacional, debiendo cumplir con todo lo establecido por la LMVB y sus reglamentos.

¹⁷² Art. 91 de la LMVB. Al margen de los fondos de inversión regulados por la LMVB, existen también otros tipos de fondos especiales, por ejemplo, el Fondo de Capitalización Colectiva «regulada por la Ley N° 1864, de 15/06/98 y del Crédito» es el patrimonio autónomo constituido mediante fideicomiso irrevocable de duración indefinida (Art. 2.9 de la Ley N° 1864).

El fideicomiso en Bolivia

e.2) Constituidos en Bolivia con aportes nacionales y/o extranjeros, con la finalidad de que los recursos del fondo sean invertidos, tanto en el mercado nacional, como en el internacional, bajo las leyes y reglamentos nacionales.

e.3) Constituidos en el extranjero con arreglo a las leyes del país de origen del fondo, pudiendo actuar éstos en el mercado nacional sujetos en sus transacciones a la LMV y sus reglamentos.

Retomando lo anterior, podemos decir que la estructura de los fondos de inversión también abraza ciertos elementos que están presentes en la titularización y en el fideicomiso, ya que en el fondo de inversión tiene lugar el acto de la transferencia del dominio de bienes (recursos, aportes, etc.) al fondo, los cuales pasan a conformar un patrimonio autónomo; y asimismo la gestión del fondo es desarrollada por una sociedad administradora especializada, quien bajo un rol de administrador fiduciario, se encarga de la consecución de la finalidad del fondo que es la inversión.

3.2.2. Sociedades administradoras de fondos

Recae sobre las sociedades administradoras todo un conjunto de facultades de administración sobre los bienes del fondo. El criterio que sigue la ley sobre la función que desempeñan las sociedades administradoras, es altamente exigible.

Tal como se exige al fiduciario en el fideicomiso, en los fondos de inversión también se demanda a la sociedad administradora que administre los fondos a su cargo con el cuidado exigible al administrador profesional con conocimiento especializado en la materia.

El numeroso espectro de responsabilidades que pesan sobre las sociedades administradoras se resume en¹⁷³:

- 1) Buscar la adecuada rentabilidad y seguridad de sus operaciones, con arreglo al principio de distribución de riesgos y preservando siempre el interés e integridad de los bienes que le sean confiados.

¹⁷³ Arts. 98 y ss. de la LMVB.

- 2) Estricto cumplimiento de los parámetros, índices y demás normas de solvencia y prudencia financiera que se determine mediante reglamento.
- 3) Proporcionar a los fondos de inversión los servicios administrativos que éstos requieran, tales como cobranza de sus ingresos y rentabilidad, presentación de informes periódicos que demuestren su estado y comportamiento actual, y en general la provisión de un adecuado servicio técnico para la buena administración del fondo.
- 4) Respetar y hacer prevalecer, en todo momento, los intereses de los fondos que administran sobre los suyos. De manera que cuando intervengan en la compra o venta de valores deberán velar primero por los intereses de los fondos, procurando que en las transacciones se obtenga siempre el mayor beneficio o ventaja posible para éstos, antes que para sus propias inversiones e intereses.
- 5) Ante un conflicto de intereses, consultar con la SVPS para la aprobación o rechazo de la acción generadora del conflicto, antes de tomar la decisión de proceder con la misma
- 6) De acuerdo con el artículo 95 de la LMVB puede cumplir funciones de sociedad administradora, la sociedad cuyo objeto único y exclusivo es la de prestar servicios de administración de fondos de inversión y siempre que sus estatutos, reglamentos internos, capital mínimo requerido y todos los demás requisitos exigidos, sean conforme a la LMVB y sus reglamentos.

3.3. Relación entre el Código de Comercio y la Ley de Mercado de Valores

Un aspecto de verdadera importancia que no es únicamente desde el punto de vista legislativo, sino también del práctico, es el relativo a la estrecha relación que existe entre el CCB y la LMVB.

El punto sustancial de conexión entre ambos compilados parte de la previsión del artículo 2 de la LMVB que establece: *“a los fines de la LMVB y sus reglamentos el término “valor” comprende a los títulos-valores normados por el CCB”*. A partir de ahí, la relación que guardan el CCB y la LMVB es

El fideicomiso en Bolivia

ampliamente estrecha porque ambos cuerpos normativos regulan los títulos-valores¹⁷⁴.

Tanto en el CCB como en la LMVB la regulación de los títulos-valores contempla diferencias propias. Así, los títulos-valores regulados por el CCB pueden ser:

- a) Nominativos. Es nominativo cuando en él se exige la inscripción del tenedor en el registro que llevará el creador del título. Es reconocido como tenedor legítimo quien figure a la vez, en el documento y en el registro correspondiente¹⁷⁵.
- b) A la orden. Son aquellos que han sido expedidos a favor de determinada persona, llevan la expresión de “a la orden” o que “son negociables”. Se transmiten por endoso y entrega del título, sin necesidad de registro por parte del creador¹⁷⁶.
- c) Al portador. Son los títulos que no están expedidos a favor de persona determinada (contengan o no la expresión al portador). La simple exhibición del título legitima al portador. Su transmisión se efectúa por la simple *traditio*¹⁷⁷.
- d) Otras especies de títulos valores. Se encuentran entre ellas: las letras de cambio, aval, pagaré, cheque, bonos, cédulas hipotecarias y otros títulos.

Por su parte, los títulos-valores regulados por la LMVB pueden ser:

- a) De contenido crediticio. El cual da derecho al titular de recibir dinero en proporción a la utilidad de la porción que ese título representa.
- b) De participación. El titular del documento es considerado como titular de una parte del patrimonio autónomo y en virtud de ello tiene

¹⁷⁴ Con independencia de este punto de conexión, se observa que cada articulado contempla ciertas distinciones. Mientras el CCB dedica mayor atención a la regulación de los lineamientos generales y características peculiares de los títulos-valores, la LMVB despliega todos sus esfuerzos hacia la regulación de un mercado de valores organizado, integrado, eficaz y transparente (Art. 1 de la LMVB).

¹⁷⁵ Art. 516 del CCB.

¹⁷⁶ Art. 520 del CCB.

¹⁷⁷ Art. 539 del CCB.

derecho a recibir las utilidades generadas en un periodo, así como el deber de soportar las pérdidas que genere el patrimonio autónomo en ese periodo. Es un título que genera más riesgo que el título de contenido crediticio.

- c) Mixtos o representados. Además de representar una parte alícuota del patrimonio autónomo o del fondo, otorgan el derecho al pago de una suma determinada de dinero. Al titular no solamente le otorga un derecho sobre una porción en el patrimonio autónomo, también le garantizan un nivel de calidad¹⁷⁸.

Establecida la estrecha relación que guardan el CCB y la LMVB, es importante referencia a la posibilidad de constituir fideicomisos que tenga por finalidad la realización de procesos de titularización. La existencia de este tipo de fideicomiso se hace posible a partir de la facultad que el CCB otorga al fiduciario para emitir en nombre del fideicomiso “certificados fiduciarios”¹⁷⁹ que tienen el carácter de títulos-valores, y como tales, otorgan a sus titulares derechos como:

- a una parte alícuota de los productos de los bienes en fideicomiso;
- a una parte alícuota del derecho de propiedad con relación a dichos bienes o al valor que se obtenga de la venta de los mismos; y
- al derecho de propiedad sobre una parte determinada del inmueble, en su caso¹⁸⁰.

¹⁷⁸ Art. 83 de la LMVB.

¹⁷⁹ Según el artículo 1445 del CCB, los certificados fiduciarios contendrán, por lo menos, los siguientes requisitos:

- 1) La indicación de ser "Certificado fiduciario".
- 2) Los datos de la escritura de constitución del fideicomiso.
- 3) La autorización de la autoridad administrativa competente para la emisión de los certificados.
- 4) La descripción de los bienes en fideicomiso.
- 5) La valuación de los bienes.
- 6) En su caso, el valor nominal de los certificados.
- 7) Las facultades del fiduciario.
- 8) Los derechos de los tenedores.
- 9) Lugar y fecha de su emisión, y firma de los representantes legales del fiduciario.

¹⁸⁰ Art. 1444 del CCB.

El fideicomiso en Bolivia

Finalmente, debemos mencionar que la instauración del fideicomiso con fines de titularización de certificados fiduciarios no sólo requerirá del consentimiento del fideicomitente, también deberá obtener la debida autorización administrativa¹⁸¹.

4. Tributación de las rentas y actividades del fideicomiso

4.1. Introducción

El desarrollo que el fideicomiso ha demostrado en los últimos años no sólo ha puesto de evidencia que cada vez es mayor el número de particulares que apuestan por el empleo de este contrato a fin de obtener determinadas finalidades, también ha revelado que cada vez es más urgente la necesidad del establecimiento de una Ley especial que regule los aspectos impositivos de los patrimonios fiduciarios.

En la legislación boliviana hasta el presente no se cuenta con una Ley impositiva específica que contemple todo un articulado de disposiciones que regulen los aspectos fiscales del fideicomiso.

La atención que el legislador boliviano ha prestado al panorama impositivo de los fideicomisos es lamentablemente crítica. Las breves pronunciaciones que hasta el momento han referido las normas fiscales, no terminan por aclarar el exacto tratamiento fiscal que asiste a los fideicomisos, tampoco absuelven las confusiones que con anterioridad ya se habían planteado en torno a ellos, por cuanto continúan perdurando las incertidumbres inherentes a su tratamiento impositivo.

Por ello, cabe destacar, que es un factor muy importante el que se establezca una ley fiscal propia, no sólo para el ordenamiento legal del país, sino para detectar anomalías producidas con propósito de elusión o evasión de impuestos. Asimismo para orientar a los organismos recaudadores en la elaboración de criterios que hagan viable la utilización del fideicomiso en el curso normal de las operaciones de particulares y de empresas.

¹⁸¹ Art. 1443 del CCB.

Para determinar el tratamiento fiscal que corresponde a los fideicomisos acudiremos, en primer término, a las normas fundamentales que sustentan el sistema tributario boliviano, es decir al Código Tributario de Bolivia (CTB), aprobado mediante Ley 2492, de 2 de agosto de 2003, y a la Ley 843, de 20 de mayo de 1986 (Texto ordenado a diciembre de 2005), por ser éstos compilados los que establecen los principios, instituciones, procedimientos y las normas que regulan el régimen jurídico del sistema impositivo boliviano, aplicables a todos los tributos de carácter nacional, departamental, y municipal.

En segundo término, recurriremos a las disposiciones que contienen los Decretos Supremos, las Reglamentaciones, las Resoluciones, y demás disposiciones de carácter general, dictadas por el poder ejecutivo o por los distintos órganos administrativos y locales facultados al efecto.

4.2. El Código Tributario Boliviano. Punto de partida

El CTB manifiesta que la obligación tributaria surge entre el Estado u otros entes públicos y los sujetos pasivos en cuanto se produce el hecho generador de la obligación, que constituye un vínculo de carácter personal.

De conformidad con el artículo 23 del CTB sujeto pasivo es el contribuyente respecto del cual se verifica el hecho generador de la obligación tributaria, pudiendo recaer esta condición en:

«1. Las personas naturales, prescindiendo de su capacidad según el derecho privado. 2. Las personas jurídicas y en los demás entes colectivos a quienes las leyes atribuyen calidad de sujetos de derecho. 3. En las herencias yacentes, comunidades de bienes, y demás entidades carentes de personalidad jurídica que constituyen una unidad económica o un patrimonio separado susceptible de imposición. Salvando los patrimonios autónomos emergentes de los procesos de titularización y los fondos de

El fideicomiso en Bolivia

inversión administrados por las sociedades administradoras y demás fideicomisos»¹⁸².

Como se puede apreciar, el CTB hace una concreción de la subjetividad tributaria pasiva en las personas naturales o jurídicas. La declaración es correcta toda vez que la personalidad jurídica es un atributo de las personas físicas y de las personas jurídicas que han cumplido los requisitos exigidos por las leyes para obtener la personalidad.

De toda la enumeración que contempla el artículo 23 del CTB, debe analizarse al apartado 3 que hace referencia a las entidades carentes de personalidad jurídica.

Según el primer párrafo de este apartado, la condición de contribuyente puede recaer: «en las herencias yacentes, comunidades de bienes, y demás entidades carentes de personalidad jurídica que constituyen una unidad económica o un patrimonio separado susceptible de imposición». El CTB hace esta consideración porque plantea la posibilidad que cuando dos o más entidades o sociedades vinculadas entre sí que pudiendo considerarse jurídicamente independientes tienen entre ellas tan estrechos lazos de unión que para el fisco se presentan como una unidad constituida en un sólo sujeto pasivo.

El concepto vendría a estar fundado en el principio que propugna tener en cuenta a las “realidades económicas” antes que las exterioridades jurídicas, por ello, para que el sujeto pueda tener capacidad jurídica tributaria, no importa su capacidad jurídica en el derecho privado, sino que realice

¹⁸² La anterior redacción de la disposición relativa al carácter de contribuyente, previsto en el artículo 24 del Código Tributario aprobado por Ley 1340, de 28 de mayo de 1992, abrogado por Ley 2492, de 2 de agosto de 2003 que promulga el nuevo CTB, vigente desde el 4 de noviembre de 2003, establecía una delimitación más clara y amplia de esta cualidad. Así, la condición contribuyente podía recaer: 1) En las personas físicas, prescindiendo de su capacidad según el Derecho Privado; 2) En las personas jurídicas y en los demás entes colectivos a quienes las leyes atribuyen calidad de sujetos de derecho; 3) En las entidades, colectividades o asociaciones que construyen una unidad económica, dispongan de patrimonio y tengan autonomía funcional así carezcan de personalidad jurídica.

concretamente y en forma autónoma una de las circunstancias de hecho abstractamente presumidas por la ley tributaria.

El CTB no interviene de manera exorbitante en la atribución de la cualidad de personalidad jurídica a los entes sin personalidad jurídica, siempre exige que sean susceptibles de imposición, lo cual lleva a entender que siempre debe existir una realidad organizativa, porque «allí donde exista una cierta organización (patrimonio, relaciones jurídicas, titularidades patrimoniales, órganos cohesionados en torno a una actividad o permanencia suficiente) puede haber el sustrato necesario para la atribución de personalidad jurídica»¹⁸³.

De ahí que el CTB es firme sostenedor de la tesis que cuando el sujeto pasivo adopte formas jurídicas manifiestamente inapropiadas o atípicas a la realidad económica de los hechos gravados, actos o relaciones económicas subyacentes en tales formas, la norma tributaria se aplicará prescindiendo de esas formas, sin perjuicio de la eficacia jurídica que las mismas tengan en el ámbito civil u otro¹⁸⁴.

En referencia a la disposición del segundo párrafo del apartado 3 que establece que se salvan de la condición de contribuyentes: “los patrimonios autónomos emergentes de los procesos de titularización y los fondos de inversión administrados por las sociedades administradoras y demás

¹⁸³ CALVO ORTEGA, Rafael: *Curso de Derecho Financiero. I. Derecho Tributario*, 11^a Ed., Ed. Thomson, Navarra, 2007, p. 153.

¹⁸⁴ No queda duda que la atribución de contribuyente a los patrimonios separados y entes sin personalidad jurídica, es una cuestión que en gran medida genera polémica, por ello requiere ser resuelta en sentido favorable. Los profesores SAINZ DE BUJANDA, F: *La capacidad jurídica tributaria de los entes colectivos no dotados de personalidad*, en “Hacienda y Derecho”, Ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1967, p. 447; MARTÍN QUERALT, Juan: *Curso de Derecho Financiero y Tributario*, 18^a Ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2007, p. 292; y CALVO ORTEGA, Rafael: *ob. cit.* p. 154, aclaran que la consideración de la ley tributaria sobre la atribución de obligados tributarios a los patrimonios separados y entidades sin personalidad, se limita a recordar al legislador la posibilidad de que en futuras leyes pueda hacerlo, que la ley tributaria reconoce con carácter general y de acuerdo con el espíritu sistemático de la Norma, una posibilidad que podrá ser utilizada por las leyes reguladoras de los distintos tributos, siendo de éstas de donde debe obtenerse el grado de efectividad en el ordenamiento tributario de ésta previsión genérica.

El fideicomiso en Bolivia

fideicomisos”, cabe puntualizar, que las razones que han llevado al legislador a mantener este criterio puede ser de diversa índole.

De hecho, la explicación más próxima de la no consideración de contribuyentes a patrimonios autónomos de la titularización se debería en gran medida a la iniciativa de incentivar a los potenciales inversionistas a invertir en el mercado de valores que por entonces se encontraba incipiente y de este modo dinamizar la oferta y demanda de títulos valores en Bolivia. La respuesta del por qué de la no atribución de contribuyente a los patrimonios autónomos de fideicomisos y fondos, encontraría su explicación en la finalidad de proporcionar ventajas fiscales a los patrimonios de los fideicomisos en los que el Estado nacional viene participando activamente.

Bajo este contexto, debemos poner de realce que el hecho de que la ley salve a los patrimonios autónomos emergentes de los negocios fiduciarios de la condición de “contribuyente”, no significa que estos entes no deban tributar.

El fundamento jurídico de hacer tributar al fideicomiso parte del principio que sostiene el artículo 27 de la Constitución Política del Estado: “*los impuestos y demás cargas públicas obligan igualmente a todos*”. Aquí la norma, según Abecia Valdivieso, debe aplicarse a iguales riquezas, iguales impuestos o cargas, sin que se trate de una igualdad aritmética porque no todos pagan impuesto iguales, sino más bien de una forma de igualar en razón de la capacidad económica, pero evitando distinciones odiosas y arbitrarias¹⁸⁵.

La Constitución Política del Estado dice “*en proporción a su capacidad económica*”, de modo que se aplica para diferentes categorías de contribuyentes según sus riquezas «a mayor riqueza, mayor tributo» con la finalidad de que se contribuya al sostenimiento de los gastos públicos¹⁸⁶. Siendo la “*capacidad económica*”, el principio constitucional que implica que

¹⁸⁵ ABECIA VALDIVIESO, Valentín: *Derecho Tributario. Crítica y Comentario del Código Tributario Boliviano*, Ed. Letras, La Paz, Bolivia, 1971, p. 35.

¹⁸⁶ Art. 8, inc. d) del CTB.

se graven ciertos hechos o situaciones por constituir el hecho imponible una circunstancia fáctica conectada de alguna manera al patrimonio o renta de una persona que es exteriorizante su aptitud económica para tributar.

Con esto queremos decir que a pesar de ser el patrimonio autónomo del fideicomiso un ente carente de personalidad jurídica, este patrimonio goza de una autonomía patrimonial y organizativa que le permite operar dentro del tráfico económico jurídico como un verdadero ente tributario, y como tal, obtiene ganancias, utilidades, beneficios económicos, que exteriorizan su capacidad contributiva.

Nada impide que se pueda asignar a las ganancias, utilidades o, beneficios económicos que genera el patrimonio del fideicomiso, la obligación constitucional y tributaria de satisfacer los tributos correspondientes.

4.3. El fiduciario “como tercero responsable”

El sistema del CTB adopta una división tripartita entre los sujetos pasivos: a) contribuyente, b) sustituto, y c) terceros responsables. Aunque parezca existir semejanzas entre los sujetos pasivos de la relación jurídica principal, en ellos se configuran notables diferencias que viene bien aclararlas a fin de evitar confusiones terminológicas. De esta manera, al hilo de los artículos 23, 25, 27, 28 del CTB procedemos a delimitar los rasgos distintivos del contribuyente, sustituto y terceros responsables¹⁸⁷:

¹⁸⁷ El CTB define al sujeto pasivo como la persona natural o jurídica que según la ley resulta obligada al cumplimiento de las prestaciones tributarias, sea como contribuyente o sustituto del mismo (Art. 22 del CTB). Según el artículo 23 el contribuyente es el sujeto pasivo respecto del cual se verifica el hecho generador de la obligación tributaria. De conformidad con el artículo 25 sustituto es la persona natural o jurídica genéricamente definida por disposición tributaria, quien debe cumplir las obligaciones tributarias, materiales y formales.

A tenor del artículo 27 del CTB son terceros responsables las personas que sin tener el carácter de sujeto pasivo deben, por mandato de la ley, cumplir las obligaciones a él. En concordancia con este precepto, el artículo 28 dice, de forma tautológica, son responsables del cumplimiento de las obligaciones tributarias que derivan del patrimonio que administren: 1. Los padres, albaceas, tutores y curadores de los incapaces; 2. Los directores, administradores, gerentes y representantes de las personas jurídicas y demás entes colectivos con personalidad legalmente

El fideicomiso en Bolivia

a) *Contribuyente*. Es el sujeto pasivo a quien el mandato de la norma obliga a pagar por sí mismo el tributo. Como es el realizador del hecho imponible, es un deudor a título propio.

b) *Sustituto*. Es aquel sujeto totalmente ajeno al acaecimiento del hecho imponible, que sin embargo y por disposición de la ley ocupa el lugar del contribuyente, desplazando a este último de la relación jurídica tributaria. El sustituto es, por tanto, quien paga «*en lugar de*»¹⁸⁸.

c) *Tercero responsable*. El tercero responsable es ajeno al acaecimiento del hecho imponible, pero es a quien la ley ordena pagar el tributo derivado de tal acaecimiento, de manera que el tercero responsable, a diferencia del sustituto, no excluye de la relación jurídica al contribuyente, sino que se coloca a lado del contribuyente, como sujeto pasivo a título ajeno.

La situación jurídica tributaria de los terceros responsables en el sistema del CTB viene claramente delimitada. El tercero responsable, según el artículo 27 del CTB, es la persona que sin tener el carácter de sujeto pasivo debe, por mandato expreso de la ley, cumplir con las obligaciones que a él atribuidas. La ley tributaria coloca al tercero responsable junto al contribuyente, pero en ningún caso es deudor principal.

El artículo 28, en concordancia con el artículo 27, hace especial énfasis en que la característica fundamental del tercero responsable, es que por mandato expreso del CTB que debe cumplir con las responsabilidades tributarias del sujeto pasivo, en virtud de la posibilidad material que tiene para amputar una suma dineraria de éste, como consecuencia de la

reconocida; 3. Los que dirijan, administren o tengan la disponibilidad de los bienes de entes colectivos que carecen de personalidad jurídica; 4. Los mandatarios o gestores voluntarios respecto de los bienes que administren o dispongan; 5. Los síndicos de quiebra o concursos, los liquidadores e inventores y los representantes de las sociedades en liquidación o liquidadas, así como los administradores judiciales o particulares de las sucesiones.

¹⁸⁸ Para el autor mexicano Flores Zavala, el empleo de la denominación de “sustituto” no es correcta, porque no se realiza una sustitución del contribuyente por el llamado sustituto, sino que habrá siempre una coexistencia de las dos responsabilidades, la directa y la sustituta, de manera que el nombre no corresponde a la situación real. FLORES ZAVALA, Ernesto: *Elementos de finanzas públicas mexicanas*, Ed. Porrúa, México, 1970, p. 93.

Tesis Doctoral

administración de patrimonio ajeno, por la sucesión de obligaciones como efecto de la transmisión gratuita u onerosa de bienes, ejercicio de sus funciones , en razón de su actividad, oficio o profesión. Al empozar el importe al Fisco ocupa el lugar del deudor (por representación) y lo libera de cualquier obligación ante el Fisco.

Un vez examinada la función del tercero responsable, se puede decir que una estricta interpretación del artículo 27 en concordancia con el artículo 28.3 del CTB lleva a entender que al fiduciario corresponde, en calidad de tercero responsable, el deber de dar cumplimiento a las prestaciones tributarias del fideicomiso.

Recae en el fiduciario el carácter de tercero responsable, debido a que su vinculación con el fisco se produce por la existencia de un nexo económico o jurídico con el destinatario legal tributario «esto es, la administración del patrimonio autónomo del fideicomiso ente sin personalidad jurídica que le permite efectuar la retención en la fuente» que la ley tiene en cuenta para generar a su respecto la obligación fundamental de pagar el tributo cuando se produzca el hecho imponible.

De manera que el fiduciario es tercero responsable del cumplimiento de las obligaciones tributarias del fideicomiso, sin excluir de la relación jurídica al destinatario legal tributario, es decir, que el fideicomitente como destinatario legal tributario que es, permanece dentro de la relación jurídica a título de “contribuyente”. Se crea, entonces, un doble vínculo obligacional que tiene por objeto la misma prestación.

Partiendo de este criterio Hayzus, en sus estudios sobre los aspectos fiscales del fideicomiso, reitera en varias oportunidades que la separación formal entre el fiduciario y el patrimonio autónomo no impide que aquél sea responsable de los impuestos que gravan de una u otra forma los bienes, las operaciones y los resultados del fideicomiso, siempre que se entienda que el fiduciario cumple con las obligaciones fiscales en su carácter de tal y

El fideicomiso en Bolivia

no contrae ninguna responsabilidad personal mientras obre conforme a la ley y dentro de sus facultades¹⁸⁹.

Como pone de manifiesto el autor, después de identificadas las finalidades del fideicomiso, segregados los bienes, contabilizadas las operaciones y rendidas las cuentas, están dados todos los elementos necesarios para permitirle al fiduciario atender los aspectos tributarios.

De manera que el cometido que cabe al fiduciario como tercero responsable del cumplimiento de las obligaciones tributarias del patrimonio autónomo del fideicomiso comprende dos actos diferenciables entre sí que son *el retener*, que significa retraer de una suma dineraria de un contribuyente un determinado importe en concepto de tributo, e *ingresar*, que es propiamente entregarle al fisco esa suma detraída al contribuyente¹⁹⁰.

Si se analiza detenidamente la importancia e influencia que comporta el cumplimiento del cometido que asiste al tercero responsable fiduciario,

¹⁸⁹ HAYZUS, J. Roberto: *Fideicomiso. Finalidades en los ámbitos familiar y de negocios, funciones del fiduciario, patrimonios separados, protección de los beneficiarios, y administración*, Ed. Astrea, Buenos Aires, Argentina, 2001, pp. 68 y ss.

¹⁹⁰ De ninguna manera debe confundirse que por el acto de retención que efectúa el tercero responsable fiduciario al contribuyente, el fiduciario este realizando un acto que compete propiamente al retenedor, porque éste último también retiene e ingresa en la administración tributaria con ocasión de los pagos que debe hacer a otros contribuyentes. De conformidad con el artículo 25 del CTB es sustituto la persona natural o jurídica genéricamente definida por disposición normativa tributaria, quien en lugar del contribuyente debe cumplir las obligaciones tributarias.

- 1) Son sustitutos en calidad de agentes de retención o de percepción, las personas naturales o jurídicas que en razón de sus funciones, actividad, oficio o profesión intervengan en actos u operaciones en los cuales deban efectuar la retención o percepción de tributos, asumiendo la obligación de empozar su importe al Fisco.
- 2) Son agentes de retención las personas naturales o jurídicas designadas para retener el tributo que resulte de gravar operaciones establecidas por Ley.
- 3) Son agentes de percepción las personas naturales o jurídicas designadas para obtener junto con el monto de las operaciones que originan la percepción, el tributo autorizado.

Efectuada la retención o percepción, el sustituto es el único responsable ante el Fisco por el importe retenido o percibido, considerándose extinguida la deuda para el sujeto pasivo por dicho importe. De no realizar la retención o percepción, responderá solidariamente con el contribuyente, sin perjuicio del derecho de repetición contra éste. El agente de retención es responsable ante el contribuyente por las retenciones efectuadas sin normas legales o reglamentarias que las autoricen.

sobretudo, desde el punto de vista del fraude fiscal, constataremos sin la menor duda que la retención es útil instrumento para combatir el fraude. Sucintamente podemos decir que las ventajas que se obtiene de su práctica, son las siguientes:

- 1) Facilita la identificación de determinados contribuyentes beneficiarios del fideicomiso que de no existir en el sistema podrían permanecer ignorados evadiendo su obligación tributaria.
- 2) Los contribuyentes beneficiarios del fideicomiso que por sí mismos eludirían la tributación, quedan forzosamente sujetos al régimen sin la posibilidad de evadirse.
- 3) En caso de contribuyentes beneficiarios del fideicomiso en el extranjero, respecto de los cuales existe dificultad e imposibilidad de actuar coactivamente, permite recaudar sus tributos.
- 4) Al contribuyente beneficiario del fideicomiso le es menos penoso el impuesto porque se lo priva de una suma que todavía no ha dispuesto.
- 5) Tiende a incrementar la recaudación tributaria, puesto que haber un número menor de contribuyentes beneficiario del fideicomiso, tanto la recaudación como la posterior verificación se simplifican notoriamente.
- 6) Disminuye los costos de administración y recaudación tributaria.
- 7) La administración tributaria percibe sus ingresos con anterioridad a la fecha en que lo haría si el contribuyente beneficiario del fideicomiso efectuara sus pagos en las épocas en que le correspondería hacerlo.
- 8) El fiduciario tercero responsable no tiene interés en eludir el impuesto porque tiene asegurado el resarcimiento por parte del contribuyente.

Con independencia de estas ventajas, también pueden darse desventajas, como es el caso que la Administración exigiendo la retención al fiduciario tercero responsable, cuando ya había sido pagada por los contribuyentes

El fideicomiso en Bolivia

beneficiarios la cuota correspondiente a su deuda tributaria implica una clara, rotunda y abusiva doble imposición¹⁹¹.

Hasta aquí hemos analizado las directrices generales que establece el CTB, seguidamente pasamos a remitirnos a la revisión de la ley reguladora de cada uno de los impuestos que existen en el país, a fin de determinar el tratamiento impositivo que les corresponde.

4.4. Tributación efectiva del fideicomiso

Tal y como hemos visto anteriormente, a partir de la disposición del artículo 23.3 del CTB, se ha originado una corriente generalizada que aduce el criterio de que los patrimonios de los fideicomisos no deben satisfacer tributos. Entendemos que tal concepción es errónea porque las utilidades o beneficios que se deriven del patrimonio autónomo del fideicomiso perfectamente pueden satisfacer las responsabilidades tributarias a tenor de la previsión del artículo 28.3 del CTB.

Veamos, las disposiciones de las leyes reguladores de impuestos en particular.

4.4.1. El Impuesto sobre el Régimen Complementario al Impuesto al Valor Agregado RC-IVA¹⁹²

Por el alcance del Impuesto sobre Impuesto sobre el Régimen Complementario al Impuesto al Valor Agregado RC-IVA quedan gravados los ingresos que perciben las personas naturales y sucesiones indivisas, provenientes de su actividad comercial, inversión, remuneraciones, salarios, intereses y otras actividades¹⁹³.

¹⁹¹ CAZORLA PRIETO, Luis M.: *Derecho Financiero y Tributario*, 10^a Ed., Ed. Aranzadi, Navarra, 2009, p. 259.

¹⁹² Regulado por la Ley 843/1986, Título II (Texto ordenado a diciembre de 2005).

¹⁹³ Art. 19 de la Ley 843/1986.

Tesis Doctoral

La ley impositiva, claramente, específica que son sujetos pasivos del RC-IVA las personas naturales y las sucesiones indivisas¹⁹⁴. No menciona a los patrimonios carentes de personalidad jurídica.

No obstante de ello, si nos detenemos a analizar la configuración jurídica que presentan las sucesiones indivisas, nos constataremos, de que estas son también patrimonios autónomos, así sean de forma temporal. Lo cierto es, y aquí cabe reconocer, que los patrimonios autónomos de los fideicomisos entes sin personalidad jurídica no pueden equiparse, de ninguna manera, con los patrimonios autónomos que emergen de las sucesiones indivisas.

De manera que corresponde colegir que el patrimonio autónomo del fideicomiso, por si mismo, no es sujeto pasivo del impuesto del RC-IVA.

Pero debe aducirse, desde ya, que el beneficiario del fideicomiso, es decir, la persona o personas que reciban las ganancias que ha generado el patrimonio autónomo, se encuentran en la obligación de satisfacer el pago del RC-IVA por ser estos ingresos sujetos a imposición por propia determinación de la ley: *“están gravados por el impuesto del RC-IVA: los ingresos provenientes de la colocación de capitales, sean estos intereses, rendimientos o cualquier otro ingreso proveniente de la inversión de aquellos, que no constituyan ingresos sujetos al IUE”*¹⁹⁵.

La afirmación que exponemos podría ser ampliamente discutida por concebirse como contraria al artículo 23.3 del CTB, sin embargo nos mantenemos en la postura de que el fiduciario como administrador del patrimonio autónomo en su carácter de tercero responsable de las obligaciones tributarias que le atribuye el artículo 28.3 del CTB, puede y debe retener la tasa del 13% de los ingresos que perciben los beneficiarios del fideicomiso.

¹⁹⁴ Art. 22 de la Ley 843/1986.

¹⁹⁵ Art. 19, inc. c) de la Ley 843/1986.

El fideicomiso en Bolivia

4.4.2. El Impuesto sobre las Utilidades de Empresa - IUE¹⁹⁶

El Impuesto sobre las Utilidades de Empresa-IUE, conocido en otros Estados como el Impuesto a las Sociedades, grava las utilidades resultantes de los estados financieros de las empresas al cierre de cada gestión anual, ajustadas de acuerdo a lo que disponga la Ley y su reglamento¹⁹⁷. Son sujetos pasivos del IUE, cuando tengan su residencia en territorio nacional, las:

- a. Empresas tanto públicas como privadas.
- b. Las sociedades anónimas.
- c. Sociedades anónimas mixtas.
- d. Sociedades en comandita por acciones y en comandita simples.
- e. Sociedades cooperativas.
- f. Sociedades de responsabilidad limitada.
- g. Sociedades colectivas.
- h. Sociedades de hecho o irregulares.
- i. Empresas unipersonales, sujetas a reglamentación sucursales.
- j. Agencias o establecimientos permanentes de empresas constituidas o domiciliadas en el exterior y cualquier otro tipo de empresas¹⁹⁸.

La ley instituye que a los fines de este impuesto se entenderá por empresa «a toda unidad económica, inclusive de carácter personal, que coordine factores de la producción en la realización de actividades comerciales»¹⁹⁹; aquí aparece un punto de imprecisión con respecto de las empresas unipersonales.

Nos dice Ramos Sánchez que «la Teoría Económica oficial define como factores de producción al trabajo, el capital y la tierra, que toda actividad productiva implica su combinación y coordinación»²⁰⁰, la imprecisión en este punto refiere a lo que debe entenderse “por coordinación de los factores

¹⁹⁶ Regulado por la Ley 843/1986, Título III.

¹⁹⁷ Art. 36 de la Ley 843/1986.

¹⁹⁸ Art. 37 de la Ley 843/1986.

¹⁹⁹ Art. 39 de la Ley 843/1986.

²⁰⁰ RAMOS SÁNCHEZ, Pablo: *Crítica de la Reforma Tributaria*, Ed. Papiro, La Paz, Bolivia, 1986, p. 80.

de la producción” especialmente en el caso de los artesanos y trabajadores por cuenta propia, ya que ellos coordinan factores productivos y realizan actividades mercantiles lucrativas (al producir mercancías y procurarse un lucro a través de su venta).

La imprecisión señalada no sólo plantea la posibilidad de considerar que una unidad económica es sujeto obligado del IUE, también da lugar a diversas interpretaciones, p. ej., el Equipo Abt Associates analizando el régimen fiscal de los fideicomisos llegó a concebir al patrimonio del fideicomiso como una unidad económica y en virtud de ello enfatizó que “este punto requiere que se aclare jurídicamente porque la ley fiscal no sólo determina que las sociedades están sujetas al IUE, sino también todas las unidades económicas”²⁰¹.

Con independencia de estas apreciaciones, no puede negarse de ningún modo que hay razones de peso para considerar al patrimonio del fideicomiso como una unidad económica, porque estos patrimonios gozan de una autonomía patrimonial y organizativa. Aunque reconocemos que prima una razón sustancial, que es la tesis de que la consideración de los patrimonios fiduciarios como sujeto pasivo y su correlativa obligación de tributar se trata de una sujeción derivada de la mera voluntad del legislador, es decir, que si la voluntad del legislador fuese la de atribuir al patrimonio del fideicomiso el carácter de sujeto pasivo del IUE, así lo habría establecido.

Desde luego, se debe indicar que cuando el patrimonio del fideicomiso genere ganancias a favor de un beneficiario que sea una sociedad anónima, sociedad en comandita por acciones, sociedad de personas, inclusive una empresa unipersonal, los dividendos que perciban los accionistas de dicha sociedad no estarán gravadas por el IUE por considerarse éstos ingresos no gravados²⁰².

²⁰¹ EQUIPO ABT ASSOCIATES: “*Estudio del Mercado de Financiamiento para Vivienda: Bolivia*”, Original 8/96, rev. 12/96, 7/97, p. 49.

²⁰² Art. 35 Ley de Reactivación económica de 2000 y Art. 1 Ley 2194/2001.

El fideicomiso en Bolivia

4.4.3. Impuesto a las Transacciones Financieras- ITF²⁰³

Por el Impuesto a las Transacciones Financieras-ITF quedan gravadas las operaciones de crédito y débito en cuentas corrientes y cajas de ahorro, pagos transferencias en fondos, transferencias o envíos de dinero y otras operaciones²⁰⁴.

De conformidad con el artículo 9, inc. i), de la Ley N° 3446 se encuentran exentos de pago del ITF los créditos y débitos en las cuentas de Patrimonios Autónomos, con excepción de los débitos efectivamente cobrados por el fideicomitente o beneficiario.

A pesar de haber establecido el legislador la exención de pago para los patrimonios autónomos, la inclusión de éstos en el ITF y su correlativa aplicación ha levantado una corriente de críticas por parte de las entidades financieras que operan con fideicomisos porque consideran, bajo el fundamento jurídico del artículo 23.3 del CTB, que los fideicomisos no tienen el carácter de sujeto pasivo.

En la aplicación del ITF concretamente se ha observado a la exigencia de que la exención de pago sea documentada y necesariamente solicitada²⁰⁵,

²⁰³ Regulada por la Ley 3446, de 21 de julio de 2006.

²⁰⁴ Art. 2 de la Ley 3446/2006.

²⁰⁵ Para solicitar la autorización de exención del ITF, de acuerdo con el artículo 7 de la Resolución Normativa de Directorio N°10.0020.06 de 27/07/2006 dictada por Servicio de Impuestos Nacionales para reglamentar el ITF, el fiduciario debe presentar la siguiente documentación:

- a) Copia legalizada de la autorización de la Superintendencia de bancos y Entidades Financieras para la apertura de la Sección Fideicomiso. Título I, Capítulo I, Sección 6 de la RNBEF.
- b) Fotocopia legalizada del Testimonio de Constitución de Fideicomiso, acreditando su existencia, tipo de fideicomiso constituido, objeto, detalle de las cuentas a nombre del fideicomiso y demás condiciones conforme a lo dispuesto por la normativa aplicable.
- c) Balance de Apertura de constitución del patrimonio autónomo.

Si se tratare de cuentas corrientes de fideicomisos públicos, de conformidad con el artículo 7, inc. e) del Reglamento al ITF, el fiduciario debe presentar la siguiente documentación:

- a) Copia legalizada de la autorización (licencia de funcionamiento) de la SBEF para la apertura de la Sección Fideicomiso. Título I, Capítulo I, Sección 6 de la RNBEF.
- b) Fotocopia legalizada del Testimonio de Constitución del Fideicomiso y de sus modificaciones, donde se establezca claramente: el tipo de fideicomiso

Tesis Doctoral

más reticencia ha provocado que en el trámite de la solicitud de exención los funcionarios del SIN exijan que el contrato de fideicomiso deba estipular la cesión irrevocable de los bienes, cuando el CCB no hace ninguna referencia a la irrevocabilidad de los bienes.

Entendemos que esta exigencia por parte de los funcionarios de la hacienda tributaria deviene de una confusión de los patrimonios de la titularización con los patrimonios de los fideicomisos que al ser ambos patrimonios idénticos se cree equivocadamente que ambos se constituyen por Contrato de Cesión Irrevocable de Bienes, cuando en realidad su constitución diverge uno del otro, mientras la titularización se constituye por Contrato de Cesión irrevocable de bienes, el fideicomiso se constituye por Contrato de Adhesión.

Hoy por hoy se continúa tropezando con la aplicación de la exención del ITF, la interpretación que realizan las autoridades tributarias sobre la norma exención, es un tema permanentemente abierto, según González García, esto así porque las normas tributarias de exención son ante todo normas tributarias y a ellas es aplicable el carácter normal y ordinario de las normas tributarias y, por consiguiente, también a ellas se aplica plenamente la teoría general de la interpretación de las normas²⁰⁶. De ahí

constituido, el objeto y/o finalidad del mismo, la irrevocabilidad de los bienes, activos o flujos cedidos y detalle de cuentas a nombre del fideicomiso.

- c) Comprobante bancario o equivalente con los números de las cuentas que serán exentas y que corresponden al fideicomiso.
- d) Balance de Apertura del fideicomiso en el que se consigne contablemente los bienes, derechos, activos o flujos transferidos o cedidos al mismo. Este Balance debe estar firmado por el Representante legal, Contador y Jefe de la Sección Fideicomisos o equivalente.

Para la presentación de toda esta documentación, el fiduciario detenta un plazo de 60 días, corridos a partir de la presentación de la solicitud, en caso de no ser presentado, se emitirá la respectiva Resolución Administrativa que deja sin efecto la exención temporalmente autorizada.

²⁰⁶ GONZÁLEZ GARCÍA, Eusebio: *La interpretación de las Normas Tributarias*, Ed. Aranzadi, Pamplona, España, 1997, p. 57.

El fideicomiso en Bolivia

que no todas las solicitudes de exención son aceptadas²⁰⁷, también son rechazadas²⁰⁸.

Para terminar, debemos señalar que si bien el artículo 9, inc. i), de la Ley N° 3446 establece la exención de pago del ITF a los créditos y débitos en las cuentas de Patrimonios Autónomos, el precepto excluye a los débitos efectivamente cobrados por el fideicomitente o beneficiario. Por tanto, los débitos efectivamente cobrados por el beneficiario están gravados por el 0.15% sobre el ingreso bruto.

4.4.4. Impuesto a las Transacciones - IT

Están alcanzados por el Impuesto a las Transacciones (IT) el ejercicio en el territorio nacional, del comercio, industria, profesión, oficio, negocio, alquiler de bienes, obras y servicios de cualquiera otra actividad lucrativa o no cualquiera sea la naturaleza del sujeto que las preste.

También están incluidos en el objeto de este impuesto los actos a título gratuitos que supongan la transferencia del dominio de bienes, muebles, inmuebles y derechos²⁰⁹.

A los efectos de la ley reguladora del IT, son contribuyentes de este impuesto las personas naturales y jurídicas, empresas públicas y privadas y sociedades con o sin personería jurídica de las empresas unipersonales²¹⁰.

De lo expuesto se desprende con entera lógica jurídica que la transferencia del dominio de bienes a título de fideicomiso que efectúa el fideicomitente al fiduciario, queda gravada por el IT.

Consecuentemente, cuando se constituya el fideicomiso, tanto la transmisión original de los bienes al fiduciario, como su posterior

²⁰⁷ Resolución del Recurso de Alzada STR/ LP/RA 0216/2006, Resolución de Recurso de Alzada STR/LPZ/RA 0220/2006 y Auto Constitucional 134/2006 – CA.

²⁰⁸ Resolución Administrativa N° 15-8-067-08, de 18 de abril de 2008.

²⁰⁹ Art. 72 de la Ley 843/1986.

²¹⁰ Art. 73 de la Ley 843/1986.

retransmisión por éste al fideicomitente o beneficiario del fideicomiso, deberán satisfacer la alícuota general del tres por ciento (3%).

Pese a considerarse la sujeción de pago del IT, creemos que es importante apuntar la necesidad de insertar en la ley una específica precisión del alcance de este impuesto considerando el tipo de fideicomiso. Ello en virtud de la marcada diferencia que existe entre ellos.

Claramente se observa que la finalidad que sigue el fideicomiso de inversión diverge ampliamente de la finalidad del fideicomiso de garantía. Mientras el primero está diseñado para obtener ganancias, utilidades o, beneficios económicos, el segundo es utilizado para garantizar el cumplimiento de una obligación.

Así pues, se ve por conveniente —a efectos de potenciar la figura del fideicomiso— que cuando se constituya un fideicomiso de garantía, vale decir que sigue la estricta finalidad de asegurar al acreedor ante el eventual incumplimiento del deudor de su obligación principal, razón por la cual el deudor transfiere al acreedor la propiedad un determinado bien bajo condición de que una vez abonada la deuda también se extinga la propiedad que le fue transferida en garantía del cumplimiento de la obligación, la ley determine expresamente la exoneración del IT. Lógicamente esta exención no sería de aplicación a los fideicomisos que siguen la finalidad de la inversión.

4.4.5. Impuesto sobre la renta de no residentes - BE²¹¹

A efectos de la Ley 843 la realización en el territorio nacional de cualquier acto o actividad susceptible de producir utilidades, sin tener en cuenta la nacionalidad, domicilio o residencia del titular o de las partes que intervengan en las operaciones, ni el lugar de celebración de los contratos,

²¹¹ Regulado por el Art. 51 de la Ley 843/ 1986 (Texto ordenado a diciembre de 2005).

El fideicomiso en Bolivia

constituyen utilidades de fuente boliviana y por lo tanto sujetas a gravamen²¹².

En este sentido, de forma general, se instituye que cuando se paguen rentas de fuente boliviana a beneficiarios del exterior se presume una utilidad neta gravada del 50% del total pagado o remesado.

En consecuencia, las utilidades generadas por el fideicomiso que sean remesadas a los beneficiarios extranjeros se encuentran gravadas con el impuesto BE, quedando el fiduciario obligado a retener con carácter de pago único y definitivo la tasa del 25% de la utilidad gravada presunta²¹³.

4.5. Importancia de la regulación del régimen tributario del fideicomiso. Perspectivas de futuro

Frente a la exposición de los impuestos que detenidamente hemos venido tratando, debemos destacar que las normas reguladoras de los impuestos desafortunadamente no terminan por aclarar de forma definitiva el tratamiento impositivo que corresponde a los fideicomisos.

Las disposiciones tributarias existentes hasta el momento, contemplan deficiencias que llegan a un punto que no permite fijar un esquema aplicativo racional a esta clase de negocios, mucho menos estudiar al fideicomiso en relación con el sistema tributario en su totalidad.

Es evidente que la situación resulta absolutamente distinta, desde la óptica tributaria, cuando se realizan contratos de titularización, dado que a esta clase de negocios se ha provisto explícitamente el tratamiento tributario que

²¹² Arts. 21 y 42 de la Ley 843/1986.

²¹³ Art. 51 de la Ley 843/1986. Agrega la ley, que existen otras presunciones como son las aplicadas a agencias y similares domiciliadas en el país, de empresas extranjeras, que se dediquen a actividades parcialmente realizadas en Bolivia, en cuyo caso se presume que el 16% de los ingresos brutos obtenidos constituyen rentas netas de fuente boliviana gravadas por el impuesto a una alícuota del 25% (Art. 42, D.S. 24051/95).

En el caso de remesas por actividades realizadas parcialmente en el país por sucursales o agencias de empresas extranjeras, se presume que las utilidades de fuente boliviana remesadas, equivalen al saldo de la presunción fijada para el impuesto a la renta de sociedades el cual equivale al 12% de los ingresos, sobre este saldo se aplica la presunción general (Art. 42 del D.S. 24051/95).

debe aplicarse a ellos. La diferenciación del régimen fiscal aplicable a la titularización y no al fideicomiso denota, desde luego, que existe en el legislador falta de conocimiento en materia de negocios fiduciarios, de no ser esto así, consideramos que cuando se incorporaron las disposiciones que determinaban el tratamiento impositivo aplicable a los patrimonios autónomos de la titularización bien se podría haber incluido, respetando siempre el patrimonio autónomo como unidad separada, las obligaciones tributarias derivadas de la actividad del fideicomiso.

Lo cierto es, que el silencio que guarda la norma tributaria sobre el panorama fiscal de los fideicomisos abre todo un conjunto de incertidumbres pertinentes a su régimen impositivo, precisamente por esta razón es urgente la necesidad de incorporar una ley propia. Como acertadamente puntualizó Urquizu Cavallé en sus estudios sobre la tributación de los patrimonios fiduciarios «los patrimonios fiduciarios precisan de una normativa que recoja las distintas figuras que actualmente entran dentro del concepto asimilado a patrimonio fiduciario»²¹⁴, ya que efectivamente presentan dificultades notables en el estudio de sus consecuencias fiscales.

No puede negarse, desde ya, que la falta de la determinación concreta del tratamiento tributario aplicable a los negocios en fideicomiso, conlleva indirectamente a la elusión de impuestos. Resulta inaceptable, que así como los particulares son libres de hacer los negocios en fideicomiso que les parezcan más oportunos para la obtención de diversas finalidades que benefician directamente a ellos «la norma tributaria no pueda seguirlos en lo referente al estatuto jurídico al que se someten, porque esto significaría

²¹⁴ URQUIZU CAVALLÉ, Ángel: “Los patrimonios fiduciarios: aspectos tributarios”, en GARRIDO MELERO, Martín y NASARRE AZNAR, Sergio (Coords.), *Los Patrimonios Fiduciarios y el Trust*, III Congreso de Derecho Civil Catalán, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 722. Por su parte Sempere Aliaga, destaca que las exigencias derivadas de un control adecuado de estos patrimonios dará lugar a un prolijo conjunto de obligaciones formales que permitan a la Administración realizar un adecuado control, tanto de los impuestos deferidos como de las imputaciones de renta que en cada caso procedan. SEMPERE ALIAGA, Jesús: *Aspectos fiscales del trust y de los patrimonios fiduciarios*, Ed. Bosch, Barcelona, 2007, p. 404.

El fideicomiso en Bolivia

reconocer la voluntad creadora de los mismos, respecto al régimen tributario elegido»²¹⁵.

Un somero análisis de la jurisprudencia y doctrina administrativa en torno al régimen fiscal de los negocios fiduciarios, muestra, según Báez Moreno, que es precisamente en el ámbito de los impuestos generales sobre la renta donde la fiducia se configura como un instrumento adecuado para servir de vehículo a las más variadas estrategias elusivas²¹⁶.

5. Tratamiento tributario aplicable a procesos de titularización

Ya habíamos anticipado, que a diferencia de lo que sucede con los aspectos impositivos del fideicomiso, en los procesos de titularización el legislador ha determinado expresamente el tratamiento tributario que debe aplicarse a ellos.

En este sentido, debemos apuntar que por determinación propia de la ley: “no están gravadas por el Impuesto al Valor Agregado (IVA), el Impuesto al Régimen Complementario al Impuesto al Valores Agregado (RC-IVA) y el Impuesto a las Utilidades de las Empresas (IUE), incluso cuando se realizan remesas al exterior: las ganancias de capital generadas por la compra-venta de valores a través de los mecanismos establecidos por las bolsas de valores, los provenientes de procedimiento de valorización determinados por la SPVS así como los resultantes de la aplicación de normas de contabilidad generalmente aceptada, cuando se trate de valores inscritos en el Registro del Mercado de Valores”²¹⁷.

Tampoco, está gravada con el pago del IT, la transferencia del dominio de los bienes o activos que efectúa el originador a la sociedad titularizadora, por encontrarse exento de pago de tasas o derechos de registro la

²¹⁵ ROSEMBUJ, Tulio: *El Fraude de Ley, la Simulación, y el Abuso de las Formas en el Derecho Tributario*, 2ª Ed., Ed. Marcial Pons, Barcelona, 1999, p. 360.

²¹⁶ BÁEZ MORENO, Andrés: *Los negocios fiduciarios en la Imposición sobre la Renta*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2009, p. 49

²¹⁷ Art. 117 de la Ley 1834, del Mercado de Valores, de 31 de marzo de 1998, modificada por el Art. 29.13, de la Ley 2064, de Reactivación Económica, de 3 de abril de 2000.

inscripción de los bienes o activos cedidos para la constitución de patrimonios autónomos que siguen la finalidad de la titularización²¹⁸.

De estas breves precisiones, estamos en condiciones de afirmar que en los procesos de titularización se sigue el criterio de fomentar e incentivar al desarrollo del mercado de valores. De ahí que se concede a los inversionistas importantes ventajas fiscales.

6. Consideraciones finales

1. La primera Ley de Bancos de 1928 constituye el antecedente normativo principal del fideicomiso, no obstante, fue el Código de Comercio de 1977 el que reguló formalmente el fideicomiso en Bolivia. A partir de las disposiciones que recogió dicha norma, junto con el actual RNBEF, los fideicomisos gradualmente han venido siendo aplicados en el ámbito comercial, financiero y bancario del país.

2. En el articulado del Código de Comercio, el fideicomiso es regulado como un contrato por el cual una persona fideicomitente dispone de ciertos bienes para destinarlos al cumplimiento de un fin específico, bajo la gestión y administración de un banco fiduciario, en provecho de los beneficiarios del fideicomiso.

Los elementos particulares del contrato de fideicomiso, en este sentido, son:

- la transferencia de los bienes o derechos que efectúa el fideicomitente al fiduciario;
- la relación obligacional personal en que se desenvuelve el negocio, ya que se exige que el fiduciario cumpla con lealtad todas sus obligaciones;
- la constitución de un patrimonio autónomo e independiente del patrimonio personal de las partes, que permanece afectado exclusivamente para el cumplimiento del fin del fideicomiso así como aislado de las medidas judiciales o acciones de terceros acreedores.

²¹⁸ Art. 76, inc. j), de la Ley 843/1986.

El fideicomiso en Bolivia

3. A pesar de la sencillez que presenta la estructura del fideicomiso, este instrumento constituye un mecanismo ágil de disposición, administración y enajenación de bienes muebles e inmuebles, derechos, carteras de crédito y otros, para la obtención de diversos fines como: garantía, inversión y financiamiento.

4. Los negocios implementados a través del fideicomiso han tenido un mayor volumen de crecimiento en el país durante el transcurso de esta última década, si bien este desarrollo ha permitido constatar que el Código de Comercio implementa una regulación genérica y adaptable a la finalidad perseguida por el fideicomiso, también ha hecho evidente la necesidad de incorporar una regulación diferenciada de los fideicomisos privados y los fideicomisos públicos.

5. La importancia de establecer una regulación diferenciada estriba precisamente en dotar al fideicomiso de un marco jurídico completo para permitir un mejor desarrollo de estos negocios, puesto que la falta de determinación de los elementos y características internas de cada subtipo de fideicomiso no sólo tiende a limitar su desarrollo, sino también a crear mayores incertidumbres.

6. Bajo la denominación de “titularización” el legislador boliviano regula el contrato de cesión de bienes para la constitución de patrimonios autónomos con base a los cuales se emiten títulos valores para la oferta pública. Aunque el esquema operativo de la titularización es parecido con el del fideicomiso, éste es regulado como otro tipo de operación y no como un tipo de fideicomiso.

7. A diferencia de lo que sucede con la titularización en Bolivia, en otros ordenamientos latinoamericanos, por ejemplo Argentina, Perú y Colombia, se concibe el fideicomiso y la titularización como negocios de una misma especie porque tienen caracteres similares en su configuración jurídica. Así, se los conoce técnicamente como fideicomiso de titulización o fideicomiso de titularización.

8. Desde el punto de vista tributario, en líneas generales, se puede decir que el tratamiento impositivo de los fideicomisos no se encuentra concretado ya que las normas fiscales no terminan por aclarar el exacto tratamiento tributario que corresponde al fideicomiso.

Hoy sólo se constata la existencia de algunas medidas provisionales e instrucciones normativas que han sido establecidas por las autoridades administrativas de la hacienda tributaria a efectos de ejercitar un mayor control de las actividades que derivan este tipo de operaciones, siendo estas insuficientes.

9. Las disposiciones introducidas en la Reforma del CTB, que tuvo lugar en el año 2003, poco han aportado en la clarificación de este tema.

A partir de la previsión del artículo 23.3 en concordancia del art. 28.3 del CTB se ha originado la corriente generalizada del criterio que sostiene que los patrimonios de los fideicomisos no deben satisfacer tributos, cuando se trata de una concepción errónea, porque las utilidades o beneficios que se deriven del patrimonio autónomo del fideicomiso perfectamente pueden satisfacer las responsabilidades tributarias. Por lo que es necesario que el legislador enmiende las contradicciones de tales preceptos.

10. El no disponer de un completo articulado de normas que determinen y distingan con precisión el régimen fiscal aplicable a los fideicomisos públicos y fideicomisos privados conlleva a una valoración negativa de la figura, que a efectos fiscales, la consecuencia viene a ser la opacidad de la transparencia en cuanto a rendición de cuentas.

De ahí la importancia de legislar una ley específica que diferencie los diferentes tipos de fideicomisos que se practican en el país.

Una adecuada incorporación de normas que regulen el régimen impositivo de los fideicomisos permitirá continuar la potenciación máxima de esta figura, dentro un marco jurídico fiscal coherente.

El fideicomiso en Bolivia

CAPÍTULO III

EI FIDEICOMISO EN PERÚ

1. El fideicomiso y su estructura general

1.1. Introducción

La entrada del fideicomiso en el Perú se produce en una época en que el sistema financiero nacional atravesaba un proceso de reformas para hacer frente a la crisis financiera que aquejó al país en los años 1929-1930, tras la caída de los precios internacionales como consecuencia de la crisis mundial²¹⁹.

A fin de promover el crecimiento económico del país, se aprobó la primera Ley General de Bancos del Perú, mediante D.L. N° 7159, de 23 de mayo del año 1931, introduciéndose importantes modificaciones para el sistema financiero²²⁰. Esta ley acogió entre una de sus novedades legislativas al

²¹⁹ Esta crisis mundial, que se originó en Estados Unidos a causa de la brusca caída de la Bolsa de New York en el año 1929, derivó efectos nefastos para la economía peruana que se dejaron sentir en el país, principalmente, por las restricciones al crédito internacional lo que dificultó el financiamiento del gasto público generando como consecuencia una fuerte depreciación de la moneda nacional. DE LA FUENTE HONTAÑÓN, Rosario: “El fideicomiso testamentario bancario: Posibilidad de gravar la legítima como medio de protección del menor y del incapaz”, *Revista Jurídica Virtual Aequitas de la Corte Superior de Justicia de Piura*, núm. 2, agosto de 2010, p. 89. [Fecha de consulta: 21 de septiembre de 2010]. Disponible en: «<http://www.pj.gob.pe/revista/csmpi.php>».

²²⁰ La Ley General de Bancos de 1931 seguía las directivas del Proyecto de ley de bancos elaborado por la Comisión Kemmerer. A finales de 1930, el presidente del Banco de Reserva, Manuel Olaechea, invitó al profesor Edwin W. Kemmerer, reconocido consultor financiero internacional cuyas recomendaciones se habían dejado sentir en varios países de América Latina para cooperar en la reforma monetaria y bancaria del país. Es a partir de las recomendaciones de Kemmerer que se reestructura el Banco, dando origen al actual Banco Central de Reserva del Perú. “La Misión Kemmerer y su importancia para el Banco Central”, *Revista Moneda*, núm. 132, 2006, pp. 13-20. Para mayores detalles sobre el proceso de la unificación del sistema monetario y bancario peruano puede verse: ORREGO, Fabrizio: “Autonomía del Banco Central del Perú: Una perspectiva histórica”, *Revista Moneda*, núm. 135, Perú, 2007, pp. 16-22.

El fideicomiso en Perú

fideicomiso, como una operación financiera que podían desarrollar los bancos, aunque no se estableció mayores disposiciones para su práctica²²¹.

Después de más de sesenta años de vigencia de la Ley de Bancos de 1931²²², fue el D.L. 770, de 30 de octubre de 1993, por el que se aprueba el nuevo texto de la Ley General de Instituciones Bancarias, Financieras y de Seguros, que explícitamente instituyó el fideicomiso como el negocio jurídico por el cual una persona transfiere uno o más bienes a otra persona quien se obliga a utilizarlos en favor de aquél o de un tercero beneficiario²²³.

En 1996, la regulación fue transpuesta en el Texto Concordado de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema del Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, de 6 de diciembre del mismo año, que derogó a la Ley General de Instituciones Bancarias de 1993. Las disposiciones del Texto Concordado regularon integralmente el fideicomiso, anexando importantes precisiones sobre su alcance jurídico, el dominio fiduciario, las características de cada clase de fideicomiso, la obligatoriedad de la publicidad del contrato y otros aspectos.

²²¹ Dicha ley también acogió la figura de las llamadas comisiones de confianza, como una función privativa de la banca bajo control del Estado. La Ley de Bancos ordenaba también las relaciones que debían mantener en las distintas partidas de su activo y de su pasivo, y la publicación de todos los datos necesarios para apreciar su verdadero estado y solidez. Otra de las propuestas de la Misión fue la reforma monetaria, incorporada en la Ley 7126 para estabilizar el *sol de oro*. Esta nueva ley monetaria implicó la vuelta al patrón oro, suspendido en el Perú desde 1914. GOZZI, Eugenia y TAPPATÁ, Ricardo: “La Misión Kemmerer”, *Fit & Proper consulting*, noviembre, 2010, p. 8. [Fecha de consulta: 20 de diciembre de 2010]. Disponible en: http://www.fitproper.com/documentos/proprios/Mision_Kemmerer.pdf.

²²² Esta ley fue derogada por el D.L. 637, de 14 de abril de 1991, que aprobó la Ley de Instituciones Bancarias Financieras y de Seguros. En esta oportunidad la Ley de Instituciones Bancarias Financieras y de Seguros iba dirigida a la modernización y reforma del sistema financiero, por cuanto la transcendencia que desplegó para el fideicomiso fue mínima. Dos años más tarde, la mencionada ley fue derogada por el D.L. 770, de 30 de octubre de 1993.

²²³ La Ley General de Instituciones Bancarias de 1993 amplió los alcances del fideicomiso, dotándole de características propias, a tal punto que pueda ser utilizado como cualquier otro contrato privado, pero guardando sus caracteres propios y específicos.

El fideicomiso fue utilizado desde los años noventa para procesos de privatización y administración de carteras crediticias²²⁴. En el 2003 ya estaban en marcha fideicomisos sobre derechos de cobro o flujos dinerarios²²⁵ y en los años siguientes fideicomisos de toda clase, con importantes volúmenes de crecimiento. A 31 de diciembre del 2005 ya se registraba una cantidad superior a 39.451,93 millones de dólares manejados en patrimonios fideicomitados²²⁶.

Las cifras de los fideicomisos constituidos durante estos tres últimos años demuestran que su utilización, cada vez más, va en aumento. Sólo en el 2010 el mercado fiduciario creció en un 47% frente a 2009²²⁷, siendo los sectores de infraestructura, construcción e inmobiliario los que utilizaron más fideicomisos durante esa gestión. Para el 2011 se preveía tener también un crecimiento del 20%²²⁸, con lo cual, se puede decir que su ritmo de crecimiento en el país es realmente importante.

Este notable desarrollo se ha visto favorecido por las actualizaciones que la normativa ha recibido desde 1996, puesto que establece una regulación adecuada a las exigencias actuales para la puesta en marcha de este tipo de operaciones financieras; así como por la participación de la inversión privada en grandes proyectos de interés nacional.

Antes de pasar a analizar de lleno la regulación del fideicomiso en la Ley General Sistema Financiero, a continuación vamos a completar este breve

²²⁴ El crecimiento que el mercado fiduciario está experimentando desde 2010, según nos indica Comitre Berry, se debe, por una parte, a la mejor situación que tiene el sistema financiero. Esto permite que muchos proyectos replanteen sus financiamientos con una mejora en sus garantías y en este caso el fideicomiso posibilitará acceder a ahorros financieros. COMITRE BERRY, Paulo: “Reseña del fideicomiso en Perú”, *La fiduciaria*, Boletín de julio, Lima, 2008, p. 1.

²²⁵ MARTÍN MATO, Miguel A. y VILLEGAS BALAREZO, David: “Los Fideicomisos en el desarrollo de Infraestructura en el Perú” en *Infraestructura y Transportes*, Red de Expertos Iberoamericanos en Infraestructuras y Transporte, núm. 5, 1er semestre de 2010, p. 23.

²²⁶ Según las estadísticas fiduciarias que publica FELEBAN. [Fecha de consulta: 12 de diciembre de 2010]. Disponible en: «<http://www.feleban.com/archivos>».

²²⁷ COMITRE BERRY, Paulo: “Proyección 2010”, *La fiduciaria*, Boletín de diciembre, Lima, 2009, p. 1.

²²⁸ Según las fuentes estadísticas de la Agencia Peruana de Noticias [Fecha de consulta: 4 de abril de 2011]. Disponible en: «<http://www.andina.com.pe>».

El fideicomiso en Perú

recorrido introductorio con dos aspectos de especial interés sobre el fideicomiso peruano:

- la influencia que ejerció la institución del *trust* en la regulación de esta institución en el ordenamiento jurídico del país (influencia del *trust*);
- el articulado de normas y disposiciones que actualmente regulan, de manera específica, el desarrollo y funcionamiento de las operaciones en fideicomiso (normativa).

a) Influencia del *trust*

En los estudios que se han realizado sobre los antecedentes inmediatos del fideicomiso, los autores nacionales reconocen la influencia que ha ejercido el derecho extranjero en la regulación de la institución y apoyan la tesis que el fideicomiso incorporado en el Derecho Mercantil peruano ha sido inspirado en el *trust* anglosajón²²⁹.

Esta afirmación desde luego es corroborada por las propias disposiciones que desde un principio han regulado el fideicomiso. Así, lo dispuesto en el artículo 94 de la Ley de Bancos de 1931 pone de manifiesto que el fideicomiso desde su incorporación en el ordenamiento jurídico tuvo por finalidad la administración de patrimonios de terceros, a semejanza de la institución anglosajona del *trust*²³⁰.

²²⁹ STEWART BALBUENA, Alberto: *El fideicomiso como negocio fiduciario*, Ed. Grijley, Lima, 1996, p. 180; RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio: “*Negocios fiduciarios...*”, *ob. cit.*, p. 91. Por su parte, García Calderón, entiende que los antecedentes del fideicomiso se remontan al fideicomiso romano, en ese sentido indica que “los fideicomisos pasaron de la legislación romana a la española, siendo incorporado en leyes peruanas nosotros los tuvimos mientras nos regían las leyes de Castilla”. GARCÍA CALDERÓN, Francisco: *ob. cit.*, p. 162.

²³⁰ El texto literal de este artículo disponía que los bancos podían aceptar y cumplir cargos de: “administrador de bienes para que el beneficiario perciba únicamente la renta durante su vida o por el tiempo que prevea el instituyente; representante o fideicomisario de los tenedores de bonos emitidos por sociedades o particulares; ejecutor de fideicomisos de cualquier otro carácter cuando lo permita la ley”.

Los bancos también podían ser nombrados: depositarios e interventores de bienes embargados; liquidadores de sociedades civiles y comerciales; administradores de herencias; albaceas testamentarios; guardadores de bienes de menores e incapaces;

Otro aspecto que respalda ello, es la participación de consejeros extranjeros en la elaboración de proyectos de ley para la reestructuración del sistema bancario del país. El profesor Edwin W. Kemmerer, juntamente con otros especialistas en economía y finanzas de nacionalidad estadounidense, en abril de 1931, presentaron once proyectos de ley al gobierno²³¹, de los cuales, el proyecto de ley de la primera Ley de Bancos fue aprobada siguiéndose las recomendaciones de Kemmerer, quien tuvo presente el instituto del *trust*, en un propósito de asimilarlo al sistema jurídico peruano²³².

b) Normativa

El fideicomiso hoy cuenta con un amplio repertorio legislativo. Las disposiciones principales del fideicomiso están contenidos en el Texto Concordado de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema del Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros (LGSF), de 6 de diciembre de 1996²³³, y en su respectiva reglamentación establecida en el Reglamento de Fideicomiso y de las Empresas de Servicios Fiduciarios (RFESF), aprobado por la Resolución S.B.S. N° 1010-99, de 11 de noviembre, y las Normas para el Tratamiento Contable del Fideicomiso y de

encargados de la administración de bienes dejados, tanto por testamento como por acto *inter vivos*, para establecimientos de beneficencia o instrucción, y otros fines lícitos destinados por el testador o donante, con sujeción a la voluntad del instituyente. DE LA FUENTE HONTAÑÓN, Rosario: “*El fideicomiso testamentario...*”, *ob. cit.*, p. 89

²³¹ Los documentos presentados por la Misión en abril de 1931 fueron: 1) Proyecto de ley de impuestos sobre la renta; 2) Proyecto de reorganización de la Contraloría General de la República; 3) Proyecto de ley general de Bancos; 4) Proyecto de ley para establecer una contribución predial por los concejos provinciales y distritales; 5) Proyecto de ley de creación del Banco Central de Reserva del Perú; 6) Proyecto de ley de aduanas; 7) Informe sobre el crédito público; 8) Proyecto de ley orgánica de Presupuesto; 9) Proyecto de ley de reorganización de la Tesorería Nacional; 10) Proyecto de ley monetaria; 11) Informe sobre la política tributaria del Perú. GOZZI, Eugenia y TAPPATÁ, Ricardo: *ob. cit.*, p. 7.

²³² Por ello, la disposición del artículo 94 de la Ley de Bancos de 1931 deja claro que el fideicomiso es instituido como un instrumento por el cual una persona coloca bienes bajo el control de una entidad bancaria para que ésta los gestione de acuerdo a la finalidad establecida por el instituyente y en interés de un tercer beneficiario.

²³³ Publicado el 09/12/96. Las últimas modificaciones importantes que ha recibido fueron incorporados por el D.L. 1028, publicado el 22/06/2008; D.L. 1052, publicado el 27/06/2008; Ley 29440, publicada el 19/11/2009; y por la Ley 29489, publicada el 23/12/2009.

El fideicomiso en Perú

las Comisiones de Confianza (NTCFCC), sancionado mediante Resolución S.B.S N° 084-2000, de 9 de febrero.

En la LGSF, la regulación del fideicomiso abarca a los artículos 241 a 273, del Sub-capítulo II, Título III, de la Sección Segunda. En estas disposiciones se regula su constitución, condiciones de validez, características, derechos y obligaciones de las partes, formalidades, prohibiciones, requisitos necesarios para su aplicación, así como la organización de las empresas que se dedican a desempeñar funciones de fiduciario.

Por la relación que guarda el fideicomiso con otras materias también se encuentran disposiciones sobre la institución en el Código Civil de Perú (CCvP), aprobado mediante D.L. 295 de 24/07/84²³⁴; en el Código Tributario de Perú (CTP), aprobado por el D.S. 135-99-EF ²³⁵; y en la Ley 26887, General de Sociedades.

Debido a que el fideicomiso de titulización detenta características particulares, que no acompañan al resto de los fideicomisos que regula la LGSF, el régimen legal de este tipo de fideicomiso está preceptuado en el Texto Único Ordenado de la Ley de Mercado de Valores de Perú (LMVP), aprobado por el D.L. 861²³⁶, y en el Reglamento a los Procesos de Titulización de Activos, sancionado mediante Resolución CONASEV N°1/1997- EF/94.10²³⁷.

1.2. Definición

El fideicomiso, conforme el artículo 241 de la LGSF, es una relación jurídica por la cual el fideicomitente transfiere bienes en fideicomiso a otra persona, denominada fiduciario, para la constitución de un patrimonio fideicometido, sujeto al dominio fiduciario de este último y afecto al cumplimiento de un

²³⁴ Publicado el 25/07/1984.

²³⁵ Publicado el 19/08/1999.

²³⁶ Publicado el 22/10/1996.

²³⁷ Publicado el 09/01/1997. De manera que en el fideicomiso de titulización la LGSF sólo es aplicable en el caso de que la LMVP nada establezca sobre el caso concreto o cuando existiendo una regulación se requiera que la misma sea complementada.

fin específico en favor del fideicomitente o un tercero denominado fideicomisario.

De la literalidad de este precepto se evidencia que la estructura jurídica del fideicomiso distingue tres aspectos importantes:

1. Los elementos personales que participan en la relación jurídica son sustancialmente: el fideicomitente, el fiduciario y el fideicomisario. La actuación de cada una de las partes se diferencia claramente dentro la constitución del fideicomiso, con la única excepción, que el fideicomitente puede ser al mismo tiempo el fideicomisario del fideicomiso, es decir, el beneficiario directo de los frutos que se deriven del fideicomiso como resultado de las actividades que con él se lleven a cabo durante su vigencia.
2. La relación jurídica del fideicomiso es de contenido patrimonial, en virtud a que en él se generan derechos y obligaciones de carácter patrimonial. El fideicomitente está obligado a transferir los bienes o derechos que son objeto del fideicomiso al fiduciario para que éste último realice con ellos la finalidad que encargada en el contrato del fideicomiso. Por su parte, el fiduciario, está obligado a cumplir las instrucciones señaladas por el fideicomitente, sujetando su actuación a lo dispuesto en el contrato.
3. La transferencia de la propiedad de los bienes o derechos que se operan en fideicomiso se realizan a título de dominio fiduciario, lo que implica que el fiduciario se convierte en el nuevo titular temporal de los bienes o derechos que le han sido transferidos, con plenas potestades de administración, uso, y reivindicación sobre ellos. Y una vez realizada la finalidad del fideicomiso, el fiduciario debe de retransferir los bienes a su propietario.

Desde este punto de vista, el fideicomiso viene a ser el negocio jurídico en virtud del cual se transfieren uno o más bienes a una persona, con el encargo de que los administre o enajene y con el producto de la actividad desarrollada dé cumplimiento a la finalidad fijada en el contrato a favor del beneficiario.

El fideicomiso en Perú

En efecto, es un instrumento cuyo esquema jurídico permite estructurar negocios con finalidades múltiples, que pueden ir desde la simple administración de un bien inmueble, la financiación de obras e infraestructuras nacionales y regionales, la administración y canalización de recursos a favor de los principales agentes del sistema económico, hasta las más variadas finalidades.

Por consiguiente, la flexibilidad que demuestra este instrumento para cumplir objetivos institucionales y empresariales abre paso a la creación de una variedad de clases de fideicomisos cuyas características divergen unas respecto de otras.

1.3. Características

Además de las particularidades que pueda tener o reunir cada clase de fideicomiso, desde un punto de vista general, la institución del fideicomiso ostenta las siguientes características comunes:

- a) Es un contrato nominado. En relación a que aparece expresamente regulado en la LGSF y en la correspondiente reglamentación de esta ley prevista en el Reglamento del Fideicomiso y de las Empresas de Servicios Fiduciarios, y en las Normas para el Tratamiento Contable del Fideicomiso y de las Comisiones de Confianza.
- b) Consensual. En atención a que se perfecciona en el momento en que cada una de las partes mutuamente consiente su celebración.
- c) De Confianza. Debido a que el fiduciario recibe el encargo del fideicomitente respecto de un bien determinado cuya propiedad le transfiere a título de confianza para que al cumplimiento del plazo o condición le dé el destino convenido. La noción de transferencia de propiedad a título de confianza significa que no lo recibe a título oneroso ni gratuito.
- d) Bilateral. El contrato del fideicomiso es un acto jurídico bilateral en cuanto las partes se obligan recíprocamente la una hacia la otra. Ambas

partes tienen prestaciones a su cargo que son interdependientes unas respecto de otras.

e) Conmutativo. Desde el momento de la celebración del contrato las partes conocen la importancia y equivalencia económica de las prestaciones otorgadas o a otorgarse con motivo del cumplimiento del contrato. Así, las ventajas y desventajas para cada una de las partes son ciertas y susceptibles de apreciación inmediata, ya que contratan con certeza sobre cuáles serán sus ventajas, el precio, las circunstancias aledañas al contrato, etc²³⁸.

f) Formal. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 246 de la LGSF la constitución del fideicomiso se efectúa y perfecciona por contrato entre el fideicomitente y la empresa fiduciaria, formalizado mediante instrumento privado o protocolizado notarialmente.

g) Temporal. Atento a que la prestación de los servicios del fiduciario al fideicomiso es temporal ya que la ley impone límites él en tiempo determinando que el plazo legal máximo de la vida jurídica del fideicomiso es de 30 años, con excepción de los fideicomisos vitalicio, cultural y filantrópico²³⁹.

h) Remunerado. En virtud a que los servicios que el fiduciario presta al fideicomiso son esencialmente remunerados por el fideicomitente, de acuerdo con lo estipulado en el contrato o, en su defecto, una no mayor al uno por ciento (1%) del valor de mercado de los bienes fideicometidos²⁴⁰.

1.4. Naturaleza Jurídica

La particularidad fundamental del fideicomiso se traduce en la combinación de dos actos principales. El primero, comprende a la “transmisión real” de los bienes, derechos o activos que el fideicomitente opera a favor del

²³⁸ DIPLOTTI, Adían G.; GUTIÉRREZ, Pablo y MALUMIÁN, Nicolás: *Fideicomiso y Securitización. Análisis Legal, Fiscal y Contable*, VVAA, 2ª Ed., Ed. La Ley, Buenos Aires, 2006, p. 134.

²³⁹ Art. 251 de la LGSF.

²⁴⁰ Art. 261 de la LGSF.

El fideicomiso en Perú

fiduciario para que éste ostentando el dominio fiduciario de aquello que se le ha transferido realice la finalidad establecida en el acto constitutivo del fideicomiso.

El fiduciario pasa a ser el nuevo titular de dominio de los bienes, pero no en términos absolutos, ya que la transmisión de la propiedad de los bienes que opera el fideicomitente a su favor no es en los términos del concepto de propiedad recogido en el artículo 923 del CCvP²⁴¹, sino en transmisión de propiedad en dominio fiduciario.

Bajo el dominio fiduciario las facultades del fiduciario se encuentran firmemente delimitados por los límites que fija el acto de constitución del fideicomiso y las normas reguladoras del fideicomiso, de tal forma que no puede ni debe realizar actos de disposición más allá de los límites establecidos, ni aquellos que no guarden relación con la finalidad del fideicomiso.

Es por esta razón que la transferencia en dominio fiduciario se realiza en un grado máximo de confianza del fideicomitente para con el fiduciario. Este elemento subjetivo es la base del fideicomiso porque el fideicomitente confía en que el fiduciario como titular fiduciario de los bienes actuará conforme lo pactado. Tal elemento asimismo es lo que diferencia al contrato del fideicomiso respecto de otros que también transfieren la propiedad²⁴².

El segundo acto conlleva que esa transferencia real se vea dotada de una “obligación personal” del fiduciario para con el fideicomitente, obligándole al fiduciario a actuar dentro de lo convenido en el contrato y sujeto al cumplimiento de la finalidad para la que ha sido constituido el fideicomiso.

Como bien ha señalado Godoi en sus estudios sobre la teoría del doble efecto del negocio fiduciario, el fideicomiso como negocio fiduciario tiene

²⁴¹ Según este precepto la propiedad «es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley».

²⁴² SOTOMAYOR VÉRTIZ, Abdías: “El Contrato de Fideicomiso. Aspectos Tributarios y Civiles (Primera parte)”, *Análisis Tributario*, núm. 219, abril, Perú, 2006, p. 17.

una naturaleza compleja que se desdobra en dos contratos, uno de naturaleza real “transmisión del dominio con eficacia *erga omnes*” y otro de naturaleza obligacional, válido entre el fideicomitente y el fiduciario²⁴³. Ciertamente, el fideicomiso peruano se asimila dentro de esta teoría del doble efecto.

1.5. Objeto y finalidad

Cuestión fundamental a distinguir en el contrato de fideicomiso, es la diferencia que subyace entre el objeto y la finalidad del fideicomiso debido a que es posible confundir tales expresiones dentro de un mismo significado.

En el contrato de fideicomiso, a diferencia de lo ocurre en los contratos civiles —donde el objeto del contrato consiste en crear, modificar, o extinguir obligaciones²⁴⁴—, el objeto lo constituye los bienes o derechos que el fideicomitente transfiere al fiduciario para la constitución de un patrimonio autónomo afecto al cumplimiento de una finalidad²⁴⁵.

Ante la variedad de las clases de bienes que existen dentro del comercio actual se concibe que pueden constituir objeto del fideicomiso: los bienes muebles, inmuebles, valores, créditos y/o recursos líquidos, activos mobiliarios, carteras de crédito, derechos, y todos los bienes que están dentro del comercio²⁴⁶. La exigencia primordial es que el objeto exista al momento de la celebración del contrato.

²⁴³ GODOI, Marciano S.: *Fraude a la ley y conflicto en la aplicación de las leyes tributarias*, Ed. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2005, p. 53. En esta línea también Virgos Soriano y Natera Hidalgo manifiestan que el negocio fiduciario se explica fácilmente mediante la combinación de dos negocios: un negocio real de disposición, que transmite efectivamente la propiedad del fiduciante al fiduciario; y un negocio obligacional, que hace nacer entre las partes la obligación de restituir a cargo del fiduciario y que obliga al fiduciario a conducirse de manera adecuada al fin económico perseguido por el fiduciante. NATERA HIDALGO, Rafael D.: *Fiscalidad de los Contratos Civiles y Mercantiles*, Ed. CISS, España, 2007, p. 1434; VIRGOS SORIANO, Miguel: *El Trust y el Derecho Español*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2006, pp. 49 y 50.

²⁴⁴ Art. 1402 del CCvP.

²⁴⁵ Art. 241, en concordancia con el Art. 243, de la LGSF.

²⁴⁶ En la doctrina, la clasificación de los bienes es bastante amplia. Según Gómez Matos, entre las de máximo alcance predomina una triple agrupación que distribuye las cosas según sus cualidades, la conexión que les une, o las relaciones

El fideicomiso en Perú

La finalidad del fideicomiso, como se desprende de la propia definición que la LGSF mantiene para este contrato, es el propósito que el fideicomitente desea alcanzar mediante la constitución del fideicomiso, es la aspiración que las partes pretenden obtener a través de su constitución.

Los requisitos básicos que la finalidad deberá reunir son dos: ser lícita y posible de realizar. De lo contrario el fideicomiso será nulo.

Vale la pena puntualizar que la normativa, con el fin de evitar que se haga o se pretenda hacer un uso fraudulento de la institución, en el artículo 265 de la LGSF establece cinco causas por las que el fideicomiso puede ser considerado como nulo aún cuando reúna los requisitos formales de constitución del acto.

El primer motivo concierne al hecho de contravenir el requisito de la facultad de disposición de los bienes. Es decir, que si el fideicomitente transfiere los bienes, derechos o activos al fiduciario sin tener la facultad de disposición sobre ellos, en ese caso la transferencia no surtirá efectos entre las partes ni frente a terceros, porque adolece de ilegalidad debido a que el fideicomitente no tiene capacidad para disponer libremente de ellos por no ser el titular de dominio ni el propietario.

El segundo motivo reside en el hecho que el objeto o finalidad para el que fue constituido el fideicomiso es imposible de realizar. Es preciso establecer una finalidad que sea posible de realizar y que no sea contraria a la ley ni a la moral. De manera que si las partes fijasen una finalidad realizable pero que en sí misma es contraria a la ley o la moral, esta será causa suficiente para considerar nulo al fideicomiso.

El tercer motivo o razón estriba en la designación del fiduciario como el principal fideicomisario del fideicomiso.

de pertenencia que les sujetan. Esta línea parece seguir la clasificación de bienes establece el CCvP en el artículo 885, cuando divide a los bienes en tres grandes grupos: el primero, en bienes inmuebles; el segundo, en bienes muebles; y el tercero, los demás bienes que no están comprendidos en este precepto. GÓMEZ MATOS, Mateo: *El Registro de los Bienes Muebles*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2005, p. 31.

El cuarto motivo recae en el hecho que todas las personas designadas como fideicomisarios son personas legalmente impedidas para recibir los beneficios del fideicomiso. Se estaría hablando aquí de los fideicomisos en el que los fideicomisarios son varias personas, donde para gozar de la parte de los beneficios que le corresponde se tiene que cumplir los requisitos o condiciones que establezca el contrato, y de los fideicomisos constituidos en beneficio de varias personas que sucesivamente deban sustituirse por la muerte de la anterior, donde el requisito principal es que la sustitución sea en favor de personas que existan cuando concluya el derecho del primer fideicomisario designado. En todo caso, el fideicomiso es válido si el impedimento sólo recae sobre una parte de los fideicomisarios, de forma que la validez únicamente surtirá efectos para los fideicomisarios que no tienen impedimentos legales.

Por último, el quinto motivo estriba en el hecho que todos los bienes que integran el patrimonio fideicomitado se encuentran fuera del comercio. La nulidad no alcanzará al fideicomiso si una parte de todos los bienes que lo conforman se encuentran dentro del comercio, en virtud a que con los bienes remanentes cabe la posibilidad que el fideicomiso subsista y por lo tanto sea válido²⁴⁷.

1.6. Participantes

Como hemos señalado precedentemente, en el contrato del fideicomiso intervienen tres sujetos principales que son: el fideicomitente, la empresa fiduciaria, y el fideicomisario. Atento a que la participación de cada uno de estos actores es importante para el fideicomiso, porque cumplen una determinada función, la normativa establece una serie de obligaciones, derechos, y prohibiciones que son distinguibles para cada una de las partes.

a) Fideicomitente

²⁴⁷ Art. 266 de la LGSF.

El fideicomiso en Perú

Es la persona física o jurídica, pública o privada, que transfiere los bienes o derechos al fiduciario.

Para ser fideicomitente es requisito esencial que la persona sea propietaria o titular de los bienes, derechos, activos, o aquello que pretende transferir en dominio fiduciario, ya que si no ostenta la propiedad o titularidad no puede transferir dichos bienes o activos por falta de capacidad para disponer de ellos. Y si no hay transferencia de bienes, no se genera el patrimonio fiduciario²⁴⁸. Igualmente es requisito necesario que la persona tenga capacidad para disponer.

a.1) Obligaciones

Así como es obligación primordial del fideicomitente el transferir en dominio fiduciario la propiedad o titularidad de aquello que constituye objeto del fideicomiso, es también su obligación poner en conocimiento del fiduciario y el fideicomisario cualquier circunstancia (medidas judiciales o extrajudiciales) que de alguna manera pueda afectar a su titularidad o propiedad.

Al ser distinta la finalidad de cada fideicomiso, en función de la finalidad que tenga el fideicomiso, el fideicomitente se encontrará sujeto a las obligaciones que le corresponda. Por así decirlo, si la finalidad del fideicomiso es la cesión de derechos de cobro y de administración de flujos, será obligación del fideicomitente entregar al fiduciario una relación de los principales clientes a los que se les comunicará de la transferencia de cobro e incorporar en sus comprobantes una leyenda en la cual se indique que el derecho de cobro contenido en el comprobante ha sido transferido en dominio fiduciario²⁴⁹.

El fideicomitente debe solicitar autorización a la Superintendencia de Banca y Seguros para celebrar el contrato de fideicomiso cuando el fideicomitente se encuentre directa o indirectamente vinculado con el fideicomisario o,

²⁴⁸ Art. 243 de la LGSF y Art. 923 del CCvP.

²⁴⁹ COMITRE BERRY, Paulo: "La Responsabilidad y Obligaciones del Fideicomitente", *La fiducia*, Boletín de marzo, Lima, 2009, p. 2.

cuando el fideicomiso que se desee constituir esté conformado por créditos, contingentes, operaciones de arrendamiento financiero, bienes adjudicados, bienes recuperados, bienes recibidos en pago o inversiones²⁵⁰.

Fuera esto casos el fideicomitente deberá comunicar a la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (SBSAPFP) la celebración del contrato respectivo dentro de los cinco días posteriores de la celebración, adjuntando la respectiva información y documentación.

a.2) Derechos

En el fideicomiso, el fideicomitente puede tener un doble carácter, es decir, que al mismo tiempo de ser el fideicomitente puede ser también el fideicomisario²⁵¹, como tal, puede constituir un fideicomiso estableciendo que será el beneficiario de los frutos o beneficios que se obtendrán a través del fideicomiso. Este es uno de sus derechos básicos.

Con carácter general, la norma le reconoce los siguientes derechos:

- estar permanentemente informado sobre la situación del patrimonio fideicometido;
- conocer los balances y estados financieros del fideicomiso, una vez al semestre y de forma anual;
- exigir al fiduciario la rendición de cuentas del fideicomiso;
- resolver el contrato de fideicomiso constituido a título gratuito²⁵²; y
- ejercitar los derechos que se reserve en el acto constitutivo del fideicomiso.

b) Fiduciario

²⁵⁰ El artículo 24 de RFESF. Para lo cual en la solicitud presentará la documentación relativa a: la copia certificada del acuerdo del órgano societario; el proyecto del contrato de fideicomiso; la identificación de los bienes que serán objeto del fideicomiso (características, valor en libros, provisiones y depreciaciones); el análisis financiero; efectos en el patrimonio efectivo; identificación del mejorador e; identificación de los mecanismos de cobertura (Art. 25 del RFESF).

²⁵¹ Art. 241 de la LGSF.

²⁵² Art. 10 del RFESF, Art. 256, numerales 6 y 11 y Art. 250 de la LGSF.

El fideicomiso en Perú

El fiduciario es la persona jurídica que ejerciendo el dominio fiduciario del patrimonio fideicomitado ejecuta la finalidad para la que fue constituido el fideicomiso.

La normativa permite desempeñar funciones de fiduciario tanto a entidades bancarias como a empresas dedicadas exclusivamente a manejar negocios fiduciarios, así pueden ser fiduciarios²⁵³: la Corporación Financiera de Desarrollo S.A., las empresas de operaciones múltiples (como son las empresas bancarias, empresas financieras, cajas municipales de ahorro y crédito), cajas municipales de crédito popular, entidades de desarrollo a la pequeña y micro empresa, cooperativas de ahorro y crédito, cajas rurales de ahorro y crédito, las empresas especializadas en servicios fiduciarios, y las empresas de seguros y reaseguros²⁵⁴.

Una vez celebrado el acto de constitución del fideicomiso, la dirección y administración del fideicomiso concretamente queda a cargo del factor fiduciario que la empresa fiduciaria ha designado especialmente para ello²⁵⁵.

Debido a que el factor fiduciario es quien asume personalmente el manejo del fideicomiso, la empresa fiduciaria antes de designarlo tomará en cuenta que dicha persona tiene idoneidad técnica y moral necesaria para tener a su cargo la administración del fideicomiso. No podrá designar de ninguna manera a: personas que se encuentran impedidos por disposición de la Ley General de Sociedades; organizadores o accionistas; insolventes; personas que tengan la mayor parte de su patrimonio afectado por medidas cautelares y; personas que directa o indirectamente en la misma empresa, o en otra, tengan créditos vencidos por más de ciento veinte días, o que hayan ingresado a cobranza judicial.

²⁵³ Art. 242 LGSF en concordancia con el Art. 2 y ss. del RFESF.

²⁵⁴ Para las empresas financieras que desarrollan diversas operaciones financieras, es indispensable constituir un departamento especializado de negocios fiduciarios, que se encuentre diferenciado de las otras áreas que gestiona la entidad.

²⁵⁵ Una misma persona puede ser factor fiduciario en varios fideicomisos. En estos casos se exige que la designación sea puesta en conocimiento de la SBSAPFP (Art. 271 de la LGSF).

Si para la realización de la finalidad del fideicomiso se requiere de personal adicional al factor fiduciario, por el número de operaciones o actos a desarrollar, la empresa fiduciaria puede crear una comisión administradora (compuesta de tres o siete personas) para que trabaje conjuntamente con el factor fiduciario. Si al margen de la comisión administrativa fuera necesario más personal podrá contratar personal "ad-hoc"²⁵⁶. En tal caso la participación de dicho personal habrá de desarrollarse bajo las reglas de la sociedad fiduciaria y con sujeción al contrato del fideicomiso.

b.1) Obligaciones

La actuación diligente que el fiduciario deberá desempeñar durante la consecución de la finalidad del fideicomiso, es una de las obligaciones más destacables del fiduciario, ya que al tener el dominio del patrimonio fideicometido, la integridad y conservación de dicho patrimonio sólo depende de los cuidados que éste despliegue durante su gestión y administración, porque su propietario, el fideicomitente, por si mismo no puede hacerlo.

El legislador peruano se ha preocupado porque el fiduciario cumpla con esta obligación principal y no tenga intereses propios que le hagan perder ese cuidado, por ello en el artículo 256 de la LGSF establece una serie de las obligaciones conexas, así el fiduciario está obligado a:

- ejercitar el dominio fiduciario del patrimonio fideicometido en función de la finalidad del fideicomiso, con observancia de las obligaciones, prohibiciones y limitaciones en las que no debe incurrir²⁵⁷;
- proteger el patrimonio con pólizas de seguro conforme a lo pactado en el contrato;
- realizar los actos y operaciones necesarios para la finalidad del fideicomiso;

²⁵⁶ Art. 272 de la LGSF.

²⁵⁷ Según el artículo 252 de la LGSF en concordancia con el artículo 4 del RFESF el dominio fiduciario es: «el derecho de carácter temporal que otorga al fiduciario las facultades necesarias sobre el patrimonio fideicometido, para el cumplimiento del fin o fines del fideicomiso, con las limitaciones establecidas en el acto constitutivo».

El fideicomiso en Perú

- llevar el inventario y la contabilidad de cada fideicomiso;
- cumplir con las obligaciones tributarias del patrimonio fideicometido;
- preparar balances y estados financieros de cada fideicomiso;
- guardar reserva de la información que se relacione con los fideicomisos con el criterio de secreto bancario²⁵⁸;
- notificar a los fideicomisarios de la existencia de bienes a su favor;
- devolver al fideicomitente o a sus causahabientes los remanentes del patrimonio fideicometido al término del fideicomiso;
- en el caso de subrogación, transmitir al nuevo fiduciario el patrimonio del fideicomiso; y
- rendir cuentas a las partes, a la SBSAPFP y a la Unidad de Inteligencia Financiera²⁵⁹.

Como se puede ver, con estas obligaciones se busca precautelar el efectivo cumplimiento de la finalidad para la que fue constituido el fideicomiso, asegurando que el fiduciario desarrolle sus servicios con una dedicación plena, ya que la consecución de los resultados buscados dependen innegablemente de la buena administración que el fiduciario haga del patrimonio del fideicomiso. De ahí que el artículo 256.1 de la LGSF resalta que el fiduciario actúe con la diligencia de un leal administrador, comparable con el de un profesional experto en la materia.

Algunos autores consideran que es precisamente por esta razón que el fiduciario es el eje central del fideicomiso²⁶⁰.

²⁵⁸ Considerando la definición que García-Pita expone sobre el secreto bancario «un deber genérico que impregna la generalidad de operaciones banco/cliente, como consecuencia de la especial y típica relación de confianza que impera en los contratos bancarios», en el fideicomiso por la obligación del secreto bancario el fiduciario no debe hacer uso de la información que confidencialmente el fideicomitente le ha proporcionado en virtud de la relación de confianza personal banco/cliente. GARCÍA-PITA y LASTRES, José Luis: “Operaciones bancarias neutras”, en OLIVENCIA, Manuel y FERNÁNDEZ-NOVOA, Carlos (Dirs.), *Tratado de Derecho Mercantil*, Tomo XXXIX, Vol. 4, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 170.

²⁵⁹ El artículo 3, inc. d), de la Ley 29038, publicado el 12/06/2007, por la que incorpora a la SBSAFP la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú.

²⁶⁰ COTO, P. Jorge: *Aspectos Tributarios del Fideicomiso*, La Ley, Buenos Aires, Argentinas, 2007, p. 3. Así, para Easterbrook y Fischel, la obligación de fidelidad del fiduciario “significa la actuación para el beneficio exclusivo del beneficiario”.

b.2) Derechos

El fiduciario goza de todos los derechos que a su favor estipule en el contrato del fideicomiso. Tiene derecho a recibir una remuneración por los servicios prestados, cuyo porcentaje será conforme al estipulado con el fideicomitente en el contrato o, en su defecto, a un porcentaje no mayor al uno por ciento (1%) del valor de mercado de los bienes fideicometidos. De no ser satisfechos, se resarcirá con los recursos del fideicomiso, siempre que deriven de la administración del patrimonio fideicometido y de la realización de la finalidad del fideicomiso²⁶¹.

b.3) Responsabilidad fiduciaria

En virtud a que el factor fiduciario es quien gestiona y administra el fideicomiso, la responsabilidad que se derive de los actos y operaciones realizados con los bienes recaerá directamente sobre él. La empresa fiduciaria solamente será responsable solidaria de los actos que tienen implicación directa con el fideicomiso, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales en que incurra el factor fiduciario.

Para determinar la responsabilidad del fiduciario la LGSF prevé en el artículo 259, que en el incumplimiento de sus obligaciones debe mediar dolo o culpa grave. En el CCvP estos dos elementos aparecen definidos bajo los siguientes términos: «procede con dolo quien deliberadamente no ejecuta la obligación», artículo 1318; «incurre en culpa inexcusable quien por negligencia grave no ejecuta la obligación», artículo 1319.

Partiendo de estos criterios, existe responsabilidad del fiduciario por dolo, cuando éste a propósito y por voluntad propia incumple su obligación de cuidar y administrar los bienes y derechos que constituyen el patrimonio fideicometido con la diligencia y dedicación de un leal administrador. Y existe responsabilidad por culpa, cuando no previó aquello que con

EASTERBROOK, Frank H. y FISCHER, Daniel R.: “Contrato y Obligación fiduciaria”, *Revista Derecho & Sociedad*, núm. 17, 14 de junio de 2008, Pontificia Católica Universidad del Perú, p. 5.

²⁶¹ Art. 261, numeral 1 y 2 de la LGSF.

El fideicomiso en Perú

diligencia hubiera podido prever, ya que la culpa implica falta de precaución o negligencia. Respecto a esta última responsabilidad Comitre Berry destaca que para considerar que existe culpa en la actuación del fiduciario deben considerarse concretamente tres supuestos:

“1. Negligencia, que es la omisión de aquellas diligencias que exigen la naturaleza de la obligación y que obedecen a las circunstancias de tiempo, personas y lugar.

2. Imprudencia, que significa hacer lo que no correspondía.

3. Impericia, que es cuando no se conoce o se conoce mal la teoría y la práctica de un arte, profesión u oficio”²⁶².

Desde este punto de vista queda claro que por los daños efectivamente sufridos en el patrimonio del fideicomiso el fiduciario debe reintegrar el valor perdido, además del pago de una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por su accionar.

c) Fideicomisario

El fideicomisario es la persona natural o jurídica en cuyo beneficio se administra el fideicomiso. Recibe los frutos y rendimientos que generen los bienes o activos del fideicomiso conforme a las disposiciones y condiciones que el fideicomitente establezca en el contrato ²⁶³.

Como se ha visto en el apartado dedicado al fideicomitente, una misma persona puede ser fideicomitente y fideicomisario del fideicomiso. Para estos casos, previamente a la celebración del contrato se deberá de comunicar a la SBSAFP los datos del fideicomitente.

c.1) Obligaciones

²⁶² COMITRE BERRY, Paulo: “La responsabilidad fiduciaria”, *La Fiduciaria*, Boletín de octubre, Lima, 2008, p. 1.

²⁶³ Art. 263 de la LGSF.

El fideicomisario, con carácter general, está obligado a cumplir las exigencias o requisitos que el contrato establezca para que reciba los beneficios del patrimonio del fideicomiso.

La legislación vigente prevé que en los fideicomisos cuyos fideicomisarios son mayor a cinco personas, es obligación de los fideicomisarios asistir a las juntas que se celebrarán para: designar representantes y procuradores que accionen en resguardo del interés común de los fideicomisarios; adoptar otras medidas y decisiones en interés común de los fideicomisarios²⁶⁴.

c.2) Derechos

Respecto a sus derechos cabe destacar que el derecho principal que se reconoce a su favor, es la facultad de exigir al fiduciario la entrega de la parte de los beneficios que le corresponde conforme se estipule en el acto constitutivo o figure en el certificado de participación.

Le asiste también la facultad de la cesión de derechos, en virtud de ello el fideicomisario designado “cedente” podrá transmitir a un sucesor “cesionario” el derecho a exigir la prestación a cargo de su deudor “empresa fiduciaria” que se ha obligado a transferir por un título distinto; podrá realizar este acto sólo si en el acto constitutivo del fideicomiso no se le prohíbe y si el cesionario que designe sea una persona no impedida por ley²⁶⁵.

De igual forma, tiene derecho para oponer acciones que defiendan el patrimonio fideicomitado cuando el fiduciario realice actos de disposición del patrimonio en contravención de lo pactado. Si la empresa fiduciaria le hubiese delegado en el contrato facultades para ejercer dichas medidas de protección, queda obligado a cumplir esa responsabilidad²⁶⁶.

²⁶⁴ Por remisión del artículo 267 de la LGSF estas juntas se celebrarán con sujeción a las reglas que la Ley General de Sociedades establece para las asambleas de obligacionistas en los artículos 236, 237 y 238 de la misma ley.

²⁶⁵ Art. 264 de la LGSF, en concordancia con el Art. 1206 del CCvP.

²⁶⁶ Art. 253 de la LGSF.

El fideicomiso en Perú

Por último, si el fideicomisario interviene como parte en el contrato, es decir, que es fideicomitente y fideicomisario del fideicomiso, éste adquiere a título propio los derechos que en él se establezcan a su favor, los cuales no podrán ser alterados sin su consentimiento²⁶⁷.

1.7. Patrimonio autónomo

Los bienes o derechos que el fideicomitente transfiere al fiduciario, según el artículo 241 de la LGSF, pasan a constituir el patrimonio autónomo, separado del patrimonio personal del fideicomitente, del fiduciario y de los fideicomisarios.

En atención a esta configuración legal, el patrimonio autónomo del fideicomiso queda en una posición intangible, intocable y alejado de las amenazas y acciones que terceros pueden interponer contra él, en tanto que constituyen un patrimonio, destinado a la consecución de una finalidad específica.

De modo que si el fideicomitente o el fideicomisario tuviesen acreedores, las acciones que dirijan contra el patrimonio no podrán surtir efecto, porque tal patrimonio permanece separado exclusivamente para respaldar la finalidad que se pretende alcanzar con el fideicomiso.

Lo propio sucede con los acreedores de la empresa fiduciaria, si el patrimonio de dicha entidad entra en liquidación, los bienes que conforman en patrimonio fideicomitado no podrán ser afectados porque no forman parte de la masa, ya que por el principio del patrimonio autónomo e independiente, no se permite ocupar los bienes que forman parte de él ²⁶⁸.

La ley prevé, como únicas excepciones, que el patrimonio autónomo puede ser alcanzado: cuando la transferencia de los bienes ha sido efectuado en

²⁶⁷ Art. 250 de la LGSF.

²⁶⁸ El artículo 255 de la LGSF. Vale la pena precisar que en caso de liquidación del fiduciario, los beneficiarios o fideicomisarios tienen un crédito amparado con privilegio general de primer orden sobre los bienes del patrimonio autónomo.

fraude de acreedores del fideicomitente²⁶⁹; cuando se trate del pago de obligaciones y responsabilidades que tienen vinculación directa con el fideicomiso o con la ejecución de su finalidad²⁷⁰; cuando se exijan obligaciones del fideicomisario, sólo en la parte de los frutos que le corresponde²⁷¹.

La empresa fiduciaria puede ser titular de tantos patrimonios como fideicomisos tenga bajo su cargo ya que con cada fideicomiso se constituye un patrimonio autónomo diferente del patrimonio personal del fiduciario. En ese sentido el dominio fiduciario que ejerza sobre ellos deberá ser desarrollado atendiendo a la finalidad del fideicomiso y con observancia de las limitaciones que se hubieren establecido en el contrato.

Así, no podrá realizar operaciones o actos con los fondos y bienes de los fideicomisos en beneficio de su propia empresa, del personal que tenga relación de trabajo con la empresa, o de otras personas²⁷². De obrar de esta manera, los actos de disposición que no guarden relación con lo pactado, serán anulables.

1.8. Inscripción en el Registro Público

A efectos de oponer el patrimonio fideicomitado frente a terceros, la transferencia de los bienes o derechos en fideicomiso debe ser inscrito en el registro público. En el caso que el contrato comporte la transferencia fiduciaria de activos mobiliarios, la inscripción deberá ser realizada en la Central de Riesgos de la Superintendencia²⁷³.

²⁶⁹ En este caso se puede ejercitar la acción de nulidad de la transmisión fideicomisaria. Para instaurar la acción de nulidad los acreedores disponen de un plazo de seis meses, que comienzan a contar desde la publicación de la celebración del fideicomiso en el Diario Oficial. Pasado este plazo, el derecho de ejercitar la acción caducará, y si el acreedor fuese notificado personalmente, la caducidad de la acción operará a los dos meses de la fecha en que tuvo conocimiento de la celebración del contrato (Art. 245 de la LGSF).

²⁷⁰ Art. 254 de la LGSF.

²⁷¹ Art. 253 de la LGSF.

²⁷² Art. 258 de la LGSF.

²⁷³ Art. 246 de la LGSF.

El fideicomiso en Perú

En la actualidad, la normativa que regula la inscripción de los fideicomisos en los registros públicos es la Directiva N°007-2008-SUNARP-SN, publicada el 27 de noviembre del 2008.

Con la mencionada norma se han superado las discrepancias de criterio que en los últimos años existió sobre la calificación registral de la transferencia de los bienes o derechos. Hasta antes de la directiva, se confundía el contrato de fideicomiso con un gravamen y en función de ello se registraba la transferencia de los bienes dentro el rubro de “cargas y gravámenes”, cuando en realidad debía serlo en el rubro de “título de dominio” porque la transferencia en fideicomiso implica una transferencia de dominio. Estas divergencias han quedado atrás gracias a que la directiva introdujo criterios uniformes que facilitan la inscripción de este tipo de transferencia de dominio.

Así, desde el 28 de noviembre de 2008, fecha de su entrada en vigencia, la inscripción de la transferencia a favor del fiduciario se efectúa en el rubro “títulos de dominio”. En los casos de fideicomisos en los que la transferencia trate de créditos con garantía reales, la inscripción lo será en el rubro de “cargas y gravámenes”.

El efecto inmediato que produce la inscripción, es que el fiduciario tiene el poder de disposición para transferir, constituir derechos y gravar el mismo. Para la inscripción de los actos de disposición que realice el fiduciario sobre los bienes fideicomitados, bastará la presentación del contrato y la declaración jurada con firma legalizada.

Fuera de las inscripciones que el fiduciario pudiera solicitar ante el registro público, no procederá la inscripción de transferencias o gravámenes sobre patrimonio fideicomitado, tampoco la inscripción de embargos o medidas cautelares, a no ser que se trate de medidas cautelares que se encuentren vinculadas a la anulación de la transferencia fiduciaria²⁷⁴.

²⁷⁴ Arts. 2 y ss. de la Directiva N° 007-2008-SUNARP-SN.

Cabe destacar que la importancia del registro de la transferencia del dominio de los bienes o derechos al fiduciario, no solo reside en la precaución de oponer el fideicomiso frente a la acción a terceros, también ayuda en la determinación del orden de prelación que corresponde a los acreedores en función al tiempo de su inscripción ²⁷⁵, especialmente, para los casos de fideicomiso en garantía.

1.9. Plazo de duración

El artículo 251 de la LGSF establece que el plazo máximo de duración de un fideicomiso es de treinta años.

Si bien dicho plazo rige con carácter general para los fideicomisos que se constituyan bajo las disposiciones de la misma normativa, por razones de la finalidad que persiguen determinados fideicomisos, el legislador deja abierta la posibilidad de que el periodo pueda ser ampliado mucho más allá de los treinta años.

Este es el caso del fideicomiso vitalicio, el fideicomiso cultural y el fideicomiso filantrópico, cuya constitución puede ser fijada para un plazo mayor a treinta años o, incluso un plazo indeterminado, ya que tienen vigencia mientras subsista la posibilidad de realizar la finalidad para la que ha sido creado el fideicomiso.

Independientemente de los fideicomisos que hemos señalado, es factible que las partes puedan pactar un plazo de duración que exceda el límite legal cuando por su finalidad sea imprescindible ampliar el tiempo de duración del fideicomiso. Para estos casos, la SBSAPFP deberá autorizar la ampliación del plazo una vez analizada la finalidad o el propósito que se pretende llevar a cabo en el fideicomiso²⁷⁶. Actualmente, por ejemplo, se encuentra en vigencia un fideicomiso cuya duración es de cincuenta años

²⁷⁵ SÁNCHEZ CALERO, Francisco Javier y SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, Blanca: *Manual de Derecho Inmobiliario Registral*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 151.

²⁷⁶ El exceso de plazo que las partes establezcan en el contrato o en sus modificaciones sin autorización de la Superintendencia de bancos, se considerará por no puesto (Art. 268 de la LGSF).

El fideicomiso en Perú

(2006-2056), celebrado entre el Gobierno Regional de San Martín y la empresa fiduciaria COFIDE²⁷⁷.

1.10. Cesación

Según la propia normativa²⁷⁸ son causas de terminación del fideicomiso, además de las previstas en el contrato constitutivo:

- 1) el cumplimiento de la finalidad para la cual fue constituido;
- 2) el cumplimiento del plazo contractual;
- 3) la imposibilidad de realizar su objeto;
- 4) la revocación del fideicomiso, antes de la entrega de los bienes;
- 5) la renuncia del fiduciario a sus funciones de gestor y administrador del fideicomiso;
- 6) la remoción del fiduciario;
- 7) la liquidación del fiduciario;
- 8) cuando todos los fideicomisarios renuncien a los beneficios que les concede el fideicomiso; y
- 9) la pérdida de los bienes que integran patrimonio.

En los casos de renuncia del fiduciario, con causa justificada y aceptada por la SBSAPFP, el plazo para que proceda la cesación del fideicomiso operará si en el término de seis meses no se encuentra otra empresa fiduciaria que asuma el cargo. Respecto al caso de revocación del fideicomiso por parte del fideicomitente, antes de la entrega de los bienes al fiduciario, si la revocación fuese parcial, el fideicomiso subsistirá con los bienes que se integren en el patrimonio.

Una vez terminado el fideicomiso el acto que deberá realizar el fiduciario es la transferencia de los bienes o derechos al fideicomitente, a sus causahabientes, o la persona que en el acto constitutivo se establezca. Para que esta devolución de bienes o derechos surta efectos bastará que la empresa fiduciaria así lo asiente en el acto constitutivo del fideicomiso y se

²⁷⁷ Fuente obtenida del cuadro estadístico de COFIDE. [Fecha de revisión: 30 de octubre de 2010]. Disponible en: «<http://www.cofide.com>».

²⁷⁸ Art. 269 de la LGSF.

inscriba en el Registro Público de Propiedad en que se hubiese asentado originalmente²⁷⁹.

2. Tipos de fideicomiso

La LGSF reconoce, por un lado, el fideicomiso en garantía, fideicomiso testamentario, fideicomiso vitalicio, fideicomiso cultural, fideicomiso filantrópico y fideicomiso de titulización; por otro lado, en atención al amplio margen de la libre contratación que tiene esta materia por la flexibilidad del fideicomiso —que facilita diversas combinaciones—, admite que es posible constituir otros tipos de fideicomisos siempre que estos se sujeten a la normativa²⁸⁰.

Vamos a tratar seguidamente los fideicomisos explícitamente regulados en la LGSF.

2.1. Fideicomiso en Garantía

El fideicomiso de garantía es el negocio por el cual el fideicomitente transfiere la propiedad fiduciaria de uno o más bienes al fiduciario para garantizar con ellos o con su producido, la realización de una o determinadas obligaciones a cargo del fideicomitente o un tercero, designando como fideicomisario al mismo acreedor o a un tercero en cuyo favor, en caso de incumplimiento, se pagará el valor de la obligación conforme a lo previsto en el contrato.

Como se puede apreciar en la configuración del fideicomiso en garantía, la finalidad que se persigue con su constitución es la de asegurar el cumplimiento de una obligación²⁸¹. En estos mismos términos informes de

²⁷⁹ Según señala el artículo 270 de la LGSF, la posibilidad de que los bienes se entreguen al fondo fiduciario, cuando no exista ningún destinatario.

²⁸⁰ Art. 22 RFESF.

²⁸¹ Más concretamente señala el artículo 15 del RFESF que: «En el fideicomiso en garantía los bienes integrados en el patrimonio fideicometido están destinados a asegurar el cumplimiento de determinadas obligaciones, concertadas o por concertarse, a cargo del fideicomitente o de un tercero. El fideicomisario, en su calidad de acreedor puede requerir al fiduciario la ejecución o enajenación de acuerdo al procedimiento establecido en el acto constitutivo».

El fideicomiso en Perú

la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT) ponen de realce que “este tipo de fideicomiso se constituye con la finalidad de garantizar una obligación frente a un acreedor, siendo en consecuencia una modalidad distinta a las tradicionales de garantía, como son la prenda y la hipoteca”²⁸².

Desde esta perspectiva, las obligaciones que pueden garantizarse mediante el fideicomiso en garantía pueden ser tanto obligaciones propias del deudor, como obligaciones de terceros. Así cabe la posibilidad de instituir diversos tipos de fideicomisos en garantía como ser: fideicomiso en garantía de una única obligación (que garantiza a su acreedor en forma exclusiva y excluyente), fideicomiso en garantía de varias obligaciones en relación a un mismo acreedor; fideicomiso en garantía de varias obligaciones en relación a diversos acreedores, fideicomiso en garantía que combine además la administración de los bienes fideicomitidos²⁸³.

a) Forma

A tenor de la disposición del artículo 246 Ley 26702, la constitución del fideicomiso se efectúa y perfecciona por contrato entre el fideicomitente y la empresa fiduciaria, formalizado mediante instrumento privado o protocolizado notarialmente. La transferencia fiduciaria de activos mobiliarios deberá ser inscrita en la Central de Riesgos de la SBSAPFP. Esta inscripción en el registro le otorga al fideicomitente el orden de prelación que corresponde en razón al tiempo de su inscripción.

b) Contenido

Las partes tienen libertad para consignar en el contrato las cláusulas necesarias para el cumplimiento de la finalidad del fideicomiso, así como de los derechos y obligaciones que asisten a cada uno de los actores, no obstante tanto el RFESF como la LGSF, demandan que el acto constitutivo

²⁸² Informe N° 077-2002-SUNAT/K00000, de 12 de marzo de 2002.

²⁸³ Para mayores detalles ver ORMACHEA, Carolina: “*La utilización del Contrato de Fideicomiso con Fines de Garantía*”, XXV Jornadas Notariales Argentinas, 30 de agosto de 2000, Buenos Aires, pp. 42-50.

contenga una información mínima sobre los elementos principales del fideicomiso.

Así, para la validez del contrato será necesario consignar información concerniente a: la determinación de las obligaciones que serán respaldadas con el patrimonio fideicometido; los criterios para la revocabilidad o irrevocabilidad del fideicomiso; el procedimiento que se aplicará en la enajenación de los bienes que integran el patrimonio fideicometido cuando ocurra el incumplimiento de las obligaciones; el valor de enajenación de los bienes que integran el patrimonio fideicometido; el porcentaje del patrimonio que estará destinado para respaldar el cumplimiento de obligaciones; en el caso de que el fideicomiso estuviere constituido con más de un bien, deberá establecerse el criterio de selección de los bienes a ser enajenados para cumplir con la obligación respaldadas y; que la empresa fiduciaria se resarcirá del crédito incumplido con el resultado que se obtenga de la ejecución del patrimonio fideicometido²⁸⁴.

2.2. Fideicomiso Testamentario

El esquema que presenta esta clase de fideicomiso contempla matices especiales respecto a los fideicomisos constituidos por contrato. De lo dispuesto en los artículos 241 y 246 de la LGSF se extrae, que en virtud al fideicomiso el causante-fideicomitente designa a un sucesor-fiduciario para que a su muerte el fiduciario reciba en calidad de propiedad fiduciaria todo o parte de sus bienes, obligándose a ejercerla en favor del beneficiario designado en el testamento, y un vez concluido el fideicomiso deberá de transferir los bienes a quien se hubiese designado en el testamento.

En tal sentido, la constitución del fideicomiso testamentario podría considerarse como un instrumento apropiado para el cuidado de

²⁸⁴ Art. 16 del RFESF y Art. 274 de la LGSF.

El fideicomiso en Perú

patrimonios de menores de edad, personas que sufren discapacidad, así como para la conservación de patrimonios familiares²⁸⁵.

Un aspecto que debe destacarse en este punto, es que la manifestación de voluntad que el testador fideicomitente expresa en el testamento sobre afectar ciertos bienes para la constitución de un fideicomiso, no resulta suficiente para constituirlo, ya que dicha manifestación es sólo una orden para que a su muerte se constituya el fideicomiso²⁸⁶.

Para la constitución del fideicomiso será necesario designar un albacea — persona que ejecuta las disposiciones de última voluntad del testador—²⁸⁷, para que como representante de los bienes, realice los actos necesarios para constituir el fideicomiso, es decir, contratar con la entidad bancaria que acepte ser fiduciario del fideicomiso. Sólo desde ese momento la fiduciaria quedará obligada en los términos del contrato porque entonces habrá manifestado su voluntad en ese sentido, quien después de celebrar el contrato adquirirá la titularidad de los bienes afectados²⁸⁸.

Si el testador fideicomitente ya hubiese designado a una empresa fiduciaria para la administración del fideicomiso, la no aceptación de ésta no será requisito para la validez del fideicomiso ya que si ésta rechazara el encargo tiene la posibilidad de proponer a otra empresa fiduciaria que gestione el fideicomiso en remplazo de ella. Conforme al artículo 247 de la LGSF, sólo en el supuesto que no exista ninguna otra empresa que acepte el encargo, el fideicomiso se tendrá por extinguido.

²⁸⁵ DE LA FUENTE HONTAÑÓN, Rosario: “*El fideicomiso testamentario...*”, ob. cit., p. 89.

²⁸⁶ Mediante la manifestación de su voluntad el testador sólo puede crear derechos en favor de otras personas, pero de ninguna manera puede crear deberes, a menos que los herederos o legatarios acepten y como consecuencia de esa aceptación se obliguen a cumplir el deber impuesto en el testamento.

²⁸⁷ Art. 784 del CCvP.

²⁸⁸ En amparo de lo previsto en el artículo 784 del CCvP, cabe la posibilidad que el causante fideicomitente pueda nombrar como albacea a la entidad fiduciaria, ya que es una persona jurídica autorizada por ley, estableciendo por anticipado las cláusulas en la que se desarrollará el fideicomiso, la que surtiría efectos desde la apertura de la sucesión.

Tesis Doctoral

Un aspecto destacable que observamos en la constitución del fideicomiso testamentario es la protección de la legítima de los herederos.

La legislación peruana ha dado un paso importante en la defensa del patrimonio familiar, ya que la LGSF pone de relieve al derecho que tienen los herederos forzosos para reclamar la devolución de los bienes entregados en fideicomiso en la parte que hubiera afectado a su legítima, siempre y cuando el fideicomitente hubiera transferido dichos bienes a título gratuito. Si bien se recuerda, la legítima es definida como la parte de los bienes que conforman la masa hereditaria de la que el causante no puede disponer libremente, porque está reservada para los herederos forzosos²⁸⁹.

De forma que, si el causante fideicomitente constituyese un fideicomiso afectando a parte de sus bienes, los bienes afectados en fideicomiso no deberán de tocar la legítima que corresponde a los herederos forzosos si es que los tuviese, ya que en virtud de la legítima éste no puede disponer libremente de sus bienes.

La única manera de que pueda disponerlos libremente a través de un testamento o contrato de fideicomiso es cuando esta persona no tenga hijos, nietos, padres, abuelos ni cónyuge. En todo caso, el artículo 244 de la LGSF permite que el causante fideicomitente constituya el fideicomiso afectando a la legítima de los herederos forzosos, cuando teniendo estos la minoría de edad o padecimiento de alguna incapacidad, sean los beneficiarios del fideicomiso, de forma que mientras subsista la minoridad o la incapacidad, la empresa fiduciaria se encargue de atender a su mantenimiento, con cargo a las rentas o frutos del fideicomiso.

Por otro lado, se considera válido el fideicomiso en el que el causante fideicomitente designe fideicomisarios del fideicomiso a personas indeterminadas o, al público en general. El requisito mínimo que se exige es este caso, es que en el instrumento constitutivo se instruya las condiciones o cualidades que deberán de cumplir los fideicomisarios para disfrutar de los beneficios del fideicomiso. También es válido el fideicomiso constituido

²⁸⁹ Art. 723 del CCvP.

El fideicomiso en Perú

en beneficio de varias personas que sucesivamente deban sustituirse por la muerte de la anterior, siempre y cuando la sustitución tenga lugar en favor de personas que existan cuando quede expedito el derecho del primer designado²⁹⁰.

a) Forma

Conforme establece el párrafo segundo del artículo 246 de la LGSF, la constitución del fideicomiso por voluntad unilateral del fideicomitente deberá ser expresada en testamento. Por tanto, el testamento deberá reunir las formalidades que el CCvP prescribe para este acto jurídico (como ser estar en forma escrita, que conste la fecha de otorgamiento, el nombre del testador, su firma), pudiendo ser instrumentada, al amparo de lo dispuesto en el artículo 686 y ss. del CCvP, en testamento ológrafo, en testamento otorgado en escritura pública, o en testamento cerrado²⁹¹.

b) Contenido

Si bien la normativa no detalla expresamente la información que cuanto menos debe contemplar en el fideicomiso testamentario, de la técnica legislativa se infiere que las disposiciones y soluciones que se prevén para el fideicomiso contractual, en cuanto sea pertinente, son también aplicables al fideicomiso testamentario.

En ese entendido se tiene por presupuesto que en el testamento deberá de expresarse cuanto menos: la designación de la empresa fiduciaria, el detalle de las instrucciones del fideicomitente sobre la ejecución del fideicomiso, las facultades de administración y disposición de los bienes a cargo de la empresa fiduciaria, los fideicomisario del fideicomiso, el destino de los bienes a la conclusión del plazo de duración del fideicomiso, la remuneración de los servicios prestados por la empresa fiduciaria, y en general todas las instrucciones necesarias para la realización de la finalidad del fideicomiso.

²⁹⁰ Arts. 248 y 249 de la LGSF.

²⁹¹ Arts. 686 y ss. del CCvP.

En el caso de los fideicomisos constituidos en beneficio de personas indeterminadas deberá de detallarse las condiciones o requisitos que deberán de reunir los fideicomisarios para recibir los beneficios del fideicomiso.

2.3. Fideicomiso vitalicio

Con este fideicomiso se persigue trasladar los beneficios a fideicomisarios que hubieran nacido o estuviesen concebidos al momento de constituirse el fideicomiso. Por este motivo, su plazo de duración puede ser extendido hasta la muerte del último de los fideicomisarios del fideicomiso.

La exigencia fundamental que establece el artículo 251 de la LGSF para la validez del fideicomiso, es que el fideicomitente solo podrá designar como fideicomisarios a las personas que hubieren nacido o estuviesen concebidos al momento de constituirse el fideicomiso.

El proceso que se sigue en este fideicomiso es idéntico al de las otras modalidades, el fideicomitente deberá de transmitir al fiduciario la propiedad fiduciaria de uno o más bienes para que este último ejerza el dominio fiduciario de ellos, sujeto a la finalidad del fideicomitente en beneficio de los fideicomisarios designados en el acto constitutivo.

a) Forma

Siguiendo la previsión del artículo 246 de la LGSF la constitución del fideicomiso vitalicio se realizará mediante contrato entre el fideicomitente y la empresa fiduciaria, que será instrumentada mediante escritura pública otorgada por Notario de Fe Pública.

b) Contenido

En el acto constitutivo, el fideicomitente como gestor principal del fideicomiso dará toda cuanta instrucción considere necesario para la materialización de la finalidad, respetando las previsiones que la misma normativa establece para el fideicomiso.

El fideicomiso en Perú

2.4. Fideicomiso cultural

Se constituye el fideicomiso cultural con la finalidad de encargar la edificación de institutos de investigación en áreas arqueológicas o históricas, construcción de centros de educación implicados directamente con la actividad cultural, creación de bibliotecas escolares abiertas, establecimiento de museos y centros de interés que sirvan de apoyo para la conservación y protección del patrimonio cultural, histórico y artístico, desde el ámbito privado.

La importancia que ostenta establecer y desarrollar actividades de este tipo, que fomentan a la formación, educación, cultura e investigación científica, ha sido el elemento básico por el que se ha optado por conceder a esta clase de fideicomisos el derecho de ampliar el plazo legal de duración del fideicomiso por un plazo indefinido, de tal forma que el fideicomiso pueda ser ampliado mientras continuase siendo posible realizar la finalidad para el que ha sido constituido. Así lo reconoce el artículo 251.2 de la LGSF, que el fideicomiso subsistirá mientras sea posible realizar esa finalidad.

a) Forma

Al igual que en el resto de los fideicomisos, la constitución del fideicomiso cultural se efectúa y perfecciona por contrato entre el fideicomitente y la empresa fiduciaria, formalizado mediante instrumento privado o protocolizado notarialmente.

b) Contenido

En amparo de lo dispuesto en el artículo 251.2 de la LGSF el fideicomitente podrá establecer en el contrato las disposiciones que estime conveniente para la realización del propósito del fideicomiso. Por poner un ejemplo, si la finalidad del fideicomiso es la construcción de una escuela infantil, el contrato incluirá cláusulas concernientes a: la construcción de la escuela (el número de plantas que tendrá la edificación, la dimensión de las aulas educativas, salas de estudio, biblioteca, baños, entre otros), el plazo y programa de ejecución, el control de calidad, etc.

2.5. Fideicomiso filantrópico

La particularidad que presenta el fideicomiso filantrópico es la diversidad de personas que pueden llegar a ser los fideicomisarios del fideicomiso. Así, está instituido que podrán ser fideicomisarios los desvalidos, los privados de razonamiento, huérfanos, menesterosos y ancianos abandonados.

Al centrarse su finalidad en el alivio de la situación de estas personas, el carácter que reviste este tipo de fideicomiso es esencialmente solidario. Por este motivo se deja abierta la posibilidad que las partes puedan ampliar el plazo de duración del fideicomiso más allá del plazo legal (30 años) para dar continuidad al desarrollo de dicha finalidad, siendo único requisito, según el artículo 251.3 de la LGSF, la posibilidad de seguir cumpliendo este objetivo.

a) Forma

La constitución del fideicomiso filantrópico también se realizará mediante el contrato suscrito entre el fideicomitente y la empresa fiduciaria, el cual deberá de ser protocolizado notarialmente.

b) Contenido

Dado que la norma no ingresa a detallar las enunciaciones que las partes deben de incluir en el contrato, entendemos que en atención al artículo 251.2 de la LGSF, los enunciados que se determinen en el contrato deberán de guardar consonancia con el objeto del fideicomiso, de aliviar la situación de las personas menesterosas, y de ninguna manera podrán ser contrarios a los preceptos que regulan el fideicomiso.

2.6. Fideicomiso público

El fideicomiso público, también conocido como fideicomiso para el desarrollo económico local, se caracteriza por tener elementos de carácter público. En la estructura de la relación jurídica de esta clase de fideicomiso se diferencian los siguientes elementos:

El fideicomiso en Perú

- a) Los sujetos de la relación jurídica son: el fideicomitente, el fiduciario y el fideicomisario.

El fideicomitente es el Estado, que participa directamente o, por medio de las instituciones públicas.

El fiduciario es la entidad financiera autorizada para ser fiduciaria de este tipo de fideicomiso²⁹².

Los fideicomisarios son, por un lado, los sectores o agentes personalizados que se determinen en el acto de constitución y, por otro, el conjunto de personas que pueden llegar a ser de manera directa o indirecta los beneficiarios del fideicomiso.

- b) La finalidad para la que son constituidos es para atender a fines y necesidades públicas²⁹³.
- c) El proceso de constitución del fideicomiso procede de la siguiente manera: el Estado en calidad de fideicomitente transfiere los bienes de dominio público a la entidad fiduciaria para que ésta última realice el fin de interés público que le ha sido instruido en el contrato. La transferencia de los bienes o derechos se realiza en dominio fiduciario, de modo que la entidad fiduciaria, como nueva titular de los bienes transferidos, gestionará dichos bienes conforme a lo dispuesto en el contrato, precautelando el cumplimiento de la finalidad del fideicomiso.

²⁹² Actualmente, la Corporación Financiera de Desarrollo es la entidad de economía mixta que a nivel nacional cuenta con la autorización para cumplir funciones de fiduciario en fideicomisos públicos. Según los datos económicos que ofrece la mencionada entidad, el 98,7% del capital que posee ésta pertenece al Estado peruano, representado por el Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado, dependiente del Ministerio de Economía y Finanzas, y en el 1,3% a la Corporación Andina de Fomento. Base de datos de COFIDE [Fecha de consulta: 9 de noviembre de 2010]. Disponible en: «<http://www.cofide.com>».

²⁹³ Según Herzog, esta finalidad de interés público que se persigue con el fideicomiso público, es lo que diferencia al fideicomiso público respecto de los fideicomisos en general. HERZOG, Mirta: *El Fideicomiso y el Agro*, Ed. Buyatti, Buenos Aires, 2007, p. 38.

El desarrollo que ha alcanzado el fideicomiso público en estos últimos años es notablemente visible, en la actualidad constituye la herramienta financiera por el que las instituciones públicas, gobiernos regionales y locales, organismos de cooperación u otras entidades de carácter público ejecutan objetivos institucionales para obtener, vía mercado de capitales, la financiación de proyectos de infraestructuras públicas, el desarrollo de todo tipo de proyectos que requieran garantizar la intangibilidad de recursos promovidos por el Estado o por las agencias de cooperación internacional, la atención de las necesidades de diversos sectores económicos del país, y otros fines públicos.

a) Forma

El fideicomiso público se realizará mediante contrato entre las partes, cuya elaboración se desarrollará atendiendo a las normas de la LGSF.

b) Contenido

El contrato contendrá las disposiciones necesarias para el cumplimiento de los objetivos institucionales del fideicomiso público. Con carácter previo a la celebración del contrato, el fideicomitente debe de aportar la siguiente documentación²⁹⁴: solicitud dirigida al banco indicando principalmente la finalidad y plazo del fideicomiso; los bienes a transferir en dominio fiduciario (generalmente serán recursos líquidos presentes o futuros); el estado de ejecución presupuestaria, flujo de caja, presupuesto institucional u otro documento similar; documentación para la suscripción del contrato; acuerdo de Consejo de Alcaldía o Regional autorizando la transferencia en dominio fiduciario de los bienes; documentación de identidad del representante legal autorizado.

Como se ha visto, hasta aquí hemos tratado los diferentes tipos de fideicomisos que establece la LGSF. A continuación expondremos, de manera más detallada, otro tipo de fideicomiso que no está regulado en la

²⁹⁴ Portal del Banco de la Nación del Perú, dependiente del Ministerio de Economía y Finanzas. [Fecha de consulta: 7 de febrero de 2012]. Disponible en: «<http://www.bn.com.pe/sector-publico/fideicomisos.asp>».

El fideicomiso en Perú

LGSF sino en la LMVP, al cual se conoce como fideicomiso de titulización; este fideicomiso presenta características de singular naturaleza en relación a los fideicomisos anteriormente descritos.

2.7. Fideicomiso de titulización

2.7.1. Consideraciones preliminares

Como acabamos de indicar, el fideicomiso de titulización constituye otra de las modalidades del fideicomiso, a través del cual se desarrolla procesos de titulización de activos.

El proceso de titulización de activos fue implementado en el Perú con el fin de instituir un medio legal que sirviera de soporte al proceso de conversión de activos ilíquidos que sean generadores de flujo de caja, a activos líquidos (títulos valores) negociables en el mercado, para facilitar la obtención de dinero en efectivo y de esta forma ampliar las posibilidades de inversión para los inversionistas y la diversificación de las fuentes de financiamiento para las empresas²⁹⁵. Para ello, se tomó como vehículo legal a la institución del fideicomiso.

En la actualidad, la fuente normativa principal que regula la constitución y desarrollo de los fideicomisos de titulización es la Ley de Mercado de Valores y su respectiva reglamentación prevista en el Reglamento a los Procesos de Titulización de Activos (RPTA), y en las Normas especiales relativas a los procesos de titulización²⁹⁶.

2.7.2. Definición

De conformidad con el texto legal del artículo 301 de la LMVP, el fideicomiso de titulización es el contrato en virtud del cual el fideicomitente se obliga a efectuar la transferencia fiduciaria de un conjunto de activos en favor del fiduciario para la constitución de un patrimonio autónomo, sujeto al

²⁹⁵ Así lo reconoce la propia exposición de motivos del D.L. 755, de 13 de noviembre de 1991.

²⁹⁶ Promulgado mediante D.S. 0093/2002.

Tesis Doctoral

dominio fiduciario de éste último y afecto a la finalidad específica de servir de respaldo a los derechos incorporados en valores, cuya adquisición de uno o más valores concede a su titular la calidad de fideicomisario.

A partir de esta definición podemos destacar, siguiendo a Vidal Villanueva, que la operación financiera que se lleva a cabo mediante el fideicomiso de titulización es una forma de acelerar el ciclo del flujo de caja de distintos activos, agrupándolos y creando con ellos estructuras convenientemente aisladas, que aseguren un grado suficiente de garantías a las fuentes de financiamiento, que se alcanzarán mediante la colocación de títulos-valores o participaciones en el flujo de fondos producidos por esos activos subyacentes²⁹⁷.

Atento a que en el fideicomiso se transfieren activos que generan flujos de caja futuros, para crear un patrimonio autónomo destinado a respaldar la emisión de títulos valores negociables en el mercado, este tipo de fideicomiso es definido desde distintas vertientes.

Algunos autores definen al fideicomiso de titulización atendiendo a su esquema procedimental de titulización, manteniendo que es el proceso por el cual determinados activos crediticios son reunidos en un paquete para ser afectados al pago del capital y de los intereses de ellos²⁹⁸.

De otro lado se lo ha delimitado como un procedimiento de financiación a través de emisiones de valores garantizadas por activos de entidad demandante de fondos, por lo que es una operación financiera destinada a convertirse en una nueva alternativa de financiamiento²⁹⁹.

En definitiva, el fideicomiso de titulización resulta siendo el instrumento clave en el proceso de desintermediación bancario y en la obtención de

²⁹⁷ VIDAL VILLANUEVA, Julio A.: "Los procesos de titulización de activos", *Ius Et Veritas*, núm. 5, Lima, 1994, p. 6.

²⁹⁸ BERASTEGUI, Laureano: *Orígenes, beneficios y estructuras de la securitización*, Ed. Comunicarte, Argentina, 1994, p. 21.

²⁹⁹ VIDAL VILLANUEVA, Julio A.: "Titulización de activo y otras alternativas financieras", *Revista electrónica de Teleley*. [Fecha de consulta: 24 de febrero de 2012]. Disponible en: «<http://www.teleley.com/contenlegal.php?idm=2569>».

El fideicomiso en Perú

financiamiento a mediano y a largo plazo de las empresas, así como el vehículo para la canalización de ahorro por medio de los fondos de pensión.

a) Forma de constitución

La constitución del fideicomiso de titulización se perfecciona por contrato entre el fideicomitente y la sociedad titulizadora. A él se adhieren los fideicomisarios al suscribir o adquirir los valores que se emitan con respaldo en el patrimonio fideicometido³⁰⁰. Dicho contrato deberá ser instrumentado mediante escritura pública otorgada por notario de fe pública³⁰¹.

Pese a que la normativa mantiene que en el negocio jurídico necesariamente intervienen el fideicomitente, la sociedad titulizadora y el fideicomisario, deja abierta la posibilidad de que la constitución sea realizada por acto unilateral. Esto implica que la sociedad titulizadora en calidad de fideicomitente realiza un pseudo contrato de fideicomiso consigo misma auto-designándose sociedad titulizadora, efectuándose la transferencia de un conjunto de bienes o activos, que ya forman parte de su propia masa patrimonial, para constituir un patrimonio separado en calidad de propiedad fiduciaria³⁰².

³⁰⁰ Art. 10 del RPTA.

De otro lado, es menester señalar que por D.L. 1061, publicado el 26/06/2008, se introduce modificaciones a la LMVP y otras normas que forman parte del presente compendio, textualmente en este Decreto se establece que para facilitar la integración de las bolsas, y la negociación de valores en forma simultánea en una o más bolsas, nacionales o extranjeras, CONASEV podrá exceptuar de la inscripción en el Registro Público del Mercado de Valores a los valores extranjeros así como de cualquier otra obligación o requisito previsto en la Ley, siempre que medien convenios entre las entidades responsables de la conducción de mecanismos centralizados de negociación, y cumplan las demás condiciones que CONASEV determine mediante norma de carácter general.

³⁰¹ Art. 308 de la LMVP.

³⁰² Si bien esta posibilidad queda abierta para el ejercicio o no de la sociedad titulizadora, en el fondo, esta segunda forma de constitución no cumpliría ciertos aspectos que se dan en los fideicomisos de titulización y en los fideicomisos de carácter general. Concretamente estamos hablando de que no se realiza una verdadera transferencia de los bienes fideicomitados porque éstos no pasan de una persona a otra, sino que permanecen en poder de la sociedad titulizadora y por lo mismo no se produce el acto de la *traditio*, junto a ello está la cuestión de la doble

b) Contenido

A diferencia de lo que acontece con la LGSF, que se limita a señalar las formalidades de la constitución de los fideicomisos en general, la LMVP en concordancia con el RPTA establece que, con independencia de las estipulaciones que las partes consignan a su favor en la escritura pública del fideicomiso, obligatoriamente deberán incluir la información concerniente a³⁰³:

- la finalidad específica para la cual se constituye el fideicomiso;
- identificación del fideicomitente, fiduciario, del destinatario de los activos;
- individualización de los activos objeto de transferencia, con indicación de si se encuentran en el patrimonio del transferente, si son activos ajenos o futuros, si se encuentran sujetos a gravámenes o son materia de controversia o litigio judicial, arbitral o administrativo;
- el modo y plazo de transferencia de los activos que integrarán el patrimonio fideicometido;

adquisición de la propiedad de un bien, ya que el bien que ha sido adquirido anteriormente, vuelve a ser adquirido por otro título.

Desde este punto de vista, se podría matizar una contradicción de la disposición del artículo 301 LMVP, debido a que en primer término determina que este tipo de fideicomiso se constituye sustancialmente con la intervención del fideicomitente, el fiduciario, y fideicomisario, quien accesoriamente se adhiere, pero al mismo tiempo abre una segunda vía de constitución permitiendo que en ella la sociedad titulizadora reúna una doble cualidad: la de fideicomitente y la de fiduciario. En alguna medida esta contradicción también se extendería hacia las normas de la Ley 26702, en virtud a que al ser una norma de aplicación supletoria a los fideicomisos de este tipo, todo el articulado de esta ley se estructurada en función de la distinción del carácter de fideicomitente, fiduciario, y fideicomisario.

Sin extendernos más allá de este análisis y de considerar por ejemplo cuestiones sobre la transparencia en la información, debido a que al constituir la sociedad titulizadora fideicomisos por vía unilateral es la única que conoce el estado de los bienes dados en fideicomiso, o bien el hecho de que por esta vía de constitución la sociedad titulizadora pueda constituir bienes en fideicomiso sólo con el fin de conseguir el halo de protección jurídica de los bienes fideicomitados para frenar la acción de terceros frente a los bienes, no queda duda que la obligatoriedad de la inscripción del fideicomiso en el registro público, exigido por el artículo 10 de la Directiva N° 007-2008-SUNARP-SN, constituye un elemento clave en la transparencia de la información, no sólo a efectos de publicidad sino también de seguridad.

³⁰³ Art. 308 de la LMVP.

El fideicomiso en Perú

- detalle de los derechos, obligaciones, facultades y limitaciones del fideicomitente, de la sociedad titulizadora y del fideicomisario;
- determinación de los términos y condiciones de la emisión de los valores a los que servirá de respaldo;
- causales para decidir la remoción de la sociedad titulizadora y el procedimiento para la elección del fiduciario sustituto;
- indicación de las garantías adicionales del fideicomitente, de la sociedad titulizadora, y terceros; y
- el plazo de duración³⁰⁴.

La obligación de incluir en el contrato la información señalada, en el fondo, proyecta la transparencia del contrato, pero además puede ayudar a evitar problemas que posteriormente pueden llegar a plantearse en el fideicomiso.

Por poner un ejemplo, al establecer el legislador la obligación de determinar el régimen y proceso que deben seguir las partes en caso de sustitución del fiduciario, sociedad titulizadora, indirectamente se va predeterminando el mecanismo de solución de este problema que puede surgir sobrevenidamente durante la vigencia del fideicomiso, que de no haber sido fijado en el momento de la constitución del contrato, llevaría un tiempo adicional resolverlo. Del mismo modo sucede con la obligación de establecer mecanismos de control del cumplimiento de lo pactado en el acto constitutivo y los mecanismos para la liquidación del patrimonio fideicometido.

Por consiguiente, esta obligación de informar supone, en alguna medida, una utilidad para el fideicomiso.

³⁰⁴ Según el artículo 11 del RPTA, estas enunciaciones son: determinar las características de los activos; fijar el régimen de sustitución de activos o adquisición de nuevos; la denominación del patrimonio; el respaldo del patrimonio fideicometido sobre posteriores emisiones de valores; las preferencias de determinadas clases o series de valores; las condiciones a las que se sujeta el factor fiduciario y los miembros de la comisión administradora, indicando quien asume la responsabilidad solidaria; las condiciones a que se sujeta la delegación de las funciones de la sociedad titulizadora; designación del representante de los fideicomisarios; la rendición de cuentas a efectuar; determinación del monto de los costos y gastos que serán asumidos con los activos que integran el patrimonio fideicometido; las condiciones y características que debe reunir el fiduciario reemplazante; y el mecanismo para la liquidación del patrimonio fideicometido.

2.7.3. Diferentes procesos de titulización

Las alternativas para la estructuración de procesos de titulización son diversas. A partir de un fideicomiso de titulización pueden estructurarse los procesos de titulización que a continuación se detallan³⁰⁵:

- a) Titulización de carteras de créditos y de otros activos generadores de un flujo de efectivo, creados o no al momento de la celebración del contrato.
- b) Estructuras para el desarrollo de proyectos específicos, en los que el patrimonio fideicometido se encuentra integrado por los diseños, estudios técnicos y demás medios y activos para el desarrollo de un proyecto, con cuyos frutos y productos se respaldará el pago de los valores que se proyecta emitir.
- c) Aquellos en que se transfiere uno o más bienes inmuebles para que integren el patrimonio fideicometido, y cuya explotación comercial o liquidación respaldará el pago de los valores a emitir.
- d) Procesos destinados a financiar obras de infraestructura y servicios públicos, en que los valores a emitir se encuentran respaldados por el flujo de efectivo que éstos generen en el futuro, el mismo que es cuantificado con base en información estadística de años anteriores o con apoyo en proyecciones de años futuros.

Frente a las posibilidades que tienen las partes para estructurar uno u otro proceso de titulización cabe puntualizar que “la titulización en si misma conlleva una compleja serie de operaciones y transferencias jurídicas”³⁰⁶. Sin embargo, ésta figura permitirá en los años venideros la realización de un giro trascendental de las estructuras de financiación de las entidades financieras como no financieras, porque efectivamente es un interesante instrumento mediante el cual se puede acelerar la liquidez de la empresa.

³⁰⁵ Art. 9 del RPTA.

³⁰⁶ TAPIA HERMIDA, Alberto Javier: *Sociedades y Fondos de Inversión y Fondos de Titulización*, Ed. Dykinson, Madrid, 1998, p. 280.

El fideicomiso en Perú

2.7.4. Elementos del proceso

A la vista de la constitución del fideicomiso de titulización, en el proceso de la titularización se distinguen, tanto elementos subjetivos, como elementos objetivos.

2.7.4.1. Elementos subjetivos

Son actores principales del proceso de titularización: el fideicomitente, denominado también originador, el fiduciario, denominado también sociedad tituladora, y el fideicomisario. Accesoriamente intervienen el factor fiduciario, los mejoradores, los servidores, y los custodios³⁰⁷.

a) Originador (fideicomitente)

El originador es la persona natural o jurídica, de derecho público o privado, nacional o extranjero, en interés del cual se conforma un patrimonio de propósito exclusivo³⁰⁸, es decir, es el beneficiario de los rendimientos que se obtengan de los activos titulizados.

a.1) Obligaciones

Como se desprende de la propia definición de fideicomiso de titulización, el originador está obligado a transferir a la sociedad tituladora los activos — recursos líquidos y toda clase de bienes y derechos— que pasarán a integrar el patrimonio del fideicomiso; esta obligación es fundamental para la estructuración del fideicomiso de titulización.

La ley admite la posibilidad que el originador pueda tener a su control una sociedad tituladora de propósito especial³⁰⁹. En este caso, será obligación

³⁰⁷ Aunque para muchos los tres primeros sujetos (fideicomitente, fiduciario, y fideicomisario) constituyen las partes esenciales del proceso de titulización, las disposiciones de la LMVP en concordancia con el RPTA, dejan en claro que también el resto de participantes cumplen determinadas funciones dentro el fideicomiso, por ello les he atribuido facultades y obligaciones durante la vigencia del fideicomiso.

³⁰⁸ Art. 292, inc. d), del D.S. 93/2002.

³⁰⁹ De acuerdo con el artículo 324 D.S. 93/2002 son sociedades de propósito especial las sociedades anónimas cuyo patrimonio se encuentra conformado esencialmente por activos crediticios, cuyo objeto social limita su actividad a la

del originador mantener actualizado el importe de las garantías en función al valor total de los activos de todos los patrimonios fideicometidos sujetos a su dominio, debiendo constituir las garantías adicionales necesarias dentro de los quince días siguientes a la variación del referido valor, de lo contrario, no podrá efectuar la oferta pública de los títulos-valores³¹⁰.

Atento a que la oferta pública de los valores emitidos en procesos de titulización requiere que los mismos previamente estén inscritos en el Registro, el originador puede acordar con el emisor que sea uno de ellos el responsable de la elaboración y presentación de la documentación e información exigida para la inscripción de los valores en el Registro, y del cumplimiento de las obligaciones que se generan a partir de dicha inscripción en los casos en que las circunstancias lo ameriten³¹¹.

a.2) Derechos

En lo concerniente a sus derechos, el originador tiene facultad para determinar: las obligaciones, limitaciones, facultades y derechos de la sociedad tituladora con relación a la disposición y administración de los activos que integran el patrimonio fideicometido, así como el permiso a la sociedad tituladora para delegar determinadas funciones en terceras personas.

Igualmente, podrá establecer los términos y condiciones de la emisión de los valores a los que servirá de respaldo, las causales para la remoción de la sociedad tituladora y el procedimiento para la elección del fiduciario sustituto en caso de renuncia, liquidación o remoción de la sociedad tituladora, y fijar el destino de los activos a la finalización del fideicomiso.

Otra de las facultades que puede tener, es el control total de una sociedad de propósito especial en la que éste posee la propiedad directa o indirecta

adquisición de tales activos y a la emisión y pago de valores mobiliarios respaldados con su patrimonio.

³¹⁰ Art. 58, en concordancia con el Art. 62 del RPTA.

³¹¹ Art. 43 del RPTA.

El fideicomiso en Perú

de acciones u otros valores que le permitan ejercer más de la mitad de los votos en junta general de accionistas³¹².

b) Sociedad tituladora (fiduciario)

La sociedad tituladora es la sociedad fiduciaria que se encarga de la gestión y administración del fideicomiso de titulización.

Se reserva esta función únicamente para las sociedades anónimas que tengan dedicación exclusiva en el manejo de fideicomisos de titulización y posean un perfil altamente especializado en el conocimiento y desarrollo de estas operaciones.

Para obtener la correspondiente autorización, la sociedad interesada deberá acompañar a la solicitud toda la documentación que refieren los artículos 19 y 20 del RPTA. Una vez autorizada deberá de constituir una subsidiaria, cuya organización y funcionamiento estará sujeto a las disposiciones de la Resolución S.B.S N°600-1998.

En el caso de sociedades extranjeras se seguirá el mismo cause, con la única particularidad de que éstas a su vez deben constituir sucursales en el territorio peruano con objeto exclusivo de realizar actividades propias de las sociedades tituladoras, manteniendo en el país un capital no menor a setecientos cincuenta mil nuevos soles durante la existencia de la sucursal³¹³.

Tal como sucede con los fideicomisos regulados en la LGSF, en el fideicomiso de titulización el cometido de la sociedad tituladora, sea nacional o extranjera, es desempeñado por medio de un factor fiduciario

³¹² Sin perjuicio de ello, según el artículo 41 del RPTA, las sociedades de propósito especial se consideran totalmente controladas cuando existe:

- 1) Control de más de la mitad de los derechos de voto en las juntas generales en virtud de un acuerdo con otros inversionistas.
- 2) Facultad de gobernar las políticas financiera y operativa de la sociedad de propósito especial, en virtud de los estatutos o algún acuerdo.
- 3) Facultad de nombrar o remover a la mayoría de los miembros del directorio.
- 4) Control de la mayoría de votos en las sesiones del directorio mediante unión o combinación de los mismos.

³¹³ Art. 307 del D.S. 93/2002.

«persona física que especialmente ha sido designado para asumir la conducción del fideicomiso».

La conducción que asume personalmente el factor fiduciario implica que las decisiones que adopta en cumplimiento de la finalidad establecida en el contrato se ejecutan. Solamente cuando las circunstancias lo exijan, la sociedad titulizadora puede optar por la organización de una “comisión administradora” para que conjuntamente con el factor fiduciario ejecuten decisiones respecto del patrimonio fideicomitado.

Debido a que la transparencia del proceso de titulación ostenta una considerable importancia para el cumplimiento de los fines, no pueden ser designados como factores fiduciarios los miembros que formen parte de la comisión administradora, tampoco las personas que han tenido a su cargo la dirección o asesoría de la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores (CONASEV)³¹⁴, ni los parientes, ni quienes han sido condenados por la comisión de un delito o declarados en quiebra³¹⁵.

Ante la responsabilidad civil o penal que pudieran tener lugar en los actos realizados por el factor fiduciario y la comisión administradora, la sociedad titulizadora responderá solidariamente. Si por el contrario la organización de la comisión administradora hubiere sido prevista en el contrato a instancia del fideicomitente, la responsabilidad solidaria será asumida por éste y no por la sociedad titulizadora³¹⁶.

b.1) Obligaciones

Al margen de las obligaciones que voluntariamente convengan el originador y la sociedad titulizadora, ésta última, en su rol de fiduciario, tiene el deber de cumplir las obligaciones generales que recogen los artículos 27 y 29 del

³¹⁴ A partir del 22 de Julio de 2011, por disposición de la Comisión Permanente del Congreso del Perú, la CONASEV paso a denominarse como Superintendencia de Mercado de Valores (SMV), actualmente se constituye como un organismo público descentralizado adscrito al Ministerio de Economía y Finanzas del Perú, su objetivo principal es la de promover el Mercado de Valores del Perú.

³¹⁵ Art. 305 del D.S. 93/2002.

³¹⁶ Art. 322 del D.S. 93/2002 y Art. 304 del D.L. 861.

El fideicomiso en Perú

RPTA, y las obligaciones especiales que prevé el artículo 306 del D.S. 93/2002.

De estas obligaciones legales, con carácter prioritario se destacan cinco obligaciones principales.

La primera obligación implica mantener los activos fideicometidos separados de los que integren el patrimonio de la sociedad tituladora y de los que corresponden a otros patrimonios fideicometidos. La finalidad de esta obligación es impedir que se confundan los patrimonios del originador, fiduciario, y de los activos de otros fideicomisos que la sociedad tituladora puede estar administrando al mismo tiempo para asegurar que las obligaciones que pueden contraerse durante la ejecución del fideicomiso se paguen con el patrimonio correspondiente de acuerdo a la prelación de los acreedores.

La segunda obligación demanda que la sociedad tituladora convoque a junta de fideicomisarios³¹⁷. Si bien la ley precisa que esta posibilidad sólo tiene lugar cuando lo soliciten los que representen al menos la quinta parte de los derechos respaldados por el patrimonio fideicometido o, cuando así lo exijan las circunstancias, en el fondo, dicha disposición defiende una finalidad puramente informativa. Ya que mediante las juntas los fideicomisarios se mantienen al tanto de los hechos relevantes y de las actuaciones que hasta la fecha ha venido desempeñando la sociedad tituladora en su función de fiduciario, y obviamente de la celebración de juntas se extraen varias utilidades como: tratar asuntos ordinarios y comunes, tomar decisiones y defender sus derechos e intereses.

La tercera obligación concierne al deber que tiene la sociedad tituladora de cumplir sus funciones conforme a lo establecido en el acto constitutivo, delimitando su libertad de actuaciones y decisiones hacia la realización de la finalidad del fideicomiso. Es evidente que la determinación del deber de sujeción surge como una herramienta necesaria para garantizar un comportamiento diligente, de ahí que aparece ligada a una sanción por la

³¹⁷ Art. 306 del D.L. 861.

que la empresa fiduciaria se encontraría obligada a indemnizar por los daños y perjuicios que se irroguen en el patrimonio fideicomitado.

La cuarta obligación recae en el deber que tiene la sociedad titulizadora respecto la elaboración de los estados financieros de cada patrimonio bajo su administración, y la de sus estados financieros propios, con la periodicidad y requisitos que establezca Superintendencia de Mercado de Valores (SMV). Con esta obligación queda claro que lo que se pretende, es maximizar la transparencia de la ejecución de los procesos de titulización, ya que en el complejo mundo de los negocios, la información financiera en las empresas cumple un rol muy importante al producir datos indispensables para la administración y toma de decisiones sobre sus futuras operaciones.

La quinta obligación estriba en el hecho que la sociedad titulizadora deberá de entregar los activos fideicomitados al destinatario del remanente del patrimonio una vez que se produzca la extinción del fideicomiso, contribuyendo a las inscripciones registrales pertinentes³¹⁸.

b.2) Derechos

La sociedad titulizadora goza de los derechos que el originador le confiera en el acto constitutivo del fideicomiso, así como de su derecho a la remuneración por los servicios prestados al fideicomiso.

c) Sociedades de propósito especial

El proceso de titulización también puede ser desarrollado mediante las sociedades de propósito especial.

Según el artículo 324 de la LMVP, las sociedades de propósito especial limitan su actividad a la adquisición de activos crediticios y a la emisión y pago de valores mobiliarios garantizados con su patrimonio, que está conformado esencialmente por activos crediticios. Por este motivo, únicamente pueden estructurar procesos de titulización a partir de carteras

³¹⁸ Art. 27 del RPTA en concordancia con el Art. 322 de la LMVP.

El fideicomiso en Perú

de créditos, activos que generen un flujo de efectivo, así como de los accesorios de dichos activos³¹⁹.

Entre las características propias que poseen las sociedades de propósito especial está el hecho que para su constitución no es exigible un capital mínimo³²⁰, ni se requiere una pluralidad de accionistas. Por lo es posible que dicha sociedad sea totalmente controlada por el originador que lo constituya. En este caso, creemos que existe la posibilidad de acarrear efectos negativos para los valores, puesto que por ser el originador el único accionista de la sociedad dichos valores adquirirían una clasificación de riesgo con categoría menor a la que obtendrían si el accionista principal de la sociedad de propósito especial fuese una empresa ajena al originador.

Naturalmente estas sociedades, al igual que de las sociedades titularizadoras, se encuentran controladas por la SMV. La norma les exige que se inscriban en el Registro, que comuniquen toda modificación que se realice en sus estatutos, que inscriban en el Registro de valores los valores que emitan con respaldo a su patrimonio y, en general, que presenten toda la información que les sea requerida³²¹.

d) Inversores (fideicomisarios)

Los fideicomisarios, conocidos comúnmente como los inversionistas, son las personas físicas o jurídicas, públicas, privadas, nacionales o extranjeras que adquieren los valores resultantes del proceso de titulización, disponiendo de sus recursos para obtener a cambio una ganancia, asumiendo el riesgo de la inversión.

Con la finalidad de brindar mayor seguridad a los inversionistas y fortalecer así su confianza en el mercado de valores la LMVP prevé bajo el título de “protección a los inversionistas” el principio de protección del acto de constitución del fideicomiso, por el cual no podrá declararse la nulidad, por

³¹⁹ El artículo 36 del RPTA. No obstante, podrán integrar a su patrimonio aquellos activos, distintos a los crediticios, que requiera para el cumplimiento de sus funciones.

³²⁰ Art. 39 del RPTA.

³²¹ Art. 40 del RPTA.

simulación, la anulación, ni la ineficacia por fraude, cuando derive perjuicios para los inversionistas que hubieren adquirido los valores, por oferta pública o negociación privada, obrando de buena fe³²².

Hay que ponderar que con esta medida se respalda un poco más la protección de los inversionistas porque, como veremos más adelante, la normativa exige, entre otros requisitos de la emisión de los valores, la realización de la clasificación de los niveles de riesgos de los valores por dos empresas clasificadoras³²³.

e) Servidor

El servidor es la empresa que ejecuta el cobro de las prestaciones relativas a los activos integrantes de un patrimonio de propósito exclusivo³²⁴.

Su actuación se inicia a partir del contrato pactado entre la sociedad tituladora y la empresa servidor para la administración del cobro de los derechos que confieren los activos³²⁵. Mediante este contrato se define las condiciones, los derechos y obligaciones respecto de la administración de la cartera específica y los bienes adjudicados, los procedimientos de gestión y control, las comisiones y detalles del pago del servicio.

La normativa hace énfasis particularmente en la obligación de mantener separado los activos y los documentos, que tenga en su poder en virtud del servicio prestado.

³²² Art. 298 de la LMVP.

³²³ Esa necesidad de protección al inversionista, como apunta Iribarren Blanco, se entiende bien si se observa que, con independencia de su grado de cualificación, los inversores son sujetos que se encuentran en una situación de especial debilidad, pues no sólo negocian sobre objetos -los valores negociables- cuyos riesgos o defectos no son fácilmente apreciables, y desde luego no a simple vista, sino que, por las exigencias de fluidez de los mercados, realizan operaciones bajo un régimen muy distinto del modo de celebración del contrato tradicional, conforme al que no existe previa negociación individual de los valores ni siquiera, en la mayoría de los casos, contacto alguno entre las partes del negocio. IRIBARREN BLANCO, Miguel: *Responsabilidad civil por la información divulgada por las sociedades cotizadas. Su aplicación en los mercados secundarios de valores*, Ed. La Ley, Madrid, 2008, p. 15.

³²⁴ La permisión para desempeñar funciones de “servidor” está abierta tanto para empresas nacionales como extranjeras, cuya organización y funcionamiento cumpla con las disposiciones que fija la LMVP y el RPTA.

³²⁵ Art. 44, inc. g), del RPTA

El fideicomiso en Perú

f) Custodio

La función del custodio deviene de la necesidad de custodiar a los títulos o documentos representativos de los activos.

El custodio es contratado por la empresa servidor en virtud a que la custodia de dichos títulos y documentos constituye una obligación legal, extendida también para los documentos o títulos representativos de los activos en los que se inviertan los recursos del fondo mutuo.

La sociedad tituladora además de entregar los títulos y documentos al custodio, quien queda sujeto a control y supervisión de la SMV, puede convenir con el custodio la realización de otras funciones como: abrir cuentas bancarias a nombre del patrimonio fideicomitado, ejercer disposición de las mismas sujeto a las instrucciones de la sociedad tituladora, efectuar y verificar la compensación y liquidación de las operaciones que le instruya realizar la sociedad administradora, verificar el ingreso y pago de dinero según las instrucciones de la sociedad administradora, entre otros.

g) Clasificador de riesgos

El clasificador de riesgos tiene como función ofrecerle al mercado una calificación sobre el índice de riesgo de los valores que se emite dentro de un proceso de titulización.

De acuerdo con la LMVP deben ser dos las empresas clasificadoras que emitan su opinión independiente, objetiva y técnicamente fundamentada acerca de la solvencia y seguridad de los valores a emitir por la sociedad tituladora.

La exigencia de la intervención de dos empresas clasificadoras deviene del mismo hecho de la diferenciación de las características de los valores, así por ejemplo, si se tratare de títulos representativos de deuda, la calificación de riesgo referirá a la probabilidad de la sociedad emisora para poder cumplir con las obligaciones asumidas en tiempo y forma, esto es,

cancelarlos oportunamente en las mismas condiciones pactadas sobre los plazos, tasa de interés, resguardos, etc.

Entre las tareas principales que deben cumplir las empresas clasificadoras se encuentran el mantener actualizados los análisis de las actividades y de la situación financiera del originador, del emisor, y del mejorador, guardando la confidencialidad debida³²⁶.

Debido a que la existencia de una relación entre los miembros de la comisión de clasificación y el originador o el mejorador podría desencadenar modificaciones en la clasificación del nivel de riesgo de los valores³²⁷, la clasificadora no podrá efectuar la clasificación si mantuviere relación con tales personas. Esto independientemente del cumplimiento de los requisitos formales que la empresa interesada debe reunir para desempeñar la función de clasificación de valores³²⁸.

La obligación de clasificar el nivel de riesgo de los valores se encuentra aparejada con el deber de inscripción de los valores en el registro público, ya que para proceder a la inscripción de los valores es necesario contar antes con la clasificación. La correspondencia entre estas dos obligaciones contribuye a una mayor transparencia y uso de la información. Particularmente la clasificación de riesgos proporciona importantes ventajas tales como:

- Posibilita fijar la rentabilidad de los valores en función del riesgo implícito de los mismos.
- Otorga a los inversionistas un indicador simple y objetivo de evaluación del riesgo crediticio, que le permite tener un parámetro de comparación del mismo entre alternativas similares de inversión.
- Facilita a los inversionistas institucionales el diseño de portafolios de inversión balanceados de acuerdo con el riesgo.

³²⁶ Art. 339 del D.S. 93/2002.

³²⁷ Puede suceder que bajo la influencia de esa relación de amistad o interés el clasificador podría modificar su opinión sobre la calidad crediticia favoreciendo a los intereses de la sociedad emisora.

³²⁸ Art. 338 del D.S. 93/2002.

El fideicomiso en Perú

Pero no solamente se puede hablar de beneficios para los inversionistas, también se reporta beneficios para la sociedad emisora, quien se beneficia con la posibilidad de una estructura financiera más flexible ya que al estar diseminadas las opiniones de riesgo sobre sus emisiones puede obtener mayores fuentes de recursos. Si obtiene una buena calificación simultáneamente podrá obtener mejores condiciones financieras para la financiación de nuevos valores, favoreciendo de esta forma su posición competitiva.

2.7.4.2. Elementos objetivos

a) Activos

Los activos susceptibles de ser transferidos con miras a llevar a cabo la titulación comprenden a los recursos líquidos, derechos, y toda clase de bienes³²⁹.

La norma se limita a describir los activos que se pueden titular, sin detenerse a especificar las características ideales que estos deben reunir, cuando en el fondo se trata de un aspecto realmente útil, ya que es posible que en la práctica la no determinación de las características puede llegar a ser una posible ventaja de esta operación en el sentido de poder convertir «activos malos» en «títulos buenos».

En esta observación también se detiene Alcázar Uzátegui cuando asevera que no todos los activos de la empresa son pasibles de ser titulizados y en virtud de ello alude que existen dos requisitos básicos para estructurar una emisión de titulación de activos a saber:

“a) Que la cartera a titular genere un flujo de caja que sea estadísticamente predecible en el tiempo.

³²⁹ El artículo 295 en concordancia con el artículo 292 del D.S. 93/2002. La noción general de “activo” se define como los bienes, derechos y otros recursos controlados económicamente por la empresa, resultantes de sucesos pasados, de los que se espera que la empresa obtenga beneficios o rendimientos económicos en el futuro. Desde un punto de vista amplio, son todos los bienes muebles o inmuebles, tanto de naturaleza corporal como incorporal.

b) Que la cartera a titularizar genere un rendimiento superior al que se le pagará a los inversionistas”³³⁰.

Pero no solamente se puede hablar de estos requisitos sino de otros más, que en la órbita internacional autores latinoamericanos vienen enfatizando. Así podemos traer a consideración el criterio de Paolantonio, quien mantiene que las características ideales de los activos son: los patrones de pago bien definidos, los flujos de fondos predecibles, el vencimiento promedio de al menos un año, los bajos índices de demora en los pagos y de cumplimiento, la amortización integral, la diversidad de obligados, y el alto valor de liquidación³³¹.

Sin entrar a profundizar más sobre este aspecto, debemos puntualizar que el establecimiento de las limitaciones, condiciones, y categorización de los activos son competencias normativas que sólo puede ejercer la SMV, dado que es la institución pública reguladora del mercado de valores de Perú³³².

Habría que reconocer que dicha institución ya ha pronunciado sobre la prohibición de titularizar los activos que se encuentren embargados, sujetos a litigio, o por cualquier razón, cuando los valores van a ser objeto de oferta

³³⁰ ALCÁZAR UZÁTEGUI, Rafael: “La titularización de activos en el Perú”, *Ius et Veritas*, núm. 15, Perú, 1997, p. 5. Sobre este aspecto Gonzales Meneses también explica que, normalmente, los activos de una empresa son considerados como líquidos cuando están en las partidas de caja o valores cotizables, es sinónimo de realizable. En consecuencia, la liquidez o iliquidez de un activo no se relaciona con los fondos que éste se vea imposibilitado de generar, sino más bien, a la realización a la que se enfrenta al no poseer la cualidad necesaria para convertirse en efectivo sin perder significativamente su valor”. GONZALES MENESES, Ingrid: “*El fideicomiso de inversión: Vía idónea para la implementación de procesos de titularización de activos en Guatemala*”. Tesis de licenciatura. Universidad Francisco Marroquin. Guatemala, 2001.

³³¹ PAOLANTONIO, Martín E.: *Fondos Comunes de Inversión*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 202.

³³² Además de promover y reglamentar el mercado de valores la SMV tiene entre otras funciones: velar por la transparencia de los mercados de valores, por la correcta formación de los precios en ellos y la protección de los inversionistas; supervisar a las personas jurídicas organizadas de acuerdo a la Ley General de Sociedades; reglamentar y controlar a las empresas administradoras de fondos mutuos de inversión en valores, a las empresas clasificadoras de riesgo, y a las empresas de fondos colectivos.

El fideicomiso en Perú

pública³³³, especificando que los activos que se pueden titular son los siguientes:

1. las carteras de crédito y de otros activos generadores de un flujo de efectivo, actuales o futuros;
2. bienes inmuebles transferidos al patrimonio fideicometido y cuya explotación comercial o liquidación respalda los valores a emitir;
 - el desarrollo de proyectos, estando integrado el patrimonio fideicometido por los diseños, estudios técnicos y demás medios y activos para el desarrollo del proyecto, cuyos frutos o productos servirán para pagar los valores emitidos;
 - las obras de infraestructura y servicios públicos, cuyo flujo de efectivo que generen en el futuro estará destinado a pagar los valores a emitir; y
 - la transferencia de otros activos.

b) Valores

Como resultado del proceso de titulación se emiten: valores mobiliarios, títulos de contenido crediticio, y títulos de participación.

A diferencia de lo que acontece con los títulos de contenido crediticio, que incorporan derechos sobre el capital e intereses y confieren a su titular el derecho a percibir sumas de dinero, y los títulos de participación, que confieren a su titular una parte alicuota de los recursos provenientes del patrimonio fideicometido y participa de las utilidades o pérdidas que éste genere, los valores mobiliarios en los procesos de titulación generalmente tienen una mayor utilización.

Los valores mobiliarios representan derechos crediticios, dominicales o de participación en el capital, el patrimonio o las utilidades del emisor, que no sólo están destinados a la circulación, sino que son libremente

³³³ Art. 5 del RPTA.

Tesis Doctoral

transferibles, siendo emitidos en serie o masa, todos ellos con identidad de derechos, al menos dentro de cada clase y serie³³⁴.

Sus características distintivas han llevado a inferir que éstos nacen en virtud de una operación en masa para facilitar y agilizar la realización de sus operaciones³³⁵, de ahí que la emisión de estos valores sólo está permitida en los fideicomisos de titulización.

Se podría decir que la nota común que presentan los valores mobiliarios, los títulos de participación, y los títulos de contenido crediticio, es que se encuentran respaldados por los recursos provenientes de los activos titulizados que forman parte del patrimonio autónomo del fideicomiso. Asimismo, cada uno de estos incorpora derechos que legitiman sobre el capital e intereses de acuerdo con las condiciones señaladas en el título o valor³³⁶.

La principal obligación que el reglamento exige para la oferta pública de valores emergentes de fideicomisos de titulización, es que antes de la oferta los valores deben estar inscritos en el Registro público³³⁷. Para solicitar la inscripción de los valores, presentada a instancia del emisor o el originador, deberá de presentarse todos los documentos exigidos, entre ellos el "Prospecto Informativo". En este documento figura toda la información relevante de los valores a emitir para la oferta al público³³⁸.

³³⁴ VIDAL RAMÍREZ, Fernando: *La Bolsa de Valores*, Ed. Cultural Cuzco, Lima, 1988, p. 150.

³³⁵ BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo y CASTELLARES AGUILAR, Rolando: *Comentarios a la Nueva Ley de Títulos Valores*, Gaceta Jurídica, Lima, 2000, p. 685.

³³⁶ La emisión de otros tipos de valores, distintos a los señalados, es una posibilidad abierta debido a que la SMV puede instaurar mediante disposiciones de carácter general la emisión de otros valores a ser respaldados por el patrimonio fideicometido.

³³⁷ Art. 43 del RPTA.

³³⁸ El Prospecto Informativo según el artículo 45 del RPTA debe contener: 1) La denominación y monto de valores a ofrecer; b) Las características de los valores, de la emisión, del patrimonio fideicometido y de los activos que lo conforman; c) Identificación del procedimiento de colocación y los mecanismos centralizados de negociación en los que los valores serán inscritos; d) Referencia a la sección "factores de riesgo"; e) Clasificación de riesgo de los valores y su posible variación; f)

El fideicomiso en Perú

c) Mecanismos de cobertura

Las partes pueden adoptar mecanismos alternativos que otorguen mayor seguridad al proceso de titulización para hacer frente a los casos de insuficiencia de activos del patrimonio autónomo, evitar desfases de los flujos de caja proyectados, y salvaguardar el derecho de cobro de las participaciones en el patrimonio autónomo.

La norma no precisa los tipos de mecanismos de cobertura que se pueden emplear por lo que esta facultad queda librada al criterio de las partes. De modo que éstos pueden pactar en el contrato utilizar mecanismos como:

1. La sustitución de activos, donde el originador asume la obligación de sustituir los activos que hayan producido distorsiones o desviaciones del flujo por otros activos de similares o mejores características que los sustituidos.
2. La sobrecolateralización de cartera, que consiste en que el monto de activos transferidos supere el valor de títulos emitidos.
3. La subordinación, donde el originador suscribe una parte de los títulos emitidos, para el caso de desviaciones de flujos de fondos, se tomen los fondos que provengan de la parte suscrita por el originador.
4. La constitución de una garantía o aval sobre la emisión de títulos valores por el originador y por terceros, quienes se comprometen a cumplir total o parcialmente con los derechos reconocidos en favor de los inversionistas.

2.7.5. Características principales

Como hemos venido señalando, mediante el proceso de titulización se transforma activos ilíquidos en valores mobiliarios de fácil negociación en el mercado de capitales con el objetivo de obtener dinero efectivo de forma

Representación de los valores mediante anotación en cuenta y el régimen de su titularidad; g) Cambios en el marco jurídico que pudieran afectar la emisión.

inmediata. De la ejecución de este proceso se derivan tres características, a saber:

- 1) Agrupación de activos. Los activos son originados por la empresa originadora y se encuentran financiados por pasivos o capital de ella. Si bien se considera que cualquier activo que genere rendimientos periódicos es un activo titulizable, la empresa originadora es quien se encarga de la selección de los activos a titularizar y organizar la información a fin de conocer con exactitud los flujos de ingresos que generarán los activos en cuestión.
- 2) Constitución del patrimonio autónomo. Al igual que en los otros tipos fideicomisos, en los fideicomisos de titulización la conformación del patrimonio autónomo resulta siendo una de sus características trascendentales.

Este patrimonio que inicialmente es integrado por los activos transferidos por el originador y posteriormente por los activos y pasivos que resulten del desarrollo del proceso de titulización, goza de aislamiento patrimonial para evitar confusiones entre los activos titulizados, los bienes o activos de la sociedad titulizadora, y los bienes del originador. De manera que los inversionistas no se ven afectados por las modificaciones que puede sufrir el patrimonio del originador, ni por las vicisitudes que puedan acontecer a la sociedad titulizadora/fiduciario, puesto que los títulos-valores en los que han empleado su inversión se encuentran respaldados por los activos que integran el patrimonio autónomo, el cual está destinado a generar un flujo de efectivo para hacer efectivo el pago de los títulos-valores emitidos.

- 3) La emisión de valores. La sociedad titulizadora emite valores mobiliarios para poder financiar al originador la adquisición de activos.

2.7.6. Relevancia práctica

En los últimos años, el fideicomiso de titulización ha crecido tanto en lo que se refiere a la gama de productos titulizados e instituciones titulizadoras

El fideicomiso en Perú

como en el tipo de títulos estructurados para su colocación en el mercado³³⁹.

Ello, desde luego, ha presupuesto un importante avance en la diversificación de las fuentes de financiamiento del sector empresarial, ya que el fideicomiso de titulización constituye un mecanismo idóneo para obtener liquidez inmediata³⁴⁰, además de aportar una serie de ventajas.

Las ventajas que cabe ponderar en la aplicación de este instrumento, son las siguientes³⁴¹:

- ofrece mayor oferta de bienes y servicios en beneficio de los consumidores, ya que al obtener las empresas originadoras mayores recursos, éstas se encuentran en mejores condiciones de ampliar su negocio y brindar una mayor oferta de bienes y servicios a los consumidores;
- incrementa las fuentes alternativas de financiamiento, en el sentido que fideicomiso de titulización viene a ser uno de los mecanismos alternativos de financiamiento más provechoso para las empresas toda vez que convierte sus activos ilíquidos o de lenta rotación en efectivo, aumentando de esta forma su liquidez;
- posibilita la reducción del riesgo para el inversionista, debido a que a través de los mecanismos de cobertura se ofrece al inversionista un producto final de menor riesgo;
- reducción del costo de la transacción, dado que al acceder la empresa originadora directamente a los mercados de capitales sin recurrir a los tradicionales intermediarios del sistema financiero disminuye el costo de financiamiento para la empresa;
- mejora de los indicadores financieros, puesto que el originador al transferir activos ilíquidos o de lenta rotación y obtener efectivo mejora su ratio de liquidez y provoca un incremento de la utilidad, sin variación

³³⁹ IBÁÑEZ FLORES, Javier: “La titulización”, Red Iberoamericana de Magistrados, Lima, 2008, p. 2.

³⁴⁰ MEZA RIQUELME, Mauricio: “La Titulización como Alternativa al Financiamiento Empresarial”, *Revista Veritas*, núm. 5, Arequipa, 2010, p. 8.

³⁴¹ ALCÁZAR UZÁTEGUI, Rafael: *ob. cit.*, p. 8,

- en el activo total ni el patrimonio. Así al obtener efectivo como producto de la operación, la empresa originadora adelanta la utilidad proyectada por dichos activos ilíquidos y a su vez cuenta con dinero para reinvertirlo en el giro propio del negocio; y
- promueve el mercado de capitales, ya que al suministrar nuevos valores al mercado posibilita el empleo de la capacidad y diversidad de las carteras de inversiones.

Todas estas ventajas son alicientes para la utilización de este tipo de fideicomiso, pero también es importante tener presente que el fideicomiso de titulización por sí sólo no implica, ni asegura el financiamiento o el éxito de la operación ya que en su proceso entran en juego diversos aspectos de carácter interno³⁴² como externo.

Es por este motivo que la ley establece una serie de medidas encaminadas a minimizar los efectos negativos que puede acarrear la titulización de activos cuando ésta se vea afectada por causas sobrevenidas. Así, las partes tienen facultad para adoptar mecanismos de cobertura de riesgos, constitución de garantías o avales sobre la emisión de títulos, o los mecanismos que resulten necesarios para la protección de sus intereses.

3. Otras figuras con regímenes fiduciarios

En el Perú existen también otras instituciones jurídicas que se desenvuelven bajo un régimen fiduciario, aunque con ciertos matices diferentes al fideicomiso. Ese es el caso de los fondos de inversión y las comisiones de confianza.

Atento a que un fondo de inversión también es un patrimonio sin personalidad jurídica que se constituye para una finalidad específica que es la inversión en instrumentos financieros, podría decirse, con sobrada razón, que existe cierto grado de paralelismo entre el fondo de inversión y el

³⁴² Se considera que los gastos para estructurar la titulización podría ser una desventaja para las empresas pequeñas, ya que dependiendo de la magnitud que tenga el fideicomiso se habrá de pagar una serie de comisiones, ello naturalmente supone una disminución de la rentabilidad efectiva de la inversión.

El fideicomiso en Perú

esquema funcional del fideicomiso de titularización a pesar las diferencias existentes entre sí.

Algo parecido se observa también en las comisiones de confianza. Ésta institución, además de poseer elementos que están presentes también en el fideicomiso se desenvuelve también bajo los patrones de una relación de obligación personal entre las partes.

A fin de aproximar mejor el conocimiento sobre estas dos instituciones e identificar al mismo tiempo las similitudes y diferencias entre ambas figuras, lo cual es de interés para nuestro estudio, vamos a examinar a continuación el régimen de los fondos de inversión y las comisiones de confianza.

3.1. Fondos de inversión

3.1.1. Introducción

El régimen fiduciario de los fondos de inversión también presenta características parecidas al proceso de titulización.

Un fondo de inversión es un patrimonio sin personalidad jurídica constituido por las aportaciones de una pluralidad de inversores, denominados partícipes, que invierten en todo tipo de activos financieros o activos no financieros³⁴³.

Su proceso de constitución comienza con la transferencia del dominio de los bienes o activos que los inversionistas operan a favor de la sociedad administradora para que ésta última, haciéndose cargo de la administración de los recursos que integran el fondo, realice inversiones en productos financieros.

³⁴³ Así, su proceso de creación comienza con la transferencia del dominio de los activos o bienes que los inversionistas operan a favor de la sociedad administradora para que ésta última, haciéndose cargo de la gestión y administración de los recursos que forman parte del fondo, realice inversiones en productos financieros.

Tesis Doctoral

Los antecedentes más significativos de los fondos de inversión en el Perú nos remontan al año 1991 con el D.L. N° 755, a través del cual se introdujo la regulación de los fondos mutuos, las clasificadoras de riesgos y las instituciones de liquidación, con el objeto de perfeccionar los mecanismos de financiación menos líquida y de mayor plazo que amplíen las posibilidades de inversión en la economía.

Posteriormente, el régimen legal de los fondos de inversión fue establecido en la Ley de Fondos de Inversión (LFI) y sus Sociedades Administradoras, aprobado mediante D.L. 862, publicado el 22 de octubre de 1996, y en su respectiva reglamentación establecida en la Resolución CONASEV N°0042-2003-EF/94.10.

Con el paso de los años los fondos de inversión han demostrado ser un instrumento idóneo para canalizar el ahorro de determinados sectores de la economía.

El notable crecimiento que experimentaron entre el 2005-2008 puso en evidencia la existencia de barreras normativas que impedían el desarrollo de los fondos de oferta pública. Para subsanar esta necesidad y dar mayor flexibilidad a los fondos, el legislador peruano incorporó una serie de modificaciones en la LFI, a través del D.L. 1046, publicado el 26 de junio del 2008, de Modificación a la Ley de Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras³⁴⁴.

³⁴⁴ Las modificaciones más destacables que se anexó a la LFI son las siguientes: a) No es necesario que las sociedades administradoras de fondos de inversión privados recurran al Estado para recabar una autorización que le permita desarrollar un negocio en el que no existe un interés público por tutelar; b) Queda eliminado los porcentajes que se exigían para que inversionistas institucionales y fundadores puedan participar en la propiedad de un fondo; c) Existe un régimen simplificado para aquellos fondos cuyas cuotas se coloquen por oferta pública entre inversionistas institucionales; d) Es factible que las cuotas de fondos que se encuentran en trámite de inscripción ante el Registro Público del Mercado de Valores (RPMV) puedan promocionarse en el mercado; e) Cabe la posibilidad de emitir series de cuotas dentro de una clase de cuotas; f) Las sociedades administradoras podrán realizar actividades complementarias a su objeto social, como: asesoría y gestión para generar un mayor conocimiento y especialización de los rubros en los que el fondo invierte; g) La decisión sobre el proceso de disolución y liquidación corresponderá a la Asamblea General de Partícipes, quienes podrán

El fideicomiso en Perú

Los resultados de las nuevas medidas no se han dejado esperar mucho tiempo, puesto que en junio de 2009 los informes económicos registraron grandes cantidades de recursos depositados en fondos. Mientras los fondos de inversión privados mantenían alrededor de US\$ 1.000 millones depositados, los fondos públicos administraban S/1.100 millones³⁴⁵. Este hecho desde luego sitúa a los fondos de inversión como una de las alternativas más interesantes del sector financiero peruano.

3.1.2. Definición

El artículo 1 de la LFI define al fondo de inversión como «el patrimonio autónomo integrado por aportes de personas naturales y jurídicas para su inversión en instrumentos, operaciones financieras y demás activos, bajo la gestión de una sociedad anónima denominada sociedad administradora de fondos de inversión, por cuenta y riesgo de los partícipes del fondo».

De la definición señalada se extrae que el fondo de inversión, es el instrumento legal por el que se reúne aportaciones de una pluralidad de personas físicas o jurídicas para invertirlos en diferentes instrumentos financieros, en cuya constitución intervienen primordialmente los partícipes, quienes son los que aportan capital, la sociedad administradora quien asume la gestión y administración de los recursos del fondo, y la entidad responsable de la custodia de los títulos o documentos representativos de los activos en los que se inviertan los recursos del fondo.

Así, por la finalidad que descansa en el fondo los recursos que integran el patrimonio del fondo pueden ser invertidos en todo tipo de bienes,

establecer el procedimiento de liquidación, designando al liquidador, fijando sus atribuciones y retribución. “Una mirada a los cambios del nuevo marco legal de los Fondos de Inversión”, *Revista de la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores*, núm. 52, octubre de 2008, Perú, p. 8.

³⁴⁵ Según los indicadores económicos que publicó el Periódico Diario Gestión en fecha 21 de agosto de 2009, p. 11. Es menester señalar que en el marco del análisis de la situación actual de las inversiones, Perú cuenta con condiciones económicas favorables colocándose entre los países más estables de la región, ya que tiene el grado de inversión con calificación BBB (S&P), BBB (Fitch) y BA1 (Moody's). “Las Inversiones en el Perú: Situación actual y perspectivas”, *Revista virtual Helios*, Lima, 2009, p. 8

derechos, instrumentos financieros emitidos por los bancos o el Estado, y otras personas jurídicas de derecho público o de derecho privado³⁴⁶.

Igualmente, la inversión podrá ser realizada en valores mobiliarios, instrumentos financieros no inscritos en el Registro Público de Mercado de Valores (RPMV), instrumentos representativos de depósitos en entidades del sistema financiero nacional en moneda nacional, depósitos en entidades bancarias del exterior, instrumentos financieros emitidos por los bancos, certificados de participación de fondos mutuos de inversión en valores, inmuebles ubicados en el Perú y derechos sobre ellos, operaciones de arrendamiento, y en instrumentos derivados³⁴⁷.

En opinión de Rey Paredes, el fondo de inversión es una forma de inversión que permite una gran comodidad al inversor al encomendar la gestión de sus fondos a analistas profesionales de los mercados financieros que disponen de información suficiente y puntual para tomar decisiones lo más eficientemente posible³⁴⁸.

3.1.3. Partes

Los elementos personales que participan en el fondo de inversión son: la sociedad administradora, los partícipes o inversores, y el custodio.

a) Sociedad administradora

La sociedad administradora del fondo de inversión, como su propio nombre lo indica, es la que administra y gestiona el fondo decidiendo las adquisiciones y ventas de valores y otros instrumentos financieros que procedan.

Con un criterio amplio, la normativa permite que puedan desempeñar funciones de sociedades administradoras, las sociedades anónimas que

³⁴⁶ Art. 10 de la LFI.

³⁴⁷ Art. 27 de la LFI.

³⁴⁸ REY PAREDES, Virginia: *Guía Fiscal del Inversor*, en VVAA, Ed. Gabinete de Analistas Económico-Financieros, Madrid, 2004, p. 36.

El fideicomiso en Perú

tienen como objeto social exclusivo la administración de uno o más fondos de inversión³⁴⁹.

Para que la sociedad administradora dé inicio a las actividades de un fondo deberá estar inscrito en el RPMV y habrá de suscribir un capital de setecientos cincuenta mil nuevos soles (S/750.000), ya que por regla general se le exige que constituya una garantía de respaldo a los compromisos contraídos con los partícipes del fondo. El carácter intangible que adquiere dicha garantía no permitirá que los mismos sean objeto de medida judicial o gravamen³⁵⁰.

En el ejercicio de las facultades que compete a la sociedad es preciso destacar que aún cuando es la sociedad administradora es quien gestiona el fondo, ésta cuenta con un comité de inversiones³⁵¹, que se encarga de analizar las políticas de inversión, identificar las oportunidades de inversión, evaluar el seguimiento a los activos que integran el patrimonio del fondo, establecer los lineamientos de valorización de las inversiones y determinar el valor razonable de los activos.

Precisamente por la trascendencia que tiene la actuación del comité para el fondo, la ley identifica que están impedidos para formar parte del comité: los directores, gerentes, representantes de sociedades administradoras, miembros del comité de vigilancia o del comité de inversiones, directores, asesores, funcionarios y demás trabajadores de la SMV, así como los

³⁴⁹ Accesoriamente, la sociedad administradora podrá administrar fondos mutuos de inversión en valores y realizar actividades complementarias a su objeto social.

³⁵⁰ La garantía podrá ser ejecutada por la SMV cuando la sociedad administradora: a) Incumpla las obligaciones contraídas con los partícipes, según lo dispuesto en las normas legales vigentes; b) Incurra en dolo o negligencia en el desarrollo de sus actividades que ocasione perjuicio al Fondo de inversión; c) Ingrese en proceso de liquidación (Art. 13-A de la LFI).

³⁵¹ Para precautelar la efectividad del trabajo que cumple el comité de inversión, puesto que el comité puede supervisar también otros fondos de inversión administrados por la misma sociedad administradora, dicho órgano no podrá estar integrado por más de seis personas, de los cuales no podrán formar parte los accionistas, directores y gerentes de la sociedad administradora, parientes de éstos, ni personas vinculadas a ellos.

condenados por delitos, los declarados en quiebra, y los sancionados administrativamente³⁵².

Además del comité de inversiones, la sociedad administradora también desarrolla su cometido bajo el control del comité de vigilancia del fondo³⁵³. Este comité se encarga de verificar que la sociedad cumple con lo dispuesto en el reglamento de participación del fondo y de supervisar las operaciones que se efectúan con los recursos del fondo.

Tal es el control que ejerce el comité, que la sociedad administradora no podrá emitir obligaciones y recibir préstamos a favor del fondo o realizar operaciones activas de crédito o anticipos, sin contar con su autorización.

a.1) Obligaciones

Dependiendo de las características del fondo el reglamento de participación del fondo establecerá las obligaciones que habrá de cumplir la sociedad administradora con observación de lo dispuesto en la ley y en el contrato suscrito con los partícipes.

Los perjuicios que ocasione el incumplimiento de las obligaciones señaladas en el contrato y el reglamento, sea por parte de la sociedad administradora, o de sus dependientes o personas que le presten servicios al fondo, dará lugar a la indemnización de las pérdidas aún cuando en ellas no medie dolo. La responsabilidad recaerá, principalmente, en la sociedad administradora y, accesoriamente, en las personas que hubieren participado, quienes responderán por el daño que su cometido haya ocasionado³⁵⁴.

a.2) Derechos

Los derechos que goza la sociedad administradora son todos aquellos que por mutuo acuerdo con el originador y los partícipes ha convenido en el

³⁵² Art. 16 de la LFI.

³⁵³ Arts. 30 y ss. de la LFI.

³⁵⁴ Art. 17 de la LFI.

El fideicomiso en Perú

contrato, a los cuales se suman los derechos que le reconozca el reglamento de participación del fondo. El principal de ellos, es el derecho a recibir la remuneración por sus servicios.

b) Partícipes (inversores)

Los partícipes del fondo, conocidos comúnmente como los inversores, son las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, nacionales o extranjeras que aportan recursos al fondo para adquirir participaciones o cuotas en él.

El carácter de “partícipe” lo adquieren por la inscripción del certificado de participación en el momento en que la sociedad administradora recibe su aporte. Otras de las formas para adquirir dicho carácter son: la adjudicación en copropiedad y por sucesión³⁵⁵.

En virtud a que el partícipe es quien asume por cuenta propia el riesgo de las inversiones que se realizan con los recursos del fondo, la sociedad administradora, antes de proponerle la inversión, debe poner en su conocimiento el reglamento de participación del fondo (documento donde se informa todo lo referente a las políticas de inversión del fondo) para que por sí mismo forme su juicio sobre la inversión, antes de tomar la decisión de invertir en las cuotas o participaciones, ya que la inversión en cuotas conlleva riesgos, asociados a factores internos y externos, que forzosamente pueden llegar a afectar el nivel de riesgo de la inversión, alterando el valor de la cuota del fondo³⁵⁶.

Es por esta razón que la sociedad administradora no ofrece una tasa fija de rendimiento sobre la inversión en cuotas, ni garantiza que el valor de cuota

³⁵⁵ Art. 5 de la LFI.

³⁵⁶ Como bien ha señalado Villanes Vergara, precisamente por esta razón es fundamental la especialización y experiencia de las sociedades administradoras en la administración de fondos de inversión privados y fondos de inversión públicos. VILLANES VERGARA, Liz: “Fondos de inversión captan mayor interés en el Perú”, *Revista electrónica Actualidad Empresarial*, Boletín de 26 de junio de 2009. [Fecha de consulta: 17 de junio 2010]. Disponible en: «<http://www.aempresarial.com/informativo.php>».

del fondo alcanzará un valor predeterminado porque la rentabilidad del fondo es variable.

Si bien para la sociedad administradora un inversionista institucional es potencialmente más solvente que un inversor particular, porque el primero tiene mayor capacidad económica respecto el segundo, la preferencia que tenga por la captación de inversionistas particulares o institucionales dependerá de la perspectiva que siga el fondo de inversión.

Es sabido que por lo general se inclinan por los inversionistas institucionales, debido a que pueden aportar mucho más de lo que puede hacer un inversionista particular. Por su parte el inversionista se muestra inclinado a “una empresa atractiva, un mercado confiable, un entorno socialmente estable, facilidad en la remesa de sus ganancias, y un trato igual al del nacional del país en el que coloca su inversión”³⁵⁷.

b.1) Obligaciones

Aún cuando la norma se limita a señalar que las obligaciones del partícipe son las que se consignan en el reglamento de participación del fondo, sucintamente establece las limitaciones y prohibiciones en las que el partícipe no debe incurrir, así como los derechos que le asisten.

La limitación que fija para las adquisiciones de los partícipes, es que ninguna persona natural o jurídica puede ser partícipe directa o indirectamente de más de un tercio del patrimonio del fondo. Sólo cuando se trate de partícipes fundadores o institucionales el límite podrá ser el establecido en el respectivo reglamento de participación del fondo³⁵⁸.

Como prohibición señala que cuando la sociedad administradora del fondo, mediante sus directores o gerentes, adquiera participaciones en el fondo

³⁵⁷ GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter: *Derecho Constitucional de la Inversión*, Ed. Gaceta Jurídica, Lima, 2010, p. 165.

³⁵⁸ Art. 28 de la LFI.

El fideicomiso en Perú

superior al 10% del capital, los miembros del comité de inversiones están prohibidos realizar actos como³⁵⁹:

- adquirir, arrendar, usufructuar, utilizar o explotar los bienes o derechos del fondo que administren;
- dar préstamos a dichos fondos;
- recibir préstamos o garantías con cargo a los recursos del fondo;
- cobrar directa o indirectamente al fondo por cualquier servicio prestado no autorizado; y
- ser accionista, director, gerente o miembro del comité de inversiones de otra sociedad administradora.

b.2) Derechos

El partícipe tiene entre otros derechos: el intervenir en las asambleas generales del fondo; ejercitar su derecho de voz y voto por cada cuota suscrita (tanto en asambleas ordinario como en las extraordinario); elegir a los miembros del comité de vigilancia; aprobar los estados financieros del fondo; aceptar o no las modificaciones al reglamento de participación del fondo; participar en la designación de los auditores externos del fondo, acordar la disolución del fondo³⁶⁰. Todo ello con independencia de los derechos establecidos a su favor en el contrato.

c) Custodio

El custodio es la entidad, debidamente autorizada por la SMV, responsable de custodiar los títulos, instrumentos y el efectivo que integra el patrimonio del fondo³⁶¹.

³⁵⁹ Art. 17 de la LFI.

³⁶⁰ Art. 14 de la LFI.

³⁶¹ Conforme a lo dispuesto en el artículo 26 de la LFI, los títulos o documentos representativos de los activos podrán ser entregados por la sociedad administradora a una entidad autorizada a prestar servicios de custodia, o puede ser la propia sociedad administradora quien lleve la custodia de los certificados de participación que emita.

Su participación en el fondo comienza a partir del contrato de custodia celebrado entre la sociedad administradora y la empresa custodio, por lo que desarrolla sus servicios de custodia de los títulos o documentos representativos de los activos en los que se inviertan los recursos del fondo, atendiendo a las cláusulas, términos y condiciones que fije el contrato.

La sociedad administradora podrá convenir con el custodio la ejecución de distintas tareas conexas con el control y vigilancia de los valores, tales como: recepción o entrega de los valores efectuando el correspondiente registro de la titularidad de las inversiones del fondo, control del ingreso de dinero proveniente de la suscripción de cuotas, apertura de cuentas bancarias a nombre del fondo con el fin de acreditar y debitar activos financieros del fondo, verificación del proceso de compensación y liquidación de todas las operaciones de inversión, control del flujo de las operaciones, archivo de los contratos de operaciones con derivados, y distribución de utilidades en efectivo, comisiones y demás gastos.

En todo caso, las funciones que se deleguen al custodio dependerán mucho de las características que tenga el fondo de inversión, por así decirlo, si la sociedad administradora tuviere previsto efectuar inversiones en el extranjero, en el contrato de custodia podrá consignar que el custodio prestará el servicio de custodia que corresponda en el territorio nacional y el será el encargado de contratar los servicios de custodia para las inversiones en el exterior.

c.1) Obligaciones

En todo momento el custodio sujetará su actuación conforme se establezca en el contrato de custodia, con observancia de lo dispuesto en el reglamento de participación del fondo y en las normas emitidas por la SMV para tal función.

c.2) Derechos

El fideicomiso en Perú

El custodio disfrutará de los derechos que a su favor se reserve en el contrato, quedando obligado a seguir íntegramente las obligaciones consignadas a su cargo.

3.1.4. Características

Dentro el proceso de constitución del fondo cabe destacar que la atribución que la ley hace al fondo como “patrimonio autónomo” viene a ser únicamente como una ficción jurídica que va sujeto a la persecución de un fin jurídicamente tutelado, razón por la cual es capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones a través de la sociedad administradora en atención a las instrucciones del contrato.

Como efecto inmediato de esta configuración jurídica, todos los bienes, derechos o activos que componen el patrimonio autónomo del fondo, no podrán estar afectos a gravámenes o medidas cautelares y prohibiciones emprendidas por terceras personas, ya que se trata de un patrimonio reservado para cumplir un fin exclusivo, que es la inversión.

De ahí que sólo se reserva el patrimonio para satisfacción de obligaciones de acreedores que surjan de las operaciones propias del fondo, con exclusión de otros acreedores, desligándose a otras obligaciones³⁶², y una vez cumplida la finalidad, los recursos que componen el patrimonio del fondo entran en liquidación perdiendo el halo de protección jurídica que ostentaban cuando constituían el patrimonio autónomo.

Otra de las características que presenta el fondo de inversión es que tienen un capital cerrado. Esto significa que para su constitución debe haber un monto determinado de número de cuotas fijas con un valor nominal, sin que los inversionistas puedan libremente retirarlo del fondo hasta finalización del período de vigencia, puesto que las cuotas únicamente pueden ser susceptibles de rescate cuando no habiendo finalizado el

³⁶² Art. 32 de la LFI.

periodo de duración del fondo se trate de reembolsos derivados del ejercicio del derecho de separación del fondo que corresponde a los partícipes³⁶³.

Asimismo, el fondo de inversión se caracteriza por la división de su patrimonio en cuotas, cuya representación se expresa en certificados de participación, que pueden ser colocados por oferta pública o privada³⁶⁴.

Las notas comunes que presentan los certificados de participación son básicamente dos: por un lado, pueden adoptar la forma de título o anotaciones en cuenta, siendo en el primer caso propietario quien figure en el registro de partícipes, y en el segundo quien figure como titular en el registro contable de la Institución de Compensación y Liquidación de Valores; y por otro lado, son susceptibles de transmisión. Cabe tener en cuenta aquí que la transferencia de los certificados no surtirá efectos contra la sociedad administradora mientras no le sea comunicada por escrito, ni contra terceros, en tanto no se haya anotado en el registro de partícipes a cargo de la sociedad administradora.

3.1.5. Patrimonio autónomo del fondo

Como dijimos en párrafos anteriores, los recursos que conforman en patrimonio del fondo de inversión pasan a formar un nuevo patrimonio denominado «patrimonio autónomo», que es distinto del patrimonio personal de la sociedad administradora, del patrimonio personal de los partícipes, y del patrimonio de la empresa custodio.

La calidad de «patrimonio autónomo» que la ley otorga al patrimonio del fondo, es en virtud a que se trata de un patrimonio que está sujeto a una finalidad exclusiva, que es la inversión. Y precisamente porque el patrimonio ésta afectado para la realización de esa finalidad, se lo protege de las acciones y medidas que terceros acreedores, permitiendo que dicho patrimonio sólo haga efectivo el pago de las obligaciones que de ese fin se deriven.

³⁶³ Arts. 2 y ss. de la LFI.

³⁶⁴ Técnicamente hablando la “cuota” representa la adquisición que el inversor hace respecto del fondo y el “certificado de participación” la cuota del fondo.

El fideicomiso en Perú

De ahí que se exige que su administración sea realizada en función de la consecución de la finalidad con observancia de los términos y condiciones pactados en el reglamento de participación del fondo y el contrato suscrito con los partícipes.

3.1.6. Inscripción del fondo en el Registro Público

La obligación de la inscripción del fondo en el RPMV deviene de la necesidad de controlar que el fondo se está desarrollando bajo el cumplimiento de todos los requisitos establecidos por la normatividad vigente y que la sociedad administradora desempeña sus actividades de acuerdo a lo establecido en la ley. Por este motivo, el inicio de las actividades del fondo se pone en marcha desde la fecha de inscripción en el registro.

Para inscribir al fondo, según el artículo 23 de la LFI, la sociedad administradora deberá presentar a la SMV el reglamento de participación del fondo, y el modelo del contrato entre ella y los partícipes. La inscripción procederá en un plazo no mayor de veinte días útiles desde la presentación de la solicitud, en el caso de existir observaciones en la documentación, se suspenderá el plazo hasta que las mismas sean subsanadas, fijándose un plazo de cinco días útiles para volver a presentar la solicitud.

3.1.7. Regulación interna del funcionamiento del fondo

Si bien la LFI y el respectivo reglamento de la ley son las fuentes legislativas que regulan la constitución de los fondos de inversión, en realidad, es el reglamento de participación del fondo, que las partes establecen una vez constituido el fondo de inversión, el que regula todos los aspectos sobre el fondo, de la sociedad administradora, y sobre los partícipes.

Así, conforme al artículo 9 de la LFI, en el reglamento de participación del fondo se establece:

- el régimen jurídico del fondo; las características fundamentales del fondo; las políticas de inversión;

Tesis Doctoral

- el plazo de duración e inscripción en el registro público; los objetivos de inversión del fondo;
- el indicador de comparación de rendimientos del fondo;
- los beneficios del partícipe; las ventajas y factores de riesgo de la inversión;
- los gastos a cargo del inversionista;
- los gastos a cargo del fondo;
- la política de descuentos o devoluciones; las aclaraciones que el fondo no ofrece pagar intereses, ni garantiza una tasa fija de rendimiento sobre la inversión en las cuotas del fondo y que el valor de las inversiones del fondo es variable; y
- otros “aspectos operativos” como son los aportes en bienes no dinerarios, el derecho de separación de las cuotas, la valorización de inversiones ³⁶⁵.

Debido a la trascendencia que tiene este documento para los partícipes, porque les permite conocer la información necesaria sobre el fondo para que a partir de ahí formen su propio juicio de invertir, es obligatorio incluir en su contenido una serie de informaciones.

De forma que para la validez del reglamento, por mandato del 9 de la LFI, será necesario incluir información relativa a: la denominación del fondo, el detalle de los certificados de participación, plazo de duración del fondo, los criterios para la distribución de los beneficios, la información que se entregará a los partícipes (particularmente sobre la valorización de las cuotas, su periodicidad y los medios de comunicación a través de los cuales se divulgará), los mecanismos a ser utilizados en caso de discordias entre la sociedad administradora y los partícipes, las atribuciones de la asamblea general de partícipes, y las funciones del comité de vigilancia.

³⁶⁵ "Crecimiento y desarrollo de los Fondos Mutuos y Fondos de Inversión", *Revista de la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores*, núm. 50, diciembre de 2007, Perú, p. 12.

El fideicomiso en Perú

3.1.8. Fondos de inversión. Otro sistema de negociación

Las consideraciones expuestas precedentemente evidencian que la configuración jurídica que asiste al esquema fiduciario de los fondos de inversión, en realidad, viene a constituir una construcción legal avanzada de la concepción misma del negocio en fideicomiso, el cual a lo largo de un periodo de tiempo amplio ha venido siendo perfeccionado de tal forma que partiendo de su esquema tradicional se han gestando diferentes categorías de especies fiduciarias.

Estas adaptaciones indudablemente han nacido como consecuencia de las nuevas exigencias para la financiación de las empresas, sean o no entidades de crédito, ya que —como puntualizan Santos, García-Pita, y Lastres—³⁶⁶, a diferencia del negocio bancario tradicional, que consiste en captar fondos, los cuales conjuntamente con el capital propio del banco son canalizados o colocados a sus clientes, el negocio actual es muy amplio y por lo mismo la concepción del banco es brindar un servicio integral al cliente, con financiamiento de corto, mediano y largo plazo para ejecutar inversiones o atender requerimiento de capital de trabajo.

En efecto, el legislador ha instituido este nuevo mecanismo de financiación teniendo presente la experiencia internacional³⁶⁷ al punto que puede entenderse que los fondos de inversión también son parte de un nuevo modelo de negocio, con una forma de gestión del riesgo más sofisticado para

³⁶⁶ SANTOS, Néstor J.: *El negocio bancario*, Instituto de Investigación de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 2001, p. 26. García-Pita y Lastres recalca ante todo que en la actualidad el ámbito subjetivo y objetivo material de las entidades financieras “ya no se reduce a captar fondos del público en forma de depósito, préstamo y otros análogos que comparten la obligación de restitución sino que incluye también el aplicar a tales fondos otras operaciones de análoga naturaleza”, GARCÍA-PITA y LASTRES, José Luis: *ob. cit.*, p. 46.

³⁶⁷ En el plano internacional desde hace casi un siglo atrás se ha venido estructurando operaciones de análoga naturaleza. Así lo destacaba De Angulo Rodríguez, diciendo que “desde hace casi un siglo la emisión de obligaciones constituyen una fuente importante de capitales para las sociedades; en todo el mundo, empresas colosales se han valido de esta forma de financiación y han arrojado sobre el mercado títulos semejantes a las acciones, títulos de crédito circulantes y con vida en Bolsa, que atestiguan la buena o mala fortuna de las sociedades”. DE ANGULO RODRÍGUEZ, Luis: *La financiación de empresas mediante tipos especiales de obligaciones*, Real Colegio de España en Bolonia, Bolonia, 1968, pp. 13 y 14.

las entidades de crédito, con alcance e independencia jurídica respecto las operaciones de titulización³⁶⁸.

3.2. Comisiones de confianza

La comisión de confianza, como su nombre mismo lo delata, es un negocio en virtud del cual se encarga la realización de un fin de alta responsabilidad, como son la administración de bienes, representación en encargos específicos, gestión de patrimonios y otros, con base en la confianza que tiene el comitente, persona que da el encargo, para con el comisionista, entidad bancaria, quien recibe el encargo.

Una interpretación estricta de la expresión “comisión de confianza” lleva a entender que dicha operación constituye también un negocio fiduciario porque es un negocio que se basa en la confianza³⁶⁹, sin embargo, las características particulares que la LGSF insta para las comisiones de confianza hacen que esta institución se distinga del fideicomiso.

3.2.1. Definición

La normativa bancaria define a la comisión de confianza como el negocio por el que una o varias personas, denominadas comitentes, contrata con una institución bancaria, denominado comisionista, con la finalidad de encomendarle el desarrollo de un acto o función de alta responsabilidad.

Los actos y funciones que la ley reserva para encargar a través de una comisión de confianza, según el artículo 275 de la LGSF, comprenden a los actos que se enumeran a continuación:

- 1) realizar funciones de depositario e interventor de bienes embargados;

³⁶⁸ De ahí que la LMVP establece una línea divisoria entre ambas figuras, determinándolos como dos maneras distintas de movilización de activos a través de la conformación de patrimonios autónomos con cargo a los cuales se emiten títulos valores, en el primero, y certificados de participación de contenido crediticio, en el segundo.

³⁶⁹ Ya que si una persona desea dejar en manos de un tercero la administración de sus bienes podría celebrar tanto un contrato de fideicomiso como un de comisión de confianza, en virtud a que en ambas operaciones se permite encargar esta finalidad a entidades financieras autorizadas.

El fideicomiso en Perú

- 2) administrar sociedades en proceso de reestructuración económica y financiera;
- 3) cumplir las funciones de administración, realización y liquidación de los bienes de las sociedades declaradas en quiebra;
- 4) ser administradores de bienes comunes por acuerdo de los interesados, o por nombramiento del juez;
- 5) ejercer el cargo de albacea testamentario o dativo;
- 6) oficiar de guardadores de bienes de menores e incapaces en los casos a que se refiere el artículo 503 del CCvP.
- 7) actuar como guardadores de bienes de ausentes declarados judicialmente;
- 8) administrar bienes dejados por testamento o donados bajo condición o hasta cierto día, a fin de entregarlos a los herederos, legatarios o donatarios;
- 9) administrar bienes dejados por acto entre vivos para obras públicas, de beneficencia o de educación, sujetándose a la voluntad del instituyente;
- 10) tomar la administración de bienes dejados por testamento o por acto entre vivos con el fin de que el fideicomisario perciba la renta durante su vida;
- 11) obrar como administradores de bienes gravados con usufructo;
- 12) ser representante de tenedores de bonos emitidos por sociedades anónimas;
- 13) administrar portafolios de cartera; y
- 14) celebrar contratos de mandato para administrar bienes, cobrar créditos; comprar y vender acciones y demás valores mobiliarios, percibir dividendos e intereses y representar a los titulares de acciones, bonos y valores.

Como se puede ver, la comisión de confianza es el instrumento legal por el que se encarga a un comisionista los intereses personales y patrimoniales de otras personas para que los administre, gestione, conserve, en beneficio y provecho de aquellos a quienes pertenecen.

El rol jurídico que viene a desempeñar el comisionista es la representación del comitente frente a terceros, ya que gestiona los intereses que le son confiados ejerciendo facultades jurídicas siempre en nombre y por cuenta del comitente, cumpliendo todas las instrucciones ordenadas en el contrato. Su misión es también de confianza, ya que el comisionista le confiere facultades sobre sus bienes o derechos, atendiendo a su bajo su buena fe.

Parece ser que al acuñar a esta figura el título de “comisiones de confianza” el legislador ha pretendido resaltar que los actos que se encomiendan mediante este contrato denotan efectivamente alta responsabilidad y confianza *inter partes*.

Vamos a ver ahora la forma y contenido de la comisión de confianza.

a) Forma

Los actos y funciones comprendidos en el artículo 275 de la LGSF se instrumentan en un contrato-poder de comisión de confianza, con observancia de las formalidades exigidas por la ley.

b) Contenido

El contrato habrá de incluir la información concerniente a: la separación de los bienes de la entidad financiera de los recibidos en comisión de confianza, las obligaciones y responsabilidades del comisionista y del comitente, período de vigencia del contrato, los gastos de cargo de la comisión de confianza, forma y períodos en que aquellos serán cobrados.

El contenido del contrato, desde luego, dependerá de la naturaleza del acto o función que se comisione. Así por ejemplo, en el caso que se convenga un manejo discrecional de las inversiones por parte del comisionista, es decir, que el comitente autorice al comisionista actuar a su arbitrio y conforme a las necesidades y objetivos de inversión, se indicará la forma en que esta discrecionalidad podrá ser revocada por el comitente.

En el supuesto que la comisión verse sobre la compra y venta de títulos valores, se consignará, por ejemplo, la autorización del comitente para la

El fideicomiso en Perú

compra de valores, la forma en que el comisionista custodiará los valores, la declaración del comisionista que no asume responsabilidad por valores cuyos emisores entren en cesaciones de pago o quiebra, el reconocimiento expreso del comitente sobre su conocimiento que el comisionista no asegura rendimientos porque la rentabilidad está sujeta a las fluctuaciones del mercado de valores.

3.2.2. Partes

a) Comitente

Comitente es la persona que entrega bienes o encarga realizar determinadas gestiones al comisionista, de conformidad con lo establecido en el contrato o poder de comisión de confianza.

Las personas naturales y jurídicas que deseen ser comitentes deberán tener: capacidad legal, poseer la titularidad sobre los bienes o derechos que son objeto del encargo, y reunir los requisitos que la SBSAPFP establezca mediante resolución.

En virtud a que el comitente es quien confiere al comisionista el encargo de realizar en su nombre y representación determinados actos o gestiones de carácter mercantil, es él quien establece las instrucciones del encargo, otorgando facultades al comisionista para suscribir toda documentación y orden de venta o compra que fuese necesaria para cumplir el encargo.

Igualmente, establece los derechos y las obligaciones a las que se encuentra sujeto, así como los derechos y deberes que corresponden al comisionista, el pago por los servicios del comisionista, y en general todos los aspectos que sean de interés para la realización de la comisión.

b) Comisionista

Es la entidad financiera que administra los activos entregados por el comitente, actuando siempre en nombre y por cuenta de éste.

Debido a la naturaleza de los actos de administración y representación que se delegan en una comisión de confianza, la facultad para actuar como comisionista queda estrictamente reservado para las empresas del sistema financiero.

En la comisión, el comisionista administrará los recursos de la comisión de confianza en forma separada de los recursos de la entidad financiera, siendo su responsabilidad que dichos recursos, una vez entregados por el comitente, se inviertan de acuerdo con lo establecido en el contrato.

Además de cumplir con las obligaciones que se recojan en el contrato, el comisionista deberá observar las obligaciones que dispone la normativa. Según el artículo 2, inc. b), de la Resolución S.B.S N° 0084.2000 el comisionista tiene el deber de:

- registrar en cuentas de orden los encargos que reciban así como las variaciones y los nuevos bienes que se generen durante la vigencia de la comisión de confianza; e
- invertir los recursos sobre el que versen las comisiones de confianza o que provenga de ellas, de acuerdo con las instrucciones del comitente o con el objeto de la comisión de confianza.

3.2.3. Características

Hay que remarcar que a pesar de la similitud que tiene la comisión de confianza con el fideicomiso, debido a que mediante estas figuras jurídicas puede encomendarse a un tercero (fiduciario y/o comitente) la gestión de intereses personales y patrimoniales, en realidad, en cada una de estas instituciones se observa matices diferenciadores.

Mientras la comisión de confianza solo implica un acto de representación — puesto que el comisionista contrata al comitente para que éste realice actos en su nombre—, el fideicomiso comporta un acto traslativo de dominio fiduciario en virtud del cual el fideicomitente además de encomendar la administración de los bienes transfiere al fiduciario la propiedad de dichos bienes, y en atención a esta transferencia el fiduciario ejecuta los actos en

El fideicomiso en Perú

nombre propio como si fuera el mismo propietario de los bienes que se le ha confiado administrar por un periodo de tiempo.

Además que una vez realizado la transferencia del dominio de los bienes, los mismos pasan a constituir un patrimonio autónomo, que no pertenece ni al fideicomitente, ni al fiduciario ni al fideicomisario. Este hecho lógicamente no puede tener lugar en la comisión de confianza, porque no se produce ninguna transferencia de dominio de los bienes o derecho.

Así las cosas, queda claro que la característica fundamental que diferencia al fideicomiso respecto la comisión de confianza es el acto de transferencia de dominio fiduciario de los bienes o derechos.

Entre otros aspectos diferenciadores cabe señalar las causas por las que termina cada contrato. Mientras la comisión de confianza puede terminar por renuncia sin expresión de causa ni justificación alguna del comitente (artículo 276 de la LGSF), el fideicomiso puede terminar por renuncia del fiduciario que sea justificada y aceptada por la SBSAPFP (artículo 269 de la LGSF). En definitiva, la comisión de confianza no constituye un fideicomiso propiamente dicho³⁷⁰.

³⁷⁰ En este sentido también sostiene STEWART BALBUENA, Alberto: “*El fideicomiso como...*”, *ob. cit.*, p. 185, que: “las comisiones de confianza son negocios jurídicos de confianza, pero no como lo es el fideicomiso”.

Cuestión especial es la observación que se encuentra en el acto previsto en el numeral 10 del artículo 275 de la LGSF, según el cual la empresa autorizada en comisión de confianza puede “*tomar la administración de bienes que se hubiere dejado por testamento o por acto entre vivos con el fin de que el fideicomisario perciba únicamente la renta durante su vida o por el tiempo que determine el instituyente*”. En este acto no se estaría hablando propiamente de una comisión de confianza sino de un fideicomiso testamentario. Si bien se recuerda en el fideicomiso testamentario, el causante-fideicomitente designa a un sucesor-fiduciario para que a su muerte, el fiduciario reciba en calidad de propiedad fiduciaria todo o parte de sus bienes, quien se obliga a ejercerla en favor del beneficiario/s que se han designado en el testamento.

4. Tributación de las rentas y actividades del fideicomiso

4.1. Consideración preliminar

La preocupación por el establecimiento de un régimen impositivo que recoja, con mayor precisión, el tratamiento tributario del fideicomiso y sus subcategorías ha impulsado al legislador peruano a definir, gradualmente, mediante normas, directivas y circulares, el régimen fiscal del fideicomiso.

Después de atravesarse por un periodo seguido de modificaciones en la normativa impositiva —debido a la escasa experiencia que se tenía en la regulación de esta figura y porque el fideicomiso no siempre ha sido entendido de manera correcta—³⁷¹, los años de incertidumbre con la que se manejó a los fideicomisos han quedado atrás, puesto que hoy en día la normativa actual establece mayores precisiones sobre su régimen fiscal.

Los avances normativos en materia fiduciaria se reflejan, particularmente, en el Texto Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta sobre estas operaciones, el cual ha desarrollado el régimen fiscal distinguiendo reglas precisas para los fideicomisos bancarios, fideicomisos en garantía, fideicomisos testamentarios, fideicomisos de titulización³⁷². Por otra parte, es también resaltable el D.L. 939/2003, que regula el Impuesto a las Transacciones Financieras, por las reglas diferenciadas que recoge para las operaciones financieras desarrolladas en el fideicomiso.

³⁷¹ CORES FERRADAS, Roberto: “Breves apuntes sobre la responsabilidad de los fiduciarios bancarios para efectos del impuesto a la renta”, IX Jornadas Nacionales de Derecho Tributario, Instituto Peruano de Derecho Tributario, 15 de noviembre, Lima, 2006, p. 60.

³⁷² Por así mencionar, inicialmente la Ley del Impuesto a la Renta, aprobado por D.L. 774, publicado el 31/12/1993, no contemplaba entre sus disposiciones al fideicomiso. Fue con la Ley 26731, publicada el 31/12/1996, que por primera vez se incluyó el fideicomiso dentro el sistema tributario peruano. Así se reconoció a los patrimonios autónomos emergentes de los fideicomisos de titulización como personas jurídicas a efectos impositivos. Después de 10 años de vigencia de la Ley del Impuesto a la Renta, periodo en el que ha recibido distintas modificaciones normativas, el actual Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta, modificada por la Ley 28655, publicado el 29/12/2005, tiene subsanado las impresiones que anteriormente acogían sus disposiciones precedentes.

El fideicomiso en Perú

Estos avances lógicamente son positivos para comprender a cabalidad el tratamiento tributario del fideicomiso, pero también es cierto que todavía quedan determinados aspectos por regular, por ejemplo, el régimen de los fideicomisos públicos, donde el estado interviene como fideicomitente.

Dicho esto, hemos de pasar a analizar el tratamiento tributarios del fideicomiso comenzando, en primer lugar, por las disposiciones que prevé el Texto Único Ordenado del Código Tributario de Perú (CTP), en segundo lugar, la situación que ocupa el fiduciario en el cumplimiento de las obligaciones tributarias del fideicomiso y, finalmente, la tributación del fideicomiso.

4.2. Texto Único Ordenado del Código Tributario. Punto de partida

Con un criterio amplio la fuente legislativa principal del sistema tributario peruano, preceptuado en el Texto Único Ordenado del Código Tributario, aprobado mediante D.S. 135-99-EF y publicado el 19/08/1999, mantiene que, a efectos impositivos, el fideicomiso tiene capacidad tributaria. Así, el artículo 21 señala que: «el fideicomiso como tal tiene capacidad tributaria, aunque carezca de capacidad o personalidad jurídica según el derecho privado».

Desde la óptica de la relación jurídica tributaria, ello significa que el fideicomiso aún siendo un ente carente de personalidad jurídica, es sujeto del tributo, y como tal, es titular de obligaciones y deberes, a pesar de no tener la condición de persona ni capacidad jurídica³⁷³.

Pero no por ello el fideicomiso viene a ser estrictamente un obligado tributario, más al contrario, con la disposición del artículo 21, se mantiene una previsión genérica de que las leyes reguladoras de cada tributo podrán considerar al fideicomiso como sujeto pasivo del impuesto en cuestión.

³⁷³ Sobre este aspecto, de la atribución de capacidad tributaria al fideicomiso, según Cores Ferradas, el legislador tributario ha conferido los fideicomisos caracteres impropios a su naturaleza y a los fines que persigue, lo que derivó en reglas irracionales. CORES FERRADAS, Roberto: *ob. cit.*, p. 60.

Dicho de otra manera, es una posibilidad que el legislador deja abierto para que en posteriores leyes se tenga presente al fideicomiso, como ente susceptible de imposición, ya que a raíz del desarrollo de sus actividades se pone de manifiesto su capacidad económica.

Por este motivo, lo significativo de la atribución de capacidad tributaria al fideicomiso es, antes que nada, el hecho que el fideicomiso ha pasado a ser considerado como un ente susceptible de imposición. Ello es con razón, porque efectivamente son patrimonios autónomos que, dependiendo de la finalidad para la que han sido constituidos, operan en el tráfico económico jurídico como verdaderos entes que obtienen ganancias y utilidades, como lo hacen las entidades que tienen personalidad jurídica³⁷⁴.

Sobre la posición que ocupa el fideicomiso en la relación jurídica tributaria, el legislador peruano ha adoptado el criterio seguido tradicionalmente para las entidades sin personalidad jurídica.

Así, considerando que el fideicomiso se sitúa dentro de los “entes carentes de personalidad jurídica, que no tienen capacidad para ser centro de imputación de obligaciones”³⁷⁵, establece como verdadero sujeto pasivo al fideicomitente, que es la persona que tiene participación en el patrimonio autónomo. Lo recoge así en el artículo 14-A, apartado 1, del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta (LIR).

4.3. El fiduciario “como agente de retención”

Por mandato de la ley, el fiduciario está obligado a retener el porcentaje establecido en la ley reguladora del impuesto y a realizar su ingreso en los

³⁷⁴ Como claramente indica De La Flor Matos, los patrimonios fideicomitados son vehículos neutros, un medio para gestionar o administrar eficientemente los recursos canalizados de terceros (inversionistas) en beneficios del originador, y no tienen personalidad jurídica, por lo que no se dedican directamente a las actividades económicas involucradas. DE LA FLOR MATOS, Manuel: *El fideicomiso: modalidades y tratamiento legislativo en el Perú*, Fondo editorial –PUCP, Lima, 1999, pp. 106-115.

³⁷⁵ PÉREZ ROYO, Fernando: *Derecho Financiero y Tributario. Parte General*, 20ª Ed., Ed. Thomson Civitas, Navarra, 2010, p. 157.

El fideicomiso en Perú

plazos previstos en la misma ley, cuando ello hubiere lugar en el fideicomiso.

La función de agente de retención que el fiduciario deberá cumplir durante la vigencia del fideicomiso es recogido de forma unánime en las leyes reguladoras del Impuesto a la renta, Impuesto General a las Ventas, e Impuesto a las Transacciones Financieras.

El artículo 71, inc. e), del LIR establece, en este sentido, que la obligación del pago recae en el fideicomitente quien, ha momento de recibir los beneficios que le corresponde, deberá soportar una retención en la fuente por parte del fiduciario, como agente de retención.

En esta misma línea, el artículo 14 del D.L. N° 939 sobre el Impuesto a las Transacciones Financieras (ITF) y, por otra parte, el artículo 10, inc. e), del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto General a las Ventas e Impuesto Selectivo al Consumo (LIGVISC), configuran al fiduciario como agente de retención del impuesto.

Como la obligación de retener le viene impuesto por mandato de la ley, el fiduciario practicará la retención en la fuente a momento de realizar el pago en cuenta de las rentas generadas por el patrimonio autónomo, independientemente de la clase de fideicomiso que administre.

4.4. Responsabilidad solidaria del fiduciario

La legislación ha asentado el alcance de la responsabilidad tributaria del fiduciario a un nivel de responsable solidario³⁷⁶.

El criterio principal que se mantiene para exigir la responsabilidad solidaria, es que en el impago de las deudas tributarias debe existir dolo, negligencia grave o abuso de facultad. Textualmente así lo prevé en el apartado segundo del artículo 16 del CTP que dice: «existe responsabilidad solidaria cuando por dolo, negligencia grave o abuso de facultades se dejen de pagar las deudas tributarias».

³⁷⁶ Art. 18 apartado 6 del CTP; Art. 14-A apartado 1 del LIR.

Tesis Doctoral

Para ello, el párrafo adicionado al artículo 16 del CTP clasifica once supuestos taxativos por los que se considera que existe dolo, negligencia grave o abuso de facultad, estableciendo que se originan estos elementos, salvo prueba en contrario, cuando el deudor tributario realice cualquiera de los siguientes actos:

- no lleve contabilidad, o lleve dos o más juegos de libros o registros para una misma contabilidad, con distintos asientos;
- no se inscriba ante la administración tributaria;
- tenga la condición de no habido de acuerdo a las normas que se establezcan mediante D.S.;
- anote en sus libros y registros los comprobantes de pago que recibe montos distintos a los consignados en dichos comprobantes;
- obtenga indebidamente notas de crédito negociables o valores similares;
- emplee bienes o productos que gocen de exoneraciones en actividades distintas de las que corresponden;
- comercialice clandestinamente bienes gravados mediante la sustracción a los controles fiscales;
- no declare ni determine su obligación en el plazo fijado por ley;
- omita a uno o más trabajadores al presentar las declaraciones de los tributos que graven las remuneraciones de éstos; y
- se acoja al nuevo régimen único simplificado o al régimen especial del impuesto a la renta estando no comprendido en dichos regímenes por disposición de las normas pertinentes.

De incurrir el fiduciario en cualquiera de los actos mencionados, en base a la responsabilidad solidaria que recae sobre él, habrá de responder “en plano de igualdad con el deudor principal”³⁷⁷. Así para el cobro de la deuda tributaria, la administración podrá dirigirse contra él o contra el fideicomitente, ya que como retenedor está obligado al pago haya o no llevado de manera efectiva la retención sobre el contribuyente.

³⁷⁷ MARTÍN QUERALT, Juan: *Derecho Tributario*, en VVAA, 15ª Ed., Ed. Thomson Aranzadi, Navarra, 2010, p. 139.

El fideicomiso en Perú

Sobre este aspecto Astete Miranda ha destacado que “resulta inadecuado que se mantenga en régimen de responsabilidad solidaria cuando el agente no retuvo ya que implica exigir que, un sujeto que se encontraba vinculado solo administrativamente con el Estado, sufrague la carga tributaria del contribuyente, porque contraviene al principio de capacidad contributiva y perjudica a la dinámica de las operaciones económicas”³⁷⁸.

Entendemos, por nuestra parte, que por estar configurada la obligación de retener por el imperio de la ley, prevalece el criterio de exigir la responsabilidad solidaria del retenedor cuando éste practicó la retención en el momento oportuno, aún cuando se trate de una obligación independiente de la obligación principal que corresponde al contribuyente.

Lo que sí debería precautelarse, es la limitación de esa responsabilidad en proporción a la participación que ha tenido el fiduciario en la administración del patrimonio autónomo del fideicomiso, ya que el principio de proporcionalidad exige, como señala Aneiros Pereira, que la sanción resulte adecuada a la gravedad de los hechos y a la culpabilidad del autor³⁷⁹.

Cuestión importante que también se extrae del artículo 16 del CTP es que si el fiduciario incurre en uno de los supuestos indicados, la carga de la prueba se traslada hacia él. Éste habrá de acreditar ante la administración tributaria que no actuó con dolo ni con negligencia grave o abuso de facultades.

Sobre este tema, la jurisprudencia ya ha sentado unos criterios generales para determinar la actuación negligente o dolosa de los administradores. Así, el Tribunal Fiscal de Perú ha puntualizado que, a fin de determinar que si existe dolo, negligencia grave o abuso de facultad, debe analizarse si la falta de pago de la obligación tributaria obedece a dificultades de orden

³⁷⁸ ASTETE MIRANDA, Humberto: “Los agentes de retención: Hacia un nuevo sistema de imputación de responsabilidad”, IX Jornadas Nacionales de Derecho Tributario, Instituto Peruano de Derecho Tributario, 14 de noviembre, Lima, 2006, p. 9.

³⁷⁹ ANEIROS PEREIRA, Jaime: *Las sanciones tributarias*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 130.

financiero o económico del deudor tributario o, a una simple postergación indebida.

La administración tributaria, por tanto, deberá acreditar que existió una postergación indebida del pago de los tributos a través de la verificación de retiros, préstamos a los accionistas, distribución de dividendos, por ejemplo³⁸⁰.

4.5. Tributación efectiva de los fideicomisos

De igual forma en que la regulación de los aspectos mercantiles del régimen fiduciario peruano se encuentra separada, las implicaciones tributarias del régimen fiduciario son también propias para cada modalidad de operación fiduciaria, por ello analizaremos los aspectos fiscales más importantes de los fideicomisos separando la exposición en dos partes.

En primer lugar trataremos los impuestos que afectan a los fideicomisos bancarios, el término de “fideicomiso bancario” lo utilizamos para referirnos a los fideicomisos en general, como son: los fideicomisos de administración, fideicomisos testamentarios, fideicomisos en garantía, fideicomisos filantrópicos. Y en segundo lugar trataremos a los impuestos que gravan específicamente a los fideicomisos de titulización.

4.5.1. Fideicomisos bancarios

4.5.1.1. Impuesto a la Renta - IR

El Impuesto a la Renta se encuentra instituido en el Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta (LIR), aprobado por D.S. 179-2004-EF, y reglamentado por el D.S. 122-94-EF³⁸¹. Debido a que con el patrimonio del fideicomiso se puede realizar una variedad de actos que pueden generar

³⁸⁰ CORES FERRADAS, Roberto: *ob. cit.*, p. 64.

³⁸¹ Las últimas modificaciones que ha recibido el Reglamento del LIR han sido introducidas por el D.S. 011-2010-EF, publicado el 21 de enero de 2010; tales modificaciones obedecen a las actualizaciones introducidas por el D.L. 972/2007 y la Ley 29492/2009.

El fideicomiso en Perú

rentas, beneficios o utilidades para los beneficiarios, es necesario revisar si esos beneficios se encuentran alcanzados por el IR.

De entrada hay que señalar que el fideicomiso como tal no se encuentra gravado por este impuesto. No obstante, las rentas derivadas del patrimonio del fideicomiso si lo están, en virtud a que el hecho generador del impuesto grava entre otras rentas: las «rentas del capital», donde se encuentran las utilidades, rentas o ganancias de capital provenientes de patrimonios fideicometidos, enajenación de bienes de capital, incluyendo las que resultan de la redención o rescate de valores mobiliarios emitidos en nombre del fideicomiso³⁸²; y las «rentas del comercio e industria», dentro de las cuales se encuentran las rentas generadas por los patrimonios fideicometidos, cuando provengan del desarrollo o ejecución de un negocio o empresa³⁸³.

En el cuadro de las categorías de rentas del IR, las rentas de capital, pertenecen al grupo de rentas de segunda categoría, y las rentas del comercio e industria, al grupo de rentas de tercera categoría. Por consiguiente, las rentas procedentes de las operaciones en fideicomiso tributan al Estado bajo el denominativo de rentas de segunda categoría y rentas de tercera categoría, siendo el contribuyente el fideicomitente³⁸⁴.

La atribución de la calidad de contribuyente al fideicomitente, se realiza en atención a que en el marco de la LGSF el beneficiario del fideicomiso puede ser también el propio fideicomitente que ha constituido el fideicomiso.

Si el fideicomitente es una persona natural, o una sociedad conyugal/sociedad indivisa que optó por tributar como tal porque las rentas no provienen del desarrollo de un negocio o empresa, tributarán en concepto de rentas de segunda categoría, con la tasa del 6.25%³⁸⁵.

³⁸² Art. 22, inc. b), y Art. 24 del LIR.

³⁸³ Art. 22, inc. c), y Art. 28 del LIR.

³⁸⁴ Art. 5-A, inc. a), del Reglamento del LIR.

³⁸⁵ Art. 72 del LIR.

Tesis Doctoral

Si por el cambio el fideicomitente es una persona jurídica, sociedad conyugal/sociedad indivisa, las rentas provenientes del desarrollo de un negocio o empresa tributarán en concepto de rentas de tercera categoría, con la tasa del 30%, sobre la renta neta devengada en el ejercicio correspondiente³⁸⁶.

En el cálculo de la renta neta de segunda categoría el fideicomitente no podrá aminorar las deducciones que con carácter general se establecen para la renta de segunda categoría, cuyo porcentaje alcanza al 20% del total de la renta bruta, porque no es aplicable a las rentas generadas por patrimonios fideicomitados. No obstante, en las rentas de tercera categoría, podrá deducir los cargos sobre los ingresos financieros gravados³⁸⁷, y si el patrimonio está integrado por créditos u operaciones de arrendamiento financiero, podrá deducir también las provisiones por cuentas por cobrar³⁸⁸.

Será el fiduciario, en calidad de agente de retención³⁸⁹, quien retendrá el importe correspondiente al pago del IR con sujeción a las siguientes reglas:

- a) Cuando atribuya rentas derivadas del patrimonio autónomo que no provienen del desarrollo de un negocio o empresa (rentas de segunda categoría) a favor de personas naturales, sociedades conyugales o, sucesiones indivisas domiciliadas en el país, retendrá la tasa del 6,25³⁹⁰.
- b) Cuando atribuya rentas provenientes del desarrollo de un negocio o empresa (rentas de tercera categoría) a favor de personas jurídicas,

³⁸⁶ Art. 73-B del LIR.

³⁸⁷ Art. 36 y 37, inc. a), del LIR.

³⁸⁸ Art. 37, inc. h), del LIR.

³⁸⁹ Según el artículo 71, inc. e), del LIR son agentes de retención: las sociedades administradoras de los fondos mutuos de inversión en valores y de los fondos de inversión, así como las sociedades tituladoras de patrimonios fideicomitados y los fiduciarios de fideicomisos bancarios, respecto de las utilidades, rentas o ganancias de capital que paguen o generen en favor de los poseedores de los valores emitidos a nombre de estos fondos o patrimonios o de los fideicomitentes en el fideicomiso bancario.

³⁹⁰ Art. 72 del LIR.

El fideicomiso en Perú

sociedades indivisas domiciliadas en el país, retendrá la tasa del 30%³⁹¹.

- c) Cuando atribuya rentas a favor de personas naturales, sucesiones indivisas no domiciliados en el país, retendrá la tasa del 4.1%³⁹².
- d) Cuando atribuya dividendos y otras formas de distribución de utilidades a favor de personas jurídicas no domiciliadas en el país, retendrá la tasa del 4.1%³⁹³.

Para hacer efectivo la liquidación y pago del impuesto, el fiduciario presentará la declaración jurada anual correspondiente al ejercicio gravable, incluyendo la información de cada fondo o fideicomiso que administre, hasta la fecha de vencimiento de la obligación tributaria que corresponde al mes de febrero del siguiente ejercicio³⁹⁴, debiendo abonar asimismo los importes retenidos durante el ejercicio gravable, dentro de los plazos previstos en el CTP para las obligaciones de periodicidad mensual, con carácter definitivo.

Hemos de destacar asimismo que el LIR recoge un conjunto de “reglas especiales” para determinar si en determinados supuestos las rentas derivadas del fideicomiso se consideran afectas o no al IR. Estas reglas son las siguientes:

- a) Si en el momento de extinguirse en patrimonio fideicomitado, la transferencia de los bienes operada a favor del fideicomitente genera rentas, las mismas no se encuentran gravadas por el IR.
- b) Cuando la transferencia no se realiza al fideicomitente sino a otro tercero, las rentas que pudiera generar la transferencia serán tratadas como una venta y tributarán como rentas de segunda categoría³⁹⁵.
- c) De no producirse el retorno de dichos bienes o derechos a la extinción del fideicomiso, el fideicomitente deberá de recalcular el

³⁹¹ Art. 55 del LIR.

³⁹² Art. 54 del LIR.

³⁹³ Art. 73-A del LIR.

³⁹⁴ Art. 47, inc. h), del Reglamento del LIR.

³⁹⁵ Art. 1 y Art. 14-A, numeral 3, del LIR.

impuesto que corresponda al período en el que se efectuó la transferencia fiduciaria, tomando como valor de enajenación el valor de mercado a la fecha de la transferencia y como costo computable el que correspondiese a esa fecha. También recalculará el impuesto cuando se trate de enajenaciones efectuadas entre partes vinculadas, y la enajenación que se realice desde países de baja o nula imposición.

Por otra parte, la transferencia fiduciaria operada en el fideicomiso en garantía, cuyo patrimonio autónomo sirve de garantía para cumplimientos de pago de valores, créditos o de cualquier otra obligación, no tiene efectos tributarios. En el IR tal transferencia será únicamente tratada como enajenación cuando se ejecute la garantía o cuando a pesar de haber pactado el retorno de los bienes al fideicomitente, dicho retorno no se produzca a la extinción del fideicomiso³⁹⁶.

Tratándose de fideicomisos testamentarios, las utilidades generadas por los bienes o derechos transferidos serán atribuidas a los fideicomisarios que resulten beneficiarios de los mismos.

Las rentas generadas por fideicomisos filantrópicos o culturales, cuya finalidad es promover y realizar asistencia social, beneficencia, educación, cultural, investigación científica o tecnológica, artística, podrán considerarse como no grabadas en amparo de la disposición del artículo 18, inc. c), del LIR, siempre que tales rentas se destinen al desarrollo de dichos fines específicos en el país y no las distribuyan directa o indirectamente entre las personas asociadas.

4.5.1.2. Impuesto Temporal a los Activos Netos - ITAN

El ITAN, regulado en la Ley 28424/2004³⁹⁷ y en el D.S. 025-2005-EF, es un impuesto que grava los activos netos como manifestación de capacidad

³⁹⁶ Art. 14-A, apartado 5, del LIR.

³⁹⁷ La Ley 28424, publicada el 21/12/2004, posteriormente fue modificada por el D.L. 971, de 24/12/2006, y el D.L. 976, de 15/03/2007, por el que se establece la reducción gradual del ITAN.

El fideicomiso en Perú

contributiva no directamente relacionada con la renta³⁹⁸. Constituye un impuesto independiente del IR.

Se destaca su carácter patrimonial³⁹⁹ en tanto que con el criterio de «activos netos» se hace referencia al conjunto de bienes, derechos o recursos de la empresa con capacidad para generar rentas afectas, siendo el índice de capacidad económica no propiamente los activos sino el patrimonio neto que incluye efectivamente a los activos.

La base imponible del ITAN es aquélla que resulta de considerar el valor de los activos netos consignados en balance general (elaborado en función a la normativa contable y normas de presentación) cerrado al 31 de diciembre del año anterior deduciendo, según proceda, las siguientes depreciaciones y amortizaciones⁴⁰⁰:

- a) las acciones, participaciones o derechos de capital de otras empresas sujetas al ITAN;

³⁹⁸ Si bien en Exp. N° 06477-2008-PA/TC se ha mantenido que, el ITAN es un impuesto independiente y distinto del IR, las posturas sobre este impuesto son variantes. Por así decirlo, para Tudela Tello, el ITAN se aparta de la afectación del resultado gravable de una empresa para recaer únicamente en los activos netos de la misma, siéndole indiferente si se obtiene renta o no. TUDELA TELLO, André C.: “Estudio sobre la capacidad Contributiva y su relación en el plano Constitucional con el Anticipo Adicional del Impuesto a la Renta y aproximaciones al Impuesto Temporal a los activos netos”, *Centro de Investigación Jurídica IURIS PER TÓTEM*, julio de 2007. [Fecha de consulta: 18 de diciembre de 2010]. Disponible en: «<http://www.iurispertottem.byethost7.com/>».

³⁹⁹ GAMBÁ VALEGA, César: “Sobre el ITAN y el principio de capacidad económica - Una conformidad difícil de comprender. A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 03797-2006-PA/TC”, *Revista Peruana de Derecho Tributario*, Universidad de San Martín de Porres, núm. 4, Lima, 2007. [Fecha de consulta: 24 de febrero de 2012]. Disponible en: «http://www.derecho.usmp.edu.pe/cet/doctrina/4/ITAN_PRINCIPIO_CAPACIDAD_ECONOMICA.pdf»; MATOS BAZORLA, Alan Emilio: “Impuesto Temporal a los Activos Netos”, *Revista virtual Tributación & Contabilidad*, Colegio de Contadores Públicos de Lima, 2009, p. 10. [Fecha de consulta: 15 de diciembre de 2010]. Disponible en: «<http://www.ccpl.org.pe/analisistributario.php>»; FERNÁNDEZ CARTAGENA, Julio A.: “Reflexiones sobre el Impuesto Temporal a los Activos Netos”, *Análisis Tributario*, Vol. XVIII, núm. 207, Lima, 2005, p. 10; DURÁN ROJO, Luis Alberto: “Reflexiones sobre el ámbito material del Impuesto Temporal a los Activos Netos”, en *Contabilidad y Negocio, Revista del Departamento Académico de Ciencias Administrativas*, núm. 3, Lima, 2007, p. 7.

⁴⁰⁰ Art. 5 de la Ley 28424/2004.

- b) el valor de las maquinarias y equipos que no tengan una antigüedad superior a 3 años;
- c) en el caso de las empresas exportadoras, el monto resultante de aplicar a la cuenta de existencias el coeficiente que se obtenga de dividir el valor de las exportaciones entre el valor de las ventas totales del ejercicio anterior al que corresponda el pago;
- d) los inmuebles, museos y colecciones privadas de objetos culturales calificados como patrimonio cultural;
- e) los bienes entregados en concesión por el Estado mediante Ley que regula la promoción de las inversiones privadas en infraestructuras de servicios públicos, siempre que se encuentren destinadas a la prestación de servicios públicos;
- f) las acciones, participaciones o derechos de capital de empresas con Convenio que hubieran estabilizado, dentro del régimen tributario del IR, las normas del Impuesto Mínimo a la Renta con anterioridad a la vigencia de la Ley 28424/2004;
- g) la diferencia entre el mayor valor pactado y el costo computable determinado de acuerdo con el D.L. 797, tratándose de activos revaluados voluntariamente por las empresas con motivo de reorganizaciones efectuadas hasta el 31 de diciembre del año anterior al que corresponda el pago.

En el aspecto subjetivo, son sujetos obligados al pago de este impuesto los generadores de rentas de tercera categoría sujetos al régimen general del IR, que hubieran iniciado sus operaciones productivas con anterioridad al 1 de enero del año gravable, incluidos las sucursales, agencias y demás establecimientos permanentes de empresas constituidas en el exterior, cuyo valor de los activos netos al 31 de diciembre superen un millón de nuevos soles (S/. 1.000.000).

Para el ejercicio 2012 se ha fijado que la tasa gravable del ITAN será del 0.4%. Esta tasa se aplica por el exceso de S/. 1.000.000.

Después de exponer los aspectos generales del ITAN debemos señalar que, a pesar que la norma no dispone expresamente la afectación de este impuesto

El fideicomiso en Perú

sobre los patrimonios constituidos a partir del contrato de fideicomiso, los activos netos que componen la propiedad fiduciaria únicamente se encontrarían gravados por este impuesto cuando del desarrollo de actividades comerciales de un negocio o empresa se genere rentas de tercera categoría, ya que a efectos del ITAN son contribuyentes los generadores de rentas de tercera categoría.

En vista de ello, la tasa aplicable a los activos netos dependerá del monto total de los activos que resulte en el balance general cerrado al 31 de diciembre del ejercicio anterior. Así, cuando el monto total de activos netos sea inferior a un millón de nuevos soles (S/. 1.000.000) la tasa de gravamen será del 0%. De resultar el monto total superior a S/. 1.000.000 la tasa aplicable será del 0.4%⁴⁰¹.

Si bien las personas naturales, sucesiones indivisas o sociedades conyugales⁴⁰² se encuentran exoneradas del pago del ITAN, el fideicomitente que sea persona jurídica, quien como empresa también presentará su declaración jurada del ITAN, tiene la posibilidad de hacer servir el pago del ITAN conforme considere mejor para su situación fiscal, dado que el monto efectivamente pagado por concepto de ITAN⁴⁰³ puede utilizarse de la siguiente manera⁴⁰⁴:

a) Como crédito contra los pagos a cuenta. Podrá utilizar contra los pagos a cuenta mensuales del régimen general del IR de los periodos tributarios de marzo hasta diciembre, siempre que se acredite el ITAN hasta la fecha de vencimiento de cada uno de los pagos a cuenta referidos, según la siguiente tabla:

⁴⁰¹ Para la liquidación y pago del impuesto, el fiduciario como titular de los bienes afectados presentará la declaración jurada del ITAN del patrimonio autónomo que administra, en los doce primeros días hábiles del mes de abril del ejercicio anterior, a través del formulario virtual N° 648 (Formulario establecido tanto para fideicomisos y fondos mediante Resolución de Superintendencia N°162-2005/SUNAT, publicada el 2 de setiembre de 2005).

⁴⁰² Art. 3, inc. e), de la Ley 28424/2004.

⁴⁰³ Art. 9, inc. a), del Reglamento de la Ley 28424/2004.

⁴⁰⁴ Art. 8 de la Ley 28424/2004.

Tesis Doctoral

Monto de ITAN a utilizar como crédito		Pagos a cuenta del IR contra los que se aplica
Cuota	Pagada en	Periodo tributario
1	abril	Desde marzo a diciembre
2	mayo	Desde abril a diciembre
3	junio	Desde mayo diciembre
4	julio	Desde junio a diciembre
5	agosto	Desde julio a diciembre
6	septiembre	Desde agosto a diciembre
7	octubre	Desde septiembre a diciembre
8	noviembre	Desde octubre a diciembre
9	diciembre	Desde noviembre a diciembre

b) *Como crédito contra el saldo de regularización del IR.* Sólo podrá utilizar como crédito si se cancela hasta la fecha de vencimiento o presentación de la declaración jurada anual del IR del ejercicio gravable. La compensación del crédito derivado del ITAN se efectuará luego de haber compensado los demás créditos del contribuyente. Esta opción, de utilizar el pago del ITAN como crédito contra el saldo de regularización del IR, se establece ha momento de presentar la declaración jurada del ejercicio al que corresponda el ITAN, es decir, en el ejercicio siguiente.

c) *Como gasto deducible del IR del ejercicio gravable al que corresponda el ITAN.* En el IR podrá deducir como gastos los tributos que recaen sobre bienes o actividades productoras de de rentas gravadas⁴⁰⁵.

La opción que decida el contribuyente sobre utilizar el pago del ITAN como gasto o crédito o, parcialmente como ambos, deberá establecerla en el momento de presentar la declaración jurada del ejercicio al que corresponda el ITAN, es decir, en el ejercicio siguiente debido a que la opción consignada no podrá ser variada posteriormente.

Si después de haber acreditado el impuesto contra los pagos a cuenta mensuales o contra el pago de regularización del IR quedara un saldo no

⁴⁰⁵ Art. 37, inc. b), del LIR.

El fideicomiso en Perú

aplicado, se podrá solicitar su devolución con la presentación de la declaración jurada del IR del año correspondiente al ITAN⁴⁰⁶.

Para proceder a la devolución del ITAN, el contribuyente deberá sustentar la pérdida tributaria o el menor impuesto obtenido sobre la base de las normas del régimen general; presentada la solicitud, la devolución se efectuará en un plazo no menor a sesenta días, vencido ese plazo el contribuyente podrá considerar aprobada su solicitud, correspondiendo a la SUNAT emitir las notas del crédito negociables, de acuerdo a lo establecido por el CTP⁴⁰⁷.

4.5.1.3. Impuesto de Alcabala - IA

La doble transferencia de bienes que tienen lugar en el fideicomiso, no se encuentra gravada por el IA, toda vez que si bien el hecho imponible de este impuesto grava las transferencias de propiedad de bienes inmuebles urbanos o rústicos a título oneroso o gratuito, cualquiera sea su forma o modalidad, no alcanza a la transferencia de los bienes y derechos mediante fideicomiso, porque no grava estrictamente las transferencias en dominio fiduciario de bienes inmuebles para la constitución de un patrimonio fideicomitado⁴⁰⁸.

Aunque por un breve periodo de tiempo se vivió una confusión sobre la afectación o no del IA a las transferencias en dominio fiduciario, sobre todo después de la publicación de la Directiva N° 001-006-00000012 según la cual se determinaba que «se encuentran gravadas con el Impuesto de alcabala las transferencias para la constitución de patrimonio autónomos»⁴⁰⁹, tal desconcierto ha sido aclarado por el propio Servicio de

⁴⁰⁶ Art. 10 del Reglamento de la Ley 28424/2004.

⁴⁰⁷ Art. 8 de la Ley 28424/2004.

⁴⁰⁸ El artículo 21 del Texto Único Ordenado de la Ley de Tributación Municipal, aprobado por D.S. 156-2004-EF. En esta posición se mantiene STEWART BALBUENA, Alberto: "El contrato de fideicomiso", *Revista electrónica de Teleley*. [Fecha de consulta: 2 marzo de 2012]. Disponible en: «<http://www.teleley.com/contenlegal.php>».

⁴⁰⁹ Apartado 4, inc. k), de la Directiva N° 001-006-00000012, por el que se establecen lineamientos para la aplicación del IA en el ámbito de la Municipalidad Metropolitana de Lima, de 19 de julio de 2008.

Administración Tributaria. Mediante oficio N° 001-090-000, de 13 de agosto de 2008, se aclaró que tal disposición no es de aplicación a las transferencias del dominio fiduciario de bienes que se produce como consecuencia de la celebración de un contrato de fideicomiso. Por lo que actualmente no es requisito la acreditación del pago del IA para proceder a formalizar por escritura pública las transferencias en dominio fiduciario.

Cabe destacar en este entendido, que con esta aclaración no sólo se ha dejado sin efecto la disposición de la Directiva N° 001-006-00000012, que es aplicable en la municipalidad de Lima, también se ha marcado un antecedente legal para entender que el impuesto municipal de alcabala no grava a las transferencias de bienes en dominio fiduciario efectuadas en otras municipalidades del país.

4.5.1.4. Impuesto a las Transacciones Financieras - ITF

El Impuesto a las Transacciones Financieras (ITF), cuya entrada en vigencia se remonta a 1 febrero de 2004, se encuentra regulado en el D.L. 939, publicado el 05/12/2003.

Como su propio nombre lo indica el ITF grava las transacciones financieras en moneda nacional y extranjera realizadas a través de empresas del sistema financiero. Para este efecto se entiende como tales a: las empresas bancarias, empresas financieras, cajas municipales de ahorro y crédito, cooperativas de ahorro y crédito popular y empresas de desarrollo de la pequeña y micro empresa.

Según el artículo 9 del D.L. 939/2003 son operaciones gravadas por el ITF las que se detallan a continuación:

- a) la acreditación o débito realizados en cualquier modalidad de cuentas abiertas en las Empresas del Sistema Financiero;
- b) los pagos y transferencias a una Empresa del Sistema Financiero, en los que no se utilice las cuentas a que se refiere el inciso anterior;
- c) la adquisición de cheques de gerencia, certificados bancarios, cheques de viajero u otros instrumentos financieros, creados o por

El fideicomiso en Perú

- crearse, en los que no se utilice las cuentas de crédito o débito a que se refiere el inciso a);
- d) la entrega al mandante o comitente del dinero recaudado o cobrado en su nombre, las operaciones de pago o transferencia a favor de terceros realizadas con cargos a dichos montos, efectuadas por una Empresa del Sistema Financiero, sin utilizar las cuentas a que se refiere el inciso a)⁴¹⁰;
 - e) la entrega o recepción de fondos propios o de terceros que constituyan un sistema de pagos organizado en el país o en exterior, sin intervención de una Empresa del Sistema Financiero nacional, aún cuando se empleen cuentas abiertas en empresas del sistema financiero del exterior;
 - f) los pagos efectuados en un ejercicio gravable, de más del quince por ciento (15%) de las obligaciones de la persona o entidad generadora de rentas de tercera categoría sin utilizar dinero en efectivo o medios de pago;
 - g) las operaciones efectuadas por las Empresas del Sistema Financiero, por cuenta propia, en las que no se utilice las cuentas a que se refiere el inciso a: (i) los pagos a establecimientos afiliados a tarjetas de crédito, débito o de minoristas, (ii) la adquisición de activos y las donaciones, así como cualquier pago que constituya gastoso costo para efectos del IR, excepto los relacionados con la intermediación financiera, (iii) las colocaciones de fondos, y (iv) operaciones de corresponsalías o similares.

De acuerdo con este precepto, la realización de cualquiera de estas operaciones gravadas dará lugar al pago del impuesto, ya que la obligación tributaria se origina: al momento de efectuarse la acreditación o débito en la cuenta, al momento de adquirirse los cheques de gerencias u otros instrumentos financieros similares, y al realizarse el pago, acreditación,

⁴¹⁰ Ello incluye también las transferencias o envíos de dinero efectuadas a través de una Empresa del Sistema Financiero sin utilizar las cuentas a que se refiere el inciso a). También las transferencias de dinero efectuadas a través de una empresa de transferencia de fondos o de otra persona o entidad generadora de renta de tercera categoría.

transferencia o puesta a disposición de los respectivos fondos propios o de terceros.

Así corresponderá el pago del impuesto al titular de la cuenta, pues es el contribuyente, y ante el supuesto que se trate de cuentas a nombre de más de una persona se considerará como titular de la cuenta a la persona cuyo nombre figure en primer lugar⁴¹¹.

En el fideicomiso, el ITF se originará cuando en el desarrollo de las actividades o actos necesarios para el cumplimiento de la finalidad del fideicomiso se efectúen por medio de cuentas bancarias pagos y transferencias a favor de terceros, trasferencias de fondos, giros o envíos de dinero a personas o entidades generadoras de renta de tercera categoría, o se realice cualquiera de las operaciones gravadas por este impuesto.

El contribuyente del pago del impuesto será el titular de las cuentas de crédito o débito abiertos en la institución bancaria⁴¹². De manera que en los giros o depósitos en efectivo realizados por el fiduciario a favor de los fideicomisarios, será el banco quien cobre el ITF al titular de la cuenta puesto que el titular es el contribuyente de dicho impuesto.

Lo propio procederá con las cuentas bancarias abiertas a nombre del fideicomiso y con las transacciones financieras realizadas bajo el fideicomiso, ya que a efectos del ITF, el D.L. N° 939 también mantiene al fideicomiso como contribuyente.

Concretamente el artículo 13, inc. b), del D.L. N° 939/2003 establece que el fideicomiso bancario será considerado como contribuyente cuando, llevando contabilidad independiente, realice: «pagos o transferencias; adquieran cheques de gerencia, certificados bancarios, cheques de viajero u otros instrumentos financieros; sean beneficiarias de la recaudación o cobranza, u ordenen transferencias, efectuadas por sus mandatarios en su nombre, así como las operaciones de pago realizadas por terceros a su nombre;

⁴¹¹ Art. 13 del D.L. 939/2003.

⁴¹² Art. 13, inc. a), del D.L. 939/2003.

El fideicomiso en Perú

ordenen las transferencias o envíos de dinero sin utilizar las cuentas de débito o crédito; organicen el sistema de pagos sin la intervención de las entidades bancarias; efectúen el pago de más del 15 % de las obligaciones propias de los generadoras de renta empresarial; reciban pagos o fondos provenientes de colocaciones de fondos y de pagos a establecimientos afiliados a tarjetas de crédito, débito o minoristas».

La base imponible del ITF estará constituida por el valor de la operación realizada, sin que proceda deducción alguna, a la cual se aplicará la tasa del 0,005%⁴¹³ sobre cada depósito y cada retiro efectuado desde la cuenta bancaria.

En aplicación del artículo 16 del D.L. 939/2003, el pago efectuado en concepto de este impuesto podrá ser deducible en el IR a efectos de determinar la renta neta atribuible a los fideicomitentes o fideicomisarios.

La entidad bancaria será quien presente, en calidad de agente de retención, la respectiva declaración y pago del impuesto, en la forma y plazo que establezca la SUNAT⁴¹⁴.

4.5.1.5. Impuesto General a las Ventas - IGV

El Impuesto General a las Ventas (IGV), conocido también en otras legislaciones como el Impuesto al Valor Agregado, está instituido en el Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto General a las Ventas e Impuesto Selectivo al Consumo (LIGVISC), aprobado mediante D. S. 055-99-EF, y en el Reglamento del LIGVISC y normas modificatorias, aprobado por D.S. 029-94-EF.

El objeto del IGV es gravar la venta al por menor y mayor de la mayor parte de bienes y servicios en función del valor del producto vendido. Así, el artículo 1 del LIGVISC señala que son operaciones gravadas: «a) La venta en el país de bienes muebles; b) La prestación o utilización de servicios en el país; c) Los contratos de construcción; d) La primera venta de inmuebles

⁴¹³ Por disposición del artículo 2 de la Ley N° 29667, publicado el 12/02/2011.

⁴¹⁴ Arts. 14 y 15 del D.L. 939/2003.

Tesis Doctoral

que realicen los constructores de los mismos [...]; e) La importación de bienes».

Como estas operaciones representan la mayoría de consumo de bienes o servicios que las personas naturales o jurídicas realizan en la vida diaria, se puede decir que el IGV grava todo acto que suponga consumo, donde la obligación de pago se traslada al comprador, siendo el vendedor un mero intermediario entre éste y la administración tributaria.

El análisis del IGV respecto el fideicomiso bancario deviene a partir de la necesidad de determinar el alcance que tiene o no el IGV sobre la transferencia de bienes muebles que tiene lugar en el fideicomiso, ya que conforme señala la norma “la venta en el país de bienes muebles” es una más de las operaciones gravadas por este impuesto.

Con el propósito de delimitar la expresión “venta” el LIGVISC señala en el artículo 3 que se entiende por venta: «a todo acto por el que se transfieran bienes a título oneroso, independientemente de la designación que se dé a los contratos o negociaciones que originen esa transferencia y de las condiciones pactadas por las partes. Complementa esta precisión el artículo 2 del reglamento».

En concordancia con ello, el artículo 2, numeral 3, del Reglamento señala que: «venta es todo acto a título oneroso que conlleve la transmisión de propiedad de bienes, independientemente de la designación que le den las partes, tales como venta propiamente dicha, permuta, dación en pago, expropiación, adjudicación por disolución de sociedades, aportes sociales, adjudicación por remate, o cualquier otro acto que conduzca al mismo fin».

De la literalidad de estas disposiciones se concluye que existe venta de bienes muebles, cuando habiéndose realizado un contrato o acto, independientemente de la denominación que las partes le asignen, la misma implique: la transferencia definitiva de la propiedad o de dominio del bien inmueble, dado que en este caso “la finalidad real perseguida es realizar un

El fideicomiso en Perú

acto de consumo definitivo”⁴¹⁵, y que a su vez, la transferencia sea realizada a título oneroso, es decir, que se pague un precio.

En vista de ello, no se puede mantener que la transferencia de bienes muebles realizado por el fideicomitente a favor del fiduciario constituye una venta de bien mueble, porque la transferencia se realiza como condición necesaria para que el fiduciario pueda llevar a cabo el cumplimiento de la finalidad para la que ha sido constituido el fideicomiso.

Con la previsión dispuesta en el artículo 3 del LIGVISC «*con independencia de la denominación que tenga el contrato o acto que dé lugar a las transferencia del bien mueble*», el legislador tributario ha pretendido incidir y abarcar a todo tipo de operaciones que supongan la transferencia de propiedad de bienes muebles a título oneroso, a objeto de evitar que algunas ventas de bienes muebles puedan escapar del alcance del hecho generador del IGV.

El fideicomiso, sin embargo, no puede ser sumergido dentro del alcance de este precepto, porque esta institución es, como instituye el artículo 241 de la LGSF, una relación jurídica por la cual el fideicomitente transfiere los bienes en fideicomiso a otra persona denominada fiduciario para la constitución de un patrimonio fiduciario, sujeto al dominio fiduciario de este último.

En este sentido concluimos que el IGV no grava la transferencia de bienes muebles operada en virtud al fideicomiso, porque se trata de una transferencia en dominio fiduciario. Naturalmente la retribución que perciba el fiduciario, es decir el banco, en concepto de pago de sus servicios prestados al fideicomiso se encontrará gravado por el IGV, debido a que la prestación de servicios constituye una operación gravada por este impuesto.

Sólo en el supuesto que el fideicomitente facultará al fiduciario para enajenar los bienes muebles para realizar la finalidad del fideicomiso, la

⁴¹⁵ SOTOMAYOR VÉRTIZ, Abdías: “El Contrato del Fideicomiso. Aspectos Tributarios y Civiles (Segunda parte)”, *Análisis Tributario*, núm. 220, septiembre, Perú, 2006, p. 19.

venta que realice el fiduciario a un tercero vendría a considerarse como acto gravado por el IGV.

4.5.2. Fideicomisos de titulización

4.5.2.1. Impuesto a la Renta - IR

Al igual como acontece en las rentas obtenidas mediante fideicomisos bancarios, las rentas provenientes de fideicomisos de titulización como resultado de la enajenación de valores mobiliarios, redención o rescate de acciones, participaciones representativas del capital, acciones de inversión, certificados, títulos, bonos y papeles comerciales, valores representativos de cédulas hipotecarias, obligaciones al portador u otros valores, quedan sujetos al pago del IR en virtud a que constituyen “ganancias de capital”, las cuales son objeto de gravamen de este impuesto porque provienen del desarrollo de un negocio.

Así, el contribuyente del pago del impuesto es el titular del valor emitido con respaldo al patrimonio autónomo del fideicomiso. No obstante, si las partes acordaran en el acto constitutivo que el contribuyente será el originador o una tercera persona beneficiada con los resultados del fideicomiso, se atribuirá en pago del impuesto a esa persona designada⁴¹⁶.

De manera que si el fideicomisario o, el originador es una persona natural o, una sociedad conyugal/sociedad indivisa, que optó por tributar como tal, tributará por las rentas bajo el concepto de rentas de segunda categoría, con la tasa del 6,25%.

De ser el fideicomisario o el originador una persona jurídica, sociedad conyugal o, sociedad indivisa que optó por tributar como tal, tributará en la categoría de rentas de tercera categoría, con la tasa del 30% sobre la renta neta devengada en el ejercicio correspondiente⁴¹⁷.

⁴¹⁶ Art. 14-A, apartado 2, del LIR, en concordancia con el Art. 29-A del LIR.

⁴¹⁷ De conformidad con el artículo 73-B del LIR, si el contribuyente se encontrara sujeto a una tasa distinta al treinta por ciento (30%), la retención se efectuará

El fideicomiso en Perú

Si el originador hubiera transferido flujos futuros, en la renta neta de tercera categoría, se podrá deducir la pérdida constituida por la diferencia entre el valor de transferencia y el valor de retorno⁴¹⁸. Igualmente, cuando el patrimonio este integrado por créditos u operaciones de arrendamiento financiero se podrá deducir las provisiones específicas que no forman parte del patrimonio efectivo que estén vinculadas exclusivamente a riesgos de crédito, clasificados en las categorías de problemas potenciales, deficiente, dudoso y pérdida.

Excepcionalmente la administración tributaria podrá aceptar la deducción de gastos que, por razones ajenas al contribuyente, no hubiera sido posible conocer oportunamente, siempre y cuando se compruebe que su imputación no implica algún beneficio fiscal; en este caso, la deducción será en la medida que dichos gastos sean provisionados contablemente y pagados íntegramente antes del cierre de su ejercicio⁴¹⁹.

En este contexto, el fiduciario deberá retener el impuesto de las rentas de tercera categoría pagadas a favor de personas jurídicas, sociedades indivisas, domiciliadas en el país, aplicando la tasa de 30% sobre la renta neta devengada en dicho ejercicio⁴²⁰.

De igual forma, cuando pague rentas de segunda categoría a favor de personas naturales, sociedades conyugales o, sucesiones indivisas, domiciliadas en el país, retendrá la tasa del 6,25⁴²¹. Por último, cuando

aplicando la tasa a la que se encuentre sujeto, siempre que las rentas generadas por el fideicomiso se deriven de actividades que encuadren dentro de los supuestos establecidos en las Leyes que otorgan el beneficio; para lo cual el contribuyente deberá comunicar tal circunstancia al agente de retención, conforme lo establecido en el Reglamento.

⁴¹⁸ Art. 37, inc. y), del LIR.

⁴¹⁹ El artículo 57, inc. d), del LIR. En este entendido, no son deducibles: la pérdida originada en la venta de valores adquiridos con beneficio tributario (hasta el límite de dicho beneficio), los gastos personales, las multas, recargos, las donaciones, las sumas invertidas en la adquisición de bienes o mejoras de carácter permanente, los gastos cuya documentación sustentatoria no cumpla con los requisitos del Reglamento de Comprobantes de Pago (Art. 44 del LIR).

⁴²⁰ Art. 73-B de la LIR, y Art. 67, inc. f), del Reglamento del LIR.

⁴²¹ Art. 72 del LIR.

pague dividendos y otras formas de distribución de utilidades a favor de personas jurídicas domiciliadas en el país, retendrá la tasa del 4.1%⁴²².

Frente a la libertad de pacto que tienen las partes para acordar en el contrato que los bienes retornarán al originador cuando se extinga el patrimonio autónomo, o bien que dichos bienes no retornarán al originador sino al destinatario final, el IR se aplicará según se produzca o no el retorno de dichos bienes.

Así, cuando el bien transferido retorna al originador una vez que se ha producido la extinción del patrimonio, los ingresos que se deriven de las transferencias operadas para la constitución o extinción del patrimonio, no están gravados por el impuesto.

No obstante, si el retorno no se produce por causa de las operaciones efectuadas con los bienes, el originador deberá recalcular el impuesto que corresponda al período en el que se efectuó la transferencia, considerando como valor de venta, al valor de mercado vigente a la fecha de la transferencia fiduciaria⁴²³.

En caso que el bien transferido no retorne al originador, la transferencia fiduciaria será tratada como una venta desde el momento en que se efectuó dicha transferencia, debiendo en este caso el originador recalcular el impuesto correspondiente al periodo en el que se efectuó la transferencia fiduciaria, tomando como valor de enajenación el valor de mercado a tal fecha⁴²⁴.

A tal efecto, se presume que el fideicomiso ha sido celebrado en la modalidad sin retorno cuando se han transferido carteras de créditos. Estas carteras de crédito únicamente se tratarán como modalidad con retorno en caso que retornen sin realizarse.

⁴²² Art. 73-A del LIR.

⁴²³ También habrá de recalcular el impuesto que corresponda al período en el que se efectuó la transferencia cuando se trate de enajenaciones efectuadas entre partes vinculadas o, cuando ésta se realice desde países de baja imposición o, mediante establecimientos permanentes situados en tales territorios.

⁴²⁴ Art. 5-A, inc. d), del Reglamento de la LIR.

El fideicomiso en Perú

4.5.2.2. Impuesto Temporal a los Activos Netos - ITAN

Como hemos señalado en párrafos anteriores, el ITAN tiene incidencia en el fideicomiso en cuanto este impuesto grava la propiedad fiduciaria tomando como manifestación de la capacidad contributiva a los activos netos que componen dicho patrimonio. En tal sentido el patrimonio autónomo derivado de la celebración del fideicomiso de titulización se encontrará afectado por este impuesto, cuando del desarrollo de actividades comerciales de un negocio o empresa genere rentas de tercera categoría.

Dependiendo del monto total de activos netos que resulte en el balance general cerrado al 31 de diciembre del ejercicio anterior se aplicará la alícuota del 0% o la del 0.4%. Así, estarán gravados a una tasa del 0% cuando el monto total de activos netos sea inferior a un millón de nuevos soles (S/. 1'000.000), cuando el monto total sea superior a S/. 1.000,000, la tasa de gravamen será del 0.4%.

La base imponible está constituida por el valor de los activos netos consignados en el balance general cerrado a 31 de diciembre del ejercicio anterior al que corresponda el año, deducidas las depreciaciones y amortizaciones admitidas por el LIR.

4.5.2.3. Impuesto de Alcabala - IA

En virtud a que la transferencia de inmuebles a título de fideicomiso de titulización no es onerosa ni gratuita, porque la misma no implica una utilidad económica ni para el originador ni para el fiduciario, y se da como medio necesario para que el fiduciario pueda cumplir con las finalidades determinadas por el originador en el contrato, la transferencia de propiedad de los bienes no está gravada por el impuesto de alcabala ya que no constituye hecho generador para el nacimiento del pago de este impuesto.

4.5.2.4. Impuesto a las Transacciones Financieras - ITF

En el fideicomiso de titulización la aplicación del ITF se realiza en los mismos términos en que lo es para el fideicomiso bancario, debido a que la

Tesis Doctoral

regulación del impuesto sigue las mismas directrices tanto para fideicomisos bancarios, como fideicomisos de titulización.

Así, de conformidad con el artículo 13, inc. b), del D.L. 939/2003, el fideicomiso de titulización será contribuyente del ITF, cuando llevando contabilidad independiente, realice alguna de las siguientes operaciones:

- a) pagos o transferencias en los que no se utilice la modalidad de cuenta abierta;
- b) adquiera cheques de gerencia, certificados bancarios, cheques de viajero u otros instrumentos financieros, en los que no se utilice cuentas abiertas en entidades del sistema financiero;
- c) sea beneficiario de la recaudación o cobranza, u ordenen transferencias, efectuadas por sus mandatarios en su nombre, así como las operaciones de pago realizadas por terceros a su nombre;
- d) ordene las transferencias o envíos de dinero sin utilizar las cuentas de débito o crédito abiertas en las instituciones del sistema financiero;
- e) organice el sistema de pagos sin la intervención de una entidad del sistema financiero;
- f) realice pagos de más del 15% de las obligaciones propias de los generadoras de renta empresarial; y
- g) reciba pagos o fondos provenientes de colocaciones de fondos y de pagos a establecimientos afiliados a tarjetas de crédito, débito o minoristas.

Debe tenerse en cuenta que si bien este precepto señala que por la realización de cualquiera de estas operaciones el fideicomiso será contribuyente del ITF, en el caso de los pagos y transferencias en efectivo realizados por el fiduciario a favor de los fideicomisarios, el contribuyente es el titular de la cuenta. Será la entidad bancaria quien como agente de retención cobrará el ITF al titular de la cuenta, aplicando la tasa del 0.05% sobre la base imponible del impuesto, que es el valor de la operación realizada.

El fideicomiso en Perú

Al amparo de lo dispuesto en el artículo 16 del D.L. 939/2003 el pago del ITF podrá ser deducible en el IR a efectos de determinar la renta neta atribuible a los fideicomitentes o fideicomisarios.

4.5.2.5. Impuesto General a las Ventas - IGV

En el análisis de los fideicomisos bancarios señalamos que el LIGVISC no prevé disposiciones respecto a esa modalidad de fideicomisos, sin embargo este hecho cambia en el caso de los fideicomisos de titulización ya que realiza expresas referencias sobre este tipo de fideicomiso.

Así el artículo 24 del LIGVISC determina que: «en el caso del fideicomiso de titulización, el fideicomitente podrá transferir al patrimonio fideicometido, el crédito fiscal que corresponda a los activos transferidos para su constitución. Asimismo, el patrimonio fideicometido podrá transferir al fideicomitente el remanente del crédito fiscal que corresponda a las operaciones que hubiera realizado para el cumplimiento de sus fines, con ocasión de su extinción».

Si bien esta disposición da a entender que la transferencia en dominio fiduciario de bienes muebles que efectúa el originador/fideicomitente a favor de la sociedad titulizadora/fiduciario para la constitución de un fideicomiso de titulización, está gravada por el IGV, la Decimo Quinta Disposición Complementaria del LIGVISC aclara que la transferencia y la devolución que realice la sociedad titulizadora al originador del remanente del patrimonio fideicometido extinguido, no constituyen venta de bienes ni prestación de servicios. Igualmente precisa que no es venta de bienes ni prestación de servicios, el acto por el cual la sociedad titulizadora/fiduciario constituye un patrimonio fideicometido.

Con base a esta especificación quedaría aclarado, que la transferencia de bienes muebles operada por el fideicomitente/originador al fiduciario/sociedad titulizadora no está gravada por el IGV y tampoco lo está la retransferencia que la sociedad titulizadora opera a favor del originador o, en su caso a la persona que figure en el contrato como destinatario final de los bienes.

De igual forma, no es venta de bienes ni prestación de servicios a efecto del IGV, la transferencia en dominio fiduciario de bienes muebles que efectúa la sociedad tituladora vía acto unilateral para la constitución de un fideicomiso y la respectiva retransferencia que realice a la extinción del patrimonio autónomo.

No obstante, es importante subrayar que la transferencia posterior que realice el fiduciario a favor de terceros si constituirá operación gravada por este impuesto, porque se presume que la adquisición que hace el tercero del bien es con carácter definitivo y para su uso personal, en cuyo caso, la base imponible estará constituida por el valor de la venta del bien mueble, a la cual se aplicará la tasa del 17%⁴²⁵.

En definitiva, el IGV tendrá incidencia en el fideicomiso, así se desprende de lo dispuesto en el artículo 10, inc. e), del LIGVISC que señala: «el fiduciario es responsable solidario del impuesto en el caso del fideicomiso de titulación, por las operaciones que el patrimonio fideicometido realice para el cumplimiento de sus fines», cuando en el desarrollo de sus fines realice alguna de las siguientes operaciones gravadas:

- a) ventas en el país de bienes muebles;
- b) prestación o utilización de servicios;
- c) actividades clasificadas como construcción en la Clasificación Internacional Industrial Uniforme contratos de construcción;
- d) venta primera de inmuebles que realicen los constructores de los mismos; y
- e) importación de bienes.

4.5.3. Cuestiones pendientes

Aún cuando el tratamiento tributario de las rentas generadas por los fideicomisos está expresamente determinado en el IR, las demás implicaciones tributarias que el fideicomiso despliega en otros impuestos, como el IA, Impuesto Predial (IP), ITAN, IGV, no quedan completamente

⁴²⁵ Art. 13 y 56 de la LIGVISC.

El fideicomiso en Perú

definidas por la ausencia de disposiciones explícitas que indiquen el gravamen o no de tales impuestos.

Resulta necesario que la normativa tributaria explícitamente determine: a) la afectación o no del IA sobre las transferencias de bienes inmuebles operadas en fideicomiso, excepto para la municipalidad de Lima la cual tiene aclarado este punto en el oficio N° 001-090-000, de 13 de agosto de 2008; b) el gravamen o no del IP a las transferencias fiduciarias de propiedades o predios rústicos; c) si, a efectos del IGV, la transferencia en dominio fiduciario de bienes muebles es considerada como venta; d) si el patrimonio autónomo del fideicomiso es sujeto pasivo del ITAN.

Otra de las interrogantes que se plantea en el panorama tributario del fideicomiso, es lo referente a si el tratamiento aplicable a los fideicomisos privados es aplicable también a los fideicomisos públicos, dado que la normativa solo refiere a los fideicomisos de carácter privado, sin enunciar a los fideicomisos de carácter público, donde el Estado interviene como fideicomitente.

5. Tratamiento tributario aplicable a los fondos de inversión

Como se ha podido observar en la exposición del régimen tributario aplicable a los fideicomisos bancarios y sus diferentes modalidades, este se estructuraba en relación con los diferentes tributos, en el caso de los fondos de inversión, por cuestiones metodológicas, analizaremos la fiscalidad dividiendo la exposición según se trate del fondo o de los partícipes.

a) De la constitución del fondo de inversión

Las transferencias de bienes operadas al fondo no se encuentran alcanzadas por el hecho generador del IA, porque estas transferencias no se realizan en los términos de una transferencia de propiedad que regula el CCvP, donde la transferencia de la propiedad se efectúa con carácter definitivo y a cambio de un precio, sino a tipo fiduciario, lo cual implica que la transferencia del bien es de carácter temporal y a la extinción del patrimonio del fondo los bienes serán devueltos a los partícipes del fondo.

b) De las rentas derivadas de las participaciones

En virtud a que el patrimonio del fondo de inversión opera en el tráfico jurídico económico como un verdadero ente dotado de una autonomía patrimonial, dicho ente obtiene ganancias de capital a favor de los miembros que tienen su participación en el fondo que se encuentran gravada por el IR, en virtud a que las ganancias capital constituyen una de las clases de rentas en las que IR tiene incidencia.

Estas ganancias de capital, dependiendo de la naturaleza de las actividades que las generen, son consideradas como rentas de segunda categoría, por un lado, y como rentas de tercera categoría, por otro.

De conformidad con el artículo 24, inc. h), del LIR, las ganancias de capital se consideran como rentas de segunda categoría cuando provengan de la venta, redención o rescate de valores mobiliarios emitidos en nombre del fondo.

Serán consideradas como rentas de tercera categoría solo cuando el fondo sea de inversión empresarial. Para ello se entiende por fondo de inversión empresarial, al fondo que realiza parcial o totalmente inversiones el negocios inmobiliarios o cualquier actividad económica que genere rentas de tercera categoría, tales como: comercio, industria, minería, explotación agropecuaria o pesquera, explotación de recursos naturales, prestación de servicios, transportes, comunicaciones, construcciones, entre otros⁴²⁶.

La obligación del pago del IR recaerá en los partícipes o inversionistas, no obstante a la sociedad administradora del fondo de inversión le corresponde retener al cierre de ejercicio las correspondientes tasas del IR⁴²⁷.

Retendrá el 4.1%, cuando pague utilidades o dividendos a poseedores de los valores no domiciliados en el país que sean personas naturales o sucesiones indivisas.

⁴²⁶ Arts. 14-A y 28, inc. j), del LIR

⁴²⁷ Art. 71, inc. e), y Art. 73-A del LIR. Las sumas retenidas deberá abonarlas al fisco dentro de los plazos previstos para las obligaciones de periodicidad mensual.

El fideicomiso en Perú

Retendrá el 5% de la ganancia de capital neta obtenida por la enajenación de valores y acciones a favor de una persona natural domiciliada, cuando la venta se haya efectuado dentro del país. Si fuese realizado fuera del país, la tasa será del 15%⁴²⁸. Cuando la ganancia capital sea a favor de una persona natural no domiciliada, la tasa será del 30% si la venta se hubiere realizado dentro del país, de lo contrario la tasa será el 5%.

También retendrá el 30% de la ganancia capital obtenida por la enajenación de valores y acciones a favor de una persona jurídica domiciliada, tanto si la venta se realiza dentro como fuera del país. De ser una persona jurídica no domiciliada, la tasa de retención de la ganancia capital derivada de la venta de valores y acciones será del 30% siempre que la operación de venta se haya realizado dentro del país, si la venta se realiza fuera del país la tasa de retención será del 5%.

A estos efectos se presume que la operación ha sido realizada dentro del país cuando las acciones se encuentren registradas en el Registro Público de Acciones de la Bolsa de Valores y su transferencia se ha negociado a través de un mecanismo centralizado de negociación en el Perú. Por el contrario, se presume que la operación con valores ha sido realizada fuera del país, cuando los valores no se encuentran inscritos en el RPMV, o que encontrándose inscritos, son negociados fuera de un mecanismo centralizado de negociación en el Perú, es decir, la bolsa peruana.

Bajo este contexto, la ganancia de capital neta gravable se determina deduciendo del valor de mercado, mismo que no puede ser inferior al valor patrimonial de las acciones objeto de transferencia su costo de adquisición respaldado por el Certificado de Recuperación del Capital Invertido (CRCI) emitido por la autoridad administrativa antes de que se realice cualquier pago por la transferencia.

c) Del fondo de inversión

⁴²⁸ Art. 39-A del Reglamento del LIR.

Tesis Doctoral

Los impuestos que gravan propiamente al fondo son el ITAN y el ITF. En el primer impuesto, que grava los activos netos resultantes en el balance general a 31 de diciembre del ejercicio gravable de los generadores de rentas de tercera categoría, el fondo de inversión está gravado por este impuesto en virtud a que el hecho imponible grava el patrimonio del fondo teniendo en cuenta como manifestación de la capacidad a los activos netos que conforman el patrimonio. Consecuentemente, el patrimonio del fondo pagará tal impuesto cuando del desarrollo de actividades comerciales, industriales, explotaciones económicas, genere rentas de tercera categoría.

La base imponible estará constituida por el valor de los activos netos consignados a 31 de diciembre del ejercicio anterior al que corresponda el pago. La tasa de gravamen será del 0% si el valor total de los activos netos no superan la suma de un millón de nuevos soles (S/. 1.000,000), cuando el valor total supere el S/. 1.000,000 la tasa de gravamen será del 0.4%.

En el segundo impuesto, es decir el ITF, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13, inc. b), del D.L. 939/2003, el fondo de inversión estará gravado por el ITF cuando llevando contabilidad independiente realice durante el desarrollo de su actividad alguna de las operaciones que a continuación se detallan:

- a) pagos o transferencias en los que no se utilice la modalidad de cuenta abierta;
- b) adquiera cheques de gerencia, certificados bancarios, cheques de viajero u otros instrumentos financieros, en los que no se utilice cuentas abiertas en entidades del sistema financiero;
- c) sea beneficiario de la recaudación o cobranza, u ordenen transferencias, efectuadas por sus mandatarios en su nombre, así como las operaciones de pago realizadas por terceros a su nombre;
- d) ordene las transferencias o envíos de dinero sin utilizar las cuentas de débito o crédito abiertas en las instituciones del sistema financiero;
- e) organice el sistema de pagos sin la intervención de una entidad del sistema financiero;

El fideicomiso en Perú

- f) realice pagos de más del 15% de las obligaciones propias de las generadoras de renta empresarial;
- g) reciba pagos o fondos provenientes de colocaciones de fondos y de pagos a establecimientos afiliados a tarjetas de crédito, débito o minoristas.

A tal efecto, la base imponible del impuesto estará constituido por el valor de la operación realizada, a la cual se aplicará la tasa del 0.05% sobre cada depósito y cada retiro efectuado desde la cuenta bancaria⁴²⁹. Tal pago, por determinación del artículo 16 del D.L. 939/2003, podrá ser deducible en el IR a efectos de determinar la renta neta atribuible a los partícipes.

6. Análisis tributario de las Comisiones de Confianza

El régimen tributario aplicable a las comisiones de confianza diverge del correspondiente a los fideicomisos, debido a que estas operaciones son distintas del fideicomiso, a pesar de compartir algunos elementos similares.

En el punto referido a estas operaciones ya se ha señalado que las comisiones de confianza se distinguen principalmente del fideicomiso en tanto que en ellas no se efectúa la transferencia del dominio de los bienes o derechos.

De forma que al no existir la transmisión de bienes o derechos, dichos bienes quedan en poder de su propietario. Sin embargo, al delegar su administración al comisionista, éste último al cumplir las instrucciones también deberá atender el pago de los gastos, comisiones, y tributos que corresponda pagar por las actividades que desarrolle en nombre del comitente, quien es el contribuyente, a menos que en el contrato se establezca que el comitente se encargará de ir pagando los impuestos.

Por consiguiente, el comisionista dependiendo de las gestiones o actos que desarrolle el comisionista en nombre del comitente, pagará los impuestos

⁴²⁹ Art. 11 del D.L. 939/2003.

que corresponda a las actividades que desarrolle en cumplimiento de la comisión encomendada. Así por ejemplo pagará:

- a) IR, cuando de la administración de los bienes se obtenga rentas o utilidades a favor del comitente, en razón a que este impuesto grava, entre otras rentas, a las rentas provenientes del arrendamiento proveniente de predios, rústicos y urbanos o de bienes muebles. Igualmente, cuando se deriven rentas provenientes de portafolios de cartera (los cuales pueden estar constituidos por títulos valor, títulos de crédito, bonos, obligaciones hipotecarias, acciones, etc.), por cuanto el IR grava a las rentas obtenidas por la enajenación de acciones o participaciones representativas del capital de empresas o sociedades constituidas en el Perú⁴³⁰.
- b) IA, cuando en nombre del comitente transfiera bienes a un tercero, puesto que el hecho generador de este impuesto grava la transferencia de propiedad de bienes inmuebles urbanos o rústicos, en su generalidad⁴³¹.
- c) ITF, cuando realice cualquiera de las operaciones financieras en moneda nacional o extranjera gravadas por el ITF, como ser: la acreditación o debito realizados en cualquier modalidad de cuentas abiertas en las empresas del sistema financiero, giros o envío de fondos, pagos y transferencias a favor de terceros, entre otros⁴³².
- d) Impuesto al Patrimonio Vehicular, cuando tenga bajo su administración vehículos, automóviles, camionetas, buses y ómnibuses, debido a que este impuesto grava la propiedad de los vehículos señalado, con carácter anual⁴³³.

7. Consideraciones finales

1. En el ordenamiento jurídico peruano, el fideicomiso fue introducido por la primera Ley General de Bancos de 1931, como una operación financiera

⁴³⁰ Art. 1 del LIR.

⁴³¹ Art. 21 del Texto Único Ordenado de la Ley de Tributación Municipal.

⁴³² Art. 9 del D.L. 939.

⁴³³ Art. 30 del Texto Único Ordenado de la Ley de Tributación Municipal.

El fideicomiso en Perú

que podían desarrollar los bancos. Esta ley constituye el antecedente normativo principal del fideicomiso en Perú.

2. Las modificaciones y actualizaciones que han recibido las principales fuentes legislativas del fideicomiso (la LGSF y su respectiva reglamentación) han perfeccionado sus alcances y características propias de tal forma que pueda ser utilizado como cualquier otro contrato privado a cargo de las entidades bancarias.

3. En la actualidad, la LGSF concibe el fideicomiso como un negocio jurídico en virtud del cual el fideicomitente encarga a un fiduciario la realización de una finalidad específica, en favor de uno o más beneficiarios, transfiriéndole para ello la propiedad de determinados bienes o derechos.

Las características básicas del fideicomiso por tanto son: a) un acto real de transmisión de la propiedad de los bienes; b) un acto relación obligacional, en virtud del cual el fiduciario está sujeto a administrar y disponer de los bienes en función de la finalidad del fideicomiso y conforme a lo pactado en el contrato; y c) la constitución del patrimonio autónomo.

4. El mayor atractivo del fideicomiso reside en la constitución del patrimonio autónomo, en tanto que dicho patrimonio permanece afectado exclusivamente a la consecución de la finalidad del fideicomiso y por lo mismo no puede ser afectado para satisfacer obligaciones que son ajenas a las del fideicomiso ni obligaciones de terceros acreedores de las partes.

5. Desde un punto de vista práctico, el fideicomiso viene a ser un mecanismo seguro, transparente, flexible y apto para hacer realidad cualquier finalidad o propósito que los particulares deseen alcanzar a través de su constitución. El límite de la finalidad del fideicomiso es que ésta sea lícita y posible de realizar.

6. El fideicomiso de titulización destaca matices particulares respecto los otros tipos de fideicomiso que tienen aplicación en Perú, en tanto que a través de este fideicomiso se estructura procesos de titulización. Así, las empresas que cuentan con activos titulizables (activos ilíquidos o de lenta

rotación) pueden desprenderse de ellos para aumentar su liquidez a través de la titulización.

El empleo de esta clase de fideicomiso está siendo más requerido tanto en el sector privado como en el sector público para obtener liquidez inmediata, debido a que la LMVP acoge distintas alternativas de procesos de titulización y simplifica los trámites y procedimientos para hacer más factible la captación de inversionistas nacionales y extranjeros.

7. Los fondos de inversión son concebidos también bajo un régimen fiduciario. Los elementos comunes que ostenta el fondo de inversión con el fideicomiso estriba en que: a) los bienes o derechos transferidos al fondo constituyen también un patrimonio autónomo afectado para la realización de una finalidad específica y aislada de las acciones de terceros como garantía para los inversores; y b) la sociedad administradora gestiona el fondo asumiendo el rol de fiduciario.

Ello demuestra que la regulación de los fondos de inversión constituye una construcción legal avanzada de la concepción misma del fideicomiso, el cual ha sido perfeccionado con el transcurrir del tiempo, de tal forma que partiendo de su esquema tradicional se han gestado distintas categorías de especies fiduciarias.

8. La comisión de confianza, como acto por el cual se encarga a una entidad financiera la gestión de bienes o derechos y otros encargos, se diferencia del fideicomiso, principalmente, porque en ella no es requisito efectuar la transferencia de la propiedad de bienes o derechos al comitente.

Esta diferencia entre el fideicomiso y la comisión de confianza tiene importancia no sólo en el ámbito de la práctica de estas operaciones, sino también en el régimen tributario de las operaciones realizadas en comisión de confianza ya que en función de la actividad que se desarrollen a través de ellas los impuestos pueden tener mayor incidencia.

9. Desde el terreno impositivo, es evidente que el legislador se ha propuesto otorgar mayor claridad y precisión al régimen tributario que asiste a estos

El fideicomiso en Perú

negocios. Con la finalidad de evitar que la utilización del fideicomiso sea como un medio para evadir el pago de impuestos, reconoce que el fideicomiso, aún siendo considerado como un ente carente de personalidad jurídica según el derecho privado, es un ente susceptible de imposición.

En tal sentido, el LIR desarrolla su régimen tributario estableciendo el gravamen de las rentas provenientes de patrimonios autónomos cuando tales patrimonios generen rentas de segunda categoría, aquellas que no provienen del desarrollo de un negocio, y rentas de tercera categoría, aquellas que provienen del desarrollo de un negocio o empresa.

La amplia gama de las implicaciones tributarias que tiene el fideicomiso da forma a los supuestos en los que se entiende que, a efectos del Impuesto a la Renta, que hay una enajenación de los bienes en los casos en que se produce el retorno de los bienes a un tercero y no al fideicomitente, como cuando no se produce el retorno de los bienes a la extinción del patrimonio. Obviamente estas precisiones resultan de bastante utilidad a la hora de determinar el alcance o no del impuesto en cada caso concreto.

10. A pesar que en la actualidad la Ley del Impuesto a la Renta destaca mayor claridad sobre el tratamiento tributario de las rentas derivadas del fideicomiso, es evidente que esta situación no es la misma en las leyes reguladoras del Impuesto de Alcabala, Impuesto Temporal a los Activos Netos, Impuesto General a las Ventas, y el Impuesto Predial. En estas leyes todavía persiste una ausencia sobre la afectación o no del impuesto al patrimonio del fideicomiso.

La falta de preceptos que expresamente establezcan la afectación de estos impuestos sobre el fideicomiso no permite determinar con exactitud si están o no gravados por los mismos. Esta situación no sólo se proyecta para los fideicomisos de carácter privado, también lo es para los fideicomisos de carácter público, ya que prácticamente es en ellos donde mayores incertidumbres se plantean.

CAPÍTULO IV

LA FIDUCIA MERCANTIL EN COLOMBIA

1. La fiducia mercantil y su estructura general

1.1. Introducción

En Colombia, la actividad fiduciaria se inició con los «encargos de confianza» que la Ley 45, de 19 de julio de 1923, de Establecimientos Bancarios acogió en los artículos 105 al 111, como el acto por el cual se encomienda al banco, con la entrega o no de bienes, la realización de un fin específico, en beneficio constituyente o de un tercero⁴³⁴.

Cuarenta y ocho años más adelante, ante la escasez de las disposiciones de la Ley 45/1923 para regular las secciones fiduciarias de los bancos⁴³⁵, el legislador colombiano, sin perjuicio de los encargos de confianza, introdujo formalmente la fiducia mercantil en el Código de Comercio de 1971 estableciéndolo desde aquél momento, como el negocio jurídico por el cual

⁴³⁴ Aunque la ley no lo decía expresamente, la confianza era un factor determinante en la celebración del contrato de comisión de confianza porque imponía un deber de diligencia y cuidado en el interés gestionado, de forma que el manejo de los bienes por parte del banco debía ser de la mejor manera posible para cumplir plenamente con el encargo.

⁴³⁵ A pesar de las modificaciones que recibió la Ley 45/1923 por parte de los miembros de la Misión Kemmerer durante su primer (1923) y segundo (1930) viaje a Colombia para organizar la banca (en los siguientes aspectos: creación de una banca central; creación de un organismo de vigilancia del Estado; organización de las funciones de los establecimientos bancarios; y creación de las funciones que deben cumplir otra clase de bancos, como los hipotecarios y las secciones de ahorro y fiduciarias), dicha ley limitaba un mayor desarrollo de las comisiones de confianza porque sus disposiciones resultaron siendo muy generales. Según Casas Sanz, esta circunstancia se produjo a raíz de los errores cometidos en la traducción del proyecto, lo que a la larga tuvo una influencia decisiva para que la actividad fiduciaria de los bancos quedara encerrada dentro de unos límites demasiado estrechos, siendo consecuentemente la causa para el desuso de dicho contrato. CASAS SANZ DE SANTAMARÍA, Eduardo: *Del trust anglosajón a la fiducia en Colombia*, 3ª Ed., Ed. Temis, Bogotá, 2004, p. 24.

Sobre el trabajo que la Misión Kemmerer realizó sobre la reforma bancaria de Colombia puede verse: BARBOSA, Luis G, y CASTAÑO, Marlene: *Contratos Bancarios*, Ed. Temis, Bogotá, 1978, pp. 37-39; MALAGON PINZON, Miguel: *Teoría de la organización administrativa colombiana: una visión jurídico administrativa*, Ed. Universidad del Rosario, Bogotá, 2005, pp. 22-29; GAVIRIA-CADAVID, Fernando: *Moneda, Banca y Teoría Monetaria*, 7ª Ed., Fundación Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, Bogotá, 2006, pp. 100- 103.

La fiducia mercantil en Colombia

se transfieren bienes a una entidad financiera para que con ellos realice un fin específico, en provecho de uno o más beneficiarios.

Fue hasta finales de 1990 que los bancos gestionaban tanto fiducias mercantiles como encargos de confianza ya que la Ley 45 de 18 de diciembre de 1990 dispuso el desmonte de las secciones fiduciarias. En 1993, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero volvió a incorporar los encargos fiduciarios, reservando su gestión a las sociedades fiduciarias⁴³⁶.

Es de destacar que en el ordenamiento colombiano la fiducia mercantil desde su nacimiento a la vida jurídica ha ido adquiriendo una utilización progresiva dentro del ámbito bancario y comercial del país.

En el 2009, Colombia llegó a situarse entre los primeros países latinoamericanos (México, Argentina, y Ecuador) con mayor volumen de negocios fiduciarios⁴³⁷. Los resultados del 2010 fueron también significativos, pues sólo hasta octubre de ese mismo año las cifras manejadas en patrimonios fiduciarios alcanzaron un total de \$u\$ 90.510 millones de dólares americanos⁴³⁸.

Se puede decir que el desarrollo de la fiducia se debe, en primer término, a la actualidad de las disposiciones que regulan la institución, puesto que se han incorporado nuevos preceptos que han regulado aquellos aspectos que resultaban necesarios reglamentar por el crecimiento de los negocios fiduciarios.

⁴³⁶ De acuerdo con el artículo 29.b, del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, las sociedades fiduciarias están autorizadas para celebrar “encargos fiduciarios que tengan por objeto la realización de inversiones, la administración de bienes o la ejecución de actividades relacionadas con el otorgamiento de garantías por terceros para asegurar el cumplimiento de obligaciones, la administración o vigilancia de los bienes sobre los que recaigan las garantías y la realización de las mismas, con sujeción a las restricciones que la ley establece”.

⁴³⁷ MANA, Guillermo G. y RICOTTO, Lorena: “Instrumentos financieros para el desarrollo. El Fideicomiso: Una visión general”, *Revista virtual de la Facultad de Ciencias Económicas*, Universidad Nacional del Río Cuarto, p. 12. [Fecha de consulta: 10 de enero de 2011]. Disponible en: «<http://www.eco.unrc.edu.ar>».

⁴³⁸ Según los datos de la Asociación de Fiduciarias. [Fecha de consulta: 15 de enero de 2011]. Disponible en: «<http://www.asofiduciarias.org.com/Estadisticas>».

En segundo término, a la flexibilidad de la fiducia para acomodarse a las necesidades y expectativas de las personas y a su capacidad para responder de forma segura al cumplimiento de múltiples negocios ya que el patrimonio autónomo de la fiducia queda afectado solo y únicamente para la ejecución de su finalidad, sin que pueda ser objeto de medidas o acciones de terceros acreedores.

Y, en tercer término, a la especialidad que tienen las entidades financieras en la gestión de negocios de esta naturaleza. La creatividad de diseño y estructuración del negocio fiduciario para su aplicación en cada área del sector económico cada vez más ha ido ampliando la gama de servicios fiduciarios, haciendo que éste contrato sea conocido en el tráfico jurídico⁴³⁹.

Actualmente, es la actividad que mayor dinamismo registra en cuanto al número de entidades, el monto de operaciones, diversificación de productos y servicios, y crecimiento en conjunto de un sector que también contribuyó a modificar los sistemas de ahorro, inversión y financiación⁴⁴⁰.

Antes de estar en condiciones de abordar de lleno el análisis jurídico de la fiducia mercantil consideramos necesario acentuar dos cuestiones básicas de esta institución, que permitirán al lector constatar, por un lado, la influencia que ha ejercido el derecho comparado en la regulación de esta institución y, por otro, la amplia articulación de normas que regulan con especificidad la fiducia mercantil.

a) Influencia del *trust* anglosajón

⁴³⁹ El conocimiento que en Colombia se tiene de la fiducia mercantil indudablemente ha jugado un papel importante en el desarrollo de estos negocios. Porrás Zamora al explicar el desarrollo del fideicomiso en México, Colombia, Argentina, y Perú, puntualiza que tal desarrollo fue posible gracias a la iniciativa y la habilidad del fiduciario para administrar este instrumento y ponerlo al servicio de las personas y los negocios, convirtiéndose en un gestor profesional para transacciones de terceros. PORRAS ZAMORA, Jorge: “Entrevista sobre el crecimiento del fideicomiso en Latinoamérica”, *Revista Mundo Fiduciario*. [Fecha de consulta: 17 de enero de 2011]. Disponible en: «<http://www.mundofiduciario.com/index.php>».

⁴⁴⁰ HOYOS RAMIREZ, Liliana: “Fiducia Mercantil”, Helisa, 27 de agosto de 2008, Colombia. [Fecha de consulta: 17 de enero de 2011]. Disponible en: «<http://www.gerencie.com/fiducia-mercantil.html>».

La fiducia mercantil en Colombia

Un aspecto representativo que desde la incorporación de la fiducia y con posterioridad se sigue reconociendo en la doctrina es la influencia que ha recibido la fiducia de la figura del *trust* anglosajón, puesto que al momento de incorporar la fiducia mercantil los juristas nacionales tomaron como base las legislaciones de México y Panamá; países donde procedieron a adaptar el *trust* para instituir una nueva institución que hiciera posible obtener funciones similares⁴⁴¹.

Cuando se trata de explicar los motivos o las causas que impulsaron la institución de la fiducia mercantil en el ordenamiento jurídico se pone de manifiesto, de forma unánime, que la introducción de la fiducia se debe a la influencia y trascendencia que el *trust* ejerció en Estados Unidos e Inglaterra por su vinculación al campo financiero, industrial, y comercial. Así, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia de junio 24 de 1953, reconoció la influencia de la figura anglosajona, en los siguientes términos:

“La *fiducia* americana fue tomada del *trust* inglés, y en Estados Unidos la institución ha alcanzado un desarrollo extraordinario, por la flexibilidad de sus normas que permiten aplicar el mecanismo a los grandes y a los pequeños negocios [...]. Era natural que estas normas americanas encontraran sitio en nuestra legislación”⁴⁴².

⁴⁴¹ En línea con los fundamentos que hemos expuesto en el capítulo I de la primera parte de este estudio, los autores nacionales ponderan que ha sido en estos países, donde tras observar la experiencia positiva del *trust* en Estados Unidos procedieron a adaptarlo restringidamente para instituir una nueva institución que hiciera posible obtener similares funcionalidades, dando lugar así al fideicomiso latinoamericano, el cual progresivamente fue siendo adoptado por una mayoría de los países de Latinoamérica quienes, al igual que Colombia, siguieron como punto de referencia al ordenamiento mexicano y panameño.

⁴⁴² RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio: “*Negocios fiduciarios...*”, *ob. cit.*, p. 57.

Cabe destacar que además de la sentencia de junio 24 de 1953, en sentencia de marzo 26 de 1957, Tomo LXXXIV, p. 385, el tribunal superior prosiguió destacando que en el país los negocios fiduciarios tipo *trust* norteamericano podían ser celebrados por los bancos autorizados. Así expuso el siguiente argumento: “*Tal como ocurre en Inglaterra y en los Estados Unidos de América con la institución jurídica denominada ‘trust’ que cubre negocios de significación por el volumen de los capitales sujetos a tal administración y la seriedad de las compañías dedicadas a esas operaciones. En nuestro derecho tiene aplicación en los casos que reglamenta el Código Civil en su libro 2º, título 80, que trata de la propiedad fiduciaria. Negocios fiduciarios del tipo del ‘trust’ norteamericano pueden celebrar en Colombia los bancos autorizados por la Superintendencia Bancaria para operar con secciones fiduciarias,*

Tesis Doctoral

Siguiendo la misma línea, cinco años más tarde, la propia exposición de motivos del Proyecto del Código de Comercio de 1958 hizo constar que el acomodamiento del *trust* en el sistema jurídico colombiano es especial, debido a las características propias que subyacen en tal institución. Para ello, recogió la siguiente declaración:

“Las grandes ventajas, que especialmente en el campo comercial y bancario, ha reportado el *trust*, han hecho que su práctica se extienda, no sólo en aquellos países de mentalidad anglosajona sino también en países como el nuestro, cuyo derecho es de origen netamente latino y en los cuales la adopción de instituciones foráneas supone ciertamente un acomodamiento especial”⁴⁴³.

A la luz de estos argumentos, que con nitidez exponen el influjo que ha recibido la institución de la fiducia mercantil por parte del *trust*, es evidente que tal influencia no ha condicionado, de ningún modo, el alcance jurídico e independencia que el Derecho colombiano ha atribuido a esta institución legal.

La denominación de «fiducia mercantil», por otro lado, permitiría constatar que el ordenamiento jurídico colombiano, al ser de tradición romanista, no deja de poner la mirada en las instituciones más remotas del Derecho romano, razón por la que ha optado por acuñar el título de *fiducia* a un contrato que, en cierta medida, guarda proximidad con la antigua figura *fiducia* romana⁴⁴⁴.

Respalda lo señalado, la pronunciación que la Corte Suprema de Justicia expuso en la sentencia de 14 de febrero de 2006 sobre la fiducia mercantil que “aunque en general la fiducia que regula el Código de Comercio, hunde

en virtud de la Ley 45/1923”. Para mayor profundidad del tema ver: RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio: “Negocios fiduciarios...”, *ob. cit.*, pp. 58 y ss.

Al presente, la Corte Suprema de Justicia continua destacando la influencia del *trust* en la fiducia mercantil, así en sentencia de 14 de febrero de 2006, pone de relieve “el claro propósito del legislador comercial de introducir los efectos del *trust* anglosajón en el país”.

⁴⁴³ RENGIFO GARCÍA, Ernesto: *La fiducia mercantil y pública en Colombia*, 2ª Ed., Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, p. 36.

⁴⁴⁴ Vid. *infra*. Capítulo 1, apartado 1.

La fiducia mercantil en Colombia

sus raíces en el “*trust*” anglosajón, como se acotó, es útil señalar que el concepto de fiducia –*lato sensu*– no es, en todo caso, completamente extraño al derecho romano”.

b) Normativa

Las disposiciones que regulan la fiducia mercantil actualmente se encuentran preceptuadas en distintos cuerpos legales.

Las disposiciones principales lo encontramos en el Código de Comercio de Colombia (CCC) de 1971, aprobado por el Decreto 410, de 27 de marzo; el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (EOSF), aprobado por el Decreto 663, de 2 de abril de 1993⁴⁴⁵; la Circular Externa N° 046 de septiembre de 2008 (CE); la Circular Básica Contable y Financiera (CBCF), sancionada por la Circular Externa 100 de 1995; y el Decreto 2894, de 31 de julio de 2007, por el que se regula el proceso de liquidación de los negocios fiduciarios de las sociedades fiduciarias en liquidación.

El CCC establece el marco legal del contrato en los artículos 1226 a 1244, del Título XI, del Libro Cuarto, donde determina los parámetros generales de la constitución, forma legal, requisitos, condiciones, alcance y efectos de la fiducia mercantil, así como los criterios generales que las entidades bancarias y las personas deben tener en cuenta al instituir las operaciones fiduciarias.

Por su parte, el EOSF complementa la regulación dada por el CCC, dedicando los artículos 29 y ss. del Capítulo VII, de la Parte II, a la regulación de la autorización y funcionamiento de las sociedades fiduciarias, las reglas principales para el control del desarrollo de las actividades fiduciarias, manejados por las sociedades fiduciarias y las entidades financieras sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia (SFC).

⁴⁴⁵ Modificado últimamente por la Ley 1328, de 15 de julio de 2009.

La CE y CBCF, en concordancia con el CCC y el EOSF, implementan nuevas disposiciones reguladoras de los negocios fiduciarios en general. La CE recoge en el Título V las disposiciones especiales para las operaciones de las sociedades fiduciarias, almacenes generales de depósito y fondos ganaderos. La CBCF establece en su capítulo XV las instrucciones relativas a la determinación y contabilización del proceso de titularización de cartera de créditos.

A la regulación de los compilados señalados se anexan otras disposiciones que, por razones de especificidad, regulan a determinadas fiducias, tal es el caso de la fiducia mercantil de titularización, regulado en la Ley 35, de 5 de enero de 2005; la fiducia pública y los encargos fiduciarios públicos, regulados en la Ley 80 de 28 de octubre de 1993, reglamentado por el Decreto 2681/1993, Decreto 679/1994, y Decreto 1550/1995; y los fondos de inversión inmobiliaria, regulados por la Ley 820, de 10 de julio de 2003, reglamentado por el Decreto 1877, de 8 de junio de 2004.

1.2. Concepto

El concepto de fiducia mercantil lo encontramos en el artículo 1226 del CCC, que la define como el «negocio jurídico en virtud del cual el fiduciante, transfiere uno o más bienes especificados al fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercer beneficiario».

Se trata, como se puede observar, de un concepto amplio y funcional, que manifiesta que la fiducia mercantil es una forma contractual de la que disponen los particulares para obtener mediante su aplicación los resultados que se proponen conseguir, donde la declaración de voluntad es el fundamento principal del negocio y que para su eficacia necesita de otros requisitos, como la transferencia de los bienes.

Así, la constitución de la fiducia comienza con la transferencia de la propiedad de los bienes del fiduciante al fiduciario para que adquiriendo éste último la titularidad de los bienes cumpla la finalidad establecida en el contrato de la fiducia en favor del beneficiario; donde el proceso de la

La fiducia mercantil en Colombia

realización de la finalidad del negocio se ve acompañado del cumplimiento de obligaciones específicas por parte del fiduciante, del fiduciario y del fideicomisario, dado que están compelidos a realizarlos por haberlo convenido así en el contrato.

Este concepto evidencia asimismo la flexibilidad de la que goza la fiducia para ser adaptada a la consecución de los más variados propósitos que las partes desean alcanzar. De ahí que partiendo de su esquema se han estructurado distintos tipos de fiducia, tales como la fiducia de inversión, fiducia de administración, fiducia en garantía, fiducia testamentaria, fiducia inmobiliaria, fiducia de titularización.

En atención a estas características algunos autores⁴⁴⁶ han definido a la fiducia mercantil, como una institución orientada hacia la administración y protección del patrimonio del fiduciante, para el desarrollo de operaciones de manejo patrimonial.

Por nuestra parte podemos afirmar que la fiducia mercantil constituye el instrumento jurídico financiero propicio para la gestión de patrimonios, así como para la creación de estructuras de inversión que permitan financiar obras, alcanzar objetivos tanto de carácter privado como público.

1.3. Características

Considerando las disposiciones reguladoras de la fiducia mercantil podemos decir que este contrato reviste los siguientes caracteres generales:

a) Típico. En virtud a que el CCC, en concordancia con las normas de la CE, el EOSF, y demás normas complementarias, contempla una regulación expresa para este contrato.

⁴⁴⁶ LORENZETTI, Ricardo Luis: *Tratado de los Contratos*, Tomo III, Ed. Rubinzal y Culzoni, Buenos Aires, 2006, p. 296; SIMÓN MORENO, Héctor: "El fideicomiso en Colombia", en URQUIZU CAVALLÉ, Ángel (Dir.), *El Fideicomiso en Latinoamérica. Integración jurídico-financiera*, Ed. Marcial Pons (Madrid, Barcelona, Buenos Aires), 2010, p. 126.

Tesis Doctoral

b) Consensual. Dado que el contrato se perfecciona desde que las partes manifiestan recíprocamente su consentimiento. El acuerdo consensual del fiduciante y del fiduciario, voluntad negocial dirigida a la obtención de los efectos del negocio, determina el desarrollo y conclusión de la fiducia, conforme a lo estipulado en el contrato y en sujeción de la normativa.

c) De finalidad específica. La fiducia mercantil se constituye para la realización, obtención o cumplimiento de un fin o propósito determinado, en provecho del fiduciante o de un tercer beneficiario que el fiduciante designa en el acto de constitución. La elección de tal finalidad queda dejada a la libre decisión y elección del fiduciante, siempre que sea posible de realizar, no sea secreta ni contraria a las normas legales⁴⁴⁷.

d) Formal. Debido a que el contrato adquiere plena eficacia con la elevación a escritura pública del documento que instrumenta la fiducia mercantil⁴⁴⁸.

e) *Intuitu personae*. La fiducia se celebra tomando en consideración a la sociedad fiduciaria, quien no puede ser sino una sociedad constituida bajo los requisitos generales de todo ente social de derecho mercantil y de los requisitos especiales consagrados por normas de orden público económico, cuya aplicación corresponde a la SFC⁴⁴⁹. De forma que la función del fiduciario no puede ser realizado por cualquier persona, sino que ésta tendrá ciertas cualidades objetivas, además de capacidad técnica en el manejo y administración de fiducias mercantiles.

f) Es un negocio de confianza. Destaca la confianza en el contrato de fiducia mercantil en virtud a que el fiduciante encomienda la realización de un determinado fin al fiduciario confiando en su profesionalidad sobre la gestión de este tipo de negocios y que la administración de los bienes transferidos ha de ser realizado en estricta sujeción al logro de esa finalidad. Básicamente se trata de una confianza de doble vía, la primera, del fiduciante hacia la fiduciaria y, la segunda, del fiduciario hacia el

⁴⁴⁷ Art. 1230 del CCC.

⁴⁴⁸ Art. 1228 del CCC.

⁴⁴⁹ RENGIFO GARCÍA, Ernesto: *ob. cit.*, p. 64.

La fiducia mercantil en Colombia

fiduciante. El fiduciante, como cliente, asume el riesgo del negocio en las condiciones de buena fe, confiando en que no va a ser maltratado ni económica ni jurídicamente.

g) Esencialmente remunerado. A tenor de la disposición del artículo 1237 del CCC que dispone que «todo negocio fiduciario será remunerado conforme a las tarifas que al efecto expida la Superintendencia Bancaria». El fiduciante debe pagar al fiduciario una remuneración por los servicios que presta a la gestión de la fiducia mercantil.

h) De carácter temporal. Debido a que la constitución de la fiducia se mantiene vigente durante el periodo de tiempo para el que se ha sido constituido. El término de duración no podrá ser superior a 20 años, a menos que se trate de fiducias constituidos a favor del incapaces y de entidades de beneficencia pública⁴⁵⁰.

1.4. Naturaleza Jurídica

En el sistema jurídico colombiano la fiducia mercantil pertenece al género de los negocios fiduciarios que, conforme a la CE, comprenden aquellos actos de confianza en virtud de los cuales una persona entrega a otra uno o más bienes transfiriéndole o no la propiedad de los mismos, con el propósito de que ésta cumpla con ellos una finalidad específica, bien sea en beneficio del fideicomitente o de un tercero.

Bajo este contexto, el CCC proporciona a la fiducia mercantil elementos particulares que vienen centrados en dos actos principales: un acto de carácter real, y otro acto de carácter obligacional.

El primer acto de carácter real, conforme al artículo 1226 del CCC, implica que el fiduciante en virtud de la fiducia debe transferir la propiedad de uno o más bienes o derechos al fiduciario, para que con ellos éste cumpla la finalidad que el fiduciante establezca en el contrato para su beneficio o para beneficio de uno o varios beneficiarios.

⁴⁵⁰ Art. 1230 del CCC.

La transferencia que opera el fiduciante al fiduciario surge como una condición legal necesaria para la validez de la fiducia mercantil, no como condición en el sentido del concepto de condición negocial⁴⁵¹. Esta característica es esencial y propia de la fiducia mercantil, le diferencia de otros contratos por los que también es posible encomendar a un tercero la realización de una finalidad determinada, tal es el caso del mandato, o bien el encargo fiduciario⁴⁵², sin necesidad de transferir la propiedad del bien.

El segundo acto de carácter obligacional, que está estrechamente entrelazado con el primero, conlleva a que esa transferencia a título de dominio fiduciario de los bienes o derechos se vea delimitada hacia el cumplimiento de la finalidad de la fiducia⁴⁵³, de tal manera que el poder de disposición que tiene el fiduciario sobre el patrimonio sea ejercitado en función y para la consecución del propósito perseguido por las partes. Por esta razón, tanto el contrato como las normas reguladoras de la institución, obligan al fiduciario efectuar los actos expresamente indicados en el contrato.

Vinculado a esta particularidad se encuentra otro de los elementos esenciales de la fiducia mercantil, cual es la constitución del patrimonio autónomo de la fiducia⁴⁵⁴. De acuerdo con el artículo 1233 del CCC, para todos los efectos legales, los bienes fideicomitidos se mantienen separados del patrimonio de las partes y de los activos que corresponda a otros

⁴⁵¹ FLUME, Werner: *El negocio jurídico*, 4ª Ed., Tomo II, traducido por José María Miquel González, Ed. Fundación Cultural del Notariado, España, 1998, p. 794.

⁴⁵² En este sentido destaca también Rengifo García, que el negocio jurídico de la fiducia se caracteriza por la transferencia efectiva del derecho de propiedad de manos del constituyente al fiduciario. RENGIFO GARCÍA, Ernesto: *ob. cit.*, p. 56.

⁴⁵³ Según Zabala Rodríguez, este carácter obligacional impone al fiduciario la obligación de reparar los perjuicios causados por su conducta desleal. Asimismo precisa este autor que, tiende a reservar la fiduciante una cierta influencia sobre la cosa transmitida por cuanto puede imponer al fiduciario utilizar su posición jurídica solo para ciertos y determinados fines y obligarle a la restitución del derecho del equivalente, y en caso de violación, al resarcimiento del daño. ZABALA RODRÍGUEZ, Carlos Juan: *Derecho de la Empresa*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1971, p. 175.

⁴⁵⁴ Así se destaca en las siguientes pronunciaciones: Concepto 2001074437-1, de 14 de febrero de 2002; Concepto 2006023810-001, de 26 de julio de 2006; Concepto 2009069756-001, de 21 de octubre de 2009; Concepto 80112-E35138, de 20 de mayo de 2010. Y en Sentencia de 14 de febrero de 2006, expediente 05001-3103-012-1999-1000-01.

La fiducia mercantil en Colombia

negocios fiduciarios, debido a que forman un patrimonio autónomo. Esta misma idea recoge el EOSF en su artículo 7, disponiendo que «toda sociedad fiduciaria que reciba fondos en fideicomiso deberá mantenerlos separados del activo de la entidad».

Consecuentemente, ni el fiduciante ni el beneficiario pueden disponer de los bienes que integran el patrimonio autónomo ya que tal patrimonio está afectado a la finalidad de la fiducia. Entre el fiduciario y el patrimonio autónomo, no obstante, se origina un derecho real de carácter especial que legitima al fiduciario, de forma limitada, a ejercer la titularidad del dominio de los bienes conforme a la finalidad de la fiducia.

1.5. Diferencia con figuras afines

Las características que posee la fiducia mercantil permiten diferenciar ésta institución respecto de otras figuras mercantiles que parecen tener cabida en sede, como son el encargo fiduciario y el mandato mercantil.

Por otra parte, es importante establecer también la diferencia de la fiducia mercantil respecto el fideicomiso que regula el Código Civil de Colombia (CCvC) de 1873, dado que la denominación de “fideicomiso” puede llevar a caer en el error de confundir a estas figuras, que en realidad no presenta semejanzas.

a) El encargo fiduciario

La CE define el encargo fiduciario como un acto de confianza por el cual una persona, constituyente, mediante la entrega de uno o más bienes determinados a otro, fiduciario, para que con ellos este último realice una determinada finalidad, en beneficio del constituyente o de una tercera persona⁴⁵⁵; la diferencia primordial del encargo fiduciario frente a la fiducia

⁴⁵⁵ En Colombia se distinguen dos tipos de encargos fiduciarios: los encargos fiduciarios públicos y los encargos fiduciarios privados. El encargo fiduciario público se diferencia del encargo fiduciario privado, en tanto que a éste último se aplican las disposiciones que regulan el contrato de fiducia mercantil y subsidiariamente las disposiciones del CCvC que regulan el contrato de mandato, en cuanto unas y otras sean compatibles con la naturaleza propia de estos negocios

mercantil estriba en que en él no se transfiere la propiedad de los bienes, ni se constituye un patrimonio autónomo, diferente del patrimonio de las partes, como ocurre en la fiducia mercantil.

b) El mandato mercantil

Sucede igualmente con la figura del mandato⁴⁵⁶. Mediante un contrato de mandato también puede encargarse a un tercero el manejo de patrimonios o la ejecución de actos de comercio por cuenta de otro. En la relación jurídica el elemento subjetivo de la confianza también influye significativamente porque impone un deber de fidelidad del mandatario en acometer la gestión encomendada⁴⁵⁷. Sin embargo, la fiducia mercantil se diferencia por las siguientes características:

- en ella se transfiere la propiedad de los bienes, en tanto que en el mandato no constituye un requisito indispensable;
- en la fiducia los bienes afectados constituyen un patrimonio autónomo, mientras que los bienes entregados en virtud del mandato permanecen en calidad de bienes comunes;
- el fiduciario es una sociedad fiduciaria especializada, por el contrario, el mandatario puede ser cualquier persona física o jurídica que designe el mandante;
- frente a terceros el fiduciario actúa como el propietario de los bienes, en tanto que el mandatario actúa en representación del mandante.

c) Fideicomiso civil

y no se opongan a las reglas especiales previstas en el EOSF (Art. 146.1 del EOSF, en concordancia con apartado 1.1.1 de la CE). Mientras la constitución y desarrollo del encargo fiduciario público se ejecuta en observancia del EGCP así como en atención a las normas vigentes sobre materia fiscal, presupuesto, interventoría, y de control a las cuales está sujeta la entidad estatal constituyente, sin perjuicio de la inspección y control de la SFC sobre el fiduciario.

⁴⁵⁶ Regulado en los Arts. 1262 al 1286 del CCC.

⁴⁵⁷ Walker De Tuler puntualiza en este entendido que el mandato comercial constituye una de las figuras idóneas para efectuar actos por otros frente a terceros. WALKER DE TULER, M. Cristina: *Contratos Bancarios. Segunda Parte*, Ed. Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 2005, p. 26.

La fiducia mercantil en Colombia

El CCvC instituye el fideicomiso⁴⁵⁸, denominado también como propiedad fiduciaria, como una figura fiduciaria de administración condicional, cuyo gravamen consiste en que la propiedad sobre un o más bienes ha de pasar a otra persona por el hecho de verificarse una condición⁴⁵⁹. Puede ser constituido mediante instrumento público o por acto testamentario⁴⁶⁰.

El proceso sería el siguiente: el constituyente y/o testador decide dejar la totalidad de sus bienes o una cuota determinada de ella, a cargo de un fiduciario hasta que se cumpla la condición o circunstancia fijada por él, y una vez cumplida tal condición la propiedad fiduciaria que posee el fiduciario se transmite, como propiedad plena, a la persona que el constituyente ha designado como fideicomisario del fideicomiso.

Estos elementos nos muestran las diferencias estructurales y funcionales del fideicomiso civil para con la fiducia mercantil, que hacen obvio que resulta vano cualquier intento de atribuir semejanzas entre ambas figuras⁴⁶¹. De ahí que el término de «fideicomiso» no resulta adecuado para hacer referencia a la fiducia mercantil, porque el CCvC acoge bajo el título de fideicomiso a otro tipo de forma de limitación del dominio⁴⁶².

⁴⁵⁸ La regulación del fideicomiso o propiedad fiduciario comprende a los Arts. 793 al 822 del CCvC.

⁴⁵⁹ Art. 794 del CCvC. Cabe indicar que además del fideicomiso, el CCvC acoge el albaceazgo fiduciario como otra figura fiduciaria, por medio del cual se encarga la ejecución de la última voluntad del testador que lo nombra albacea para que invierta una cuantía de sus bienes, del que dispone libremente, en uno o más objetos lícitos. La característica esencial que subyace en el albaceazgo fiduciario es que el encargo hecho al albacea debe ser secreto y confidencial, ya que si el encargo estuviese expresado en el testamento no habría albaceazgo fiduciario sino una mera disposición de bienes para un determinado objeto (Ver Arts. 1368 al 1373 del CCvC).

⁴⁶⁰ Art. 796 del CCvC.

⁴⁶¹ En posición contraria a lo que señalamos, Medina Pabón encuentra semejanzas entre ambas instituciones y mantiene que la fiducia mercantil tiene su origen en la propiedad fiduciaria que regula el CCvC. MEDINA PABÓN, Juan Enrique: *Derecho civil Aproximación al Derecho. Derecho de personas*, Ed. Centro Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2005, p. 651.

⁴⁶² A pesar de ello, son varias disposiciones reguladoras de la fiducia que emplean indistintamente la expresión de “fideicomiso” para referirse a la fiducia, como si se tratase de una misma expresión.

1.6. Objeto y finalidad

El objeto de la fiducia viene a conformarlo precisamente los bienes, derechos o aquello que se transfiere para la consecución del propósito de la fiducia. Lo dispuesto en el numeral 2.3.2 de la CE deja claro que puede constituir objeto de la fiducia toda clase de bienes muebles, bienes raíces, derechos en contratos, bienes futuros sujetos a condición suspensiva de que existan, bienes o derechos intangibles o contratos accesorios, acciones, cuotas o partes de interés de sociedades, aportes en dinero, títulos valor, valores mobiliarios, así como instrumentos financieros.

La CE, en línea con ello, sin modificar la naturaleza de los bienes fideicomitidos, distingue entre recursos públicos y recursos privados, en virtud a que las sociedades fiduciarias tienen la posibilidad de administrar recursos de carácter público o privado. Así son recursos o bienes de naturaleza pública, los recursos que provengan directa o indirectamente de una entidad de carácter público, sea del nivel nacional, departamental, municipal, distrital o de los organismos descentralizados que conforman dichos niveles⁴⁶³.

En cuanto a la finalidad de la fiducia cabe indicar que tal como se desprende del artículo 1226 del CCC, éste es el propósito o fin que las partes desean o aspiran alcanzar a través de la constitución del fideicomiso. La libertad para establecer la finalidad que desee lograr a través de la fiducia es amplia. Sin embargo, es requisito fundamental que dicha finalidad sea lícita, cierta y posible de realizar⁴⁶⁴.

1.7. Partes

Son actores principales de la fiducia: el fiduciante, el fiduciario y el beneficiario. Cada uno de estos actores cumple un determinado papel en el contrato de fiducia mercantil.

a) Fiduciante

⁴⁶³ Apartado 9 de la CE.

⁴⁶⁴ Art. 1240.2 del CCC.

La fiducia mercantil en Colombia

El fiduciante es la persona física o jurídica que promueve la constitución de la fiducia dentro de los márgenes que fija la normativa. Se dice que es el creador de la fiducia ya que es él quien establece su finalidad, selecciona los bienes que van a formar parte del patrimonio de la fiducia, y fija todas las instrucciones necesarias para el desarrollo y consecución del propósito deseado, respetando lo dispuesto por las normas jurídicas⁴⁶⁵.

Dado que el fiduciante transfiere la propiedad de bienes o derechos al fiduciario, son requisitos primordiales que sea el titular propietario de los bienes o derechos que se van transferir en fiducia, tenga capacidad jurídica para contratar y obligarse, así como capacidad de obrar para realizar eficazmente actos jurídicos y ejercitar sus derechos. El cumplimiento de estos requisitos es fundamental para la validez del contrato.

Además de estos requisitos, la sociedad fiduciaria en función de las características que tenga el negocio fiduciario a constituir le exigirá otras exigencias complementarias, tales como la presentación de documentación e información íntegra del estado actual de los bienes o derechos, el poder notarial mediante el cual se faculta al representante actuar como fiduciante en nombre de la empresa, si se trata de un empresa, y demás información que considere necesaria.

a.1) Obligaciones

El fiduciante debe cumplir dos las obligaciones principales. La primera obligación descansa en la transferencia de la propiedad de los bienes o derechos que debe operar al fiduciario, para que adquiriendo la titularidad de los mismos realice la finalidad establecida en el acto de constitución de

⁴⁶⁵ La libertad que goza el fiduciante para instituir fiducias con variadas finalidades está delimitada por la ley, en tanto que no podrá constituir fiducias secretas, aquellos en los cuales el beneficio se concede a diversas personas sucesivamente, ni aquellos cuya duración sea superior a 20 años, por estar expresamente prohibido por el artículo 1230 del CCC. En el caso que constituya la fiducia teniendo acreedores anteriores al momento de la celebración del contrato, tales acreedores, conforme al artículo 1240.8 del CCC, podrán pedir la extinción de la fiducia al estar investidos de la posibilidad persecutoria, sin necesidad de demostrar el fraude, menos sobre la suficiencia del patrimonio del deudor fiduciante para cubrir las deudas, “llevando incluso a medidas preventivas o de ejecución”. Ver Expediente No. 1997-01208-01, de 14 de diciembre de 2005.

la fiducia. El incumplimiento de esta obligación daría lugar la ineficacia del contrato, porque el acto no reuniría todos los caracteres establecidos por la ley. La segunda obligación radica en la remuneración de los servicios prestados por el fiduciario al negocio fiduciario⁴⁶⁶.

Además de estas obligaciones, el fiduciante tiene el deber de cumplir con los deberes y obligaciones que de mutuo acuerdo con el fiduciario ha pactado en el contrato.

a.2) Derechos

El fiduciario puede ejercitar las facultades señaladas en el contrato, así como aquellos que la ley reconoce a su favor. El artículo 1236 del CCC concretamente le atribuye cinco facultades, a saber: la revocación de la fiducia, la remoción del fiduciario, la devolución de los bienes una vez extinguido el fideicomiso, la exigencia de rendición de cuentas, y la acción de responsabilidad contra el fiduciario.

La especialidad que se deriva del primero de ellos, revocación de la fiducia, estriba en que su ejercicio sólo procede si se ha reservado ese derecho en el contrato, de lo contrario, el fiduciante no podría revocar la fiducia ya que se presume que la fiducia se ha creado como irrevocable⁴⁶⁷.

Los restante cuatro derechos no requieren de una consignación previa en el contrato sobre su ejercicio posterior, por cuanto, el fiduciante puede solicitar la remoción del fiduciario ante el juez de la jurisdicción donde el fiduciario tenga su domicilio si considera necesario proceder de esta manera⁴⁶⁸ y, una vez concedida la remoción, nombrar al fiduciario sustituto, del fiduciario inicial.

⁴⁶⁶ Todo negocio fiduciario será remunerado conforme a las tarifas que al efecto expida la Superintendencia Bancaria (Art. 1237 del CCC).

⁴⁶⁷ RENGIFO, Ramiro: *La fiducia: legislación nacional y derecho comparado*, 2ª Ed., Ed. Fondo Editorial Universidad EAFIT, Medellín, 2001, p. 342.

⁴⁶⁸ Cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias: a) el fiduciario tuviese intereses incompatibles con los del beneficiario; b) por incapacidad o inhabilidad; c) por negligencia o descuido en sus funciones y; d) por no permitir acceder a verificar inventario de los bienes de la fiducia, o dar caución especial (Art. 1239 del CCC).

La fiducia mercantil en Colombia

De igual forma puede exigir al fiduciario la rendición de las cuentas, como mínimo cada seis meses, tal como sucede con el derecho del beneficiario⁴⁶⁹; una vez aprobada la rendición de cuentas el fiduciario queda libre de toda responsabilidad frente al fiduciante y el beneficiario, por todos los actos ocurridos durante el periodo de la cuenta.

Asimismo, puede ejercitar la acción de responsabilidad contra el fiduciario, cuando de las actuaciones que realice surja daños y perjuicios efectivos en el patrimonio autónomo. En este caso, el fiduciario podría responder hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su gestión, es decir, por las faltas ligeras y descuidos que oportunamente no ha tenido el cuidado y diligencia de emplearlos en el negocio.

Por último, el fiduciante exigirá la devolución de los bienes transferidos una vez concluido el propósito de la fiducia. A tal efecto, el fiduciario devolverá los bienes cumpliendo las formalidades que la ley exige para la traslación del dominio de ciertos bienes; el derecho aquí referido podría ser exigido también por la persona que en el contrato ha sido designado como destinatario final de los bienes de la fiducia.

b) Fiduciario

El fiduciario es quien recibe los bienes que son objeto de la fiducia para que brindándoles la administración y gestión adecuada dé cumplimiento a la finalidad establecida en el contrato.

La legislación reserva esta función para las entidades financieras especializadas, conocidas como “sociedades fiduciarias”. Para prestar servicios fiduciarios se exige que la sociedad fiduciaria sea organizada como sociedad anónima, con objeto exclusivo de desarrollar negocios fiduciarios, según las normas que rigen a los bancos⁴⁷⁰. A pesar que la sociedad

⁴⁶⁹ Art. 1234, parágrafo 8, del CCC.

⁴⁷⁰ Para obtener la autorización por parte de la SFC, de conformidad con el artículo 29.1 del EOSF la sociedad fiduciaria debe presentar ante esta autoridad la organización de la sección de fideicomisos en la institución, los planes de negocio y políticas que aplicarán en las diferentes clases de fideicomisos que pretenden ofrecer al público y demás documentación que se le exija.

fiduciaria se constituye como subordinada de un establecimiento bancario, las normas que se ocupan de fijar las relaciones con la matriz, están dirigidas a garantizar la autonomía e independencia de la misma⁴⁷¹.

Dado que la sociedad fiduciaria tiene condición de persona jurídica, físicamente, la gestión de la fiducia es desarrollada por los delegados fiduciarios, quienes son las personas que forman parte de su personal contratado. Es en virtud de ello que, por regla general, la sociedad fiduciaria responde directamente por los daños o perjuicios derivados del negocio, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales en que los delegados fiduciarios incurran personalmente.

b.1) Obligaciones

Para asegurar que el fiduciario gestione y administre el negocio de tal manera la finalidad de la fiducia pueda cumplirse y no se frustre, el CCC, en concordancia con la CE y del EOSF, preceptúa un grupo de obligaciones que podrían distinguirse como:

- Obligaciones previas a la constitución de la fiducia (obligaciones previas).
- Obligaciones posteriores a la constitución de la fiducia (obligaciones posteriores).

b.1.1) Obligaciones previas

Se trata de obligaciones que el fiduciario deberá cumplir con carácter previo a la celebración del contrato. Así, el fiduciario deberá de informar los riesgos, las limitaciones técnicas y aspectos negativos inherentes a los bienes y servicios que hacen parte del objeto del contrato de fiducia y de las prestaciones que se les encomienden, de manera que el cliente, futuro fiduciante, sea advertido de las implicaciones que comporta la celebración del contrato, durante su ejecución, e incluso hasta su liquidación⁴⁷².

⁴⁷¹ En este mismo sentido CASAS SANZ DE SANTAMARÍA, Eduardo: *ob. cit.*, p. 11.

⁴⁷² Apartado 2.2.1 de la CE.

La fiducia mercantil en Colombia

Vinculado a este deber está otro de sus deberes que es el asesorar y dar opiniones fundadas, para que el interesado tenga conocimiento de los factores a favor y en contra del negocio y pueda expresar su consentimiento con suficientes elementos de juicio, considerando la naturaleza y las condiciones que entraña el negocio⁴⁷³.

Se manda asimismo que el fiduciario se abstenga de recibir y aceptar fiducias mercantiles en los cuales no tengan la adecuada experiencia para llevarlos a cabo o, no cuente con los recursos necesarios para desarrollarlos, o vayan a ocasionar daños o lesiones en los intereses del fiduciante.

Es cierto que todos estos deberes de información favorecen positivamente la transparencia de la contratación de este tipo de negocios, pero su importancia es mucho mayor si se tiene presente que hoy en día las entidades fiduciarias ya cuentan con modelos de contrato de fiducia, aprobados por la SFC⁴⁷⁴, a los que el cliente fiduciante se ve limitado a aceptar o rechazar, sin opción a poder modificarlas.

Aunque la lógica nos indica que el interesado de entrada va a rechazar el contrato si constata que es acorde con sus intereses, el problema surge cuando el cliente fiduciario se halla en una situación diferenciada o minusvalía notable de poder negociar las condiciones de su contrato debido a su desconocimiento del sistema bancario.

De ahí que la importancia de la presentación de una información clara y veraz, cobra mayor trascendencia porque supone que con su conocimiento

⁴⁷³ Sólo de esta manera, como dice Peña Nossa, el futuro contratante no especialista tenga suficiente información brindada por el especialista, se entiende que hay una libre voluntad e igualdad de las partes para contratar. PEÑA NOSSA, Lisandro: *De los contratos mercantiles. Nacionales e internacionales*, 2ª Ed., Ed. Universidad Católica de Colombia, Bogotá 2006, p. 437.

⁴⁷⁴ Dispone el artículo 146.4 del EOSF “Los modelos respectivos, en cuanto estén destinados a servir como base para la celebración de contratos por adhesión o para la prestación masiva del servicio, serán evaluados previamente por la Superintendencia Bancaria al igual que toda modificación o adición que pretenda introducirse en las condiciones generales consignadas en los mismos”.

el interesado llega a formar un juicio fundado sobre su intención de contratar o no⁴⁷⁵.

b.1.2) Obligaciones posteriores

Son aquellas obligaciones que el fiduciario deberá cumplir durante la vigencia de la fiducia. La primera obligación esencial del fiduciario es que éste como vocero y administrador de la fiducia realice con diligencia (con prudencia y cautela, y no de manera insensata o precipitada) todos los actos jurídicos para lograr la finalidad de la fiducia, comprometiendo al patrimonio autónomo dentro de los términos señalados en el acto constitutivo⁴⁷⁶.

Está obligado asimismo a mantener el patrimonio de la fiducia separado de su patrimonio y de los que corresponda a otros negocios fiduciarios, debiendo disponer de los mismos en la forma e instrucciones previstas en el contrato. Si observase que es conveniente adoptar nuevas decisiones que no consten en las instrucciones del contrato podrá obrar de esta nueva manera, si resulta más conveniente para el negocio.

Deberá proteger igualmente el patrimonio de la fiducia respecto de actos de terceros acreedores, llevando la personería del patrimonio autónomo en todas las actuaciones procesales de carácter administrativo o jurisdiccional que deban realizarse tanto para proteger los bienes como para ejercer los derechos y acciones que le correspondan en desarrollo de la fiducia⁴⁷⁷.

También deberá atender, por otra parte, las siguientes obligaciones: pedir instrucciones a la SFC cuando así lo exijan las circunstancias; rendir cuentas comprobadas de su gestión al beneficiario cada seis meses; y

⁴⁷⁵ En opinión de Guersi, la finalidad de que se informe a los usuarios acerca del contenido de las cláusulas es absolutamente ninguna, porque la contratación es forzada o semiforzada y, por tanto, la libertad de contratar es bloqueada por el sistema económico, así el usuario sólo puede adherirse al sistema y no puede proyectar sus modificaciones, por lo cual el derecho de información es ineficaz. GUERSI, Carlos: *La Responsabilidad de las Entidades Bancarias*, VVAA, Ed. Universidad, Buenos Aires, 2003, p. 38.

⁴⁷⁶ Art. 1234 del CCC.

⁴⁷⁷ Art. 1 del Decreto 1049, de 6 de abril de 2006.

La fiducia mercantil en Colombia

transferir los bienes a quien corresponda, según lo previsto en el contrato, una vez concluido el negocio⁴⁷⁸.

Todas las obligaciones indicadas son considerados como obligaciones “indelegables”, sin embargo, ello no significa que el fiduciario no pueda contratar bajo su responsabilidad a expertos y auxiliares necesarios para el mejor cumplimiento de sus funciones o cuando por la naturaleza del beneficio esperado le sea necesario contratar personal especializado en actos que por sí mismo no puede realizar porque no son parte de su quehacer habitual, ya que puede hacerlo si está expresado así en el contrato⁴⁷⁹.

b.2) Derechos

Hablando ahora de los derechos que asisten al fiduciario resulta menester señalar que sobre este aspecto la ley enfatiza que el fiduciario puede convenir con el fiduciante los derechos que estime necesarios para gestionar de la mejor manera posible la fiducia.

Ante todo, su derecho primordial es ser reenumerado por sus servicios. Para asegurarse del pago, el fiduciario puede establecer en el contrato que el impago de sus comisiones constituirán una causa para la renuncia de su gestión del negocio⁴⁸⁰.

De otra parte, puede aceptar encargos donde su intervención sea como agente de transferencia y registro de valores, como representante de tenedores de bonos, como administrador de fondos de pensiones de jubilación e invalidez, o prestar de servicios de asesoría financiera.

⁴⁷⁸ La devolución no opera *ipso facto*, sino que es necesario un acto declarativo de la voluntad del fiduciario cumpliendo las formalidades prevista por la ley para la transferencia de los bienes según la naturaleza que tengan.

⁴⁷⁹ Apartado 5.1.3 de la CE.

⁴⁸⁰ Por regla general el fiduciario sólo puede renunciar a la gestión por los motivos de renuncia previstos en el contrato, tienen prioridad respecto de otras causas para la renuncia las que recoge el artículo 1232 del CCC, esto es, que el beneficiario no pueda recibir las prestaciones de acuerdo con el acto constitutivo; que los bienes fideicomitidos no rindan productos suficientes para cubrir las compensaciones del fiduciario o, que el beneficiario se nieguen a pagar dichas compensaciones.

b.3) Responsabilidad fiduciaria

En virtud a que el artículo 1243 del CCC prevé que «el fiduciario responderá hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su gestión», para determinar la responsabilidad contractual del fiduciario, cabe atender lo dispuesto por el CCvC para la culpa.

De acuerdo con el artículo 63 del CCvC se distingue tres tipos culpa: a) culpa grave, cuando no se maneja los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios; b) culpa leve, por falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios; c) culpa o descuido levísimo, por falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes.

Los elementos que subyacen en la culpa grave y culpa leve ponen en evidencia que el fiduciario queda sometido a la aplicación de una regla especial de diligencia.

La razón de ello encuentra su fundamento en que el fiduciario, como ente especializado en el manejo de negocios fiduciarios, se sitúa en un plano de buen profesional y como tal debe mantener un patrón de conducta orientado a cumplir de buena fe las obligaciones establecidas en el contrato⁴⁸¹. Por consiguiente, con base en el artículo 63 del CCvC, éste se

⁴⁸¹ Teniendo en cuenta que, al margen de la prudencia y el cuidado en la ejecución del negocio, los factores propios del mercado pueden influir o ser condicionantes para el fracaso o éxito del negocio, el EOSF vino a instituir la regla general de que las obligaciones del fiduciario son de medio y no de resultado. Así, el artículo 29.3 del EOSF señala que “los encargos y contratos fiduciarios que celebren las sociedades fiduciarias no podrán tener por objeto la asunción por éstas de obligaciones de resultado, salvo en aquellos casos en que así lo prevea la ley”. Para evitar que con base a esta regla las sociedades fiduciarias se excusen de responsabilidades, la Corte Suprema de Justicia ha destacado que “independientemente de que sus obligaciones sean calificadas como obligaciones de medio, el fiduciario debe demostrar diligencia en el desarrollo de la gestión encomendada, ya que constituye una de sus obligaciones fundamentales el realizar diligentemente la gestión encargada” Ver. RENGIFO, Ramiro: *ob. cit.*, p. 158. Valoramos positiva esta precisión ya que si bien es cierto que las obligaciones del fiduciario son de medio, en determinados negocios ordinariamente generan obligaciones de resultado, por lo que para determinar la responsabilidad resulta necesario tener en cuenta, tal como recalca Arias García, el tipo específico de

La fiducia mercantil en Colombia

constituye en responsable civil de los daños y perjuicios que ocasione a las partes, si en forma negligente (culpa grave) e imprudente (culpa leve) infringe sus obligaciones contractuales y legales, ya sea que se trate de un acto o de una omisión.

No se le exige responsabilidad por culpa levísima porque la propia normativa determina en el artículo 1243 del CCC que sólo responderá hasta por culpa leve. De manera que las partes no pueden aumentar ni disminuir tal responsabilidad en el contrato, ya que ésta regla es imperativa; una clausula contraria vendría a ser entendida como nula conforme al artículo 899.1 del CCC.

c) Beneficiario

El beneficiario, conocido también como fideicomisario, es la persona a quien el fideicomitente designa como el receptor de los beneficios o resultados que genere la fiducia.

La calidad de beneficiario puede recaer en el propio fiduciante que constituye la fiducia⁴⁸², pero de ninguna manera puede recaer en el fiduciario, ya que no es aceptable que éste último ostente tal calidad porque la fiducia constituye en esencia una estipulación para beneficio de otra persona; de modo que si aún así las partes hicieren constar en el contrato que el beneficiario de la fiducia es el fiduciario, tal disposición no sería válida.

Aunque no es requisito indispensable, para la eficacia del negocio, que el beneficiario exista en el momento de la celebración del contrato, es condición fundamental que dentro del tiempo de duración del negocio sea posible su existencia para que los fines tengan pleno efecto⁴⁸³. A esta

obligación del fiduciario, así como las obligaciones de resultados que la fiduciaria desea asumir *motu proprio*. ARIAS GARCÍA, Fernando: “El fiduciario en la legislación mercantil colombiana”, *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, núm. 20, julio- diciembre, Colombia 2007. [Fecha de consulta: 1 de marzo de 2011]. Disponible en: «<http://www.ripj.com>».

⁴⁸² Art. 1239 del CCC.

⁴⁸³ Art. 1229 del CCC.

condición primordial se añadiría la capacidad legal del beneficiario, puesto que el beneficiario no debe ser legalmente incapaz o indigno⁴⁸⁴.

c.1) Obligaciones

Las obligaciones que debe cumplir el beneficiario no son sino las establecidas por el fideicomitente en el contrato. De esta manera, para recibir los frutos de la fiducia, en la forma u proporción que se fije, habrá de cumplir las obligaciones, deberes y condiciones que estipule el contrato.

c.2) Derechos

En virtud a que el beneficiario es el directo receptor de los frutos que produzca la fiducia y el destinatario final de los bienes remanentes del patrimonio fiduciario, razón por la cual se constituye en el principal interesado en asegurarse que el fiduciario cumpla con las tareas encomendadas en el contrato, el artículo 1235 del CCC le reconoce los siguientes derechos:

- facultad para exigir al fiduciario el fiel cumplimiento de sus obligaciones, de forma que ante la realización de actos no acordados en el contrato que vayan a afectar los resultados esperados, pueda exigir la responsabilidad por el incumplimiento de ellas, oponiendo las acciones necesarias para la declaración de nulidad de las mismas por apartarse de las instrucciones establecidas en el contrato, dentro de los cinco años contados desde el día en que tuvo conocimiento del acto;
- facultad para solicitar ante el juez la remoción del fiduciario cuando los intereses del fiduciario resulten incompatibles con sus intereses o cuando el fiduciario adolezca de incapacidad o, se compruebe que ha obrado en sus funciones con dolo o negligencia grave; y
- capacidad legal para oponerse a toda medida preventiva o de ejecución dirigida contra el patrimonio fiduciario, sean por obligaciones de acreedores del fiduciario o del propio fideicomitente, cuando el fiduciario no haya asumido la defensa correspondiente de los bienes.

⁴⁸⁴ Art. 1230.3 del CCC.

La fiducia mercantil en Colombia

Finalmente, el beneficiario, al igual que el fideicomitente, goza de los derechos que a su favor se establezcan en el contrato. Si éste interviene como parte en el contrato, es decir que es al mismo tiempo fideicomitente y beneficiario, adquiere a título propio los derechos que en el contrato se establezca.

1.8. Patrimonio autónomo

Como adelantamos en párrafos anteriores, los bienes o derechos transferidos en virtud de la fiducia pasan a formar un patrimonio autónomo, independiente del patrimonio personal del fiduciario, del fiduciante y del beneficiario⁴⁸⁵.

El patrimonio autónomo permanece separado en virtud de la función especial que dicho patrimonio cumple en el plano del negocio en fiducia⁴⁸⁶. Esta función es “el de permitir la racionalización y predeterminación de los riesgos de una específica actividad económica que se ejecuta en virtud del contrato, asilando los derechos activos y los derechos pasivos directamente relacionado con el objeto o finalidad de esa actividad –contrato-, de manera que solo los correspondientes derechos activos, garanticen los correspondientes derechos pasivos”⁴⁸⁷.

El elemento más representativo del patrimonio autónomo se traduce en que sobre tal patrimonio no tienen alcance las medidas o acciones que terceros acreedores pudieran dirigir contra él para el cobro de sus acreencias,

⁴⁸⁵ Dispone el artículo 1233 del CCC que: «*Para todos los efectos legales, los bienes fideicomitados deberán mantenerse separados del resto del activo del fiduciario y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios, y forman un patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo*».

⁴⁸⁶ En ese sentido, Torralba Soriano pone de relieve que la ley habla de patrimonios separados para hacer referencia a un conjunto aislado de bienes del resto del patrimonio personal que pueda corresponder a un titular. Asimismo agrega el autor que, esta separación la establece la ley en virtud de un destino especial del conjunto patrimonial que llamamos patrimonio separado. TORRALBA SORIANO, Vicente: *Lecciones de Derecho Civil*, Vol. 1, Ed. Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1984, p. 174.

⁴⁸⁷ MANRIQUE N., Carlos E.: “El patrimonio autónomo de la fiducia mercantil. Es natural en nuestro sistema legal”, *MANRIQUE & ASOCIADOS*, p. 3. [Fecha de consulta: 15 de marzo de 2011]. Disponible en: «<http://www.mya.com.co/escritos.php>».

debido a que solamente garantiza el pago de las obligaciones asumidas en el desarrollo de la finalidad de la fiducia⁴⁸⁸.

Una vez realizado el fin de la fiducia, el patrimonio autónomo deja de existir como tal y se integra en el patrimonio personal del fiduciante, si es que aún quedan bienes remanentes de la fiducia.

El fiduciario es titular formal de los bienes del patrimonio autónomo, pero no puede ni debe realizar actos de disposición que no guarden relación con la consecución de la finalidad de la fiducia, ya que la titularidad que ostenta es a título de dominio fiduciario, es decir, que no lo es en términos absolutos sino en atención al cumplimiento de un fin específico en favor del fiduciante o de un tercer beneficiario⁴⁸⁹ y en consecuencia deberá limitarse a actuar en función de esa finalidad.

De ahí que la norma insiste en que el fiduciario, como vocero y administrador del patrimonio autónomo, debe sujetar su actuación a lo dispuesto en el contrato y ejercitar sus facultades de disposición conforme a

⁴⁸⁸ Así, el artículo 1227 del CCC establece que: «Los bienes objeto de la fiducia no forman parte de la garantía general de los acreedores del fiduciario y sólo garantizan las obligaciones contraídas en el cumplimiento de la finalidad perseguida».

La SFC, atendiendo al patrimonio autónomo, desde 1973, ya declaraba que: “*La fiducia da nacimiento a una propiedad formal en cabeza del fiduciario y por ello los bienes así afectados no pueden ser perseguidos por los acreedores del fiduciario (Art. 1227 C. de Co) y deben figurar en su contabilidad como bienes distintos de los propios (parágrafo 2, Arts. 1234, 1236 C. de Co.). En cuanto al constituyente es claro que los bienes fideicomitidos salen de su patrimonio y por ello no pueden ser embargados por los acreedores posteriores a la constitución (Art. 1238 C. de Co.) ni pueden ser susceptibles de su libre disposición (parágrafo 4, Arts. 1234, 1236 C. de Co.). El beneficiario tampoco es dueño de los bienes sino de los rendimientos que ellos reporten (Art. 1238 C. de Co.). En síntesis, el derecho de propiedad presenta una escisión: la propiedad formal pertenece al fiduciario para que tenga titularidad y pueda accionar en defensa de los bienes; al paso que la propiedad de derecho pertenece al beneficiario (propiedad beneficiosa)*”. Concepto 2001074437-1, de 14 de febrero de 2002 y Concepto 2006023810-001, de 26 de julio de 2006.

⁴⁸⁹ En tal sentido la Corte Suprema de Justicia ha puesto de relieve en la Sentencia de 14 de febrero de 2006, expediente 05001-3103-012-1999-1000- 01 que: “no puede desconocerse que, *mutatis mutandis*, ‘bajo ciertas condiciones y limitaciones’ subsiste una titularidad en el constituyente, ‘en cuyo patrimonio pueden considerarse, en ocasiones, los bienes fideicomitidos, los cuales, inclusive, pueden regresar a dicho constituyente’, como lo precisan las actas de la referida Comisión Redactora del Proyecto de Código de Comercio de 1958.”

La fiducia mercantil en Colombia

la obtención de la finalidad del negocio, cuidando, en lo posible, de que no merme su valor económico.

Y, por otra parte, le atribuye la obligación de defender los bienes fideicomitidos utilizando los mecanismos de impugnación que procesalmente resulten viables ya que el fiduciante no puede ejercitarlos por sí mismo porque tales bienes han salido de patrimonio personal y ahora el fiduciario es el nuevo titular frente a terceros⁴⁹⁰.

1.9. Plazo de duración

El plazo máximo de duración de la fiducia mercantil es de 20 años. Este plazo legal constituye un regla general para todos los tipos de fiducias, con excepción de la fiducia constituida en favor de incapaces y entidades de beneficencia pública o, la fiducia constituida para brindar utilidad común. Para esta clase de fiducias existe una salvedad en el periodo de duración. Por la importancia que tiene el cumplimiento de su finalidad para el público en general, su plazo de duración puede ser superior a los 20 años⁴⁹¹.

Aunque la normativa no señala concretamente el término de tiempo por el que puede ser extendido, se presume que se trata de un término indefinido, que está sujeto a la condición de que siga siendo posible continuar realizando el propósito para el que ha sido constituido. De forma que ante la imposibilidad de cumplir tal finalidad, la fiducia entraría en extinción por haber transcurrido el plazo legal máximo de duración del contrato⁴⁹².

Al tener la SFC facultades sobre el control del desarrollo y ejecución de las fiducias mercantiles, queda abierta la posibilidad de que tal autoridad pueda conceder la prórroga de tiempo de duración del negocio, cuando

⁴⁹⁰ Lo relevante de este derecho de defensa, es que el fiduciario no sólo debe defender los bienes fideicomitidos contra actos de terceros, sino también contra los actos del beneficiario, y aún del mismo constituyente, para conseguir la finalidad prevista en el contrato. Vid. Art. 1234.4 del CCC, en concordancia con el Apartado 2.2.1.b.iii de la CE.

⁴⁹¹ Art. 1230.3 del CCC.

⁴⁹² Art. 1240.3 del CCC.

considerare indispensable realizar esta excepción. Esta posibilidad, desde ya, sólo sería viable si media autorización expresa por parte de esta autoridad.

Cabe aclarar que el plazo legal máximo de 20 años no rige para la fiducia pública y los encargos fiduciarios públicos, los que estudiaremos más adelante, debido a que estos contratos se sujetan fundamentalmente a las disposiciones del Estatuto General de la Contratación Pública. De acuerdo con este Estatuto los contratos de fiducia pública y encargo fiduciario público podrán ser prorrogados por el tiempo que se requiera para dar cumplimiento a la finalidad del contrato⁴⁹³.

1.10. Liquidación y terminación

Siendo el procedimiento de liquidación del negocio fiduciario el establecido por las partes en el contrato⁴⁹⁴, la legislación vigente viene a referir y establecer lo que respecta al proceso de liquidación del negocio fiduciario cuando la sociedad fiduciaria que la gestiona ingresa en liquidación.

De acuerdo con las disposiciones del Decreto 2555/2010, por el cual se recoge y reexpide las Normas en materia del Sector Financiero, Asegurador y del Mercado de Valores y se dictan otras disposiciones, el liquidador se encuentra en la obligación de realizar las gestiones necesarias para ceder todos los negocios fiduciarios que aún tiene bajo su cargo, a fin de salvaguardar su mejor desarrollo.

Así, como paso previo a la liquidación de los negocios fiduciarios que aún tienen pendiente el plazo de ejecución, formulará en el plazo de los diez días siguientes a la fecha de entrada en vigencia del acto que ordene la liquidación de la sociedad fiduciaria una invitación a otras entidades fiduciarias para que presenten sus ofertas sobre el manejo de los negocios,

⁴⁹³ Art. 60 de la Ley 80/1993, por el que se aprueba Estatuto General de la Contratación Pública.

⁴⁹⁴ Es admisible la aplicación de toda labor o gestión realizada por el fiduciario tendiente a facilitar la liquidación de los fideicomisos a su cargo siempre y cuando la misma se ciña estrictamente a los términos y procedimientos establecidos en los correspondientes actos constitutivos. (Concepto 2006015370-002, de 5 de octubre de 2006).

La fiducia mercantil en Colombia

procediendo a ceder, previa aceptación del fiduciante y beneficiario, los negocios a la sociedad que ofrezca mejores condiciones.

De no ceder los negocios fiduciarios dentro el plazo de los tres meses siguientes a la vigencia del acto que ordena su liquidación, la orden de liquidación de la sociedad fiduciaria generará la terminación y liquidación de cada negocio fiduciario celebrado por dicha entidad⁴⁹⁵. En tal sentido la fiduciaria deberá de adelantar la liquidación de los negocios fiduciarios bajo el siguiente procedimiento⁴⁹⁶:

— Dentro de los cinco días siguientes al vencimiento del plazo para la cesión de negocios fiduciarios, se emplazará a quienes tengan reclamaciones de cualquier índole contra los negocios fiduciarios en liquidación, mediante la publicación de un aviso en un diario de amplia circulación nacional por un término de diez días hábiles. Vencido el término para presentar las reclamaciones, que no podrá ser superior a un mes contado a partir de la fecha de publicación del aviso, el expediente se mantendrá en traslado común a todos los interesados por un término de cinco días hábiles para que puedan objetar las reclamaciones presentadas.

— Dentro de los treinta días hábiles siguientes al vencimiento del término para el traslado de las reclamaciones, el liquidador decidirá sobre las reclamaciones presentadas oportunamente mediante resolución motivada o mediante acto administrativo en los que resolverá las objeciones aceptadas o rechazadas contra cada uno de los negocios fiduciarios en liquidación, señalando la naturaleza de las mismas, su cuantía y la prelación para el pago, siendo considerados los beneficiarios y fiduciantes como acreedores internos del negocio fiduciario en la cuantía de los respectivos beneficios o de los remanentes.

— Las obligaciones por concepto de impuestos, tasas, contribuciones, y cualquier otra obligación derivada de los activos fideicomitidos se

⁴⁹⁵ Art. 9.2.1.1.2 del Decreto 2555/2010, en concordancia con el Art. 290 del EOSF.

⁴⁹⁶ Art. 9.2.1.1.4 del Decreto 2555/2010.

Tesis Doctoral

considerarán y graduarán como obligaciones del negocio fiduciario. Los gastos en que haya incurrido la sociedad fiduciaria por concepto de la administración de los negocios fiduciarios tendrán como gastos de administración de la liquidación del respectivo negocio fiduciario.

Una vez cancelado total o parcialmente los pasivos y agotada la totalidad de los activos del respectivo negocio fiduciario, éste se entenderá liquidado, para lo cual el liquidador expedirá la resolución de terminación del patrimonio autónomo.

Dicho esto, veamos ahora las causas que la normativa establece para la terminación o cesación de la fiducia mercantil.

En primer lugar hemos de indicar que la terminación del contrato de fiducia mercantil deviene principalmente por el cumplimiento de la finalidad para el que ha sido constituida. Al haberse materializado plenamente su finalidad no existe la razón de ser de la fiducia, puesto que su existencia se mantiene vigente mientras subsista un fin por alcanzar y que sea posible de realizar.

Precisamente porque lo principal en el negocio fiduciario es la realización de su finalidad, el artículo 1240 del CCC determina como causas suficientes para la terminación del negocio: a) la imposibilidad absoluta de realizar plenamente sus fines; b) por hacerse imposible, o no cumplirse dentro del término señalado, la condición suspensiva de cuyo acaecimiento pende la existencia de la fiducia; c) por disolución de la entidad fiduciaria.

Vinculadas a estas causas existen también otras causas de orden legal que determinan su extinción debido a motivos de fuerte razón para la afectación del negocio. Así se entiende que la fiducia se extingue cuando existe mutuo acuerdo del fiduciante y del beneficiario, cuando ha expirado el plazo legal máximo, cuando se produce la muerte del fiduciante o del beneficiario (si así ha señalado en el acto), o cuando se declare la nulidad del acto constitutivo por la acción de los acreedores anteriores al negocio fiduciario.

La fiducia mercantil en Colombia

Fuera de estas causas legales, la extinción del contrato podrá tener lugar cuando concurra cualquiera de los motivos o causas que las partes así hayan estipulado en el contrato.

Terminado el negocio fiduciario, los bienes que componen el patrimonio autónomo son devueltos al fiduciante, propietario absoluto, o a la persona que el fiduciante haya designado en el contrato como el destinatario final de los bienes. Para ello, el fiduciario retransferirá los bienes y activos del negocio que existan al momento en que ocurra cualquiera de las causales de extinción del contrato previstas en el mismo o en la ley, indicando las circunstancias que resulten pertinentes para el efecto⁴⁹⁷.

2. Tipos de fiducia mercantil

De conformidad con el artículo 1228 del CCC, la fiducia mercantil puede ser constituida mediante acto *inter vivos*, así como *mortis causa* vía testamento, para conseguir las más variadas finalidades o propósitos. A continuación pasamos a exponer los principales tipos de negocios fiduciarios que se practican en el país⁴⁹⁸.

⁴⁹⁷ Apartado 2.3.6 de la CE.

⁴⁹⁸ Además de las fiducias que exponemos en las siguientes páginas, en el mercado fiduciario colombiano existen otras fiducias que ya tienen una aplicación reconocida en el país, por citar como ejemplo, la fiducia mercantil es empleada como vehículo para la liquidación de sociedades y entidades, donde la sociedad fiduciaria actúa como: a) agente liquidador de entidades públicas del orden nacional, en los términos del Decreto 254/2000; y b) agente liquidador de empresas, conforme a lo señalado en la Resolución N° 100-000285, de 2 de marzo de 2004, de la Superintendencia de Sociedades. Bajo esta fiducia, la sociedad en proceso de liquidación como fiduciante encomienda al fiduciario llevar a cabo el proceso liquidatorio de la sociedad, de tal forma que éste último proceda a liquidar los activos de la entidad, realizando los actos necesarios para obtener mejores condiciones para el pago total o parcial de las acreencias de los ahorradores, depositantes e inversionistas.

De otra parte, la fiducia mercantil es empleado para la administración de los bienes de personas menores o con discapacidad mental. Con base en la Ley 1306, de 5 de junio de 2009, por el que se aprueba las Normas para la Protección de las Personas con Discapacidad Mental y el Régimen de la Representación Legal de Incapaces Emancipados, el juez de familia puede dar en administración fiduciaria los bienes de la persona con discapacidad mental absoluta o menor de edad en administración fiduciaria, si lo estima necesario y conveniente. Según nos dice Medina Pabón la constitución de esta clase de fiducia puede ser instruida de oficio por el juez “cuando el curador se demore y de ello pueda derivarse perjuicios al

2.1. Fiducia de administración

En la fiducia de administración el fideicomitente encomienda al fiduciario la administración de bienes o recursos de acuerdo al propósito específico definido en el contrato, para lo cual, le transfiere la propiedad de uno o más bienes o derechos que ha separado de su patrimonio personal, instruyéndole que los administre en la forma acordada en el contrato de la fiducia.

Las modalidades que se desprenden de la fiducia de administración son muy amplias en virtud a que la función de la administración, organización y control de tipo administrativo, contable, financiero y jurídico abarca un extenso campo de negocios económico jurídicos que las personas físicas o jurídicas pueden delegar a un tercero para cumplir sus objetivos.

Así pues, se puede hablar de la fiducia de administración de garantía o fuente de pago, donde la finalidad suele ser que el fiduciario administre unos activos que se destinarán exclusivamente para servir de fuente pago para obligaciones adquiridas por el fideicomitente con entidades financieras.

También de la fiducia de administración y fuente de pago de infraestructura, donde el fiduciario administra la totalidad de créditos desembolsados al fideicomitente para la construcción de un proyecto de infraestructura, el cual una vez finalizado el proyecto la fiducia recibe todos los ingresos que éste genera para que, con los mismos, sean cancelados los créditos.

Asimismo de la fiducia de normalización de activos, donde el fiduciario administra bienes de una entidad pública o privada con la finalidad de destinar los ingresos al pago de la deuda reestructurada y garantizada

patrimonio del pupilo [...]. Necesariamente el beneficiario es el pupilo, pero cuando este falte, pasan a ser beneficiarios sus herederos, de ningún modo la fiducia puede tener un beneficiario deferente a ellos". MEDINA PABÓN, Juan Enrique: *Derecho Civil. Derecho de Familia*, 2ª Ed., Ed. Universidad del Rosario, Bogotá, 2010, pp. 744-745.

La fiducia mercantil en Colombia

suscrita por el fideicomitente con sus acreedores, en amparo del Decreto 617, de 6 de octubre de 2000⁴⁹⁹.

Además de las fiducias de administración mencionadas, las entidades fiduciarias hoy por hoy han desarrollado servicios de fiducia para la administración y custodia de títulos, administración de emisiones de acciones o bonos, administración de recaudos y pagos, administración y vigilancia de bienes sobre los cuales recaen garantías.

a) Forma de constitución

La fiducia mercantil debe constar en escritura pública y la transferencia de los bienes que se efectúen debe ser inscrita en los registros públicos correspondientes según sea la naturaleza de los bienes transferidos⁵⁰⁰.

El contrato no requerirá la solemnidad de escritura pública cuando los bienes fideicomitados sean exclusivamente bienes muebles⁵⁰¹. En esos casos, la fiducia constará en documento privado y habrá de ser inscrito en el Registro Mercantil de la Cámara de Comercio (RMCC) con jurisdicción en el domicilio del fiduciante. Si la propiedad del bien se halla sujeta a registro, dicho documento debe ser registrado en los términos que prevé la normativa⁵⁰².

b) Contenido

Las partes pueden establecer las previsiones que estimen pertinentes para el logro de la finalidad que buscan obtener a través de él⁵⁰³ y todas las

⁴⁹⁹ Art. 61 del Decreto 617/2000.

⁵⁰⁰ Art. 1228 del CCC.

⁵⁰¹ Art. 1 del Decreto 847, de 7 de mayo de 1993.

⁵⁰² Art. 16 de la Ley 35, de 5 de enero de 1993.

⁵⁰³ Sin embargo, a efectos de transparencia de la información, se exige que, a tenor de lo dispuesto en el apartado 2.3 de la CE, cuanto menos, se incluya la información relativa: al objeto o actividad específica constitutiva de la finalidad del negocio; los términos bajo los cuales se realiza la transferencia o entrega de los bienes fideicomitados, con atención a la naturaleza de los bienes y la finalidad de la fiducia; el destino de los rendimientos que generen los bienes fideicomitados; las obligaciones y derechos del fiduciario, fideicomitente, y el beneficiario, así como las limitaciones a tales derechos; la remuneración del fiduciario y la forma que la misma será cobrada; la forma de la transferencia de los bienes y activos del negocio

directrices necesarias, siempre que respeten lo dispuesto en las normas jurídicas. De ningún modo pueden establecer cláusulas de carácter exorbitante que puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante que reporte una ventaja para el fiduciario dejando al fideicomitente en circunstancias de inferioridad para el cumplimiento de sus derechos o el reclamo de ellos⁵⁰⁴.

2.2. Fiducia en garantía

Por la fiducia en garantía el fideicomitente transfiere al fiduciario de manera irrevocable la propiedad de uno o más bienes determinados con la finalidad de garantizar con ellos o con su producto el cumplimiento de ciertas obligaciones frente al acreedor, de acuerdo con lo pactado en el contrato. En tal sentido, el fideicomitente designa como beneficiario de la fiducia al acreedor de éste, quien ante el incumplimiento del pago, puede solicitar al fiduciario la venta de los bienes para que con su producto se pague el valor de la obligación o el saldo restante de ella.

La flexibilidad que goza la fiducia en garantía permite que no sólo se garanticen el cumplimiento de obligaciones propias del fideicomitente sino también de obligaciones de terceros. En cualquiera de los casos, los acreedores ostentan un certificado de garantía que les da el privilegio de cobrar sus acreencias con el producto de la venta del bien o, con la entrega del bien en la forma de dación en pago⁵⁰⁵. Por esta razón, la fiducia de garantía es destacada como:

- una alternativa por el que los particulares, empresarios y el propio Estado pueden financiar sus actividades obteniendo créditos nuevos con varios acreedores hasta los límites fijados en el contrato, sin

que existan al momento en que ocurra alguna de las causales de extinción previstas en el contrato o, en la ley; las atribuciones y forma de integración de las juntas o cuerpos de asesores; los gastos a cargo del fideicomiso (avalúos, impuestos, peritajes, y otros); el avalúo de los bienes fideicomitados; el procedimiento a seguir en los casos en que fuere difícil la localización del fideicomitente y el beneficiario para que el fiduciaria pueda cumplir sus obligaciones y; el procedimiento para la liquidación del contrato.

⁵⁰⁴ Apartado 2.2.5 de la CE.

⁵⁰⁵ Art. 3 del Decreto 2785, de 31 de julio de 2008.

La fiducia mercantil en Colombia

- tener que incurrir en los costos de constitución de las garantías reales; y
- un instrumento que maximiza la capacidad de garantía de varias obligaciones a favor de un mismo acreedor o a favor de diferentes acreedores facilitando (en caso de incumplimiento de la obligación) la realización de los bienes a precios de mercado y fuera de procesos judiciales; esta última ventaja la convertiría en una verdadera fuente de pago⁵⁰⁶.

Las modalidades de fiducia en garantía que la SBC reconoce explícitamente son la fiducia en garantía propiamente dicha y la fiducia en garantía y fuente de pagos. A esta última, en el apartado 8.4.2 de la CE la define como «el negocio fiduciario que consiste en la transferencia o entrega irrevocable a una sociedad fiduciaria de un flujo futuro de recursos producto de una cesión de derechos económicos a favor del fideicomitente, que se destinan a garantizar el cumplimiento de una obligación y a la atención de la deuda producto de la misma».

Pero la SBC además admite la posibilidad de garantizar el cumplimiento de obligaciones mediante un encargo fiduciario irrevocable. Aunque aquí ya no se habla de una transferencia de la propiedad de los bienes sino solamente de una entrega irrevocable de los bienes al fiduciario, la garantía de la obligación opera en forma similar a la que se realiza en la fiducia de garantía. De manera que ante el cumplimiento de las obligaciones crediticias a cargo del propietario de los bienes, el acreedor puede solicitar al fiduciario el pago de ellos con el producto de la venta de los bienes fideicomitidos.

La facultad para la constitución de encargos fiduciarios con la finalidad de garantía viene a ser una de las consecuencias jurídicas que derivó de la Ley

⁵⁰⁶ Con idéntico criterio Alpiniano García-Muñoz pone de realce que “la eficiencia empresarial promovida por la fiducia permite a los acreedores una mayor efectividad sobre las garantías constituidas por sus deudores, sin necesidad de recurrir a los tradicionales, demorados e ineficientes procesos judiciales consagrados en la ley para lograr la venta del bien pignorado”. ALPINIANO GARCÍA-MUÑOZ, José: *Derecho económico de los contratos*, Ed. Librería del Profesional, Bogotá, 2001, p. 441.

80/1993, cuyas disposiciones incorporaron a los encargos fiduciarios como instrumentos para que el gobierno nacional pudiera celebrar fiducias de carácter público.

a) Forma de constitución

De acuerdo con el artículo 1 del Decreto 2785, de 31 de julio de 2008, la fiducia en garantía debe constar en documento privado y ser inscrita por el fideicomitente en el RMCC, con jurisdicción en el domicilio del fiduciante. La inscripción del contrato en el RMCC constituye una de las exigencias básicas en la que la ley hace énfasis, debido a que con la fiducia se garantiza el cumplimiento de obligaciones que asumió el fideicomitente o, en algunos casos, el beneficiario. El objetivo del registro es ante todo para efectos de oponer ante terceros, ya que no es posible probar el conocimiento del acto inscrito por fuentes de información diferentes al registro⁵⁰⁷.

La transferencia de los bienes, por su parte, debe ser inscrita en el registro público correspondiente según la naturaleza del bien.

b) Contenido

Sin perjuicio de las estipulaciones que las partes pacten de mutuo acuerdo, el contrato debe contemplar el contenido general que exige el numeral 2.3 de la CE. En lo particular debe constar que la sociedad fiduciaria se abstendrá de expedir nuevos certificados o constancias de garantía cuando los avalúos de los bienes transferidos en fiducia no se hayan actualizado en los últimos tres años, por causa de la falta de suministro de recursos por

⁵⁰⁷ “La Matrícula Mercantil, una protección para su empresa”, *Revista Acción*, núm. 35, abril de 2003, Cali. [Fecha de consulta: 10 de marzo de 2011]. Disponible en: «<http://www.ccc.org.co/archivo/revista-accion>»; DÍAZ RAMÍREZ, Enrique: “Publicidad y Oponibilidad de la fiducia mercantil en Garantía”, en VENEGAS FRANCO, Alejandro; CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo; y MANTILLA ESPINOZA, Fabricio (Dir.), *Estudios de Derecho Privado: Liber Amicoum en homenaje a César Gómez Estrada*, Tomo I, Ed. Centro Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2009, p. 330; “*Fiducia Mercantil*”, Cámara de Comercio de Cali, Colombia. [Fecha de consulta: 4 de marzo de 2011]. Disponible en: «<http://www.ccc.org.co/servicios/registro-públicos>».

La fiducia mercantil en Colombia

parte del fideicomitente o, ante la ausencia de recursos suficientes en el fideicomiso para tales efectos⁵⁰⁸.

La prohibiciones relativas a la no inclusión de cláusulas de carácter exorbitante que puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante que reporte una de las partes, rige también para la fiducia en garantía.

2.3. Fiducia de inversión

La fiducia de inversión constituye uno de los negocios fiduciarios donde el fideicomitente busca maximizar los rendimientos de sus recursos valiéndose del servicio financiero especializado del fiduciario. Para ello, transfiere un bien o conjunto de bienes para que el fiduciario los enajene y con lo producido invierta en actividades que generen ganancias en provecho del beneficiario.

Como la finalidad esencial de la fiducia de inversión es la obtención de rendimientos a través de la inversión con los bienes del fideicomiso, las últimas disposiciones de la SBC se han centrado en reforzar la consecución de esta finalidad mediante el establecimiento de una serie de facultades para las partes. Así, el fiduciante puede señalarle al fiduciario la manera de cómo ha de invertir sus bienes o puede dejarle la autonomía para que éste decida cómo invertirlos.

La normativa precisa además que el fiduciario puede subcontratar personal si tal facultad se establece en el contrato. Suele ser usual la subcontratación de un tercero en este tipo de fideicomiso puesto que el fiduciario para realizar las inversiones y acceder a mercados que por sus especiales características y condiciones no son parte de su quehacer habitual o no le está permitido acceder necesariamente debe subcontratar esas operaciones. Ello lógicamente sin actuar en desmedro de los intereses

⁵⁰⁸ Apartado 5.3 de la CE.

de la fiducia y en condiciones de transparencia y acorde con la finalidad del contrato e instrucciones impartidas por el fideicomitente⁵⁰⁹.

a) Forma de constitución

La constitución de la fiducia de inversión será instrumentada mediante escritura pública y la transferencia de los bienes o derechos inscrita ante el registro público correspondiente, según la naturaleza de los bienes. En el caso de que la inversión sea encomendada mediante encargo fiduciario, la inscripción de los bienes o recursos no será necesaria debido a que no efectúa efectivamente una transferencia de la propiedad sino tan sólo entrega de los mismos⁵¹⁰.

b) Contenido

De conformidad con las recomendaciones generales que da la CE, el contrato de la fiducia de inversión debe ser redactado en términos claros, de forma que refleje con precisión cada una de las condiciones jurídicas y económicas que se derivarán del contrato para las partes vinculadas a él.

Están prohibidas las cláusulas potestativas que concedan al fiduciario facultades para alterar unilateralmente el contrato (que le eximan de las responsabilidades que la ley le otorga), las cláusulas de carácter exorbitante (que desnaturalicen el negocio fiduciario) o, cláusulas con abuso de posición dominante de una de las partes, ya que este tipo de cláusulas transgreden el deber de lealtad que demanda el EOSF al fiduciario. Si así se hiciera constar en el contrato, tales cláusulas serán entendidas por ilegales⁵¹¹.

c) De la fiducia de inversión a las “carteras colectivas”

⁵⁰⁹ Apartado 5.3 de la CE. Se ha de tener presente que la subcontratación que el fiduciario realice con terceros no supone la delegación de profesionalidad de sus funciones en la ejecución del objeto mismo del contrato y la administración de los bienes transferidos.

⁵¹⁰ Apartado 5.1.1 de la CE.

⁵¹¹ Apartado 2.2.5 de la CE.

La fiducia mercantil en Colombia

Vale la pena destacar que la fiducia de inversión, a diferencia de los otros tipos de fiducia, fue desarrollando gradualmente dos modalidades de aplicación, a saber: la fiducia de inversión administrada individualmente y la fiducia de inversión administrada en forma colectiva.

La fiducia de inversión administrada individualmente, como su propio nombre lo indica, es aquella fiducia donde la administración de los recursos es realizado de forma separada e independiente de otros recursos que la sociedad fiduciaria también administra, de forma que las inversiones pertenecen a cada constituyente en forma separada.

En la fiducia de inversión colectiva, por el cambio, la administración es conjunta y las inversiones del fondo no pertenecen a ningún constituyente en particular. Esta fiducia distinguía dos modalidades a su vez: el fondo común ordinario de inversión y al fondo común especial de inversión.

Los fondos comunes de inversión creados mediante fiducias de inversión fueron desarrollándose hasta el 2007 bajo las directrices que establecían los artículos 29.2, 152 a 157 del EOSF⁵¹². Sin embargo, el Decreto 2175, de 12 de junio de 2007, hoy recogido en el Decreto 2555, de 15 de julio de 2010, derogó tales preceptos e introdujo en lugar de los fondos de inversión las llamadas “carteras colectivas”, como un mecanismo para la integración de sumas provenientes de suscripciones del público que siendo administrados

⁵¹² Los párrafos 3 y 4 del artículo 29 del EOSF reconocían que las sociedades fiduciarias tenían facultad para constituir fondos comunes ordinarios de inversión y fondos comunes especiales. Concretamente, el párrafo 4 expresó que: «Para efectos de este Estatuto entiéndase por "Fondo Común" el conjunto de los recursos obtenidos con ocasión de la celebración y ejecución de los negocios fiduciarios [...] sobre los cuales el fiduciario ejerza una administración colectiva; así mismo podrán integrar fondos comunes especiales». En tal sentido, al amparo de estas disposiciones, los fondos comunes de inversión se han venido instrumentando desde 1993 vía fiducia mercantil de inversión.

Rengifo García describe que el funcionamiento de estos fondos se desarrollaba bajo el siguiente esquema: en el fondo de común ordinario de inversión, un conjunto de persona entregan recursos a una sociedad fiduciaria para conformar un fondo administrado por ésta, la cual invierte los recursos en títulos de renta fija emitidos, avalados o garantizados por la Nación, el Banco de la República y entidades vigiladas por la Superintendencia bancaria. En el fondo común especial los fiduciantes aportan recursos para conformar un patrimonio autónomo que la sociedad fiduciaria invertirá como miras a cumplir el objetivo específico establecido en el reglamento de administración del fondo. RENGIFO GARCÍA, Ernesto: *ob. cit.*, p. 105.

de manera colectiva son destinadas a la inversión en diversas modalidades de plazo, tasa, riesgo y destino.

Concretamente, el artículo 3.1.2.1.1.1 del Decreto 2555/2010 define a las carteras colectivas como «todo mecanismo o vehículo de captación o administración de sumas de dinero u otros activos, integrado con el aporte de un número plural de personas determinables una vez la cartera colectiva entre en operación, recursos que serán gestionados de manera colectiva para obtener resultados económicos también colectivos».

La definición actual de las carteras colectivas y demás disposiciones que giran en torno a las carteras colectivas evidencian que las normas reguladoras de las carteras colectivas, en realidad, conservan el esquema tradicional que seguía el fondo común de inversión, que anteriormente regulaba el EOSF. Esto primordialmente por dos razones:

- 1) las carteras colectivas se desarrollan bajo un régimen de tipo fiduciario, por cuanto la sociedad administradora (sea una sociedad comisionista de bolsa de valores, sociedad fiduciaria, o sociedad administradora de inversión) asume la administración de los recursos de la cartera bajo una actuación fiduciaria, pues está obligada a administrar el patrimonio de la cartera en forma diligente y profesional, evitando la ocurrencia de situaciones que pongan en riesgo la normal y adecuada continuidad de la operación⁵¹³; y
- 2) los recursos que se reúnen por medio de las carteras colectivas pasan a constituir un patrimonio autónomo, separado e independiente del patrimonio de la sociedad administradora y de los participantes⁵¹⁴.

La primordial diferencia que se observa entre la cartera colectiva y el fondo común de inversión, es que en el primero la vinculación de los inversionistas se realiza mediante el “documento representativo de

⁵¹³ Art. 3.1.1.1.7 del Decreto 2555/2010.

⁵¹⁴ Art. 3.1.1.1.3 del Decreto 2555/2010.

La fiducia mercantil en Colombia

participación”, en tanto que en el segundo se realizaba a través del “contrato de fiducia de inversión de vinculación”.

Se puede decir entonces, que lo destacable del Decreto 2555/2010 es la integración de las disposiciones reguladoras de los fondos, ya que anteriormente existía una dispersión normativa sobre la regulación de la administración de fondos de valores administrados por las sociedades comisionistas de bolsa, fondos de inversión administrados por las sociedades administradoras de inversión, y fondos comunes ordinarios de inversión y fondos comunes especiales de inversión administrados por sociedades fiduciarias⁵¹⁵.

2.4. Fiducia inmobiliaria

Este tipo de fiducia tiene como finalidad principal la administración de recursos y bienes afectos al desarrollo de proyectos inmobiliarios. Así, el fiduciante transfiere al fiduciario uno o más lotes de terreno, que pasan a integrar un patrimonio autónomo, para que éste último se encargue de la construcción de un edificio, cuyas unidades de viviendas resultantes serán transferidos a los beneficiarios, quienes normalmente son compradores interesados.

Si bien bajo este esquema se puede desarrollar una diversidad de proyectos inmobiliarios, en últimos años han sido tres las modalidades que mayor utilización han alcanzado. Estas son:

⁵¹⁵ Habiéndose dispuesto la transición de los fondos comunes de inversión constituidos con anterioridad a 12 de junio de 2007, fecha de entrada en vigencia del Decreto 2175/2007, es menester puntualizar dos aspectos principales:

- 1) En virtud del principio de no retroactividad de la ley, los fondos comunes con vinculación a contratos de fiducia de inversión, celebrados con anterioridad al mes de junio de 2007, durante el tiempo que quede por completar el plazo de duración, se seguirán rigiendo conforme a su Reglamento del fondo que fue instituido bajo las disposiciones que el EOSF establecía para dichos fondos, sin perjuicio de los ajustes que exija el Decreto 2555/2010.
- 2) En la actualidad, no es posible que las fiduciarias instrumenten carteras colectivas por conducto de encargos fiduciarios o fiducia mercantil, por cuanto el artículo 111 del Decreto 2175/2007 derogó las normas que las facultaban para conformar fondos comunes ordinarios y especiales a través de contratos de fiducia de inversión. Por consiguiente, podrán administrar carteras colectivas bajo los parámetros que establece el Decreto 2555/2010, por el cual se reexpide las normas en materia del sector financiero asegurador y del mercado de valores.

Tesis Doctoral

- La fiducia inmobiliaria de administración y pagos. Mediante la cual se transfiere un bien inmueble a la sociedad fiduciaria, para que administre el proyecto inmobiliario, efectúe los pagos asociados a su desarrollo de acuerdo con las instrucciones señaladas en el acto constitutivo y transfiera las unidades construidas a quienes resulten beneficiarios del respectivo contrato.
- La fiducia de preventas. Bajo esta modalidad el fiduciario recibe los recursos de futuros compradores de la unidad inmobiliaria resultante del proyecto inmobiliario, para lo cual los invierte y condiciona la entrega de los mismos al cumplimiento del punto de equilibrio del proyecto y la obtención de la licencia de construcción o el permiso de ventas.

Los futuros compradores no son parte del contrato, pero si constituyen encargos fiduciarios individuales en desarrollo del contrato de preventas y firman la carta de instrucciones, que es el documento donde el futuro comprador manifiesta que: a) conoce los términos y condiciones del contrato de fiducia celebrado entre el fiduciante (constructor- promotor) y el fiduciario; y b) emite las instrucciones sobre la destinación de los recursos, autorizando al fiduciario que reciba los pagos acordados con el fiduciante, entregue los dineros y sus rendimientos al fiduciante cuando se cumplan las condiciones establecidas en el contrato.

- La fiducia inmobiliaria de tesorería. Su finalidad principal es encomendar a la sociedad fiduciaria la inversión y administración de los recursos en efectivo, destinados a la ejecución de un proyecto inmobiliario.

La descripción de éstas modalidades evidencia que nos encontramos ante esquemas diseñados básicamente para que el fiduciario se encargue de administrar las aportaciones de los futuros compradores, los créditos contratados por el fiduciante con entidades financieras, aportes en dinero efectuados por él o los fiduciantes, la administración del terreno donde se

La fiducia mercantil en Colombia

realizará el proyecto inmobiliario, y la posterior escrituración de los inmuebles resultantes del proyecto a favor de los compradores⁵¹⁶.

Por este motivo, no sorprende que las fiducias inmobiliarias vayan adquiriendo cada vez más importancia dentro el sector de la construcción. En efecto, se presentan como alternativas propicias para integrar diferentes actores, bajo una dinámica que no sólo impulsa el desarrollo de múltiples proyectos inmobiliarios, sino que también ayuda a continuar con el desarrollo de proyectos de construcción que por cualquier motivo o circunstancias debieron ser abandonados.

a) Forma de constitución

A tenor del artículo 1228 del CCC, la constitución de la fiducia debe ser instrumentada mediante escritura pública otorgada por Notario de Fe Pública, y la transferencia de los bienes debe ser inscrita en el registro público correspondiente, de acuerdo a la legislación común.

b) Contenido

Independientemente de las cláusulas que establezcan las partes por mutuo acuerdo, el contrato de la fiducia inmobiliaria también debe incluir las previsiones generales que señala el numeral 2.3 de la CE⁵¹⁷.

⁵¹⁶ La labor que la sociedad fiduciaria realiza en la fiducia inmobiliaria es de suma responsabilidad y profesionalidad. Así, valora que los terrenos donde se va a desarrollar el proyecto se han adquirido de manera definitiva y con las formalidades legales; verifica que la tradición del inmueble no presenta problemas de carácter legal que puedan obstaculizar el traspaso de la propiedad de las unidades inmobiliarias resultantes a los futuros adquirentes; controla que no existe desviación de los recursos obtenidos para la financiación del proyecto y que el punto de equilibrio establecido por parte del fideicomitente no compromete la viabilidad del proyecto; analiza que se cumplan las condiciones técnicas y jurídicas para el desarrollo de la obra.

⁵¹⁷ Al margen de dichas estipulaciones, el apartado 5.2 de la CE exige particularmente que en la modalidad de preventas se informe suficientemente acerca de si la sociedad fiduciaria tendrá el manejo futuro de los recursos y su participación en la definición del punto de equilibrio; el hecho de si las promesas de venta cuya suscripción constituye una obligación futura del suscriptor del encargo, han sido conocidas por la fiduciaria o si serán suscritas por la fiduciaria o por el promotor; las causales y los plazos de devolución de los recursos entregados a la fiduciaria; la identificación expresa de la persona en favor de quien se celebra el

Debido a que al presente las entidades bancarias disponen de modelos de contrato para instrumentar éstos negocios, las actuales disposiciones de la CE determinan que los modelos de contrato de adhesión previamente deben ser sometidos a autorización por parte de la SBC⁵¹⁸.

c) Los fondos de inversión inmobiliaria

Bajo las directrices de la fiducia inmobiliaria, los fondos de inversión inmobiliaria nacen a la vida jurídica a partir de las medidas de fomento a la inversión en la construcción de viviendas de interés social que la Ley 820, de 10 de julio de 2003 estableció al momento de regular los contratos de arrendamiento de inmuebles urbanos destinados a vivienda⁵¹⁹.

De conformidad con el artículo 1 del Decreto 1877, de 8 de junio de 2004, por el que se reglamenta la Ley 820/2003, los fondos de inversión inmobiliaria son «aquellos administrados por sociedades administradoras de inversión y los fondos comunes especiales administrados por sociedades fiduciarias, cuyo objeto sea la inversión en inmuebles conforme lo establece el artículo 41 de la Ley 820».

negocio fiduciario; sobre quién asume el riesgo de la pérdida de valor de los recursos entregados a la fiduciaria.

⁵¹⁸ La obligación de presentar ante la SBC los modelos de contrato de adhesión y/o de prestación masiva de servicios, exigida por el artículo 146 del EOSF en concordancia con el apartado 3.3 de la CE, es meramente a efectos de evaluación y verificación sobre el cumplimiento de los requisitos legales del contrato, en ningún momento, constituye una aprobación respecto de la validez o eficacia del negocio jurídico respecto de las circunstancias de tiempo, modo y lugar relacionadas con su celebración, ejecución o liquidación.

⁵¹⁹ Hasta antes de la entrada en vigor del Decreto 1877/2004, el marco legal en que se desenvolvían los fondos de inversión inmobiliaria se encontraba constituido por las disposiciones que el EOFS establecía para los fondos comunes de inversión. La novedad del régimen de la inversión inmobiliaria que abraza la Ley 820/2003, es la ventaja tributaria que se atribuye a la inversión en la construcción de viviendas de interés social. Esta ventaja consiste en la exención de las rentas pagadas —en concepto de cánones de arrendamiento de vivienda de interés social nueva— al fondo durante los 10 años siguientes a su construcción. De manera que las rentas provenientes del pago de cánones de arrendamiento constituyen renta exenta para el inversionista que la reciba, así lo prevé el artículo 41 de la Ley 820, en concordancia con el artículo 24 del Decreto 1877/2004. Para la procedencia de la exención de la renta, a efectos del Impuesto sobre la Renta y sus Complementos, es exigible tanto a la administradora como al inversionista el cumplimiento de una serie de requisitos formales y materiales que se encuentran recogidos en el artículo 25 del Decreto 1877/2004.

La fiducia mercantil en Colombia

Se trata pues, como puede constatarse, de patrimonios autónomos afectados al cumplimiento de una finalidad inversora en inmuebles, cuyo requisito esencial para tener la condición de fondo, es que la inversión en bienes inmuebles sea como mínimo un sesenta por ciento (60%) del valor del fondo.

Los tipos de fondos de inversión inmobiliaria que reconoce la normativa son dos: los fondos de inversión inmobiliaria abiertos con pacto de permanencia y los fondos de inversión inmobiliaria cerrados.

Los fondos de inversión inmobiliaria abiertos con pacto de permanencia son definidos como “aquellos en los cuales procede el retiro de aportes o la redención de derechos antes de la terminación del plazo previsto para la duración del fondo, sin perjuicio del cobro de las penalizaciones previstas en los contratos de vinculación al fondo”⁵²⁰. Presentan las siguientes características⁵²¹:

- a) En el contrato de vinculación al fondo, la sociedad administradora define las fechas en las cuales se permitirá la recepción y/o retiro de aportes.
- b) El periodo mínimo de permanencia es de cinco años, sin embargo, pueden realizarse retiros parciales o totales cada doce meses, pero si el retiro se hace antes del plazo estipulado en el contrato habrá lugar a aplicar una penalización.
- c) Durante los primeros doce meses no se aplica límite alguno, no obstante, en el segundo año ningún inversionista podrá tener más del treinta por ciento, y partir del tercer año ninguno más del veinte por ciento.

Por su parte, los fondos de inversión inmobiliaria cerrados son definidos como aquellos en los que el contrato de vinculación al fondo sólo permite a los inversionistas retirar sus aportes al final del plazo previsto para la duración del correspondiente fondo.

⁵²⁰ Art. 1.1.2 del Decreto 1877/2004.

⁵²¹ Arts. 15 y ss. del Decreto 1877/2004.

En el proceso operativo del fondo, según el artículo 18 del Decreto 1877/2004, el plazo máximo para el ingreso al fondo no podrá exceder el 20% del plazo previsto para la duración total del fondo y las inversiones en el fondo sólo podrán ser redimidas totalmente en la fecha determinada como plazo total de duración del fondo; no obstante, se podrá realizar entregas anticipadas de aportes a los inversionistas a prorrata de su participación⁵²².

2.5. Fiducia testamentaria

La fiducia testamentaria es aquella en la que el testador fiduciante mediante disposición testamentaria designa un fiduciario para que éste dé cumplimiento al encargo de su última voluntad a favor de uno o más beneficiarios, que pueden ser sus hijos o herederos, a quien, en su día, debe entregarle los bienes hereditarios que ha dejado el testador.

A simple vista, este tipo de fiducia no parece tener mayores complejidades, sin embargo por las características propias que sobre ella recaen, es notoria su diferencia con el resto de las fiducias constituidas por actos *inter vivos*.

Las características definitorias de la fiducia testamentaria comienzan a partir de que su constitución debe serlo por testamento en virtud del artículo 1228 del CCC. Al ser constituida por testamento, único acto válido para la transmisión de derechos de una persona después de su muerte, la fiducia queda supeditada a las reglas que el CCvC mantiene para la sucesión hereditaria y el testamento.

Así, el fiduciante deberá cumplir las formalidades que el CCvC exige para el testamento y respetar los límites de disposición que tiene sobre su masa

⁵²² Sin perjuicio de las inversiones obligatorias que se realicen en el fondo de inversión puede invertirse exclusivamente en activos como: viviendas urbanas (clase 1); bienes inmuebles destinados a actividades comerciales (clase 2); títulos emitidos en procesos de titularización hipotecaria o inmobiliaria que cuenten con una calificación mínima de "A"; derechos fiduciarios de patrimonios autónomos conformados por activos clase 1 y 2 (clase 3); y depósitos en fondos comunes ordinarios, fondos de valores abiertos y fondos de inversión abiertos, operaciones de liquidez, títulos de contenido crediticio inscritos en el Registro Nacional de Valores (clase 4).

La fiducia mercantil en Colombia

patrimonial, ya que la transgresión de tal límite daría lugar a que los herederos afectados en su legítima o el cónyuge sobreviviente, si es que los tuviere, exijan la nulidad de la fiducia⁵²³.

La disposición testamentaria en la que el testador fiduciante manifieste su voluntad de afectar parte de sus bienes en fiducia testamentaria necesariamente deberá determinar, a su vez, a la persona que va ejecutar el testamento, sea en calidad de asignatario, executor testamentario, o albacea fiduciario. El asignatario y/o executor testamentario y/o albacea como representante del testador, será quien realice los actos necesarios para constituir la fiducia.

En este sentido, al amparo del CCvC, el testador fiduciante tiene la posibilidad de instituir a la sociedad fiduciaria como asignatario o legatario⁵²⁴, executor testamentario⁵²⁵ o como albacea fiduciario⁵²⁶ ya que por disposición del artículo 1021 del CCvC está permitido que las personas jurídicas adquieran bienes de todas clases, por cualquier título. En consecuencia, la posición del fiduciario, desde que recibe la herencia hasta que acaba su derecho sobre ésta, será la de un verdadero heredero y como tal ostentará la titularidad temporal de los bienes, derechos y obligaciones

⁵²³ Del artículo 1370 del CCvC se infiere que el fiduciante, en caso de tener hijos y cónyuge, solo podrá disponer a su libre arbitrio la mitad de sus bienes que componen su masa patrimonial; el testador no puede disponer libremente de todo su patrimonio porque está reservada para los herederos forzosos. Precisamente por estas variantes, se destaca la constitución de la fiducia testamentaria exige un minucioso análisis de la situación personal, familiar y patrimonial del testador. Ver: MERINO, José Luis: “La fiducia testamentaria”, *Ley actual*, núm. 10, julio-agosto de 2009, Zaragoza, p. 6; GIMÉNEZ VILLAR, Fernando: “Dos modelos de fiducia en testamento mancomunado”, *Revista de Derecho Civil Aragonés*, núm. 2, Tarazona, 1999, p. 234.

⁵²⁴ El artículo 1155 del CCvC establece que los asignatarios a título universal, con cualesquiera palabras que se les llame, y aunque en el testamento se les califique de legatarios, son herederos; representan la persona del testador para sucederle en todos sus derechos y obligaciones transmisibles. Los herederos son también obligados a las cargas testamentarias, esto es, a las que se constituyen por el testamento mismo, y que no se imponen a determinadas personas.

⁵²⁵ Conforme al artículo 1327 del CCvC “los executores testamentarios o albaceas son aquéllos a quienes el testador da el cargo de hacer ejecutar sus disposiciones”.

⁵²⁶ El testador puede hacer encargos secretos y confidenciales al heredero, al albacea y a cualquier otra persona para que se invierta en uno o más objetos lícitos una cuantía de bienes de que pueda disponer libremente. El encargado de ejecutarlos se llama albacea fiduciario (artículo 1368 del CCvC)

que componen la herencia fideicomitida, sin derecho de usufructo sobre un patrimonio⁵²⁷, para cumplir la voluntad encomendada por parte del testador⁵²⁸.

Como hemos ido viendo, las variantes que presenta la fiducia testamentaria son realmente muchas, pero ello no ha impedido que ésta clase de fiducia tenga mayor acogida y sea promocionada cada vez más por los bancos como un medio idóneo para la gestión patrimonial del todo o parte de los bienes del testador en favor de los beneficiarios (normalmente hijos de muy corta edad o personas que sufren incapacidad o impedimentos para suceder a la herencia), así como para la gestión de empresas familiares.

En este último caso, especialmente, se pone énfasis en que mediante la fiducia testamentaria el empresario podría encomendar al fiduciario para que, a su muerte, se encargue de la administración profesional de su empresa, cuidando de esta manera la continuidad de la empresa bajo una gestión especializada y evitando al mismo tiempo la aminoración de los ingresos de la empresa lo cual podría suceder si por falta de experiencia de los hijos no brindan una adecuada administración al negocio, ya que en muchos casos, como bien puntualiza Pita Grandal “la familia se ve llamada al ámbito empresarial sin que ninguno de sus miembros haya evidenciado tendencia empresarial alguna”⁵²⁹.

⁵²⁷ La doctrina viene manteniendo que el fiduciario no tiene derecho de usufructo, en virtud a que el patrimonio (la herencia) no es suyo, sino que es titular de este patrimonio, limitadamente a tiempo durante el que la herencia le corresponde, tiempo que acaba cuando toca pasar la herencia al beneficiario. ALBADALEJO GARCÍA, Manuel: *Curso de Derecho Civil. Derecho de Sucesiones*, 8ª Ed., Ed. Edisofer, Madrid, 2004, pp. 273 y 274; MARTÍN MELÉNDEZ, María T.: *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de discapacitados*, Ed. Dykinson, Madrid, 2010, p. 108.

⁵²⁸ Vaquer Aloy afirma que el amplio abanico de facultades que los ordenamientos jurídicos reconocen al titular del encargo se debe en gran medida al elemento de confianza que se aprecia entre él y el testador, ya que éste le encarga nada menos que velar por el cumplimiento de sus últimas voluntades. VAQUER ALOY, Antoni: *La interpretación del Testamento*, Ed. Reus, Madrid, 2008, p. 130.

⁵²⁹ PITA GRANDAL, Ana M.^a: “Concepto de empresa familiar”, en PITA GRANDAL, Ana M.^a (Dir.), *Cuestiones tributarias de la empresa familiar*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 19. A nuestro modo de ver, con la fiducia testamentaria constituida para la gestión de una empresa, por otro lado, se evitarían también los problemas específicos que en general afectan a una empresa familiar que, según la

La fiducia mercantil en Colombia

a) Forma de constitución

La constitución de la fiducia *mortis causa* debe reunir la pertinente solemnidad que exige el CCvC para el testamento. Podrá adoptar la forma de testamento abierto o testamento cerrado⁵³⁰. En el primero, el testador hará saber de las disposiciones de su última voluntad ante el notario en presencia de, al menos, dos testigos⁵³¹. En el segundo, el testador presentará al notario una escritura cerrada, declarando, de manera que el notario y los testigos lo vean, oigan y entiendan, que en aquella escritura se contiene su testamento⁵³².

b) Contenido

El contenido del testamento puede ser tan variado como diverso, no obstante, de acuerdo con la línea jurisprudencial reciente, que entiende al testamento dividido en varias partes⁵³³, en la parte propiamente dispositiva el testador fideicomitente establecerá su voluntad de crear una fiducia con todo o algunos bienes que forman parte de su patrimonio, indicando la finalidad que se desarrollará con la fiducia, los beneficiarios, y el albacea fiduciario que se encargará de instituir la fiducia⁵³⁴.

c) Diferencias con el fideicomiso testamentario en Perú

misma autora, son: la continuidad de la empresa, los problemas que sitúan en la escena de la estructura organizativa, el difícil deslinde entre la empresa y la familia, y la producción de tensiones entre las aspiraciones de los miembros de la familia por ocupar puestos directivos y las exigencias que la gestión de la empresa plantea. Vid. *ob cit.*, p. 18.

⁵³⁰ Art. 1067 del CCvC.

⁵³¹ Art. 1070 del CCvC.

⁵³² Art. 1072 del CCvC.

⁵³³ En el testamento se diferencia: la «parte numerativa» (número de protocolo); «parte de indicación espacio-temporal» (lugar y fecha); «parte identificativa» (datos de los testadores); «parte propiamente expositiva» (composición familiar, régimen legal aplicable, etc.); «parte propiamente dispositiva» (en la que se incluirán las cláusulas anteriores); y «parte conclusiva» (otorgamiento y autorización). GIMÉNEZ VILLAR, Fernando: *ob. cit.*, p. 235.

⁵³⁴ A estas disposiciones se complementarán los datos mínimos que enuncia el artículo 1073 del CCvC para el contenido del testamento, como son: el nombre y apellido del testador; el lugar de su nacimiento; el lugar en que tuviere su domicilio; su edad; la circunstancia de hallarse en su entero juicio; el nombre de las personas con quien hubiere contraído matrimonio, de los hijos habidos en el matrimonio y de los hijos naturales; y el nombre, apellido y domicilio de cada uno de los testigos; el lugar, día, mes y año del otorgamiento; y el nombre y apellido del notario.

Una de las variantes primordiales que se observa entre la fiducia testamentaria colombiana y el fideicomiso testamentario peruano, es la modalidad de la constitución del “fideicomiso testamentario de sustitución”. Por ésta modalidad de fideicomiso testamentario, el fideicomitente encarga que todo o parte de su bienes sea administrado y conservado para la realización de una determinada finalidad, en favor de varios beneficiarios, que sucesivamente deben sustituirse por la muerte de la anterior beneficiario.

La legislación colombiana, a diferencia de la legislación peruana⁵³⁵, no admite la constitución de esta modalidad de fiducia testamentaria, al contrario, lo declara como una fiducia prohibida. Así el artículo 1230 del CCC literalmente señala “quedan prohibidos aquellos en los cuales el beneficio se concede a diversas personas”.

La postura mantenida por la legislación colombiana también es compartida por la legislación boliviana, ya que también prohíbe la constitución de fideicomisos testamentarios en los cuales el beneficio se conceda a diversas personas que sucesivamente deban sustituirse por muerte de la anterior⁵³⁶.

Si se analiza con mayor detalle al fideicomiso testamentario constituido a favor de personas que sucesivamente deben sustituirse⁵³⁷, este fideicomiso es excepcional, probablemente sea uno de los fideicomisos que presente mayor complejidad porque en su constitución entran en juego diversos aspectos, por ejemplo, cabe la posibilidad de que se instituya de la siguiente manera:

⁵³⁵ Ver Arts. 248 y 249 de la LGSF (Perú).

⁵³⁶ Ver Art. 1413 del CCC (Bolivia).

⁵³⁷ Ésta clase de fideicomiso es conocido también como fideicomiso de sustitución o sustitución fideicomisaria. La característica que asiste al fideicomiso de sustitución, es que el fiduciario “haga el tránsito al fideicomisario la totalidad o la cuota fideicomitida de la herencia”. GUITART I GUIXE, Ramona: “Las sucesiones mortis causa en el Derecho catalán: Aspectos fiscales de los fideicomisos”, *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 1, Barcelona, 2010, p. 108. En esta misma línea, Moll, Albertí, y Morey, puntualizan que la sustitución fideicomisaria ha sido definida como una institución de derecho sucesorio que consiste en el llamamiento sucesivo -uno después de otro- de dos o más herederos. MOLL, Isabel; ALBERTÍ, Antonia; y MOREY, Antonia: “Tierra de fideicomisos: Las consecuencias de la Ley de Desvinculaciones en Mallorca (1768-1865)”, *Revista de Ciencias Sociales*, núm. 15, Palma de Mallorca, 1993, p. 14.

La fiducia mercantil en Colombia

- Que el testador fiduciante encomiende a la entidad fiduciaria, en calidad de legatario, albacea o ejecutor testamentario, dado que no es heredero directo del testador, que todo o parte de los bienes que componen su masa patrimonial, sea conservado y administrado en favor del beneficiario designado en el testamento, quien a su muerte, debe transferir los bienes al siguiente beneficiario y así sucesivamente en favor del beneficiario ulterior.
- Que el testador fiduciante encomiende a la fidelidad y honradez del heredero directo o de otra persona, en calidad de legatario o albacea, que los bienes que ha designado para la constitución de la fiducia sean transferido al fiduciario, que no es heredero directo, para que éste ostentando la titularidad de ellos, administre y cumpla la finalidad señalada por el testador fiduciante, en provecho del beneficiario, quien a su muerte habrá de transmitir los bienes al siguiente beneficiario, y éste último, al siguiente.

Claro está que este tipo de fideicomiso es válido únicamente en Perú porque en Colombia sólo se admite la fiducia testamentaria constituida en provecho de uno o varios beneficiarios, a quienes, en su día, el fiduciario debe transferir los bienes hereditarios, sin que tales beneficiarios puedan transferir a otras personas, por estar prohibido por ley.

2.6. Fiducia de titularización

2.6.1. Consideraciones preliminares

A diferencia de las anteriores fiducias, la fiducia de titularización no se encuentra regulada en el CCC sino en la Ley de Mercado de Valores de Colombia (LMVC). La normativa principal de la fiducia de titularización aparece disgregada del CCC y demás normativa reglamentaria de la fiducia mercantil en virtud a que el proceso de titularización conlleva todo un conjunto de operaciones conexas. Por esta razón, abordaremos este tipo de fiducia con mayor especificidad y detalle.

Antes de entrar de lleno en el estudio de la fiducia de titularización hemos de hacer referencia, en primera instancia, a dos cuestiones esenciales que

nos pondrán en condiciones para examinar con exhaustividad este tipo de fiducia, estos son:

- la titularización propiamente dicha; y
- las vías jurídicas para llevar a cabo la titularización.

a) La titularización

La titularización nace en Colombia con la Ley 35, de 5 de enero de 1993, reglamentado por la Resolución N° 445/1993 de la Superintendencia de Valores, con el fin de promover el desarrollo de las actividades de intermediación en el mercado público de valores.

La Ley 35/1993 consagró el principio de libertad en la creación de títulos valores a través de patrimonios autónomos, hasta entonces restringidos, permitiendo así por primera vez la emisión de valores en base al mecanismo especial de titularización⁵³⁸.

Pocos meses después de la sanción de la Ley 35/2003, la utilización de la titularización por el sector público apareció reconocida en la Ley 80, de 28 de octubre de 1993 y el Decreto 2681, de 29 de diciembre de 1993, siendo ubicada en el plano de operaciones conexas a las operaciones de crédito público⁵³⁹.

Un importante paso más dio el Decreto 2555/2010, al integrar y unificar toda la normativa y los decretos reglamentarios del sector financiero, asegurador y del mercado de valores, que hasta la fecha se encontraba disperso en un amasijo de fuentes legales. De esta manera el legislador colombiano daba cumplimiento al doble objetivo que se propuso alcanzar mediante el ajuste de las normas, como es: consolidar el sistema financiero, acorde con las recientes experiencias en materia de titularización; y

⁵³⁸ SIMÓN MORENO, Héctor: *ob. cit.*, p. 127.

⁵³⁹ En lo posterior, mediante la Ley 964, de 8 de julio de 2005, se dictaron los criterios generales del manejo aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público, ampliándose de esta manera la conceptualización de valor y de las actividades del mercado de valores.

La fiducia mercantil en Colombia

fomentar que empresas públicas o privadas se beneficien de las ventajas que ofrece este instrumento financiero en la financiación de recursos.

El concepto general que la SFC ha asentado para la titularización describe la operación como «un proceso por el cual una entidad transfiere activos, generalmente ilíquidos ó de escasa rotación, bienes ó flujos de caja futuros, con el objeto de maximizar la utilización de recursos. Este traslado lleva consigo la transformación de activos en títulos negociables, que se emiten a la orden, lo que indica que pueden ser transferidos mediante endoso y entrega del título a través de la bolsa de valores, los cuales tienen como garantía el activo ó el flujo generado por el mismo»⁵⁴⁰.

Este concepto, como se puede ver, demuestra que la titularización de activos consiste básicamente en la movilización de activos, mediante la emisión de títulos valores bajo el respaldo de un patrimonio autónomo conformado por activos o flujos económico-monetarios presentes o futuros de una actividad productiva, con el objeto de maximizar la utilización de los recursos de la empresa originadora y de esta manera facilitarle liquidez o financiación para el desarrollo de sus actividades.

b) Vías jurídicas para estructurar la titularización

La normativa establece dos vías jurídicas para llevar a cabo la titularización. La primera vía es a través de la constitución de una cartera colectiva⁵⁴¹ y la segunda mediante la firma de un contrato de fiducia mercantil irrevocable⁵⁴².

La estructuración de la titularización de activos mediante la cartera colectiva implica que la sociedad fiduciaria, sociedad titularizadora, o sociedad comisionista, capta sumas de dinero u otros activos integrados

⁵⁴⁰ Superintendencia de Valores: “*La Titularización en Colombia: Una Ventana hacia la Modernización Financiera*”, Bogotá, 1997, p. 15.

⁵⁴¹ Se entiende por cartera colectiva todo mecanismo o vehículo de captación o administración de sumas de dinero u otros activos de un número plural de personas determinables, para obtener resultados económicos también colectivos (artículo 3.1.2.1.1 del Decreto 2555/2010).

⁵⁴² Art. 5.6.2.1.1 del Decreto 2555/2010.

con el aporte de un número plural de personas, para destinarlos al patrimonio autónomo de la cartera o fondo, bajo cuyo respaldo emite títulos valores de oferta al público, vinculando a los inversionistas a la cartera en operación a través del contrato de fiducia mercantil u otro instrumento legal.

La característica primordial de esta primera vía de estructuración de la titularización es que la captación de los activos a titularizar se realiza de forma colectiva, es decir, con la participación de varias entidades o empresas interesadas en titularizar; hecho que le diferencia de la segunda vía de estructuración.

La segunda vía de estructuración de la titularización, como vimos, es mediante la firma de un contrato de fiducia mercantil irrevocable. En virtud a que la finalidad de la fiducia es el desarrollo del proceso de titularización se conoce comúnmente esta fiducia como fiducia de titularización, aunque técnicamente se denomina como fiducia de administración de procesos de titularización.

Vamos a examinar ahora la definición, estructura, elementos del proceso y demás características de la fiducia de titularización.

2.6.2. Definición

El apartado 8.3.2 de la CE define la fiducia de titularización de activos en los siguientes términos: «es el negocio fiduciario que tiene por objeto la emisión y/o administración de una emisión de valores emanados de un proceso de titularización de activos y bienes. Con este negocio se pretende crear mecanismos para respaldar la rentabilidad y el pago total de los títulos emitidos, contando la sociedad fiduciaria con la potestad de utilizar los activos que conforman el patrimonio autónomo, para realizar las gestiones pertinentes al pago oportuno de las obligaciones de la titularización».

La fiducia mercantil en Colombia

Como claramente señala el concepto que recoge la CE, por la fiducia de titularización la sociedad fiduciaria administra todo el proceso operativo que implica el desarrollo del proceso de titularización.

Al decir el texto literal del apartado 8.3.2 de la CE que, el objeto del negocio es la «administración de una emisión de valores emanados de un proceso de titularización», en realidad, se refiere a que dentro del acto de administración van vinculados todo un conjunto de actividades que requiere en esencia la titularización, tales como la gestión necesaria para el manejo eficiente de los bienes o derechos titularizados, la emisión de títulos, la relación con los inversionistas, la recaudación de los rendimientos que se generen y posterior inversión, la defensa y vocería del patrimonio autónomo, entre otros.

Por lo que podría decirse que el esquema que presenta la fiducia de titularización de activos es mucho más complejo que el esquema tradicional que subyace en la fiducia que tiene otra finalidad, ya que durante el proceso de la titularización se da lugar a una multiplicidad de relaciones jurídicas⁵⁴³.

El proceso de la titularización se inicia con la suscripción del contrato de fiducia mercantil irrevocable entre el originador fideicomitente «entidad o empresa interesada en obtener financiación» y el fiduciario «sociedad administradora». Para ello, el originador transfiere los bienes o activos al fiduciario, para que los destine al patrimonio autónomo e inicie el procedimiento mediante el cual se ha de emitir títulos valores, que van a ser colocados y negociados libremente en el mercado público de valores.

Para ilustrar mejor las actividades que se llevan a cabo durante el proceso de titularización se ha de dividir el proceso en tres fases, a saber:

⁵⁴³ La complejidad de la que hablamos no es un aspecto exclusivo de la fiducia de titularización. En el plano internacional, se sostiene que la propia operación de la titularización presenta “un aspecto contractual complejo inherente a la idea de programación y de grupos de contratos; esto es, los negocios en los que se basa la titularización establecen programas de actuación de los sujetos implicados a través de una pluralidad de contratos coordinados”. TAPIA HERMIDA, Alberto Javier: *Derecho de Mercado de Valores*, Ed. Boch, Barcelona 2000, p. 158.

- constitución del patrimonio autónomo (primera fase)
- emisión de títulos (segunda fase)
- terminación del proceso (tercera fase)

a) Primera fase

Esta fase comienza con la presentación de la documentación por la empresa originadora al fiduciario, para analizar la factibilidad del proceso de titularización de los activos. El fiduciario conjuntamente con el estructurador, o sin él, trabaja en el diseño jurídico, financiero, y operativo del proceso de titularización. Para ello, se encarga de la valoración real de la situación actual de la empresa, de la selección de los activos que van a ser titularizados.

Realizado el estudio técnico y seleccionado los activos a titularizar firma el contrato de fiducia mercantil irrevocable con el originador, quien le transfiere los bienes o derechos que constituirán el patrimonio autónomo⁵⁴⁴.

La creación de un patrimonio autónomo de carácter fiduciario implica que tal patrimonio queda afectado para la consecución del propósito para el que ha sido constituido, en este caso, servir de base del proceso de titularización y asegurar que con este patrimonio se responderán las deudas que se contraigan durante el proceso.

La propia Ley 964/2005 determina que se produce una plena separación del patrimonio personal de las partes, de tal forma que no constituyen prenda general de los acreedores de quienes los originen o administren y están excluidos de cualquier otra acción que pudiera afectarlos⁵⁴⁵. Inclusive dispone que el patrimonio autónomo está aislado de las acciones de revocatoria o simulación del proceso de titularización una vez que los títulos resultantes del proceso, debidamente inscritos en el RNVE, hayan sido puesto en el mercado⁵⁴⁶.

⁵⁴⁴ Art. 5.6.2.1.1 del Decreto 2555/2010.

⁵⁴⁵ Art. 68 de la Ley 964, de 8 de julio de 2005.

⁵⁴⁶ Art. 63 de la Ley 964 de 2005.

La fiducia mercantil en Colombia

b) Segunda fase

El fiduciario en representación del patrimonio autónomo solicita ante la Superintendencia de Valores de Colombia (SVC) los permisos pertinentes para la emisión de títulos. Asimismo solicita la firma de la sociedad calificadora de valores, debidamente autorizada por la SVC, para que certifique el riesgo de cada una de las emisiones que componen la titularización. Contando tal calificación, en respaldo del patrimonio autónomo, emite títulos valores que podrán adoptar la modalidad de⁵⁴⁷:

- 1) títulos de participación;
- 2) títulos de contenido crediticio; y
- 3) títulos mixtos.

Todos ellos deberán ser inscritos en el Registro Nacional de Valores y Emisores de Colombia (RNVEC) y en la bolsa de valores del país.

Estos títulos tienen como destinatarios a los ahorradores, personas físicas, personas jurídicas, públicas o privadas, inversionistas institucionales, entidades oficiales, y el público inversionista en general. Para colocar los títulos en el mercado la sociedad fiduciaria firma un contrato de *underwriting*⁵⁴⁸ con el colocador, quien se encarga de establecer alianza con

Cabe destacar en este punto, que si bien este reconocimiento resulta de provecho para la operación, se plantearía un grave problema para el caso de la titularización constituida en fraude de acreedores del originador, puesto que se trata de un acto irrevocable, que está condicionado a la inscripción en el RNVEC y a su colocación en el mercado.

⁵⁴⁷ Art. 5.6.1.1.5 del Decreto 2555/2010.

⁵⁴⁸ El término anglosajón de *Underwriting* ha sido muy difundido y es comúnmente utilizado para referirse a “una operación financiera que consiste en un negocio en el cual se asume el riesgo de comprar en el mercado títulos o valores de corporaciones privadas o entidades públicas con el fin de revenderlos directamente entre el público inversionista, ya sea directamente o por medio de *dealers* (comerciantes o negociadores en este mercado, en esta clase de negocios) obteniendo el beneficio de la diferencia de precio resultante de la compra al emisor y la venta al inversionista, diferencia conocida como *underwriting spread*”. ROMERO PÉREZ, Jorge Enrique: “Underwriting: Contrato Financiero Moderno”, *Revista de Ciencias Jurídicas*, núm. 109, enero-abril 2006, pp. 95 y 96. [Fecha de consulta: 15 de junio de 2011]. Disponible en: «<http://www.latindex.ucr.ac.cr/juridicas.php>».

En Colombia, el contrato de *underwriting* hace referencia al contrato en virtud del cual una entidad debidamente autorizada para actuar como *underwriter*, conforme

los corredores de bolsa que tiene para colocar los títulos entre los inversionistas.

c) Tercera fase

El colocador transferirá al fiduciario los recursos recaudados por la negociación de los títulos, quien descontará el costo de la operación, para posteriormente transferir el capital y tasa de interés correspondiente a los inversionistas, una vez vencido el plazo de vigencia de la emisión y las condiciones establecidas en el reglamento de emisión o prospecto de colocación.

2.6.3. Elementos del proceso

2.6.3.1. Elementos subjetivos

a) Originador

Es la persona física o jurídica, pública o privada, nacional o extranjera, que mediante la suscripción de un contrato de fiducia mercantil irrevocable transfiere bienes, derechos, activos o flujos de caja presentes o futuros al patrimonio autónomo de la fiducia, a cargo del fiduciario, con el fin de obtener financiación mediante la emisión de títulos negociables en el mercado de valores ⁵⁴⁹.

La participación del originador no es necesaria cuando la titularización se estructura mediante fondos o carteras colectivas, en virtud a que el fiduciario constituye el fondo de titularización, con la debida autorización de las autoridades competentes, para hacer oferta pública de valores, vinculando a los inversionistas a la operación, mediante contratos de fiducia.

Los derechos y obligaciones que corresponda cumplir al originador serán los que se consigne en el contrato firmado entre el originador y el fiduciario.

al régimen legal pertinente, acuerda en colocar en el mercado de valores, una parte o el total de los valores emitidos mediante un proceso de titularización.

⁵⁴⁹ Art. 5.6.3.1.1, parágrafo 1, del Decreto 2555/2010.

La fiducia mercantil en Colombia

Desde ese momento, el originador deberá respaldar por cualquier medio idóneo el cumplimiento de las obligaciones que le corresponden en desarrollo del proceso de titularización.

b) Fiduciario o “agente de manejo”

Es la sociedad fiduciaria que tiene a su cargo el manejo seguro y eficiente de los recursos que integran el patrimonio autónomo de la fiducia. Como vocero del patrimonio autónomo es el encargado de solicitar la autorización pertinente ante la SVC para emitir títulos valores contra el patrimonio autónomo y vincularse jurídicamente con los inversionistas para recaudar los recursos de la emisión.

En su condición de administrador del proceso de titularización, previo a la emisión de títulos, contrata la firma de la sociedad calificadora de valores, con objeto de que expida la certificación objetiva del nivel de riesgo de la operación, y suscribe contrato con el colocador, para que se encargue de colocar los títulos en el mercado.

Dado que los activos que integran el patrimonio autónomo respaldan el pasivo adquirido con los inversionistas, es obligación sustancial del fiduciario adoptar las medidas necesarias para obtener el recaudo de los flujos requeridos para la atención de las obligaciones contenidas en los valores emitidos.

Pueden actuar como agentes de manejo las sociedades fiduciarias y las instituciones financieras que la ley autoriza para celebrar contratos de fiducia⁵⁵⁰. Para ello, deben tener capacidad de generar un aislamiento patrimonial y solvencia económica necesaria para garantizar el desarrollo de la operación. Asimismo, deben mantener informada a la SFC sobre su situación financiera y contable, situación jurídica, situación comercial y laboral, y sobre la emisión de valores⁵⁵¹.

c) Administrador de la emisión

⁵⁵⁰ Art. 5.6.1.1.3 del Decreto 2555/2010.

⁵⁵¹ Art. 5.2.4.1.5 del Decreto 2555/2010.

Es la entidad encargada de la conservación, custodia y administración de los títulos valores emitidos en el proceso de titularización. Actúa como agente de recaudación de los flujos provenientes de los activos para transferirlos al fiduciario o agente de manejo.

En Colombia, esta función puede ser cumplida por el propio originador, el fiduciario, o una entidad diferente. En cualquier caso, la actuación de la administradora no exonera de responsabilidad al fiduciario en la realización diligente de los actos necesarios para la consecución de la finalidad del proceso de titularización⁵⁵².

d) Colocador

El colocador, como su propio nombre lo indica, es la entidad que coloca la totalidad o parte de los títulos en el mercado, bajo la firma de un contrato de *underwriter* con el fiduciario. Como suscriptor profesional se encarga de hacer el premercado de las emisiones para determinar las condiciones del mercado y estructurar así la estrategia de posicionamiento de los títulos.

Esta labor es normalmente realizada por los intermediarios inscritos en el RNVEC, no obstante, el propio fiduciario puede colocar directamente los títulos⁵⁵³, o bien, colocar por medio de una sociedad comisionista de bolsa de valores, en virtud de un contrato de comisión⁵⁵⁴.

e) Inversores

Son las personas naturales o jurídicas, establecimientos de crédito, sociedades de servicios financieros, sociedades de capitalización, entidades aseguradoras e intermediarios de seguros y reaseguradoras, fondos de pensiones y cesantía, fondos mutuos de inversión, carteras colectivas, y entidades públicas o privadas, que suscriben y pagan los títulos, con lo cual adquieren el derecho de reclamar al fiduciario el capital y rendimiento de los bienes, derechos, o activos que han sido titularizados.

⁵⁵² Art. 5.6.3.1.1, parágrafo 3, del Decreto 2555/2010.

⁵⁵³ Art. 5.6.3.1.1, parágrafo 4, del Decreto 2555/2010.

⁵⁵⁴ Art. 7.1.1.1.1 del Decreto 2555/2010.

La fiducia mercantil en Colombia

La normativa insiste en la obligación de las sociedades fiduciarias y sociedades administradoras de informar, de forma sencilla y comprensible, a los inversionistas sobre todo lo inherente a la operación, a través de los diferentes medios de suministro de información como son: el reglamento, prospecto, ficha técnica, extracto de cuenta, medios impresos y sitios web⁵⁵⁵.

f) Sociedad calificadora de valores

Es la entidad especializada en el estudio de riesgos del proceso, debidamente autorizada por la SVC, que otorga objetivamente una calificación sobre el nivel de riesgo de la operación. Esta calificación sirve de referencia a los inversionistas para conocer las posibilidades de pago de los títulos adquiridos⁵⁵⁶.

Dado que la titularización comporta una serie de relaciones jurídicas entre los actores que intervienen y los actos necesarios para la emisión de títulos valores, cabe aclarar que además, de los actores que incluimos en este apartado, pueden existir otros participantes que resulten de especial interés para llevar a cabo el proceso; ello dependerá del tipo de operación que se diseñe. Por ejemplo, en una titularización ganadera participan otros agentes, como el estructurador, operador, y supervisor de la ceba de los ganados.

⁵⁵⁵ Art. 3.1.7.1.2 del Decreto 2555/2010.

⁵⁵⁶ El sistema de calificación de riesgos sigue el siguiente orden: “AAA” máxima seguridad; “AA” casi máxima- riesgo mínimo; “A” bajo riesgo; “BBB” riesgo adecuado; “BB” riesgo menor; “B” riesgo alto; “CCC” riesgo alto en grado menor; “CC” riesgo alto en grado medio; “C” riesgo alto en grado alto.

Según el artículo 2.2.2.1.1.3 del Decreto 2555/2010, actividad de calificación que desarrolla la sociedad calificadora también comprende: la calificación de emisor o contraparte; calificación de emisión de deuda, calificación sobre la capacidad de cumplir oportunamente con flujos futuros estimados en proyectos de inversión, calificación de riesgos de portafolios de inversión colectiva, calificación de capacidad de pago de siniestros de las compañías de seguros, calificación sobre la habilidad para administrar inversiones o portafolios de terceros, y homologación de calificaciones otorgadas por agencias calificadoras de riesgos o valores extranjeras reconocidas por la SFC, que no cuenten con presencia comercial en Colombia.

2.6.3.2. Elementos objetivos

a) Activos

Como ya se ha dicho, el proceso de titularización utiliza como elemento base activos de naturaleza financiera, tanto de intermediarios financieros bancarios como no bancarios.

En este sentido, la legislación clasifica como activos susceptibles de titularización a: los títulos de deuda pública, títulos inscritos en el RNVEC, carteras de crédito, documentos de crédito, activos inmobiliarios, productos agropecuarios, agroindustriales, rentas y flujos de caja determinables, éstas últimas con base en estadísticas de los últimos tres años o en proyecciones de por lo menos tres años continuos⁵⁵⁷.

Además de los activos mencionados cabe la posibilidad de titularizar otro tipo de activos o bienes. Para estos casos, es imprescindible contar con autorización de la SVC. En realidad, la SVC se encarga de autorizar la estructuración de cualquier tipo de titularización, no sólo para efectos de verificar el control del cumplimiento de los requisitos legales para iniciar la operación y los requisitos que deben reunir tales activos, sino también para valorar circunstancias que puedan derivar un daño en el mercado, afectar la solvencia financiera de la entidad originadora o provoque un impacto negativo, en cuyos casos se abstendrá de conceder autorización.

b) Títulos valores

Los títulos emitidos como producto de la titularización tienen carácter de valores. La Ley 964/2005, que define el término valor como todo «derecho de naturaleza negociable que haga parte de una emisión, cuando tenga por objeto o efecto la captación de recursos del público», incluye expresamente

⁵⁵⁷ Art. 5.6.1.1.4 del Decreto 2555/2010. La titularización podrá iniciarse a partir de la conformación de fondos o patrimonios con sumas de dinero destinadas a la adquisición de cualquiera de los bienes arriba enunciados.

La fiducia mercantil en Colombia

en el listado de valores «cualquier título o derecho resultante de un proceso de titularización»⁵⁵⁸.

Los títulos resultantes del proceso de titularización, al tener prerrogativas de los títulos valores, deben mencionar el derecho que incorporan y la firma de quien los crea, contar con la calificación de riesgo para su inscripción en el RNVEC y ser susceptibles de negociación en el mercado público de valores⁵⁵⁹. Solamente para los títulos de participación producto del proceso de titularización estructurado sobre acciones inscritas en el RNVEC, en los cuales el inversionista conoce y asume el riesgo de mercado, así como los títulos de deuda pública, emitidos o garantizados por el Estado o el Banco de la República⁵⁶⁰, se exceptúa la obligatoriedad de la calificación de riesgos.

Por regla general, el plazo de redención del título no debe ser inferior a un 1 año, sin embargo, el inversor puede efectuar amortizaciones parciales antes de un año, si no se superan el 30% del valor del capital del título. Excepcionalmente, cuando las condiciones particulares del proceso así lo requieran, la SVC puede consentir la emisión de títulos con redención inferior o con amortizaciones parciales que superen el porcentaje mencionado⁵⁶¹.

Las clases que pueden adoptar los títulos emitidos en virtud del proceso de titularización son tres⁵⁶²:

- 1) Títulos corporativos o de participación. A través de este título el inversionista adquiere un derecho o alícuota en el patrimonio autónomo o fondo y participa en las utilidades o pérdidas que éste genere. Puede redimirlos, en forma parcial o total, antes de la extinción del patrimonio o cartera colectiva, por causa de la liquidación de parte de sus activos.

⁵⁵⁸ Art. 2 de la Ley 964, de 8 de julio de 2005.

⁵⁵⁹ Art. 5.6.1.1.6 del Decreto 2555/2010.

⁵⁶⁰ Arts. 5.6.9.1.3 y 5.6.9.1.4 del Decreto 2555/2010.

⁵⁶¹ Art. 5.6.1.1.8 del Decreto 2555/2010.

⁵⁶² Art. 5.6.1.1.5 del Decreto 2555/2010.

- 2) Títulos de contenido crediticio. Por este título el inversionista adquiere el derecho a percibir la cancelación del capital y los rendimientos financieros que se obtengan, en los términos y condiciones señalados en el título.
- 3) Títulos mixtos. Es la combinación de los anteriores títulos. Pueden ser amortizables o pueden tener una rentabilidad mínima o, un límite máximo de participación.

En resumen, en la emisión de títulos de contenido crediticio, el inversionista adquiere un derecho o alícuota sobre patrimonio autónomo; cuando se emiten títulos de contenido crediticio, los bienes que integran el patrimonio autónomo respaldan la obligación asumida por los inversionistas; y cuando los títulos son mixtos, el inversionista tiene un derecho o alícuota en el patrimonio autónomo y recibe una rentabilidad por los títulos.

c) Mecanismos de cobertura

Con el fin de proteger la realización de la operación de titularización, la legislación obliga que las partes incorporen mecanismos de cobertura del proceso, que cubran como mínimo una vez y medio el índice de siniestralidad de la operación⁵⁶³, evaluando para ello el impacto de los resultados del proceso de titularización y el comportamiento de determinadas variables del mercado.

Se distingue así, por un lado, los mecanismos internos de cobertura, que son aquellos que hacen parte de la misma estructuración del proceso; y, por otro, los mecanismos externos de cobertura, que se caracterizan porque requieren de la participación de un agente externo al proceso de titularización.

Entre los mecanismos internos, conforme al artículo 5.6.4.1.5 del Decreto 2555/2010, se encuentran los siguientes:

⁵⁶³ Art. 5.6.4.1.4 del Decreto 2555/2010.

La fiducia mercantil en Colombia

- la subordinación de la emisión, donde una tercera entidad o el originador asume el cubrimiento de una vez y medio del índice de siniestralidad, mediante la suscripción de una porción de los valores emitidos;
- la sobrecolateralización de la cartera, en el que el valor de los activos del patrimonio autónomo es superior al de los títulos emitidos de tal forma que cubre, como mínimo, en una vez y medio en índice de siniestralidad;
- el exceso de flujo de caja, que consiste en que el excedente o margen diferencial que existe entre el rendimiento generado por la cartera y la tasa pagada al inversionista, irá a constituir un fondo que cubrirá el índice de siniestralidad;
- la sustitución de cartera, por cuyo mecanismo se sustituyen créditos que en el curso del proceso varían de categoría en forma tal que se incrementa el riesgo de su recaudo normal;
- contratos de apertura de crédito, por medio de los cuales se dispone, por cuenta del originador y a favor del patrimonio autónomo, de líneas de crédito para atender necesidades de liquidez; y
- Aval del originador, cuando la entidad originadora, acredite capacidad patrimonial para ello, en base a la sumatoria del capital, primas en colocación de acciones, menos las pérdidas y el valor de las emisiones de bonos.

Por su parte, los mecanismos externos comprenden a los siguientes:

- avales o garantías conferidos por instituciones financieras y aseguradoras;
- los seguros de crédito, depósitos de dinero; y
- contratos de fiducia mercantil irrevocable de garantía donde el patrimonio autónomo, a cuyo cargo se emiten los títulos, tenga la calidad de beneficiario⁵⁶⁴.

La adopción de mecanismos de cobertura, como dijimos, es obligatoria, sin embargo, queda a libre elección de las partes establecer mecanismos

⁵⁶⁴ Art. 5.6.4.1.6 del Decreto 2555/2010.

internos o mecanismos externos, ya que el volumen de cada negocio es variable. Por consiguiente, podrán optar por uno u otro tipo de mecanismo de cobertura o, bien de ambos de forma combinada.

2.6.4. Principales formas de titularización

La versatilidad que posee la fiducia de administración de procesos de titularización hace posible el diseño de una variedad de aplicaciones, sea para área del sector agropecuario, industrial, o para el de servicios.

Como ejemplos claros de su aplicación podemos citar a 4 modelos: la titularización de carteras de crédito, la titularización inmobiliaria, la titularización de cartera hipotecaria y la titularización de flujos de caja futuros.

Veamos brevemente la particularidad de cada uno de ellos:

- 1) Titularización de carteras de crédito. Mediante el cual se vende a los inversionistas la cartera con los derechos al pago de capital y de rendimiento, que ha colocado el intermediario financiero. El inversionista participa del margen de intermediación, que deja de captar correlativamente el intermediario financiero, obteniendo una mayor remuneración por sus recursos de la que podría obtener a través de un instrumento de ahorro tradicional.
- 2) Titularización inmobiliaria. Por el cual se emiten títulos de participación o mixtos, en respaldo de patrimonios autónomos conformados por terrenos, diseños técnicos, programación de obra y factibilidad económica para adelantar la construcción del inmueble, de tal manera que el inversionista de forma gradual aporta un porcentaje de recursos para la adquisición del terreno y la ejecución del proyecto. La titularización puede ser estructurada también mediante fondos inmobiliarios. En este caso, la emisión de los títulos se realiza sobre todos los inmuebles del fondo, esto hace que las inversiones sean consideradas de alta seguridad porque no se trata de un sólo inmueble sino de varios que pueden ir creciendo en el fondo, y cuando sea necesario se los pueden ofrecer en arrendamiento o venta.

La fiducia mercantil en Colombia

- 3) Titularización de cartera hipotecaria. Consiste en el aislamiento de un conjunto de créditos hipotecarios que pasan a constituir una “universalidad”, con cuyo respaldo se emite títulos hipotecarios de contenido crediticio para financiar la construcción y adquisición de vivienda. No se permite a los tenedores solicitar la división de la universalidad⁵⁶⁵. Son administrados particularmente por las sociedades titularizadoras, quienes actuando como originadores o emisores pueden garantizar o avalar la emisión de éstos títulos⁵⁶⁶.
- 4) Titularización de flujos de caja futuros. A través del cual se consigue recursos financieros respaldados en flujos de fondos futuros, con el objetivo de utilizarlos en la operación del negocio, sin necesidad de aumentar el nivel de endeudamiento. Constituye una alternativa interesante para las empresas que tienen un nivel de ingresos futuros o flujos de caja estable y con potencial de crecimiento, en particular, para el desarrollo de actividad energética, obras públicas de infraestructura, prestación de servicios públicos y productos agropecuarios, agroindustriales.

Además de los ejemplos señalados, con un matiz destacable se encuentran también la titularización para la financiación de obras de infraestructura y servicio público, y la titularización ganadera. En el primer caso, resulta una de las aplicaciones de la titularización que va adquiriendo notable potencial de desarrollo, ya que permite financiar obras titularizando los flujos futuros del fondo, generados por una obra existente o, que generaría el mismo proyecto, en el espacio de tres años.

⁵⁶⁵ Las “universalidades” constituyen una de las novedades que introdujo la Ley 546, de 23 de diciembre de 1999, para simplificar el proceso de titularización de carteras hipotecarias. Cabe aclarar que los títulos hipotecarios son distintos de los bonos hipotecarios que refiere el artículo 9 de la Ley 546, de 23 de diciembre de 1999, en virtud a que los bonos son títulos valores emitidos directamente por entidades de crédito para financiar la construcción de viviendas.

⁵⁶⁶ Art. 3 del Decreto 1719, de 24 de agosto de 2001, en concordancia con el Art. 2.21.1.1.3 del Decreto 2555/2010. El artículo 12 de la Ley 546 de 1999 reconoce que, además de las sociedades titularizaciones, también puede estructurar este tipo de titularización, las sociedades fiduciarias, los establecimientos de crédito, las entidades del sector solidario, las asociaciones mutualistas de ahorro y crédito, las cooperativas financieras, los fondos de empleados, el Fondo Nacional del Ahorro.

En el segundo caso, la alternativa de la titularización de ganado de engorde desde junio de 2000 se ha convertido en una novedosa forma de financiación de la actividad agropecuaria de los ganaderos. Hoy en día continúa siendo un ejemplo de éxito para el diseño de alternativas de financiación que permitan canalizar de forma viable los fondos de ahorro privados para satisfacer la demanda creciente de crédito de los productores agropecuarios⁵⁶⁷.

2.6.5. Similitudes con el fideicomiso de titularización del Perú

A partir del estudio que hemos ido desarrollando sobre la fiducia de titularización de activos podemos concluir que el tratamiento jurídico que el legislador colombiano ha dado a ésta fiducia se asemeja, de algún modo, con el fideicomiso de titularización en Perú, en virtud a que en ambos sistemas se emplea al contrato de fideicomiso (Perú) o fiducia mercantil (Colombia) como el conducto legal para llevar a cabo procesos de titularización.

A diferencia de estos ordenamientos, en Bolivia la situación del fideicomiso y la titularización es completamente distinta, porque aparecen reguladas como dos operaciones separadas, no se establece esa conexión entre el fideicomiso y la titularización, tampoco se instituye al fideicomiso como una vía jurídica por el que pueda desarrollarse titularización de activos.

2.6.6. Relevancia práctica

La fiducia de titularización de activos está experimentando un crecimiento singular en Colombia.

⁵⁶⁷ Según la explicación que brinda Alonso Rojas sobre la titularización ganadera en Colombia, que consiste en la emisión de títulos de contenido crediticio contra un patrimonio autónomo conformado por novillos flacos y las pasturas donde se ceba el ganado, con el compromiso de engorde por parte de los ganaderos, bajo la dinámica de titularización, en el año 2003 se han titularizado cerca de 152.000 animales por un valor aproximado US \$ 38.6 millones y a finales del mismo año 5.000 animales por un valor aproximado de US \$ 1.3 millones, en el año 2004 se realizó cuatro emisiones por un valor cercano a los US\$ 5 millones. ALONSO ROJAS, Edgar: "La titularización ganadera en Colombia", *Microfinance Management Institute*, pp. 7 y ss. [Fecha de consulta: 16 de marzo de 2011]. Disponible en: «<http://www.portalmicrofinanzas.org/>».

La fiducia mercantil en Colombia

Se viene implantando titularizaciones para captar recursos con participación de importantes inversionistas nacionales e internacionales, tales como el Banco Davivienda, Banco BSCS S.A., Conavi Banco Comercial y de Ahorros, la Corporación Financiera Internacional (entidad del Banco Mundial), y otros.

Entre los años 2003-2009, además de la titularización de activos, titularización de carteras hipotecarias y titularización de valores, se ha hecho uso de este medio financiero para iniciar titularización de proyectos de construcción, titularización de obras de infraestructura y de servicios públicos, titularización inmobiliaria, y la titularización ganadera, lo que representa un importante avance en la facilitación de financiación a las pequeñas y medianas empresas colombianas.

Ello le ha valido para ser un referente para otros países vecinos que tienen interés en estructurar modelos de financiación para sus mercados locales, como es el caso de Perú y Ecuador.

Todos estos ejemplos de titularización hacen ver que la titularización de activos constituye una buena alternativa con el que cuentan las empresas, agentes económicos y financieros del país para obtener financiación.

Si bien no se puede concluir que éste medio de financiación soluciona todos los problemas de liquidez o financiación a los que se enfrentan las entidades o empresas, porque existe riesgos de precios y riesgos de no lograr la ganancia prevista, no hay duda que se trata de una figura que “permitirá en los años venideros la realización de un giro trascendental de las estructuras de financiación de las entidades financieras, así como la recarterización de las carteras originada por la llegada de nuevos flujos de papel que llegarán a los mercados para satisfacer la demanda de inversores institucionales”⁵⁶⁸.

⁵⁶⁸ CORTÉS GARCÍA, Francisco J.: *La Titulización de Activos. Oportunidades de la titulización ante la nueva economía*, VVAA, Ed. Caja Rural de Almería, Almería, 2000, p. 83.

2.7. Fiducia pública

2.7.1. Consideraciones preliminares

Como manifestamos al inicio de este capítulo, los negocios fiduciarios en Colombia han seguido un proceso de desarrollo continuo que se ha hecho más visible en los últimos tiempos por los importantes volúmenes de aplicación que han logrado tanto en el sector privado como en el sector público.

Las entidades estatales hasta 1993 podían celebrar contratos de fiducia mercantil para realizar fines de carácter público en observancia de las normas establecidas en el CCC para la fiducia y con base en las disposiciones del Decreto 222, de 2 de febrero de 1983, que expidió las Normas sobre los Contratos de la Nación y sus Entidades Descentralizadas⁵⁶⁹.

Posteriormente, la Ley 80, de 28 octubre del 1993, por el que se dicta el nuevo Estatuto General de Contratación Pública de Colombia (EGCPC)⁵⁷⁰ pasó a regular íntegramente la contratación estatal, introduciendo como dos novedades legislativas de la contratación estatal a la fiducia pública y al encargo fiduciario público, derogando asimismo al Decreto 222 de 1983.

El artículo 32.5 del EGCPC introdujo la fiducia pública con una configuración legal que difiere notablemente de la tradicional fiducia mercantil consagrada en el CCC, ya que en la fiducia pública no se realiza

⁵⁶⁹ El Decreto 222/1983 durante una década fue la norma fundamental que asentó las reglas y principios para el desarrollo de los contratos de las entidades estatales. Rodríguez Azuero describe que bajo el sistema de éste Decreto la contratación estatal distinguía dos modalidades contractuales, en virtud de las cuales se reflejaba que el Estado actuaba en ejercicio de sus ineludibles funciones públicas, sustentadas bajo la noción de *imperium*, en interés comunitario, pero también negociaba como cualquier particular, para objetos y finalidades que resultaban de alguna forma accesorias, donde el interés general no aparecía en la proa dominando la relación, sino que correspondían a la obligación de impulsar la administración y desarrollarla a través de actos de gestión, que se conocían como contratos de derecho privado de la administración. RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio: “Negocios fiduciarios...”, *ob. cit.*, p. 530.

⁵⁷⁰ Reglamentado parcialmente por el Decreto 2681/1993, Decreto 679/1994 y Decreto 1550/1995.

La fiducia mercantil en Colombia

la transferencia de dominio sobre los bienes o recursos estatales ni constituye un patrimonio autónomo distinto del propio de la entidad estatal⁵⁷¹, sólo comporta la entrega de los bienes.

Puesto que la nueva configuración que dio el EGPC a la fiducia pública ha levantado críticas por parte de un gran sector de la doctrina desde la entrada en vigencia de la citada norma y hasta el presente, antes de comenzar a analizar de lleno la fiducia pública, expondremos sucintamente:

- las razones que desde 1988 censuraron la inclusión de la fiducia en el sector público y que se tuvieron presente también en la nueva configuración de la fiducia pública; y
- la excepción especial que el EGPC prevé para la fiducia pública que tenga por finalidad la titularización.

a) Principales argumentos de la nueva configuración de la fiducia pública

Dentro de los argumentos que se han tenido en cuenta para estructurar el nuevo esquema de la fiducia pública en el EGPC con notables limitaciones, los argumentos que la Contraloría General de la República emitió en Concepto legal de 30 de septiembre de 1988 también ejercieron una influencia singular. Estos argumentos o razones concretamente son⁵⁷²:

- los organismos de la Administración Pública al utilizar la fiducia mercantil estarían eludiendo la ejecución de los planes y programas que por su ley de creación les correspondía y aun aquellos que en forma especial les había asignado el Gobierno Nacional y que habían sido debidamente presupuestados en la ley anual del presupuesto;
- si el funcionario del organismo de la Administración en virtud de la fiducia se obliga a transferir el dominio de los bienes presupuestados de una entidad a otro para su manejo, se extralimitaría en sus funciones, por cuanto le estaría dando el tratamiento de bienes privados cuando,

⁵⁷¹ Art. 32.5 del EGPC.

⁵⁷² RENGIFO GARCÍA, Ernesto: *ob. cit.*, p. 239 y 240.

- por el contrario, ellos están sujetos al presupuesto nacional que por su naturaleza es una norma rígida;
- por la fiducia mercantil el ente fiduciario se convertiría en ejecutor del presupuesto de determinado ente público asignado por la ley anual del presupuesto, contrariándose así el Estatuto Orgánico del Presupuesto Nacional (que señala a los ordenadores y ejecutores del presupuesto de las entidades) porque existiría una delegación en la ejecución del presupuesto, lo cual está prohibido;
 - los entes estatales no están facultados para recurrir a otros entes en la intermediación de la contratación; y
 - el fiduciario se hace cargo de la administración de los bienes públicos conforme al contrato, ello no está permitida para las entidades públicas por el Estatuto Orgánico del Presupuesto Nacional.

Es cierto que cada uno de estos argumentos puede ser perfectamente justificado desde el punto de vista que se los analice, puesto que “aún cuando se ha escrito mucho del concepto de dominio público todavía subsisten aristas dudosas”⁵⁷³, y porque ciertamente la celebración de un contrato estatal requiere ser realizado con suma prudencia ya que a través de él se busca realizar fines públicos para la satisfacción de las necesidades colectivas y del propio Estado.

No obstante, a nuestro juicio, consideramos que tales argumentos no constituyen motivos de peso para instituir la fiducia pública alterando las características de la fiducia mercantil.

El argumento de que se trata de “un acto indelegable” pierde su fundamentación cuando se observa que, en la mayor parte de los casos, la contratación por la administración pública se lleva a cabo asimismo a

⁵⁷³ PAGÈS i GALTÈS, Joan: *Tributos sobre las aguas (estatales, autonómicos y locales)*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 335.

La fiducia mercantil en Colombia

través de entidades instrumentales, sean organismos o entidades privadas, o sociedades de capital parcialmente público⁵⁷⁴.

La celebración del contrato de fiducia mercantil, en el fondo, viene a ser un acto esencialmente instrumental, en tanto que por medio de esta forma contractual el fiduciario solamente se encarga de realizar la finalidad concreta que se le encomienda en el contrato.

Hasta antes del EGPC era evidente que una de las principales aportaciones que proyectaba la fiducia mercantil a la administración estatal fiduciante era la descentralización de sus labores administrativas, lo que le permitía asegurarse de la efectiva realización del fin encomendado por parte del fiduciario, ente especializado en la materia; y dedicarse con mayor atención a las demás tareas administrativas que le corresponde atender.

b) Fiducia pública de titularización. Excepción a la regla general

Lo llamativo, quizás contradictorio, del EGPC es la excepción especial que prevé para cuando el propósito de la fiducia sea desarrollar procesos de titularización de activos e inversiones y pago de pasivos laborales, ya que a diferencia de la fiducia pública general, que no implica la transferencia de los bienes públicos ni la constitución de un patrimonio autónomo, ésta fiducia si comporta la transferencia de los bienes para la constitución de un patrimonio autónomo.

Esta excepción viene reconocida en el artículo 41.2 del EGPC cuyo texto establece que *«las entidades estatales podrán celebrar las operaciones propias para el manejo de la deuda, tales como la refinanciación, reestructuración, renegociación, reordenamiento, conversión, sustitución, compra y venta de deuda pública, acuerdos de pago, cobertura de riesgos, las que tengan por objeto reducir el valor de la deuda o mejorar su perfil, así*

⁵⁷⁴ Son fórmulas de gestión que a nivel internacional lo emplean las administraciones públicas para cumplir finalidades públicas. Como dice Herranz Embid, son utilizadas para la realización efectiva indirecta del fin público. HERRANZ EMBID, Paloma: "Régimen general de las obras públicas", en GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V. (Dir.), *Derecho de los Bienes Públicos*, 2ª Ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 238.

como las de capitalización con ventas de activos, titularización y aquellas operaciones de similar naturaleza que en el futuro se desarrollen. Para efectos del desarrollo de procesos de titularización de activos e inversiones se podrán constituir patrimonios autónomos con entidades sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria, lo mismo que cuando estén destinados al pago de pasivos laborales».

Tal y como se desprende de este precepto, las entidades estatales están facultadas para celebrar contratos de fiducia mercantil con sociedades fiduciarias.

La titularización e inversiones con bienes o recursos públicos, en este sentido, se desenvuelve bajo el esquema de la fiducia mercantil previsto en el CCC y con observancia de las disposiciones que el CCC prevé para la fiducia mercantil, en cuanto sean compatibles⁵⁷⁵, sin perjuicio de lo previsto en el EGPC así como en las disposiciones fiscales a las cuales está sujeta la entidad estatal⁵⁷⁶.

Es cierto que el EGPC ha dejado claro las directrices en las que se encausa la fiducia pública general y la fiducia mercantil de titularización e inversiones, sin embargo, las modificaciones anexadas al EGPC han ocasionado una falta de uniformidad en el régimen de la contratación estatal, ya que la regla excepcional de la que hablamos ha dado lugar a la existencia de numerosas leyes que autorizan el manejo de recursos públicos a través de contratos de fiducia mercantil.

Pondremos tres ejemplos. Mediante la Ley 143, de 11 de julio de 1994, se estableció la organización de la Unidad de Planeación Minero para el manejo de los recursos presupuestales a través del contrato de fiducia mercantil, estableciéndose, en el artículo 13, que la Unidad de Planeación Minero-Energética manejará sus recursos presupuestales y operará a través

⁵⁷⁵ Tal es el caso de los artículos 1227, 1228, 1231 a 1233, en lo pertinente, y artículos 1234 a 1236 y 1239 a 1244 del CCC.

⁵⁷⁶ En este entendido, la Contraloría General de la República mediante Concepto 80112-2006EE62754, de 6 de diciembre de 2006, ha puntualizado que los recursos del Estado que son entregados formalmente a los particulares por medio de la fiducia mercantil no pierden su naturaleza de recursos públicos.

La fiducia mercantil en Colombia

del contrato de fiducia mercantil que celebrará el Ministerio de Minas y Energía con una entidad fiduciaria, el cual se someterá a las normas de derecho privado.

Asimismo, la Ley 388, de 18 de julio de 1997, facultó a los entes territoriales la celebración de contratos de fiducia mercantil con el fin de desarrollar proyectos urbanísticos, determinándose en el artículo 36 que las entidades municipales y distritales y las áreas metropolitanas podrán participar en la ejecución de proyectos de urbanización y programas de vivienda de interés social, mediante la celebración de contratos de fiducia con sujeción a las reglas generales y del derecho comercial, sin las limitaciones y restricciones previstas en el numeral 5° del artículo 32 del EGPC.

De otra parte, la Ley 785, de 27 de diciembre de 2002, autorizó a la Dirección Nacional de Estupefacientes celebrar contratos de fiducia, con el fin de garantizar que los bienes incautados sean o continúen, siendo productivos y generadores de empleo, para evitar de esta manera que su conservación y custodia genere erogaciones para el presupuesto público⁵⁷⁷.

Fuera de los ejemplos anteriores, existen otros casos en los que, previa sanción de un decreto o ley, se ha permitido que las entidades estatales celebren contratos de fiducia mercantil, tal es el caso del Decreto 1065, de 26 de junio de 1999, por el cual se faculta al gerente liquidador de la Caja de Crédito Agrario para celebrar contratos de fiducia; Decreto 70, de 17 de enero de 2001, que faculta al Ministerio de Minas y Energía para celebrar contratos de fiducia mercantil para el manejo y administración de los recursos presupuestales de la Comisión de Regulación de Energía y Gas de Colombia (CREGC), y de la Unidad de Planeación Minero Energética.

⁵⁷⁷ Bajo esta modalidad, dice Restrepo Medina, que el contratista recibe los bienes en administración y lleva a cabo su gestión en nombre y por cuenta de la Dirección Nacional de Estupefacientes, de manera que la responsabilidad de la administración sigue recayendo en ésta, lo cual implica que no se libera totalmente de la carga legal que supone la conservación y custodia de los bienes afecto al contrato. RESTREPO MEDINA, Manuel Alberto: *El Régimen de los bienes incautados. Una aproximación desde el Derecho administrativo*, Ed. Universidad del Rosario, Bogotá, 2007, p. 110.

Tesis Doctoral

No cuestionamos de ningún modo la excepción que recoge el EGPC, puesto que es evidente que el legislador la ha estimado indispensable para lograr un manejo eficiente de los bienes y recursos públicos⁵⁷⁸, no obstante, la desuniformidad actual que subsiste en el plano de los negocios fiduciarios celebrados por parte de entidades estatales hace necesario buscar la uniformidad del régimen jurídico de esta categoría de contratos⁵⁷⁹.

En efecto, la frecuente utilización que el sector público viene realizando de contratos de fiducia mercantil por el sector público, ya sea para la titularización, inversiones o para realizar operaciones similares, está haciendo que resulte cada vez más impreciso distinguir la razón de ser del contrato de fiducia pública. Podría afirmarse inclusive que se trata de un contrato que no tiene razón de ser, en tanto que el encargo fiduciario público cumple casi la misma funcionalidad⁵⁸⁰.

⁵⁷⁸ En este sentido también se pronuncia en HOYOS SALAZAR, César: *Consulta al Consejo de Estado*, de 23 de mayo de 2002, p. 2.

⁵⁷⁹ Es primordial trabajar en la uniformidad de la contratación estatal, adoptando nuevos criterios —como dice Mesía Martínez— con prevalencia del Derecho privado pero con plenas garantías del cumplimiento de las finalidades públicas para que de esta manera se evite confusiones por parte de las entidades públicas y también del propio operador jurídico, quien a la hora de dirimir los problemas originados en el contrato, puede verse abrumado ante el análisis de una numerosa normativa reguladora del contrato, por el derecho privado, de un lado, y por el derecho público, de otro. MESÍA MARTÍNEZ, Carmenza: “Arbitraje en los contratos estatales. Una visión en Latinoamérica”, Congreso de Arbitraje ARBITAC, Curitiba, Brasil, 5 de junio de 2006.

La prevalencia del Derecho privado, como es sabido, se explica en el hecho de que aún cuando los bienes o recursos del Estado tienen titularidad pública, los mismos “se hallan sometidos principalmente al ordenamiento jurídico privado (civil, mercantil, laboral) si bien no de manera absoluta, en tanto que tienen una titularidad pública, lo que conlleva determinadas salvedades o excepciones al Derecho privado, que recaen dentro del derecho público administrativo”. PERÉZ CONEJO, Lorenzo: *Lecciones de Dominio Público*, Ed. Universidad de Málaga, Málaga, 2004, p. 79.

⁵⁸⁰ Varios autores coinciden en que la fiducia pública y el encargo fiduciario público apenas presentan diferencias. Mientras RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio: “*Negocios fiduciarios...*”, *ob. cit.*, p. 538, señala que estas dos figuras, en el fondo, parecerían y podrían ser la misma cosa, RENGIFO GARCÍA, Ernesto: *ob. cit.*, p. 245, entiende que “la única diferencia existente entre ellas radica en el origen, destinación y naturaleza de los recursos manejados, pues el encargo fiduciario sería el aplicable para el manejo de los recursos derivados de los contratos estatales, mientras que la fiducia pública sería la adecuada para cualquier otro fin buscado por la administración”. Se ubica en esta misma línea la opinión de CEDIEL DE PEÑA, Martha: “La Fiducia en la Contratación Estatal”, *Revista Jurisconsulta*, num. 2, Bogota, 1999, p. 21, quien dice que “la distinción entre el encargo fiduciario y

La fiducia mercantil en Colombia

Sobre esta base, pasamos a examinar seguidamente la fiducia pública a la luz de las disposiciones del EGCPC.

2.7.2. Concepto

De la disposición del apartado 5 del artículo 32 del EGCPC y de la previsión que establece el apartado 5.4.1 de la CE para este contrato puede afirmarse que la fiducia pública es el negocio jurídico por el cual una entidad estatal encarga la realización de un objeto o fin público determinado a una sociedad fiduciaria, sin que implique la transferencia de la propiedad de los bienes fideicomitidos ni, por lo mismo, dé lugar a la formación de un patrimonio autónomo.

Se trata de un negocio que se diferencia sustancialmente de la fiducia mercantil, en tanto que no se produce la transferencia de los bienes, ni se configura el patrimonio autónomo de la fiducia, lo que pone en evidencia que la fiducia pública constituye una nueva expresión de los negocios fiduciarios, pero que paradójicamente difiere de las características y elementos esenciales de la fiducia mercantil.

Así pues, la fiducia pública podrá referirse al manejo de bienes o dinero a cargo de una sociedad fiduciaria seleccionada por procedimiento de licitación, no pudiendo de ninguna manera las entidades públicas constituyentes delegar en las sociedades fiduciarias la adjudicación de los contratos que se celebren en desarrollo del encargo de la fiducia pública⁵⁸¹.

fiducia en el campo del derecho público se manifiesta en que el primero viene a ser el encargo dado para administrar recursos de un contrato, mientras que el segundo para otras tareas”; y también de Rodríguez Tamayo que sostiene que el encargo fiduciario se trata de “un contrato para administrar y manejar unos recursos que son propiedad de la entidad estatal pero que se destinan para atender las obligaciones generadas por los contratos estatales celebrados por ellas mismas. Así, la administración, en muchos casos, contrata encargos fiduciarios para administrar recursos económicos destinados a cumplir con las obligaciones adquiridas por otros contratos”. RODRÍGUEZ TAMAYO, Mauricio Fernando: *La acción ejecutiva ante la jurisdicción administrativa*, 2ª Ed., Ed. Universidad del Rosario, Bogotá, 2007, p. 294.

⁵⁸¹ No obstante, en virtud al artículo 23 del Decreto 679, de 28 de marzo de 1994, por el que se reglamenta parcialmente el EGCPC, existe la posibilidad de poder

2.7.3. Partes

Son actores principales del contrato de fiducia pública el constituyente, el fiduciario, y el beneficiario y/o beneficiarios.

a) Constituyente

Es la entidad estatal que a objeto de realizar un fin u objeto determinado celebra el contrato de fiducia pública con la sociedad fiduciaria, en sujeción y observancia de las normas del EGPC, del CCC, en lo que sea compatible a la fiducia de titularización, así como con las disposiciones fiscales, presupuestales, de interventoría y de control a las cuales está sujeta la entidad estatal constituyente.

Las entidades estatales, entendiéndose por tales a las señaladas en el artículo 2.1 del EGPC, ya no requieren de una autorización expresa pronunciada por ley para celebrar un contrato de fiducia pública, puesto que el anterior precepto del artículo 32 del EGPC que disponía que «las entidades estatales sólo podrán celebrar contratos de fiducia pública, cuando así lo autorice la ley la Asamblea departamental o del Consejo Municipal» ha sido declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-086-95, de 1 de marzo de 1995.

Ello, lógicamente, no quiere decir que el representante de la entidad no debe contar con ninguna clase de autorización, al contrario, deberá estar debidamente autorizado por su Junta Directiva o administración para que obre en su nombre.

b) Fiduciario

El fiduciario es la entidad financiera autorizada por la SFC para aceptar negocios fiduciarios que, luego de pasar por una rigurosa selección vía procedimiento de licitación, asume el encargo de cumplir la finalidad establecida en el contrato de fiducia pública.

encomendar a la fiduciaria la suscripción de tales contratos y la ejecución de todos los trámites inherentes a la licitación o concurso.

La fiducia mercantil en Colombia

A diferencia de lo que sucede en la fiducia mercantil, donde la contratación del fiduciario se realiza de forma directa puesto que el constituyente decide directamente quien va ser el fiduciario que va encargarse de la gestión de la fiducia, en la fiducia pública, por disposición del artículo 32.5 del EGPC, el fiduciario es seleccionado mediante licitación o concurso público.

Por esta razón, es obligación de toda sociedad fiduciaria que antes de celebrar el contrato de fiducia se cerciore de que no adolece de ilicitud por causa u objeto o cualquier otra circunstancia. De tal manera que el representante legal del banco deberá acreditar que se encuentra expresamente facultado para presentar la propuesta y suscribir contrato de fiducia pública a nombre de la sociedad sin limitación alguna⁵⁸².

c) Beneficiario

El beneficiario es la persona natural o jurídica, pública o privada, que recibe o se beneficia con los frutos de la fiducia. Su designación viene dado por el constituyente, quien en el contrato establece a su vez los requisitos o condiciones que deberá reunir para que pueda percibir los resultados de la fiducia; todo ello atendiendo al propósito de la fiducia y en sujeción a las normas reguladoras de la fiducia pública.

2.7.4. Características

La regulación de la fiducia pública con un tinte cercano al encargo fiduciario ha configurado en su esquema jurídico ciertas características que podrían resumirse en las siguientes:

- a) La fiducia pública no comporta la transferencia del dominio de los bienes o recursos públicos al fiduciario sino la entrega de los mismos.
- b) Los bienes entregados al fiduciario no constituyen un patrimonio autónomo⁵⁸³.

⁵⁸² En el caso de ausencias temporales del representante legal, quien lo reemplace deberá acreditar dicha situación, así como la facultad de asumir función principal.

⁵⁸³ Art. 41 del EGPC.

- c) La selección de la sociedad fiduciaria se realiza mediante procedimiento de licitación o concurso⁵⁸⁴.
- d) Sólo cuando la entidad estatal celebre fiducias con fines de titularización e inversiones se opera la transferencia del dominio de los bienes o recursos públicos al fiduciario, cuya contratación es directa y no por licitación⁵⁸⁵.

Ahora bien, la constitución de fiducia pública a tenor de lo previsto en el artículo 39 del EGPC debera constar en documento privado escrito y no requerirá ser elevado a escritura pública, con excepción de aquellos que según las normas vigentes deban cumplir con dicha formalidad. El artículo 1 del Decreto 847 de 1993, no obstante, dispone que cuando los bienes fideicomitidos sean exclusivamente bienes muebles el contrato no requerirá de la solemnidad de la escritura pública.

2.7.5. Relación con el fideicomiso público en Bolivia y Perú

La configuración legal que posee la fiducia pública en Colombia es una muestra de la divergencia del tratamiento jurídico que se da al fideicomiso en cada país.

Al examinar el fideicomiso público en Bolivia y en Perú, como se ha podido constatar, no se ha visto en éstos ordenamientos la necesidad de alterar el esquema tradicional del fideicomiso para administrar bienes o recursos públicos mediante el fideicomiso, tampoco se ha cuestionado que la administración pública por encomendar a un fiduciario la realización de un fin público ha dejado de cumplir funciones que sólo compete cumplir a la administración pública.

Al ser tarea de toda administración pública, el seleccionar los mecanismos para la gestión y financiación de infraestructuras y obras públicas, explotación de los bienes patrimoniales públicos y otros fines públicos, en

⁵⁸⁴ Art. 32.5.5 del EGPC.

⁵⁸⁵ Parágrafo segundo del artículo 41 del EGPC, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 5 del Decreto 2681/1993.

La fiducia mercantil en Colombia

forma indirecta⁵⁸⁶ y obedeciendo a un criterio de rentabilidad, de tal forma que el medio empleado permita conseguir el mayor rendimiento económico posible para la administración del Estado ⁵⁸⁷, podría afirmarse que en Bolivia y en el Perú las entidades estatales se decantan por adoptar al fideicomiso público como medio para realizar sus fines ya que, de entre las diferentes formas de gestión posible con que cuentan, a éste le consideran más rentable y seguro⁵⁸⁸.

Las entidades públicas de estos países constituyen fideicomisos públicos siguiendo el esquema tradicional que la legislación ha atribuido al fideicomiso. Transfieren la propiedad de los bienes o recursos de su dominio público a un fiduciario autorizado por la Superintendencia bancaria para que éste destinándolos a un patrimonio autónomo realice el fin señalado, en beneficio de quien se designe en el contrato o Decreto de creación del

⁵⁸⁶ Es decir, mediante la firma de un contrato privado por la administración con entidades privadas.

⁵⁸⁷ Además del criterio de rentabilidad, que indudablemente es el primordial, se resalta, con justificada razón, que en la selección de los mecanismos de financiación se toma en cuenta a otro elemento clave que es técnica del mecanismo. En este sentido Durán Vinzaco afirma que las entidades se deciden por aquél cuya técnica contribuye en la realización del fin o propósito. DURÁN VINZACO, Ricardo: *Project finance y emisión de títulos. Dos alternativas de financiación*, Ed. Universidad Santo Tomas, Bogotá, 2006, p. 167.

⁵⁸⁸ Razones no faltan para entender ello, ya que el fideicomiso perfectamente puede ser utilizado para realizar fines públicos, minimizando riesgos, dado que por las características que subyacen en el contrato, los recursos públicos que conforman el patrimonio autónomo solamente quedan afectados para el cumplimiento del propósito que se pretende lograr con la fiducia. De ahí que las facultades de disposición que ejerce el fiduciario sobre los bienes “encuentran su límite en la realización de la finalidad jurídico-pública a que está destinado el bien”. BOBES SÁNCHEZ, M. José: *La Teoría del Dominio Público y el Derecho de carreteras*, Ed. Iustel, Madrid, 2007, p. 80. Asimismo, de ningún modo, la entidad pública puede perder totalmente la titularidad de los bienes que transfiere en virtud de la fiducia, puesto que la propia norma determina que es ineficaz toda estipulación que disponga que el fiduciario adquirirá definitivamente por causa del negocio fiduciario el dominio de los bienes fideicomitidos. Si se tiene en cuenta, además, la titularidad que tiene el Estado sobre los bienes de dominio público manifiesta una estrecha relación jurídica entre el Estado y el bien que le confiere derechos reales que pertenecen privativamente al Estado, de forma que la titularidad de los bienes públicos, está estrictamente reservado para el Estado. GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V.: “Notas sobre el régimen general del dominio público”, en GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V. (Dir.), *Derecho de los Bienes Públicos*, 2ª Ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 75.

fideicomiso, debiendo transmitir el remanente a la entidad estatal, una vez concluido el fideicomiso.

Este esquema operativo del fideicomiso público lo ha convertido en uno de los contratos por el que cada vez más se apuesta por su aplicación, ya sea para desarrollar procesos de titularización, administración de recursos, ejecución de infraestructuras, o para atender necesidades de interés público.

Las ventajas principales que ofrece el fideicomiso público son las siguientes:

- 1) Es un medio por el que se puede concentrar la contratación de manera ágil.
- 2) A través de este contrato se pueden ir simplificando los trámites administrativos concentrándolos bajo la dirección de personas delegadas específicamente para ello, de manera que permitan ejecutar los programas y proyectos con la celeridad requerida, lo cual, vendría a contribuir en la credibilidad del Estado y sus instituciones en la atención de las necesidades de interés público.
- 3) Con la simplificación de los trámites se tiende a reducir los gastos administrativos.
- 4) Es una manera de salvaguardar que la gestión o administración de los bienes se desarrolle bajo la decisión de profesionales en la materia, sin que éstos puedan verse afectados o presionados por injerencias políticas, que pueden tener lugar al momento de la salida o ingreso de los partidos gobernantes.
- 5) Es una vía a través del cual el Estado puede acercarse provechosamente a la comunidad para la solución de distintas necesidades sociales.

Todos estos ejemplos de los beneficios que se desprenden de los fideicomisos públicos que se aplican en Bolivia y Perú nos llevan a insistir

La fiducia mercantil en Colombia

nuevamente en que las limitaciones que el EGPC dio a la fiducia pública en Colombia no han sido las más adecuadas⁵⁸⁹.

Si bien es cierto que en ocasiones por la realidad social cambiante el legislador se ve obligado a crear nuevas figuras jurídicas o modificar las que ya existen en el sistema jurídico, tratándose de una renovación de la fiducia mercantil para su mejor aplicación dentro del sector público, bien se podría haber regulado la fiducia pública manteniendo las características fundamentales de la fiducia mercantil tradicional.

Entendemos que si el legislador colombiano pretendía limitar la aplicación de la fiducia mercantil por el sector público, dada la gran cantidad de fiducias que estaban constituidas antes de la sanción del EGPC, al parecer, hubiera sido conveniente que creará una dependencia o secretaría, que con una sola directriz y con una asesoría técnica compuesta por especialistas en materia fiduciaria, se encargase del manejo centralizado de todos los fideicomiso públicos.

Creemos, que adoptando esta medida el legislador habría dado un importante paso en la práctica de esta clase de fiducia, cuidando que su empleo sea realizado para fines o propósitos que realmente sean necesarios realizar mediante contratación indirecta.

Una vez asentadas estas reflexiones, seguidamente vamos a examinar el régimen de los encargo fiduciarios públicos ya que el apartado 1.1 de la CE ha incluido dentro de los negocios fiduciarios la fiducia mercantil, el encargo fiduciario privado, la fiducia pública y los encargos fiduciarios públicos, debido a que la relación jurídica que presentan cada uno de éstos contratos encuentra su base y fundamento en un vínculo de confianza y fidelidad entre las partes⁵⁹⁰.

⁵⁸⁹ Cabe recalcar que ahora la utilización de la fiducia pública por parte de las administraciones públicas es limitada. Antes que celebrar una fiducia pública, las entidades estatales optan por recurrir a la fiducia mercantil.

⁵⁹⁰ En estos contratos, el elemento subjetivo de la fidelidad influye significativamente en la relación jurídica de las partes, ya que este elemento implica, tal y como pone de relieve Díez-Picazo, la necesidad de comportarse como

3. Régimen de los encargos fiduciarios públicos

Como dijimos al analizar la fiducia pública, los encargos fiduciarios públicos constituyen una forma contractual de exclusiva realización por parte de las entidades estatales que fue introducida por el artículo 32.5, párrafo segundo, del EGPC.

El mencionado precepto, con bastante semejanza a la fiducia pública, instituyó el encargo fiduciario público como otro de los contratos estatales por el cual las entidades estatales pueden entregar, en administración fiduciaria, el manejo de los recursos vinculados a los contratos que las entidades estatales constituyentes celebren, así como la administración de los fondos o recursos destinados a la cancelación de obligaciones nacidas de contratos estatales⁵⁹¹.

En el encargo fiduciario público, como se ve, intervienen tres sujetos: la entidad pública, la sociedad fiduciaria, y los beneficiarios.

La entidad pública⁵⁹² o constituyente es quien instituye el encargo fiduciario público para la realización de una finalidad dentro de un plazo

cabe esperar de una persona de acuerdo con la confianza depositada en ella. De ahí que la “idea de «fidelidad» entendida en su doble aspecto de observación de la *fides* o comportamiento que razonable y honestamente cabe esperar y de subordinación personal del gestor al interés del *dominus*, permite reconstruir el esquema de los deberes básicos que pesan sobre el representante en el marco de la relación que le liga con el principal”. DÍEZ-PICAZO, Luis: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Tomo IV, Ed. Aranzadi, Navarra, 2010, p. 523.

⁵⁹¹ Vid. Art. 32, párrafo 5, y Art. 25, párrafo 20, del EGPC, en concordancia con el art. 22 del Decreto 679, de 28 de marzo de 1994, por el que se reglamenta parcialmente el EGPC.

⁵⁹² Son entidades estatales con capacidad legal para celebrar el contrato de encargo fiduciario público: la Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios, los establecimientos públicos, el Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias. Igualmente las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta donde el Estado tenga participación superior al 50%, las entidades descentralizadas indirectas y demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, y dependencias del Estado (artículo 2.1 del EGPC).

La fiducia mercantil en Colombia

determinado, estableciendo todas las instrucciones al fiduciario para que, con carácter temporal y por cuenta de aquél, cumpla con la finalidad señalada en el contrato a favor del propio constituyente o de un tercer beneficiario.

El fiduciario es la sociedad fiduciaria que se encarga de desarrollar la finalidad que le encomienda realizar el constituyente, con sujeción a las instrucciones establecidas en el acto de constitución del encargo fiduciario y con observancia de la reglas que recoge el EGPC para esta institución jurídica. La selección del fiduciario en el encargo fiduciario público, al igual como procede en la fiducia pública, se realiza mediante procedimiento de licitación o concurso que habrá de ser propuesto por el constituyente.

El beneficiario, como su nombre mismo lo indica, es la persona física o jurídica, pública o privada, a quien la entidad pública constituyente establece en el contrato como el beneficiario de los frutos generados a través de la administración de los bienes en encargo fiduciario.

A la vista de esta estructura, podemos decir que en el encargo fiduciario público destacan las siguientes particularidades:

- a) No comporta la transferencia de la propiedad de los bienes o derechos de dominio público al fiduciario sino la entrega de tenencia de tales bienes. Esta entrega es de carácter temporal y afecta a la finalidad encomendada en el encargo.
- b) Los bienes públicos continúan adscritos al patrimonio de la entidad pública constituyente y, en esencia, siguen siendo parte de la prenda general de los acreedores de la misma.
- c) No se constituye un patrimonio autónomo con los bienes objeto del encargo, de manera que asiste al fiduciario el deber de protección y conservación de los mismos y no así el deber de defensa o protección jurídica puesto que tal deber se predica para cuando el fiduciario administra patrimonios autónomos emergentes de contratos de fiducia mercantil.
- d) El encargo fiduciario público deberá constar en documento privado escrito y no requiere ser elevado a escritura pública, con excepción de

aquellos que de acuerdo con las normas vigentes deban cumplir con tal formalidad⁵⁹³.

A pesar de que por su funcionalidad el encargo fiduciario público guarda cierta semejanza con la fiducia mercantil, en cada una de estas figuras se observan matices diferenciadores que delimitan su alcance jurídico⁵⁹⁴. No obstante, la utilización del encargo fiduciario por partes de las entidades públicas ha ido adquiriendo una mayor presencia durante éstos últimos años.

Se puede señalar, por ejemplo, que los recursos del Fondo de Contingencias de las Entidades Territoriales, creado por el artículo 65 de la Ley 617/2000, para atender pagos que por concepto de las garantías otorgadas tuviere que efectuar la Nación, son manejados en encargo fiduciario público⁵⁹⁵.

Igualmente, están administrados mediante encargo fiduciario público los recursos del Fondo Colombiano de Modernización y Desarrollo Tecnológico de las Micro, Pequeñas y Medianas Empresas, creado por el artículo 17 de la Ley 590/2000 y modificado por el artículo 73 de la Ley 1151, de 24 de julio de 2007, cuyo objeto es financiar programas, proyectos y actividades para el desarrollo empresarial y tecnológico de las MIPYMES, así como aplicar instrumentos no financieros dirigidos al fomento y promoción de las MIPYMES.

Asimismo, son recursos administrados mediante encargo fiduciario los correspondientes al Sistema Estratégico de Transporte Público del país, aportados por la Nación y las demás entidades públicas al Sistema Estratégico de Transporte Público del país, que fue implementado por la Ley

⁵⁹³ Art. 39 del EGPC.

⁵⁹⁴ Es innegable que el esquema en que se desenvuelven los encargos fiduciarios públicos y las fiducias públicas manifiesta que el EGPC, en su afán de reestructurar los principios ordenadores de los contratos estatales, ha instituido dos nuevas formas de contratos con características y elementos propios, que divergen de la fiducia mercantil propiamente dicha.

⁵⁹⁵ Art. 7 del Decreto 1248, de 22 de junio de 2001, por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 617/2000.

La fiducia mercantil en Colombia

1154/2007 y reglamentado por el Decreto 3422, de 9 de septiembre de 2009⁵⁹⁶.

4. Tributación de las rentas y actividades de la fiducia mercantil

4.1. Aproximación inicial

La Ley 223 de 20 de diciembre de 1995 fue la que definió las reglas del régimen tributario de la fiducia mercantil en el Estatuto Tributario Nacional, expedido por el Decreto 624, de 30 de marzo de 1989, en lo concerniente al Impuesto a la Renta y Complementarios, Impuesto de Timbre e, Impuesto sobre las Ventas.

A partir de las bases que sentó dicha norma, el legislador, de forma gradual, ha venido estableciendo el tratamiento fiscal de los negocios de esta naturaleza en las leyes reguladoras del Impuesto de Registro, Impuesto de Industria y Comercio, Impuesto Predial, e Impuesto sobre las Ganancias.

Si bien la normativa impositiva actual establece las bases necesarias para determinar la tributación de las actividades de la fiducia mercantil, la dinamización de la fiducia mercantil, como indica Saade Cotes “impone una serie de desafíos a la tributación tanto en el nivel nacional como en el nivel territorial, y la legislación tributaria debe propugnar por mantenerse al paso de la dinámica comercial de la fiducia”⁵⁹⁷, ya que se trata de “una estructura financiera compleja que requiere que su tratamiento fiscal sea analizado en cada caso”⁵⁹⁸.

Como veremos seguidamente, en su aplicación práctica, se plantean cuestiones que no están claras en la normativa o que no están reguladas de manera explícita, lo cual deja en incertidumbre si el impuesto concreto que se trate grava o no la actividad relacionada con la fiducia.

⁵⁹⁶ Art. 6 del Decreto 3422/2009.

⁵⁹⁷ SAADE COTES, José Jairo: “Aspectos de tributación en la fiducia mercantil”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad de los Andes, núm. 42, diciembre, Bogotá, 2009, p. 39.

⁵⁹⁸ VARELA, Marcelo Gabriel: *Fideicomiso de garantía, de administración y financiero*, 2ª Ed., Ed. Aplicación Tributaria, Buenos Aires, 2008, p. 48.

Dicho esto, en las siguientes líneas analizaremos el régimen fiscal de la fiducia mercantil partiendo, en primer lugar, de lo preceptuado en el Estatuto Tributario Nacional de Colombia (ETNC), que es la fuente legislativa nacional que regula los impuestos nacionales en Colombia; en segundo lugar, expondremos la posición que tiene el fiduciario dentro la relación jurídica tributaria; y finalmente, nos centraremos en el tributación de la fiducia a la luz de las leyes reguladoras de los impuestos señalados precedentemente.

4.2. Estatuto Tributario Nacional. Punto de partida

En toda su extensión el artículo 102 del ETNC recoge las reglas materiales que se debe observar en la imposición de las rentas generadas por el patrimonio autónomo de la fiducia a efectos del Impuesto a la Renta y Complementarios (IRC); asimismo, establece los deberes formales que el fiduciario debe atender en el cumplimiento de las obligaciones tributarias de la fiducia, en lo concerniente al Impuesto de Timbre Nacional (ITN) y el Impuesto sobre Ventas (ISV).

Del artículo 102. 1 del ETNC se desprende, por un lado, el principio general que sostiene que la fiducia mercantil, como tal, no es contribuyente aunque quedan gravadas las rentas o ganancias que el fiduciante o beneficiario obtiene mediante el patrimonio autónomo de la fiducia, como consecuencia del ejercicio de un hecho, acto o una actividad económica.

Y por otro lado, se extrae la regla primordial que determina que el fiduciario se constituye en el sujeto “responsable”⁵⁹⁹ de cumplir las obligaciones formales y materiales correspondientes al patrimonio autónomo de la fiducia, con cargo a los recursos del patrimonio, en representación del fiduciante o beneficiario.

⁵⁹⁹ El sistema tributario colombiano clasifica a los obligados tributarios en contribuyentes y responsables. Así el artículo 2 del ETNC determina “son contribuyentes o responsables directos del pago del tributo los sujetos respecto de quienes se realiza el hecho generador de la obligación sustancial”.

La fiducia mercantil en Colombia

4.2.1. El fiduciario “como sujeto responsable”

De acuerdo con el artículo 102.5 del ETNC, que determina en su primer epígrafe «*con relación a cada uno de los patrimonios autónomos bajo su responsabilidad, los fiduciarios están obligados a cumplir las obligaciones formales señaladas en las normas legales para los contribuyentes, los retenedores y los responsables, según sea el caso*», y en el segundo epígrafe que «*con cargo a los recursos del fideicomiso, los fiduciarios deberán atender el pago del impuesto*», el fiduciario queda compelido a:

- cumplir las obligaciones formales y materiales de los impuestos que tengan incidencia sobre el patrimonio autónomo de la fiducia, en representación del fiduciante o beneficiario, quien es el contribuyente directo⁶⁰⁰; y
- hacer efectivo el pago de los impuestos, con cargo a los recursos del patrimonio autónomo de la fiducia.

Si por falta de recursos en el patrimonio autónomo, o por otra razón, no fuera posible al fiduciario hacer efectivo el pago del impuesto, con la presentación de la declaración se entendería que ya ha cumplido su deber formal, a pesar de no realizar el deber sustancial, que es pago efectivo del impuesto; de forma que en adelante la obligación del pago del impuesto, así como de los intereses moratorios que se acumulen en el tiempo de demora del cumplimiento de tal obligación vendrían a recaer en el fiduciante o el beneficiario.

En un primer término, así lo prevé el artículo 102, apartado 5, del ETNC, que el fiduciario debe cumplir con los deberes formales⁶⁰¹. Sin embargo, el

⁶⁰⁰ La obligación que tiene el fiduciario, de atender al pago de los impuestos que corresponde pagar al patrimonio autónomo de la fiducia, es independiente de la obligación que tiene la sociedad fiduciaria, como entidad económica, puesto que tal entidad, por su parte, es contribuyente de los impuestos que gravan las actividades económicas que realizan dentro de su objeto social.

⁶⁰¹ El texto completo de este artículo dispone que: «El fiduciario es responsable por las sanciones derivadas del incumplimiento de las obligaciones formales a cargo de los patrimonios autónomos así como de la sanción por corrección, por inexactitud, por corrección aritmética y de cualquier otra sanción relacionada con la declaración. Con cargo a los recursos del fideicomiso, los fiduciarios deberán

texto de este precepto añade que tratándose del ISV e ITN, con cargo al patrimonio autónomo, el fiduciario debe pagar los intereses moratorios que se originen.

Al no referirse expresamente al IRC, tal artículo discrepa de lo previsto en el artículo 634 del ETNC, que establece que los responsables del pago de los impuestos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) deben pagar los intereses moratorios del impuesto no pagado oportunamente⁶⁰², ya que a la luz de lo establecido en ambos preceptos, cabe la posibilidad que en lo que respecta al IRC el fiduciario tenga que pagar los intereses moratorios, a pesar de haber cumplido con su obligación formal de presentar la declaración. De forma que el tema sobre el pago de los intereses moratorios por parte del fiduciario es una cuestión que no queda completamente definido en la norma.

4.2.1.1. Obligaciones formales y materiales

Desglosando ahora las obligaciones formales y materiales que dispone el ETNC, el fiduciario como sujeto “responsable” tiene los siguientes deberes:

- declarar el IRC y demás impuestos que corresponda pagar⁶⁰³;
- informar a la DIAN la dirección de la entidad financiera y su actividad económica⁶⁰⁴;
- informar el cese de actividades que realice cada patrimonio autónomo sujetas al ISV⁶⁰⁵. Si el patrimonio autónomo contempla la prestación

atender el pago y los impuesto de ventas, timbre y de la retención en la fuente, que se generen como resultado de las operaciones del mismo, así como de sus correspondientes intereses moratorios y actualización por inflación, cuando sean procedentes. Cuando los recursos del fideicomiso sean insuficientes, los beneficiarios responderán solidariamente por tales impuestos, retenciones y sanciones». Con base a este precepto, la DIAN, en Concepto 017647, de 18 de febrero de 2000, ha puesto de relieve el deber que recae sobre el fiduciario para hacer cumplir las obligaciones tributarias de la fiducia.

⁶⁰² La disposición íntegra del mencionado artículo dispone que: «Los contribuyentes o responsables de los impuestos administrados por la DIAN, incluidos los agentes de retención, que no cancelen oportunamente los impuestos, anticipos y retenciones a su cargo, deberán liquidar y pagar intereses moratorios, por cada día calendario de retardo en el pago».

⁶⁰³ Art. 574.1 del ETNC.

⁶⁰⁴ Art. 612 del ETNC.

La fiducia mercantil en Colombia

- de servicios o venta de bienes, el fiduciario tiene la obligación de expedir facturas con la identificación del Número de identificación Tributaria (NIT) del patrimonio autónomo, así como exigir facturas cuando adquiera bienes o servicios⁶⁰⁶;
- presentar información sobre los ingresos, pagos, y deducciones, y conservar los documentos que respaldan la declaración de los impuestos⁶⁰⁷;
 - solicitar ante el Registro Único Tributario la asignación de un NIT con el que identificará de forma global a los patrimonios autónomos que administra;
 - presentar una sola declaración por todos los patrimonios autónomos, excepto cuando la fiducia no permita identificar a los beneficiarios por encontrarse sometida a condiciones suspensivas, resolutorias, u otras circunstancias, para cuyo caso, deberá presentar la declaración individual por cada patrimonio⁶⁰⁸;
 - atender el pago de los impuestos con cargo a la fiducia con cargo a los recursos del patrimonio autónomo; y
 - practicar retención en la fuente sobre los valores pagados o abonados en cuenta, susceptibles de constituir ingreso tributario para los beneficiarios de los mismos, en la tarifa que corresponda según la normativa.

4.2.1.2. Responsabilidad tributaria

A la vista de las obligaciones señaladas, el epígrafe tercero del artículo 102.5 del ETNC prevé que en la medida en que concurren faltas o errores en la declaración, el fiduciario puede ser sancionado por corrección, por inexactitud, por corrección aritmética o por cualquier otra falta procedente de la declaración presentada⁶⁰⁹.

⁶⁰⁵ Art. 614 del ETNC.

⁶⁰⁶ Arts. 615 y ss. del ETNC.

⁶⁰⁷ Arts. 631 y 632 del ETNC.

⁶⁰⁸ Art. 5 del Decreto 4583, de 27 de diciembre de 2006.

⁶⁰⁹ Según esta disposición el fiduciario es responsable «por las sanciones derivadas del incumplimiento de las obligaciones formales a cargo de los patrimonios

Tesis Doctoral

Cuando se trate de la sanción por inexactitud de la declaración, la administración puede imponer al fiduciario el pago de un equivalente del 160% de la diferencia entre el saldo a pagar o saldo a favor, según el caso determinado en la liquidación oficial y el declarado por el fiduciario, sin perjuicio de las sanciones de tipo penal. Este mismo porcentaje podría exigírsele por la inexactitud de la declaración de retenciones en la fuente⁶¹⁰.

Tratándose de la corrección de la declaración, la sanción puede llegar a un pago equivalente al 10% del mayor valor que se genere entre la corrección y la declaración inmediatamente anterior a aquélla; si se realiza la corrección después de la notificación del emplazamiento, la sanción sube al 20%⁶¹¹.

En el caso de la sanción por corrección aritmética, la multa alcanza al pago equivalente del 30% del mayor valor a pagar o menor saldo a favor determinado, según el caso, sin perjuicio de los intereses moratorios a que haya lugar⁶¹².

Como claramente se ha podido constatar, es amplia la responsabilidad que tiene el fiduciario para hacer cumplir fielmente el pago de los impuestos que tengan implicación en el patrimonio autónomo. Este cometido, a decir verdad, encuentra su razón de ser en el hecho de que el patrimonio autónomo, aún siendo un ente sin personalidad jurídica, en la práctica opera como cualquier otra entidad con personalidad jurídica, de manera que perfectamente puede realizar actividades o movimientos que le permitan incrementar su patrimonio⁶¹³.

autónomos así como de la sanción por corrección, por inexactitud, por corrección aritmética y de cualquier otra sanción relacionada con dichas declaraciones». Entre otras sanciones que la norma establece para el control de la declaración se encuentra: la sanción por no declarar, sanción por activos omitidos o pasivos inexistentes, sanción por uso fraudulento de cédulas, sanción por no informar la dirección, sanción por no informar la actividad económica.

⁶¹⁰ Art. 647 del ETNC.

⁶¹¹ Art. 644 del ETNC.

⁶¹² Art. 646 del ETNC.

⁶¹³ Situar al fiduciario en calidad de sujeto responsable corrobora efectivamente en el control fiscal de tales patrimonios; este criterio es el que se va adoptando en los países latinoamericanos que abrazan en su ordenamiento al fideicomiso, tal es el caso de la legislación peruana y argentina.

La fiducia mercantil en Colombia

4.3. Tributación efectiva de la fiducia mercantil

4.3.1. Impuestos nacionales

A tenor de lo dispuesto en los apartados 1 y 5 del artículo 102 del ETNC, a nivel nacional, nos encontramos ante tres impuestos: el IRC, ITN, y el ISV.

Estos tres impuestos pueden tener incidencia en la fiducia, si se cumplen los presupuestos legales que para tal efecto recoge la normativa vigente.

4.3.1.1. Impuesto a la Renta y Complementarios - IRC

El IRC grava las rentas y ganancias ocasionales que obtienen las personas naturales, sociedades y entidades jurídicas nacionales. Este impuesto se caracteriza por estar disgregado en sus componentes: Impuesto sobre la Renta (IR), e Impuesto sobre las Ganancias Ocasionales (IGO)⁶¹⁴.

Aunque el IR y el IGO son considerados a todo los efectos como un solo tributo, cada impuesto está revestido de elementos propios.

De una parte, el IR grava tanto los ingresos de fuente nacional como de fuente extranjera de las personas naturales, sociedades y entidades nacionales⁶¹⁵, siendo las sociedades extranjeras gravadas únicamente sobre sus rentas y ganancias ocasionales de fuente nacional.

La tasa de gravamen del impuesto, en el caso de las personas naturales, es del 19%, si la renta comprende desde 1.090 Unidades de Valor Tributario (UVT) hasta 1.700 UVT; del 28%, si la renta comprende desde 1.700 UVT hasta 4.100 UVT; del 33%, si la renta comprende desde 4.100 UVT hasta

⁶¹⁴ Art. 5 del ETNC.

⁶¹⁵ Según el artículo 13 del ETNC están sujetas al pago del IR: las sociedades de responsabilidad limitada, las sociedades colectivas, las sociedades en comandita simple, las sociedades ordinarias de minas, las sociedades irregulares o de hecho de características similares a las anteriores, las comunidades organizadas, las corporaciones y asociaciones con fines de lucro y las fundaciones de interés privado, las sociedades anónimas, las sociedades en comandita por acciones y las sociedades irregulares o de hecho de características similares a unas u otras, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta

Tesis Doctoral

una suma indeterminada⁶¹⁶. En el caso de las sociedades, la tasa es del 33%, aplicable indistintamente a la renta de las sociedades anónimas, sociedades limitadas y de los demás entes asimilados a unas y otras, incluidas las sociedades y otras entidades extranjeras⁶¹⁷.

De otra parte, el IGO, como su propio nombre lo indica, grava las ganancias ocasionales de fuente nacional o fuente extranjera que perciben las personas naturales, las sociedades y entidades nacionales⁶¹⁸.

La tasa de gravamen del impuesto aplicable para las personas naturales es el determinado para el IR (con la tabla que describimos en el apartado anterior), y para las sociedades, es del 35%, aplicable tanto a las ganancias ocasionales de sociedades nacionales como a las de las sociedades extranjeras.

En lo que respecta a la imposición sobre la fiducia mercantil, se determina que la fiducia, como tal, no está gravado a efectos del IR e IGO, pero si están gravadas las ganancias que obtiene el beneficiario a través del patrimonio autónomo.

El presupuesto principal que debe concurrir para someter a imposición las rentas de la fiducia, según artículo 102, apartado 1, del ETNC, es la producción de un incremento en el patrimonio autónomo. De manera que si el patrimonio autónomo no experimenta un incremento, el beneficiario no está sujeto al pago del IR e IGO.

Este criterio, a nuestro modo de ver, es simétrico ya que el negocio en fiducia no siempre implica la realización de hechos o actividades susceptibles de generar ingresos o beneficios. Persiguen esta finalidad, de

⁶¹⁶ Art. 241 del ETNC.

⁶¹⁷ Art. 240 del ETNC.

⁶¹⁸ Para ello, se considera ganancia ocasional al beneficio patrimonial que, de manera extraordinaria, obtiene una persona por medio de una actividad diferente a las actividades que normalmente son fuente de sus ingresos, pudiendo esta encontrarse relacionado con ella. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 299 y ss. del ETNC son ingresos constitutivos de ganancia ocasional: la utilidad en la enajenación de activos fijos poseídos dos años o más; las utilidades originadas en la liquidación de sociedades, las provenientes de herencias, legados y donaciones; por loterías, premios, rifas, apuestas y similares.

La fiducia mercantil en Colombia

modo particular, la fiducia de inversión, fiducia de administración de procesos de titularización, pero al margen de ellas existen contratos de fiducia que se celebran con fines meramente administrativos, en otros casos, con fines de administración y pagos, donde el fiduciario solamente se encarga que administrar los recursos que se le entrega, pagando en cuotas mensuales a los beneficiarios de la fiducia.

Generalizar y exigir el pago del impuesto a todo patrimonio autónomo emergente de un contrato de fiducia, no es lo más apropiado, porque no todos generan “beneficios”. Se trata de patrimonios que sólo gozan de tal configuración para respaldar el pago de las obligaciones que se contraigan durante la realización de la finalidad que se busca con la fiducia, de ahí que se permite que tales patrimonios sean receptores de derechos y obligaciones legales, aun cuando no son personas jurídicas.

En este orden de ideas, el IR e IGO grava: a) en cabeza del beneficiario; b) en cabeza del patrimonio autónomo; y c) en cabeza del cedente.

Veamos la particularidad de cada uno de ellos.

4.3.1.1.1. Impuesto sobre la Renta - IR

a) Gravamen en cabeza del beneficiario

De acuerdo con el apartado 1 del artículo 102 ETNC, los ingresos originados en el patrimonio autónomo se causan⁶¹⁹ cuando hay un incremento en el patrimonio autónomo.

En ese sentido, el beneficiario de la fiducia debe incluir en la declaración de renta, los ingresos obtenidos por el patrimonio autónomo, declarando el ingreso como si lo hubiera percibido directamente, lo cual implica que los

⁶¹⁹ En el sistema tributario colombiano se utiliza la expresión «causación del impuesto» o «momento de la causación del impuesto» para referirse al momento “en el cual se concreta o realiza el hecho generador previsto en la ley y que da origen a las obligaciones formales y sustanciales del impuesto”. Concepto 363 de 7 de julio de 1995, emitido por la Secretaría Distrital de Hacienda.

ingresos hayan sido depurados con los costos y deducciones correspondientes por parte del fiduciario.

En el supuesto que no se distribuyan las utilidades a los beneficiarios, el fiduciario deberá expedir, a cada uno de ellos, un certificado indicando el valor de sus derechos, los rendimientos acumulados hasta el 31 de diciembre del respectivo ejercicio.

Para el caso de la fiducia de procesos de titularización, los inversionistas o tenedores de títulos valores están sujetos por el IR e IGO sobre las rentas que se generen por los mismos y sobre las ganancias obtenidas en su enajenación. En tal sentido, de acuerdo con el artículo 102-1 del ETNC, las rentas derivadas de títulos de contenido crediticio reciben el tratamiento de rendimientos financieros, las derivadas de títulos de participación tendrán el tratamiento que corresponda a su naturaleza, y en los títulos mixtos, el tratamiento tributario será el que corresponda a las rentas obtenidas por cada uno de los respectivos conceptos.

b) Gravamen de la renta en cabeza del patrimonio autónomo

Procede cuando la fiducia se encuentra sometida a condiciones suspensivas, resolutorias, o a sustituciones, revocatorias u otras circunstancias que no permitan identificar a los beneficiarios de las rentas. En este caso, a tenor del apartado 3 del artículo 102 del ETNC, las rentas son gravadas en cabeza del patrimonio autónomo, siendo tal patrimonio asimilado a una sociedad anónima.

La excepción que se recoge para este caso, desde luego, es sumamente especial, puesto que como decíamos líneas arriba, la legislación tributaria colombiana no atribuye el carácter de contribuyente a los patrimonios autónomos. De manera que estamos ante un criterio que únicamente rige

La fiducia mercantil en Colombia

cuando se cumple el presupuesto de la no identificación concreta del beneficiario de la fiducia⁶²⁰.

De darse este caso en la fiducia, el fiduciario debe de presentar declaración del IR a nombre del patrimonio autónomo, para cuyo efecto tributara la tasa del 33%, y en el supuesto que el patrimonio autónomo de manera extraordinaria genere ingresos que constituyen ganancia ocasional, tributará la tasa del 35% por el IGO.

Vale la pena poner de realce que este criterio de imposición constituye un referente importante de la legislación colombiana sobre materia fiduciaria, puesto que de lo revisado en la legislación comparada se ha podido observar que, de momento, el legislador se ha centrado en la imposición de la renta en cabeza del fideicomitente o en el beneficiario, quien también puede tener la condición de fideicomitente, sin detenerse a considerar el hipotético caso de la imposibilidad de identificación del beneficiario.

Ciertamente son casos que perfectamente pueden existir en la práctica, claro ejemplo de ello son las fiducias constituidas para la realización de fines de carácter cultural o académico, cuyos beneficiarios son todo el público en general. Por cuanto, esta regla de imposición resulta primordial a la hora de controlar fiscalmente a las fiducias en las que no sea fácil identificar al beneficiario.

c) Gravamen en cabeza del cedente

La regla general de esta modalidad de gravamen también está establecida en el apartado 1, del artículo 102 del ETNC y establece que «para los fines del IR los ingresos originados en los contratos de fiducia mercantil se causan en el momento en que se produce [...] o, un incremento en el

⁶²⁰ Según Bravo Arteaga, en Colombia no es muy frecuente que se presente estas situaciones en la práctica de los negocios, sin embargo, esta situación puede configurarse en el caso de una fiducia constituida por compañías de seguro, con un aporte que obligatoriamente deben hacer a un fondo destinado para prevenir accidentes de tráfico, con parte de las primas recibidas por el seguro obligatorio de automotores. BRAVO ARTEAGA, Rafael: *Derecho Tributario. Escritos y reflexiones*, Ed. Universidad del Rosario, Bogotá, 2008, p. 464.

patrimonio del cedente, cuando se trate de cesiones de derechos sobre dichos contratos».

Si bien la previsión de este precepto resulta siendo demasiado general, en realidad, el mismo se refiere a la cesión de derechos fiduciarios. En el segundo capítulo vimos que en la fiducia, el fiduciante —quien simultáneamente puede ser el beneficiario de la fiducia— mediante un contrato de cesión de derechos puede ceder la totalidad o parte de los derechos, beneficios y las obligaciones correlativas a ellos, derivados de su condición de fiduciante y beneficiario dentro del patrimonio autónomo, al cesionario, quien adquiere la posición contractual del cedente⁶²¹.

A este caso se aplica la regla que contiene el apartado 1, del artículo 102 del ETNC si como consecuencia de la firma del contrato de derechos el patrimonio personal del fiduciante cedente experimenta un crecimiento. El impuesto, en este caso, se causa en cabeza del fiduciante cedente.

Las interpretaciones que se han dado sobre esta regla son variadas, quizás imprecisas, ya que se habla de la cesión de los bienes que se realiza en los procesos de titularización poniéndose como ejemplo “que los bienes se transfieren definitivamente al patrimonio autónomo que se constituye para soportar la emisión de los títulos, esto es, se produce una enajenación de los mismos, en virtud de la cual el ingreso, que como prestación recibe el constituyente u originador, puede generar renta o ganancia ocasional en su cabeza”⁶²².

Tal consideración no encuentra cabida en la regla de esta segunda modalidad de imposición, en virtud a que el texto literalmente señala «*cuando se trate de cesiones de derechos sobre dichos contratos*», es decir, habla de la cesión de derechos fiduciarios derivados del contrato de fiducia y no de la transferencia de bienes que opera el originador a la sociedad fiduciaria con la firma del contrato de fiducia mercantil irrevocable.

⁶²¹ FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo: *El patrimonio*, 2ª Ed., Ed. Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1997, p. 308.

⁶²² RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio: “*Negocios fiduciarios...*”, *ob. cit.*, p. 602.

La fiducia mercantil en Colombia

4.3.1.1.2. Impuesto sobre las Ganancia Ocasionales - IGO

Conforme al apartado 4 del artículo 102 del ETNC el impuesto sobre la renta o ganancia ocasional en cabeza del constituyente se causa “siempre que los bienes que conforman el patrimonio autónomo o los derechos sobre el mismo se transfieran a personas o entidades diferentes del constituyente”.

De lo dispuesto en el citado precepto extraemos que el ingreso obtenido por la enajenación de los bienes a un tercero, distinto al fiduciante o constituyente de la fiducia, constituye ganancia ocasional. De manera que el IGO se causará cuando se transfiera los bienes al nuevo adquirente, siendo el fiduciante o constituyente, receptor del ingreso, el sujeto pasivo del pago del impuesto.

Si la transferencia del bien es realizada a título gratuito, no corresponde al constituyente pagar el IGO porque éste no recibe un precio o un valor determinado por parte del tercer adquirente de los bienes sino que por su propia voluntad lo designa como destinatario final de los bienes de la fiducia. El tercer adquirente, como beneficiario de los bienes, es quien habrá de pagar el IGO, en concepto de ingreso proveniente de donación, ya que las donaciones constituyen ingresos componentes de las rentas gravadas por el IGO. Para tal efecto el beneficiario gozará una exención del 20% del valor total de la donación⁶²³.

4.3.1.2. Impuesto de Timbre Nacional - ITN

De acuerdo con la normativa reguladora del Impuesto de Timbre Nacional (ITN), que aparece preceptuada en los artículos 514 al 554 del Libro Cuarto del ETNC, este impuesto grava los instrumentos públicos y documentos privados, incluidos los títulos valores, en los que consta la constitución,

⁶²³ Parágrafo 4 del art. 102, en concordancia con los arts. 299 y 308 del ETNC.

existencia, modificación o extinción de obligaciones, cuya cuantía sea superior a 6.000 UVT⁶²⁴.

Son sujetos pasivos del ITN las personas naturales, personas jurídicas o asimiladas que intervengan en el acto como otorgante, aceptante, suscriptor o emisor, girador, así como aquél a cuyo favor se expida, otorgue o extienda el documento, que en el año inmediatamente anterior tuviere unos ingresos brutos o un patrimonio bruto superior a 30.000 UVT⁶²⁵.

Si bien la fiducia mercantil no aparece citada en la lista de los sujetos pasivos, de lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 102 del ETNC deducimos que el ITN tiene alcance sobre la fiducia mercantil por cuanto dicho precepto prevé que el fiduciario debe atender el pago de este impuesto con cargo a los recursos del patrimonio. Así, el ITN gravaría los actos y documentos que cualquiera de las partes actoras de la fiducia (fiduciante, fiduciario y beneficiario) constituyan o extiendan si se cumple con los presupuestos de causación que establece el artículo 519 del ETNC⁶²⁶, esto es, que en tales instrumentos o documentos se haga constar la constitución, modificación, cesión de derechos, o extinción de obligaciones relacionadas con la fiducia mercantil.

Nacería igualmente el pago de ITN en las actuaciones y documentos que se otorguen fuera del país, pero que se ejecuten en el territorio nacional o generen obligaciones, relacionados con la fiducia.

Para ello, en base a lo previsto en el artículo 102.5, en concordancia con los artículos 516 y 518 del ETNC, el fiduciario en calidad de agente de retención y responsable del pago del ITN deberá de presentar la declaración y pago, en la forma y cuantía como lo determine el reglamento⁶²⁷.

⁶²⁴ Art. 519 del ETNC.

⁶²⁵ Art. 515 del ETNC.

⁶²⁶ Boletín Jurídico, Superintendencia Financiera de Colombia, abril –junio de 2000. [Fecha de consulta: 22 de marzo de 2011]. Disponible en: «<http://www.superfinanciera.gov.co/juridico/bj0004-04.htm>».

⁶²⁷ Cabe destacar que conforme lo dispuesto en el artículo 516, en concordancia con el artículo 518 del ETNC, la causación del ITN está necesariamente ligada a la

La fiducia mercantil en Colombia

4.3.1.3. Impuesto sobre las Ventas - ISV

A diferencia del resto de las legislaciones latinoamericanas que comúnmente emplean la denominación de Impuesto al Valor Agregado para gravar la venta de bienes y todo acto que suponga consumo, la legislación tributaria colombiana grava la venta e importación de bienes y prestación de servicios en el territorio nacional bajo el título de Impuesto sobre las Ventas (ISV).

Para efectos del IV, según el artículo 420 del ETNC, se considera venta a:

- todos los actos que impliquen la transferencia del dominio a título gratuito u oneroso de bienes muebles, independientemente de la designación que se dé a los contratos o negociaciones que originen esa transferencia y de las condiciones pactadas por las partes, sea que se realicen a nombre propio, por cuenta de terceros a nombre propio, o por cuenta y a nombre de terceros⁶²⁸;
- los retiros de bienes corporales muebles hechos por el responsable para su uso o para formar parte de los activos fijos de la empresa; y
- las incorporaciones de bienes muebles a inmuebles, o a servicios no gravados, así como la transformación de bienes corporales muebles gravados en bienes no gravados, cuando tales bienes hayan sido contruidos, fabricados, elaborados, procesados, por quien efectúa la incorporación o transformación.

Como se puede ver, el ISV incide sobre toda transacción de venta para uso y consumo y prestación de servicio, para cuyo efecto considera como venta a todo acto que implique la transferencia del dominio a título gratuito u oneroso de bienes muebles, con independencia de la designación que se dé al contrato que origina la transferencia.

existencia de por lo menos un agente de retención en la suscripción del acto correspondiente. Por consiguiente, el agente de retención es el responsable de recaudar y hacer efectivo el pago del impuesto.

⁶²⁸ Art. 421 del ET.

Tesis Doctoral

Aunque el ISV tiene alcance sobre todo tipo de transferencia de dominio, la transferencia de los bienes realizada a la fiducia no ingresaría dentro del alcance del impuesto debido a que la transferencia de los bienes que se efectúa al fiduciario constituye una transferencia de naturaleza fiduciaria que se realiza como un acto necesario para la validez de la constitución de la fiducia, razón por el cual no puede considerarse como un acto de venta porque no se trata de una enajenación total. La transferencia al fiduciario viene dado en unos términos que hacen que fiduciante, real propietario del bien, continúe ostentando, de algún modo, la titularidad del bien, aún cuando frente a terceros el fiduciario aparece como el propietario del bien.

La afectación de este impuesto en la fiducia se concretaría efectivamente a partir de la realización de las actividades o servicios gravados por el hecho generador del impuesto, como es la venta e importación de bienes y prestación de servicios en el territorio nacional⁶²⁹.

Con lo cual, entendemos que al establecer el apartado 5 del artículo 102 del ETNC que el fiduciario debe atender al pago del ISV con cargo a los recursos del patrimonio autónomo, en realidad, se ciñe a que si compra un bien o contrata un servicio, como consumidor debe pagar el ISV a una tarifa general del 16%, aplicable a los servicios, los bienes de que tratan los artículos 446, 469 y 474 y a los servicios de que trata el artículo 461 del ETNC⁶³⁰.

Por otra parte, extraemos que si en la consecución de la finalidad de la fiducia se realizan, con los bienes del patrimonio autónomo, actividades o servicios gravados, el fiduciario se encontrará en la obligación de recaudar el ISV⁶³¹.

En este caso, el fiduciario habrá de informar a la DIAN sobre la actividad económica que se desarrolle, sea de prestación de servicios o venta de

⁶²⁹ Art. 420 del ETNC.

⁶³⁰ Art. 468 del ETNC.

⁶³¹ Como bien dice la norma, no es indispensable que tenga el carácter de comerciante, es suficiente la realización del acto de venta o prestación de servicio, aunque fuese de forma ocasional.

La fiducia mercantil en Colombia

bienes, para que esta autoridad le otorgue la resolución de facturación, a fin de que pueda expedir facturas.

Además de ello, será indispensable que, previo a la constitución de la fiducia, obtenga una autorización de constitución de la fiducia por parte de la Superintendencia, ya que el numeral 2.2.3 de la CE prohíbe que el fiduciante constituya la fiducia para llevar a cabo actos o fines que directamente pueda realizarlos por medio de las vías legales correspondientes. Caso que se daría en este supuesto, ya que para el ejercicio de cualquier actividad económica se requiere antes de la constitución de una sociedad conforme a la Ley N° 26887 de 1997, General de Sociedades, en tanto que es el medio que la ley otorga a los particulares que pretendan desarrollar actividades comerciales⁶³².

4.3.2. Impuestos departamentales y municipales

Si se considera que Colombia comprende a 32 departamentos⁶³³ y alrededor de 1121 municipios en todo el país, es evidente que nos encontramos ante una diversidad normativa ya que en cada departamento y municipio los impuestos⁶³⁴ ostentan variantes en cuanto a sus elementos reguladores (hechos generadores, bases gravables, tarifas, exenciones).

Por esta razón, el análisis de esta segunda parte se ha centrar prácticamente en lo que concierne al Impuesto de Registro, Impuesto de Industria y Comercio, e Impuesto Predial, que son los impuestos de mayor

⁶³² Encargar tal actividad mediante la firma de una fiducia significaría violar una prohibición, por esta razón es necesaria la autorización de la Superintendencia, para justificar el porqué de la aceptación de su constitución.

⁶³³ Amazonas; Antioquia; Arauca; Archipiélago de San Andrés y Providencia y Santa Catalina; Atlántico; Bolívar; Boyacá; Caldas; Caquetá; Casanare; Cauca; César; Córdoba; Chocó; ; Córdoba; Cundimarca; Guainía; Guaviare; Huila; La Guajira; Magdalena; Meta; Nariño; Norte de Santander; Putumayo; Quindío; Risaralda; Santafé; Santander; Sucre; Tolima; Valle del Cauca; Vaupés; Vichada.

⁶³⁴ Los impuestos departamentales, conforme al Decreto 1222 de 18 de abril de 1986, por el que se expide el Código de Régimen Departamental, son determinados mediante ordenanzas que son expedidas por las asambleas departamentales por iniciativa del gobierno local. Por su parte, los impuestos municipales son establecidos por el Concejo municipal de cada localidad, en virtud de las competencias que les traslada el Decreto 1333 de 25 de abril de 1986, que expide el Código de Régimen Municipal.

trascendencia en cuanto a la recaudación de impuestos⁶³⁵; así como el Impuesto de Industria y Comercio, e Impuesto Predial.

Para estos dos últimos impuestos examinaremos la regulación vigente en Bogotá por dos razones, primero, porque este distrito constituye un punto de referencia en la rama legislativa para los demás municipios y departamentos del país, y segundo, porque en este distrito es donde hasta hace poco se han generado dudas en torno a éstos impuestos, a raíz de la falta de uniformidad entre la normativa nacional y la regional.

4.3.2.1. Impuesto al Registro - IR

De conformidad con la Ley 223, de 20 de diciembre de 1995, a nivel departamental, el Impuesto de Registro grava la inscripción de actos, contratos o negocios jurídicos documentales en los cuales sean parte o beneficiarios los particulares que, por normas legales, deban registrarse en las Oficinas de Registro de Instrumentos Públicos o en las Cámaras de Comercio⁶³⁶.

En este sentido, están obligados al pago del Impuesto al Registro los contratantes y los beneficiarios del acto sometido a registro, quienes deben hacer efectivo el pago del impuesto en el departamento donde se efectuó el registro, bajo las siguientes tarifas⁶³⁷:

- Actos, contratos o negocios jurídicos con cuantía sujetos a registro en las oficinas de registro de instrumentos públicos: entre el 0.5% y el 1%.
- Actos, contratos o negocios jurídicos con cuantía sujetos a registro en las Cámaras de Comercio: entre el 0.3% y el 0.7%.

⁶³⁵ Entre los años 1990 y 2001 el Impuesto Predial y el Impuesto de Industria y Comercio aportaron en promedio el 75% (32% predial y 43% industria y comercio) del total de las rentas tributarias. IREGUI, Ana M.; MELO, Ligia y RAMOS, Jorge: “El impuesto predial en Colombia: evolución reciente, comportamiento de las tarifas y potencial de recaudo”, Banco de la República de Colombia, diciembre de 2003, Bogotá, p. 13.

⁶³⁶ Art. 226 de la Ley 223/1995.

⁶³⁷ Arts. 227 y ss. de la Ley 223/1995.

La fiducia mercantil en Colombia

- Actos, contratos o negocios jurídicos sin cuantía sujetos a registro en las oficinas de registro de instrumentos públicos o en las cámaras de comercio, entre dos y cuatro salarios mínimos diarios legales.

Si bien el texto literal del artículo 227 de la Ley 223/1995 se limita a señalar, con carácter general, que son sujetos pasivos del impuesto los contratantes y los beneficiarios del acto sometido a registro, sin ingresar a detallar los contratos sujetos, el alcance del impuesto sobre la fiducia se manifiesta en que tal contrato debe ser inscrito, dependiendo de su objeto y su clase, ante el Registro de instrumentos públicos y la Cámara de Comercio.

En ese entendido, el Decreto 650, de 3 de abril de 1996, por el que se reglamenta parcialmente la Ley 223/1995, pasa a establecer las reglas que deben observarse para la liquidación del impuesto cuando se trate de inscripciones de contratos de fiducia.

Conforme al artículo 7 de este Decreto, en la inscripción de los contratos de fiducia mercantil y encargo fiduciario sobre muebles o inmuebles «el Impuesto de Registro se liquida sobre el valor total de la remuneración o comisión pactada». Para la base gravable del impuesto, como se puede constatar, se toma como criterio el valor de la remuneración pactado con el fiduciario. En virtud de ello, y dependiendo del caso que se trate, se aplicará las siguientes reglas:

- a) En el caso de la remuneración del fiduciario pactado mediante pagos periódicos, el impuesto se liquida sobre el valor total de la remuneración que corresponda al plazo de duración del contrato; si el plazo es indefinido, el impuesto se liquida sobre el valor de las cuotas que correspondan a 20 años. A tal efecto, el valor total de la remuneración del fiduciario por el tiempo de duración del contrato debe ser certificado por el revisor fiscal de la entidad.
- b) Si la remuneración consiste en una participación porcentual en el rendimiento del bien entregado en fiducia y no sea posible establecer anticipadamente la cuantía de dicho rendimiento, el rendimiento se

Tesis Doctoral

calculará aplicando al valor del bien el DFT a 31 de diciembre del año anterior, ajustado a la periodicidad pactada.

- c) Cuando la finalidad de la fiducia sea el arrendamiento de inmuebles y la remuneración del fiduciario consista en un porcentaje del canon de arrendamiento, y el valor del canon no pueda establecerse anticipadamente, dicho canon será del 1% mensual del valor del bien.
- d) Si en desarrollo del contrato los bienes son transferidos a un tercero, aun cuando sea al heredero o legatario del fideicomitente, el impuesto se liquidará sobre el valor de los bienes que se transfieren o entregan; si trata de inmuebles, la base gravable será el valor incorporado en el documento de transferencia, de ningún modo el valor no podrá ser inferior al del avalúo catastral.

De esta manera, en cada departamento, la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados, y la Cámara de Comercio son las entidades autorizadas para liquidar y recaudar el pago del impuesto. Estas entidades aplicando las reglas señaladas anteriormente recaudarán el pago del Impuesto al Registro:

- por la inscripción del contrato de fiducia mercantil de garantía, en virtud a que por mandato del Decreto 2785, de 31 de julio de 2008, tal contrato debe ser inscrito por el fideicomitente en el Registro Mercantil de la Cámara de Comercio con jurisdicción en el domicilio del fiduciante;
- inscripción del contrato de encargo fiduciario de garantía, a tenor de lo dispuesto en el artículo 32.5 de la Ley 80/1993 y el numeral 5.4.5 de la CE, que establece que al encargo fiduciario se aplicarán las disposiciones del CCC que regulan el contrato de fiducia mercantil, el encargo fiduciario con finalidad de garantía deberá constar en escritura pública; y
- inscripción del contrato que conste en documento privado y que correspondan a bienes cuya transferencia esté sujeta a registro, debido a que el artículo 16 de la Ley 35, de 5 de enero de 1993 exige que deba inscribirse en el Registro Mercantil de la Cámara de Comercio, con jurisdicción en el domicilio del fiduciante.

La fiducia mercantil en Colombia

4.3.2.2. Impuesto de Industria y Comercio - IIC

El Impuesto de Industria y Comercio (IIC) es el que grava el ejercicio o realización directa o indirecta de actividades comerciales, industriales y de prestación de servicios desarrollados en el municipio. Este impuesto ha sido adoptado en cada municipio por disposición del artículo 32 de la Ley 14, de 6 de julio de 1983, por el cual se expidió las normas para el fortalecimiento de los fiscos de las entidades territoriales. Posteriormente tales disposiciones pasaron a ser transpuestas en el Decreto 1333/1986, por el que se promulga el Código de Régimen Municipal.

Según establece el artículo 195 del Decreto 1333/1986, el hecho generador del IIC recae «sobre todas las actividades comerciales, industriales y de servicio que se ejerzan o realicen en las respectivas jurisdicciones municipales, directa o indirectamente, por personas naturales, jurídicas o por sociedades de hecho, ya sea que se cumplan en forma permanente u ocasional, en inmuebles determinados, con establecimientos de comercio o sin ellos».

A la luz de este precepto es evidente que los patrimonios autónomos constituidos a partir de la fiducia no constituyen sujetos pasivos del IIC, ya que la propia norma solo designa como sujetos pasivos a las personas naturales, personas jurídicas y las sociedades de hecho.

Sin embargo, en el Distrito Capital de Bogotá se dio paso a otras interpretaciones, que originaron la determinación de los patrimonios autónomos como sujetos pasivos del IIC. El consejo de Bogotá, mediante el Acuerdo Distrital 105, de 29 de diciembre de 2003, incluyó a los patrimonios autónomos como sujetos pasivos del IIC imponiéndoles deberes propios que asisten a los sujetos pasivos⁶³⁸. De esta manera, a tenor del

⁶³⁸ En este sentido el texto del artículo 6 del Acuerdo Distrital 105/2003 dispuso: “Para los efectos del Impuesto Predial Unificado, del Impuesto de Industria y Comercio y de los demás impuestos distritales que se originen en relación con los bienes o con actividades radicados o realizados a través de patrimonios autónomos constituidos en virtud de fiducia mercantil, será responsable en el pago de impuestos, intereses, sanciones y actualizaciones derivados de las obligaciones tributarias de los bienes o actividades del patrimonio autónomo el fideicomitente o

Tesis Doctoral

artículo 6 del Acuerdo Distrital 105/2003, en contradicción con lo señalado en el artículo 195 del Decreto 1333/1986, el Distrito de Bogotá exigió el pago del IIC a los patrimonios autónomos que realizaban actividades grabadas por este impuesto⁶³⁹.

En el año 2006, después de analizar la Acción de Nulidad No. 2005-00434, Expediente N° 25000232700200500434-01, el Tribunal Administrativo de Cundamarca mediante sentencia de 20 de septiembre de 2006 declaró la nulidad parcial del Acuerdo Distrital 105, por considerar que la exigencia del IIC resultaba ilegal. Declaró la nulidad del precepto para efectos del IIC, pero válido para el Impuesto Predial y demás impuestos municipales vigentes en el Distrito de Bogotá. Puntualizó que los patrimonios autónomos no son sujetos pasivos del IIC recogiendo el siguiente fundamento:

“De estas disposiciones se extraen dos elementos esenciales para que se cause el impuesto de industria y comercio; el primero, que se realice cualquier actividad industrial, comercial o de servicios; y segundo, que la realice una persona natural jurídica o una sociedad de hecho, de manera que el impuesto

titular de los derechos fiduciarios. La responsabilidad por las sanciones derivadas del incumplimiento de obligaciones formales, la afectación de los recursos del patrimonio al pago de los impuestos y sanciones de los beneficiarios se regirá por lo previsto en el artículo 102 del Estatuto Tributario Nacional”.

En base a esta disposición, la Subdirección Jurídico Tributaria de la Secretaría de Hacienda de Bogotá, determinó un conjunto de obligaciones formales y sustanciales a cargo de la sociedad fiduciaria en el Concepto 1043, de 26 de julio de 2004. A tal efecto se establecía que: “El deudor o contribuyente de la obligación tributaria de pagar el impuesto de industria y comercio es el fideicomitente. Sin embargo, la obligación formal de presentar la declaración atribuible a la actividad realizada por intermedio del fideicomiso la debe cumplir la sociedad fiduciaria a través del NIT especial de los patrimonios autónomos, conforme con lo establecido en el artículo 11-1 del Decreto Distrital 807/1993, a saber. (...) Sin perjuicio de la condición de deudor tributario o contribuyente del fideicomitente, a que aquí se alude, es obligación de la sociedad fiduciaria hacer lo necesario para que parte de los recursos del fideicomiso se apropie con destino al pago del impuesto de industria y comercio”.

⁶³⁹ En Bogotá, el ICC estuvo recogido en el Decreto 423, de 26 de junio de 1996, por el que se sancionó el cuerpo jurídico que compila las normas sustanciales vigentes de los tributos distritales, mismo que fue derogado por el Decreto 400, de 28 de junio de 1999. En la actualidad, el Decreto 352 de 15 de agosto de 2002 es la norma vigente que actualiza la normativa sustantiva tributaria, incluyendo las modificaciones generadas por la aplicación de nuevas normas nacionales que se deban aplicar a los tributos del Distrito Capital, y las generadas por acuerdos del orden distrital.

La fiducia mercantil en Colombia

no se causa sólo por que se realice una actividad gravada, sino que debe concurrir la calidad de sujeto pasivo del tributo quien la realiza”.

En vista de este fundamento, hasta enero del 2011, había quedado claro que aún cuando en el desarrollo del objeto de la fiducia se realice algunas de las actividades gravadas, no se puede hablar de que la fiducia está gravada por el IIC, puesto que resulta esencial que sea realizado por el sujeto pasivo del impuesto.

Sin embargo, mediante el Acuerdo 469, de 12 de febrero de 2011, el Consejo de Bogotá pasó a determinar que cuando el hecho generador del IIC se realice a través de patrimonios autónomos, son sujetos pasivos del IIC los fideicomitentes y/o beneficiarios de los mismos⁶⁴⁰. En consecuencia, desde marzo de 2011, el fiduciante o el beneficiario es sujeto pasivo del IIC si mediante el patrimonio autónomo realiza cualquiera de las actividades que constituyen el hecho generador del IIC⁶⁴¹.

⁶⁴⁰ El artículo 6, en concordancia con el artículo 21 del Acuerdo 469/2011 dispone “frente a las actividades gravadas desarrolladas por los patrimonios autónomos están obligados a presentar declaración de impuesto de industria y comercio, los fideicomitentes y/o beneficiarios, de los mismos, conjuntamente con las demás actividades que a título propio desarrollen”.

⁶⁴¹ Para tal efecto, se presentará declaración del IIC conjuntamente con las demás actividades que a título propio desarrolla.

Cabe precisar que una cuestión particular que anteriormente se había planteado sobre la no afectación del IIC en la fiducia era la presunción de que tal figura contractual iba a servir de medio legal para desarrollar actividades comerciales con el fin de evadir el pago del IIC. Así, las administraciones tributarias locales venían considerando que se iban a emplear los patrimonios autónomos como un mecanismo de elusión del impuesto.

Esta presunción, desde luego, no sorprende porque se trata ciertamente de una posibilidad que puede tener lugar en la práctica, más si se tiene en cuenta que la libertad de autonomía de pacto que las partes tienen para instituir la fiducia mercantil es amplia. No obstante ello, la prohibición general que determina la CE venía como una solución para este caso y, en general para otros, que puedan tener cabida en la actividad fiduciaria, puesto que según el Apartado 2.2.3 de La CE «el negocio fiduciario no podrá servir de instrumento para realizar actos o contratos que no pueda celebrar directamente el fideicomitente de acuerdo con las disposiciones legales». A la luz del mencionado precepto, queda completamente prohibido que el fiduciante constituya una fiducia para llevar a cabo actos o fines que directamente pueda realizarlos por medio de las vías legales correspondientes. Así en el caso del ejercicio de cualquier actividad económica, la persona interesada deberá constituir una sociedad conforme a lo establecido en la Ley 26887/1997, General de Sociedades, pues este es el medio que la ley otorga a los particulares que pretendan desarrollar actividades comerciales, industriales y otros, pero de

Merece la pena poner de relieve que la base jurídica de donde parte el nuevo criterio que mantiene el Acuerdo 469/2011, estriba en la disposición que introdujo la Ley 1430, de 29 de diciembre de 2010, la cual establece en el artículo 54 que por los impuestos municipales o departamentales que tengan incidencia en las actividades desarrollados los patrimonios autónomos el fiduciante o el beneficiario tiene la calidad de sujetos pasivo.

4.3.2.3. Impuesto Predial - IP

El Impuesto Predial (IP) es un tributo que grava la “propiedad raíz” con base en los avalúos catastrales establecidos por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, cuya recaudación, administración y fiscalización corresponde a la municipalidad distrital en donde se ubica el predio o inmueble

La norma inicial de regulación del IP fue dada por la Ley 14/1983, compilada posteriormente en el Decreto 1333/1986. Con la Ley 44/1990⁶⁴² se estableció el Impuesto Predial Unificado mediante la fusión del impuesto predial, el de parques y arborización⁶⁴³, el de estratificación económica⁶⁴⁴ y la sobretasa al levantamiento catastral⁶⁴⁵.

El Distrito Capital de Bogotá, con base en el artículo 2 de la Ley 44/1900, incorpora al IP en el Decreto Distrital 352/2002, estableciendo su regulación en los artículos 13 al 30 de esta norma⁶⁴⁶. Según esta norma, el hecho generador del impuesto recae sobre los bienes raíces ubicados en el

ningún modo podrá encargar su ejecución mediante la firma de una fiducia. Cosa distinta es el caso de aquél fideicomitente que teniendo constituido su actividad comercial decida encargar, por un determinado periodo de tiempo, a la sociedad fiduciaria la administración de su negocio.

⁶⁴² Por la Ley 44, de 18 de diciembre de 1990, se dictan normas sobre catastro e impuesto sobre la propiedad raíz, se dictan otras disposiciones de carácter tributario, y se conceden unas facultades extraordinarias.

⁶⁴³ Regulado en el Código de Régimen Municipal, aprobado por el Decreto 1333/1986.

⁶⁴⁴ Creado por la Ley 9/1989.

⁶⁴⁵ Regulado en la Ley 128/1941; Ley 50/1984 y Ley 9/1989.

⁶⁴⁶ Con el Decreto Distrital 352, de 15 de agosto de 2002 se compila y actualiza la norma sustantiva tributaria vigente, incluyendo las modificaciones generadas por la aplicación de nuevas normas nacionales que se deban aplicar a los tributos del Distrito Capital, y las generadas por acuerdos de orden distrital.

La fiducia mercantil en Colombia

Distrito Capital de Bogotá y se genera por la existencia del predio⁶⁴⁷, siendo el sujeto pasivo del impuesto la persona natural o jurídica, propietaria o poseedora de la propiedad o predio.

Para tal fin, con carácter general, según el artículo 1 del Acuerdo 105 de 2003, los predios se clasifican en:

- predios residenciales, aquellos que se destinan a la vivienda habitual;
- predios comerciales, aquellos en los que se ofrecen bienes y servicios;
- predios financieros, aquellos donde funcionan establecimientos de crédito, sociedades de servicios financieros y de capitalización, entidades aseguradoras;
- predios industriales, aquellos donde se desarrollan actividades de producción, fabricación, construcción, transformación, tratamiento y manipulación de materias primas para producir bienes o productos;
- depósitos y parqueaderos, aquellos diseñados para el almacenamiento de mercancías o materiales;
- predios dotacionales, aquello que define el Plan de Ordenamiento Territorial;
- predios urbanizables no urbanizados;
- predios urbanizados no edificadas;
- pequeña propiedad rural destinada a la producción agropecuaria; y
- predios no urbanizables.

A la vista de todo este conjunto de bienes raíces sobre los que tiene alcance el IP y considerando que en la fiducia mercantil el objeto viene constituido por uno o más bienes, podemos concluir que la incidencia del IP en relación con la fiducia se manifiesta a partir de la existencia de bienes raíces, que forman parte del patrimonio autónomo de la fiducia, situados en la jurisdicción distrital. Tales bienes quedan gravados por el IP, debido a que el hecho generador del impuesto se genera por la existencia del bien.

⁶⁴⁷ Art. 14 del Decreto 352/2002.

La sujeción de la fiducia al pago del IP no viene dada expresamente por el Decreto 352 de 2002 sino por disposición del artículo 6 del Acuerdo 105 de 2003, según el cual se establece: «para los efectos del Impuesto Predial Unificado [...] y de los demás impuestos distritales que se originen en relación con los bienes o con actividades radicados o realizados a través de patrimonios autónomos constituidos en virtud de fiducia mercantil, será responsable en el pago de impuestos, intereses, sanciones y actualizaciones derivados de las obligaciones tributarias de los bienes o actividades del patrimonio autónomo el fideicomitente o titular de los derechos fiduciarios».

En virtud de ello y dado que el sujeto pasivo del IP puede ser tanto el propietario como el poseedor, en la fiducia, el responsable de presentar la declaración del pago del impuesto es el fiduciario. Como titular de los bienes que conforman el patrimonio autónomo, efectuará el pago con cargo a los recursos del patrimonio autónomo, a una tasa que va del 4% al 33%, dependiendo de la naturaleza que tenga el predio fideicomitado⁶⁴⁸. En el supuesto de que no existan recursos, el fiduciante y el beneficiario son responsables solidarios por el pago del IP⁶⁴⁹.

4.3.2.4. Incidencia de otros impuestos

Con independencia de los impuestos que se han tratado anteriormente es menester precisar que la actividad o el acto que se lleve a cabo en la realización de la finalidad de la fiducia puede encontrar cabida en el resto de los impuestos vigentes en los departamentos y municipios del país, si con él se consuma el hecho generador del impuesto concreto que se trate, y si la ley reguladora del impuesto, de manera expresa, establezca que la fiducia está gravada con tal impuesto.

⁶⁴⁸ Art. 25 del Decreto 352/2002.

⁶⁴⁹ Cabe precisar que según dispone el artículo 6 del Acuerdo para los fines del procedimiento de cobro coactivo, el mandamiento de pago podrá proferirse: a) Contra el fideicomitente o titular de los derechos fiduciarios sobre el fideicomiso, en su condición de deudor. b) Contra la sociedad fiduciaria, para los efectos de su obligación de atender el pago de las deudas tributarias vinculadas a patrimonio autónomo, con los recursos de ese mismo patrimonio. c) Contra los beneficios del fideicomiso, como deudores en los términos del artículo 102 del ETNC.

La fiducia mercantil en Colombia

La sola materialización del hecho generador del impuesto, como se ha visto, no es suficiente para someter a imposición a la fiducia, es indispensable que la propia ley lo establezca.

De darse éstos presupuestos esenciales, el fiduciario debe atender con cargo a los recursos del patrimonio autónomo a la declaración y pago de los impuestos distritales y municipales que se generen como resultado de las operaciones del mismo, así como de sus correspondientes intereses moratorios y de la actualización por inflación, cuando sean procedentes, siendo los beneficiarios quienes respondan solidariamente cuando los recursos de la fiducia sean insuficientes.

5. Análisis del régimen tributario de la fiducia pública y encargos fiduciarios

Atento a que la fiducia pública y el encargo fiduciario público abrazan ciertas diferencias en relación con la fiducia mercantil, el régimen impositivo que asiste a estas operaciones diverge del que se ha señalado para la fiducia mercantil.

Al no realizarse en la fiducia pública ni en el encargo fiduciario una efectiva transferencia de los bienes sino solamente una entrega de los mismos, el constituyente continúa manteniendo la titularidad de tales bienes, en tanto que el fiduciario es un mero administrador de aquello, por lo que en el contrato las partes pueden pactar que el fiduciario se encargará de cumplir con las obligaciones tributarias en representación del constituyente, o de lo contrario, que el constituyente se hará cargo de cumplir con las obligaciones tributarias que corresponda sobre los bienes y no así el fiduciario. Por lo general, suele pactarse que el fiduciario, con cargo al constituyente, se hará cargo del pago de los impuestos así como de los gastos y costos bancarios, gastos judiciales de cobranza, honorarios de abogado, canales de comunicación, y de cualquier gasto asociado con la defensa de los bienes.

En este sentido, en representación del constituyente, el fiduciario habrá de cumplir con las obligaciones formales y sustanciales de los impuestos que

corresponda pagar por la realización del hecho o acto gravado por el impuesto que se trate. Por citar algunos ejemplos pagará:

- IR, si del manejo de los bienes o recursos de la fiducia pública se obtienen utilidades. Igualmente, procederá el pago de este impuesto en caso de las rentas generadas por la gestión de recursos vinculados al encargo fiduciario. En el caso de obtener ganancias ocasionales, las mismas estarán gravadas por el IGO.
- IP, si administra propiedades raíz situados en el Distrito Capital de Bogotá, o en otra municipio, donde por disposición expresa se graven los bienes afectados en virtud de la firma de un contrato de fiducia mercantil.
- Impuesto sobre Vehículos Automotores, si tiene a su cargo vehículos, en virtud a que el hecho imponible de este impuesto grava la propiedad o posesión de vehículos.
- ITN, si celebra documentos privados que generen obligaciones, o en los que se haga constar la constitución, existencia, modificación o extinción de obligaciones, al igual que su prórroga o cesión, cuya cuantía sea superior a 6.000 UVT y que en el año anterior haya tenido ingresos o un patrimonio bruto superior a 30.000 UVT.

Por último, es preciso indicar que dado que la fiducia publica comprende también la modalidad de fiducia pública de titularización, donde perfectamente se opera la transferencia de bienes al fiduciario, el análisis expuesto para la fiducia mercantil nos sirve también para ilustrar el tratamiento tributario que le corresponde a este tipo de fiducia pública.

6. Consideraciones finales

1. La incorporación de la fiducia mercantil fue dada por el Código de Comercio de 1971 tomando como fuente de inspiración al *trust* anglosajón. Hasta antes de la incorporación de la fiducia mercantil, en Colombia se desarrollaban operaciones de bastante semejanza a través de los encargos de confianza, al amparo de la Ley 45/1923.

La fiducia mercantil en Colombia

2. El Código de Comercio, junto con la normativa complementaria, establece una regulación genérica que posibilita adaptar la fiducia mercantil a la medida y necesidad del propósito o finalidad que las partes desean alcanzar, de una manera eficiente y segura.

Las características fundamentales que ostenta éste contrato bancario se concreta en los siguientes elementos:

- a) son actores principales del contrato el fiduciante, el fiduciario y el beneficiario, éste último puede ser el mismo el fiduciante;
- b) en el contrato se combina el acto de la transferencia real del dominio de los bienes o derechos y el acto de carácter obligacional;
- c) los bienes o derechos transferidos pasan a constituir el patrimonio autónomo de la fiducia, que para todos los efectos legales: i) se mantiene separado del patrimonio de las partes; ii) queda afectado estrictamente para el cumplimiento del fin de la fiducia y aislado del alcance de acciones de tercero acreedores; iii) sólo responde por las obligaciones contraídas en el desarrollo del propósito de la fiducia; y
- d) cumplida la finalidad de la fiducia, los bienes remanentes se retransfieren a su propietario o a la que persona que señale el contrato.

3. Las actualizaciones que ha recibido la normativa han hecho y hacen posible que la fiducia mercantil permita diseñar distintas clases de fiducias con las más variadas finalidades, siendo de entre ellas las principales: la fiducia de administración, la fiducia en garantía, la fiducia inmobiliaria, y la fiducia de administración de procesos de titularización.

4. La fiducia de titularización, en particular, representa a una de las fiducias de amplia utilidad porque facilita la obtención de financiación de las empresas privadas y públicas. Su particularidad, en relación con los otros tipos de fiducia, estriba en que mediante su proceso se consigue movilizar activos tradicionalmente ilíquidos o de lenta rotación, presentes y futuros, para emitir títulos valores, que incorporan derechos, con respaldo al patrimonio autónomo de la fiducia.

5. Dentro la creciente actividad fiduciaria en el país, el rol esencial que cumple el fiduciario en el manejo de fiducias se ha visto aflorar con mayor visibilidad en estos últimos años, razón por el cual la legislación colombiana ya no sólo reserva el ejercicio de dicha función para las entidades bancarias, sino también para las sociedades especializadas en la gestión de esta clase de negocios.

6. La novedad del sistema colombiano en materia fiduciaria reside en la introducción de la fiducia pública, la cual, a diferencia de la fiducia mercantil, se caracteriza por la entrega de los bienes al fiduciario y no así por la transferencia de la propiedad de los mismos como sucede en la fiducia mercantil, de modo que los bienes entregados en fiducia pública no constituyen un patrimonio autónomo.

Aunque la fiducia pública se encausa en estas directrices, las mismas cambian cuando la fiducia tenga por finalidad la titularización o la inversión, pues en estos casos si se transfiere los bienes públicos al fiduciario, los cuales constitución del patrimonio autónomo. Se trata de una de las excepciones que recoge el EGPC, la cual está ocasionando una falta de uniformidad en la contratación estatal.

7. Junto a la fiducia mercantil y la fiducia pública, el ordenamiento colombiano abraza a otro tipo de negocios fiduciarios conocidos como “encargos fiduciarios” en virtud de los cuales los particulares pueden encargar a una entidad fiduciaria la realización de actos de confianza, de bastante parecido a los que se realizan mediante la fiducia mercantil.

La nota esencial que subyace en los encargos fiduciarios, tanto privados como públicos, es que tales contratos se perfeccionan por la entrega real de los bienes, por consiguiente, en ellos no se realiza la entrega real de los bienes a la entidad fiduciaria, ni se constituye un patrimonio autónomo.

8. Tras la sanción del Decreto N° 2175/2007, las carteras colectivas han pasado a constituir el medio legal, que bajo un régimen de tipo fiduciario, permiten reunir recursos de una pluralidad de personas físicas o jurídicas para invertirlos en diferentes instrumentos financieros, donde la sociedad

La fiducia mercantil en Colombia

administradora es quien asume la gestión y administración de los recursos de la cartera colectiva.

9. En el ámbito impositivo, está claro que la normativa tributaria ha prestado mayor atención al tratamiento aplicable a las rentas derivadas de la fiducia mercantil, no obstante, ha descuidado la regulación de la figura en otros impuestos que tienen cabida en sede por los efectos jurídicos que despliega la fiducia.

Así, mientras el ETNC recoge normas expresas para la tributación de las rentas de la fiducia mercantil —estableciendo que la fiducia queda gravada por el IR e IGO si el patrimonio autónomo experimenta un incremento, debiendo tributar por las rentas, según sea el caso, el beneficiario, el patrimonio autónomo y el cedente—, en lo que respecta al ITN dicha norma apenas contempla breves menciones, siendo nulas en relación al ISV. Con lo cual, urge complementar la normativa.

10. En los impuestos departamentales y municipales la situación es parecida. A nivel departamental, las normas del Impuesto al Registro establecen expresamente que debe pagarse el impuesto por la inscripción del contrato de la fiducia mercantil de garantía y por la inscripción del contrato de fiducia cuyos bienes están sujetos a registro. Sin embargo, a nivel municipal, la normativa de los impuestos municipales no contempla disposiciones expresas para la fiducia mercantil.

Hasta ahora, el distrito de Bogotá es el pionero en establecer normas relativas a la fiducia en las leyes reguladoras del IIC y el IP, pero aún así, por la falta de disposiciones expresas del Código de Régimen Municipal sobre la fiducia, ha tropezado con serios problemas de interpretación en el caso del IIC.

Considerando, por último, que la fiducia mercantil es un instrumento apto para realizar múltiples operaciones, concluimos que ésta tendrá que pagar los impuestos que tengan alcance sobre los actos o hechos realizados con los bienes del patrimonio autónomo de la fiducia siempre y cuando la ley expresamente lo prevea así, siendo el fiduciario como administrador de la

Tesis Doctoral

fiducia mercantil quien habrá de presentar la declaración y pago de tales impuestos con cargo a los recursos del patrimonio autónomo.

La fiducia mercantil en Colombia

CAPÍTULO V

EL FIDEICOMISO MERCANTIL EN ECUADOR

1. El fideicomiso y su estructura general

1.1. Introducción

En la República de Ecuador, el fideicomiso mercantil fue introducido en el Código de Comercio en 1993, en la reforma realizada por la Ley N° 31, del Mercado de Valores de 28 de mayo del mismo año⁶⁵⁰.

El legislador ecuatoriano incorporó el fideicomiso mercantil en el sistema jurídico como un contrato fiduciario de administración de bienes, dotado de personalidad jurídica, a cargo de la gestión de entidades financieras.

Al amparo de las disposiciones del código y las normas dictadas por la Comisión Nacional de Valores, en los primeros años el contrato de fideicomiso fue utilizado sobretodo para negocios de administración e inversión privada.

Posteriormente, el fideicomiso mercantil pasó a regularse en la actual Ley N° 107, del Mercado de Valores, de 30 de junio de 1998, junto a los encargos fiduciarios. Esta última ley y el respectivo reglamento completaron el marco legal del fideicomiso implementando un articulado más completo y actualizado.

A partir de entonces, el fideicomiso mercantil viene cumpliendo un importante rol en el ordenamiento ecuatoriano como instrumento para llevar a cabo diferentes proyectos y negocios de administración, inversión, financiación, garantía de obligaciones, canalización de recursos, titularización de activos y otros fines, no sólo por la transparencia y seguridad que ofrece a las partes involucradas en el negocio, sino también por los beneficios que a través de este instrumento se pueden alcanzar.

⁶⁵⁰ Publicada en el Registro Oficial N° 199, de 28 de mayo de 1993. El artículo 80 de esta ley disponía la incorporación del título de fideicomiso mercantil en el Código de Comercio.

El fideicomiso mercantil en Ecuador

Precisamente porque el fideicomiso mercantil ha ido alcanzando un desarrollo ponderable en este país y porque en ello se muestra, en buena medida, la potencialidad que tiene esta institución para llevar a cabo negocios y proyectos de gran envergadura, antes de detenernos en el estudio de su estructura general, vamos a hacer breve referencia a dos aspectos primordiales sobre esta institución:

- su desarrollo particular en el país; y
- la normativa actual que lo regula y reglamenta.

a) Desarrollo particular de la figura

Las aplicaciones del fideicomiso mercantil en Ecuador se han ido multiplicando y creciendo significativamente tanto a nivel nacional como regional, al punto que sólo los negocios fiduciarios en el 2011 llegaron a mover más de \$6.500.000 millones, registrando un crecimiento de un 20% anual⁶⁵¹.

Sus plasmaciones son múltiples. Además de las finalidades antes señaladas, el fideicomiso es empleado para el desarrollo de proyectos inmobiliarios, planificación y financiación de proyectos públicos de infraestructura, financiación de empresas y entidades públicas y privadas, promoción y ejecución de procesos de desarrollo sustentable para la conservación ambiental, etc.

Recientemente su empleo ha trascendido al plano internacional. El día 2 de agosto del 2010, en Quito, se firmó el fideicomiso mercantil entre el Estado ecuatoriano y el Organismo mundial de las Naciones Unidas (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo-PNUD) para la recepción y uso de las contribuciones internacionales, que ascienden a más de cinco millones de dólares (\$5.000.000) en apoyo a la Iniciativa Yasuní-ITT. De esa manera, el PNUD administra fondos internacionales y los entrega al Estado ecuatoriano para destinarlos exclusivamente a los

⁶⁵¹ Según las estadísticas fiduciarias de la Superintendencia de Compañías. [Fecha de consulta: 2 de febrero de 2012]. Disponible en: «<https://www.supercias.gov.ec>».

objetivos definidos: realización de proyectos de rentabilidad segura y alta para la generación de energía con fuentes renovables⁶⁵².

Otro ejemplo claro de la utilidad del fideicomiso mercantil lo encontramos también en los fondos colectivos de inversión y los fondos colectivos de titularización constituidos mediante el contrato de fideicomiso. A modo de ejemplo, podemos citar dos grandes fondos:

1) el Fondo de Liquidez del Sistema Financiero Ecuatoriano de inversión. Constituido el 19 de febrero de 2009, entre el Banco Central de Ecuador, como fiduciario, y las instituciones financieras privadas sujetas a encaje, como constituyentes, a objeto del manejo fiduciario de los aportes realizados al patrimonio autónomo, a fin de atender las necesidades temporales de liquidez de las instituciones financieras sujetas a encaje⁶⁵³.

2) el Fondo Ecuatoriano de Inversión en los Sectores Energético e Hidrocarburífero –FEISEH. Constituido el 18 de octubre de 2006, entre el Banco Central del Ecuador, como fiduciario, y el Estado, como constituyente, para que todos los recursos públicos de origen petrolero afectados en virtud de la Ley Orgánica de creación del FEISEH⁶⁵⁴ sean ingresados al Presupuesto del Gobierno Central en calidad de ingresos de capital y sean distribuidos de acuerdo con dicho presupuesto única y exclusivamente para fines de inversión en el sector hidrocarburífero de propiedad del Estado.

⁶⁵² La iniciativa Yasuní- ITT surgió para mantener indefinidamente inexploradas las reservas de 846 millones de barriles de petróleo en campos localizadas en el Parque Nacional Yasuní, considerado la reserva más importante de biodiversidad en el planeta. A través de esta iniciativa, Ecuador está haciendo frente a los retos del cambio climático ya que evitará la emisión de 407 millones de toneladas métricas de dióxido de carbono (CO₂) al renunciar a la extracción de las reservas de petróleo de la región. El fideicomiso con el PNUD, en este sentido, se proyecta como garante internacional de que los aportes exteriores se dedicarán a los fines estipulados por el Estado, con una garantía también de que el petróleo se quedará bajo tierra.

⁶⁵³ El fondo tiene un plazo de duración indefinida y las operaciones del fondo están exentas de todo tipo de impuestos.

⁶⁵⁴ Ley N° 2006-57 del 18 de octubre del 2006, publicada en el Registro Oficial N° 386 del 27 de octubre del 2006.

El fideicomiso mercantil en Ecuador

Además de los fondos colectivos de titularización en estos últimos años se viene constituyendo más fondos colectivos de inversión para atraer inversión extranjera y promover proyectos financieros de inversión, tanto del sector público como privado, por lo que puede decirse, junto a Urquizu Cavallé, que el Estado ecuatoriano “trata de convertirse en la puerta de entrada de la inversión internacional en Colombia y Perú, como miembro de la Comunidad Andina”⁶⁵⁵.

b) Normativa

En la actualidad, el marco legal del fideicomiso mercantil se encuentra contenido en los artículos 109 al 137, Título XV, de la Ley N° 107, del Mercado de Valores, de 30 de junio de 1998, publicada en Registro Oficial N° 367, de 23 de julio de 1998 (LMVE), y en la respectivo Codificación de las Resoluciones expedida por el Consejo Nacional de Valores, Resolución N° CNV-008-2006, de 21 de noviembre de 2006, publicado en el Registro Oficial N° 1, de 8 de marzo de 2007 (CRCNV)⁶⁵⁶.

La regulación establecida por la LMVE recoge las normas de la constitución del fideicomiso mercantil, los requisitos formales y materiales para su eficacia y validez, sus características, los derechos y obligaciones de las partes, las prohibiciones legales, los efectos de la terminación del negocio y demás previsiones para el funcionamiento. Cada uno de estos aspectos viene a ser reglamentado por la CRCNV y el Reglamento de la Ley de Mercado de Valores de Ecuador (RLMVE), expedido por el Decreto Ejecutivo 390, de 8 de diciembre de 1998, publicado en el Registro Oficial N° 87 de 14 de diciembre de 1998.

De manera complementaria, el fideicomiso mercantil es regulado, en lo referente a aspectos concretos que por razones de materia corresponde

⁶⁵⁵ URQUIZU CAVALLÉ, Ángel: “Análisis jurídico de la tributación de las rentas de los beneficios empresariales obtenidos en Ecuador”, en URQUIZU CAVALLÉ, Ángel (Dir.), *La tributación de los beneficios empresariales obtenidos en América Latina*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 201.

⁶⁵⁶ La CRCNV, actualizado hasta la Resolución CNV-004-2010, derogó las anteriores resoluciones que el Consejo Nacional de Valores expidió para el fideicomiso, a fin de armonizarlas y sistematizarlas en un cuerpo normativo único.

regular a otros cuerpos normativos, por las normas del Código civil, Código Tributario, y demás leyes nacionales y resoluciones que pueda establecer la Comisión Nacional de Valores (CNV).

En consecuencia, su estudio interdisciplinar no sólo obliga a revisar la LMVE y los citados reglamentos, sino también exige atender a las disposiciones de carácter general que estipulan los demás compilados legales.

1.2. Definición

De acuerdo con la definición que da el artículo 109 de la LMVE, el fideicomiso mercantil es el negocio jurídico «por el cual una o más personas llamadas constituyentes transfieren, de manera temporal e irrevocable, la propiedad de bienes muebles o inmuebles corporales o incorporales, que existen o se espera que existan, a un patrimonio autónomo, dotado de personalidad jurídica para que el fiduciario de fondos y fideicomisos, que es su fiduciaria y en tal calidad su representante legal, cumpla con las finalidades específicas instituidas en el contrato de constitución, bien en favor del propio constituyente o de un tercero llamado beneficiario».

De esta definición legal se extrae dos consideraciones. En primer lugar, que estamos ante un negocio jurídico que en el fondo comporta dos relaciones jurídicas:

— la primera consiste en que el constituyente a efectos de encargar al fiduciario la realización de un fin concreto en beneficio suyo o de un tercero, transfiere temporalmente y de manera irrevocable la propiedad de uno o más bienes al patrimonio autónomo del fideicomiso, para que con la gestión de los mismos se realice el fin establecido en el contrato; y

— la segunda está representada por la actuación fiduciaria del fiduciario, quien como representante legal está compelido a gestionar el patrimonio autónomo conforme establece el contrato y en atención a la finalidad del fideicomiso y una vez que cumplida tal finalidad debe retransferir los bienes remanentes al constituyente o al beneficiario.

El fideicomiso mercantil en Ecuador

Y en segundo lugar, que el efecto principal del contrato es que los bienes transferidos en virtud del fideicomiso pasan a constituir un patrimonio autónomo (desvinculado del patrimonio personal de las partes) destinado exclusivamente a la consecución de la finalidad para la cual el fideicomiso fue creado.

Esta característica constituye uno de los elementos principales que brinda seguridad jurídica a esta figura, debido a que tales bienes no pueden ser embargados o sujetos a medidas preventivas o precautelatorias por parte de terceros acreedores del fiduciario y del constituyente, tan sólo respaldan las obligaciones que se contraigan en el desarrollo de la finalidad del fideicomiso.

Otro elemento verdaderamente innovador del fideicomiso ecuatoriano es el reconocimiento de su personalidad jurídica. Este reconocimiento de personalidad jurídica es lo que marca su diferencia respecto los fideicomisos que regulan las demás legislaciones de Latinoamérica, puesto que se les reconoce solamente como patrimonios autónomos.

Bajo este contexto, el fideicomiso ecuatoriano se manifiesta como un instrumento versátil y con facilidad para ser adecuado a la medida de la necesidad e interés que tengan los particulares, empresas y entidades públicas o privadas para la gestión patrimonial familiar, empresarial y financiera de bienes ajenos, de forma segura y eficiente.

1.3. Características

De la estructura jurídica del fideicomiso mercantil se desprenden las siguientes características generales:

a) Es un contrato típico o nominado. En virtud a que se halla expresamente regulado por una norma, la LMVE, y porque existe otra disposición reglamentaria que establece las reglas para su funcionamiento, esto es, el reglamento de la LMVE.

Tesis Doctoral

b) Consensual. Porque el contrato se perfecciona fundamentalmente con el consentimiento del constituyente y del fiduciario. Así, el negocio tiene su desarrollo y conclusión conforme a lo pactado de mutuo acuerdo por las partes en el contrato, con observancia de la regulación establecida por la LMVE.

c) Bilateral. Debido a que se regula, de manera principal, la relación jurídica entre el constituyente y el fiduciario (las dos partes constituyentes del fideicomiso); accesoriamente se regula respecto los efectos para con terceros beneficiarios del fideicomiso, que tiene interés legítimo en él.

d) De contenido patrimonial. En atención a que en el fideicomiso se generan derechos y obligaciones de contenido patrimonial, título suficiente para la adquisición y transmisión de derechos reales; así se transfiere temporalmente la propiedad de bienes para que sean gestionados de conformidad con lo establecido en el contrato.

e) De confianza. En virtud a que la confianza es su elemento subjetivo básico para la contratación; la confianza del constituyente depositada en la lealtad y profesionalidad del fiduciario, de que éste ha de realizar las gestiones adecuadas para la plena realización del fin del fideicomiso, de acuerdo a lo dispuesto en el contrato⁶⁵⁷.

f) *Intuitu personae*. Atento a que el fideicomiso se celebra considerando que la entidad fiduciaria tiene cualidades objetivas, capacidad técnica, y especialidad en el manejo y administración de esta clase de negocios mercantiles⁶⁵⁸.

⁶⁵⁷ Es comúnmente aceptado por la doctrina y la jurisprudencia, que la intervención de la confianza personal constituye el elemento básico del fideicomiso. En palabras de González Torre, “la fe depositada en el fiduciario juega un papel importante en el denominado *animos fiduda* y la aceptación del fiduciario determina la *causa fiduciae*”. GONZÁLEZ TORRE, Roberto: “Ley del Mercado de Valores: Breve estudio crítico del fideicomiso mercantil”, *Revista Jurídica*, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas, Tomo 8, p. 537. [Fecha de consulta: 3 de junio de 2011]. Disponible en: «<http://www.revistajuridicaonline.com>».

⁶⁵⁸ En este mismo sentido, la Superintendencia de Compañías destaca que el contrato de fideicomiso “es *intuitu personae* porque se constituyen tomando en

El fideicomiso mercantil en Ecuador

g) Formal. Ya que por regla general el fideicomiso se constituye mediante instrumento público abierto, debiendo reunir la solemnidad de escritura pública, cuando se transfiera bienes inmuebles al patrimonio autónomo⁶⁵⁹.

h) Oneroso. Ya que todo negocio en fideicomiso es esencialmente remunerado. El constituyente debe pagar las remuneraciones a las que tenga derecho el fiduciario por el desempeño de su gestión del fideicomiso.

i) Temporal. Puesto que el plazo de vigencia del fideicomiso solamente se extiende hasta el cumplimiento de la finalidad prevista en el contrato o de la condición establecida para su conclusión, sin que la duración total supere el plazo legal de 80 años⁶⁶⁰.

A parte de estas características generales, cada fideicomiso mercantil, conforme sea la finalidad para la que ha sido constituida (inversión, garantía, titularización) presenta a su vez otras características que surgen como consecuencia de la finalidad para la que se constituye, razón por la cual son variantes entre unos y otros.

1.4. Naturaleza jurídica

De acuerdo con la configuración legal que ostenta el fideicomiso mercantil, la relación jurídica que subyace en él se caracteriza fundamentalmente por la coexistencia de un “negocio real” de transferencia plena de la propiedad de uno o más bienes, y “una relación obligación” respecto el manejo y administración del fideicomiso.

El negocio real implica que el constituyente, con el objeto principal de encargar la realización de una finalidad, mediante la firma del contrato de

consideración las cualidades individuales de la persona a la cual el constituyente le concede la confianza para la real ejecución del contrato”. Doctrina núm. II, p. 1. [Fecha de consulta: 4 de junio de 2011]. Disponible en: «<http://www.supercias.gov.ec>».

Hay que indicar, no obstante, que este carácter podría llegar a ser discutible en el caso de liquidación de la entidad fiduciaria ya que la administración del fideicomiso puede recaer en la entidad fiduciaria que designe el juez y no así por el fiduciante.

⁶⁵⁹ Art. 110 de la LMVE.

⁶⁶⁰ Parágrafo tercero del art. 110 de la LMVE.

fideicomiso mercantil transfiere de manera temporal e irrevocable la propiedad de uno o más bienes a un patrimonio autónomo, que surge como efecto jurídico del contrato, para que el fiduciario como representante legal de dicho patrimonio emprenda las actuaciones para la consecución de la finalidad del fideicomiso en favor del beneficiario. Y una vez cumplida tal finalidad debe volver a transferir los bienes remanentes del fideicomiso al constituyente o al beneficiario que éste haya designado en el contrato.

La relación obligacional, acorde con el primero, se traduce en que todo el desarrollo del fideicomiso se sujeta a lo pactado por mutuo acuerdo de las partes en el contrato, en observancia de las instrucciones estipuladas en el contrato de fideicomiso, así como de las disposiciones legales que regulan el fideicomiso mercantil.

Otro elemento característico de esta institución, es la creación de un patrimonio autónomo, que nace como efecto inmediato del contrato de fideicomiso⁶⁶¹. En virtud de ello, todos los bienes que se transfieren permanecen desvinculados de los patrimonios personales de las partes intervinientes en el contrato, quedando únicamente destinados para la plena realización del fin del fideicomiso, lo cual resulta primordial para el acabado de la finalidad encomendada.

A estos caracteres se suma otro elemento verdaderamente particular del fideicomiso mercantil, como es la personalidad jurídica.

La legislación ecuatoriana, rompiendo con el criterio general que en el Derecho comparado latinoamericano sostiene sobre los fideicomisos “como entes sin personalidad jurídica”, atribuye personalidad jurídica al fideicomiso mercantil teniendo en cuenta el substrato real, la realidad social, y la consecución de fines que subsiste en el fideicomiso.

⁶⁶¹ En palabras de Arroyo i Amayuelas los elementos esenciales que aparecen en un esquema fiduciario típico son el patrimonio independiente y la gestión separada. ARROYO I AMAYUELAS, Esther: *Dos principios básicos para la incorporación del trust en España: el patrimonio de destino y la limitación de la responsabilidad*, en “El patrimonio, familiar, profesional, y empresarial. Sus protocolos”, VVAA, Tomo III, Ed. Bosch, Barcelona, 2005, p. 621.

El fideicomiso mercantil en Ecuador

No personifica al fideicomiso como tal, sino el conjunto de bienes que quedan adscritos al cumplimiento de un determinado fin, de ahí que textualmente se dispone que «cada patrimonio autónomo (fideicomiso mercantil), está dotado de personalidad jurídica, siendo el fiduciario su representante legal»⁶⁶².

Por esta razón, el reconocimiento de su personalidad es de carácter limitado y no tiene el mismo alcance que el de las sociedades mercantiles⁶⁶³ y sociedades civiles, en tanto que está restringido hacia el cumplimiento de la finalidad del fideicomiso⁶⁶⁴.

Desde este punto de vista, la personalidad jurídica del fideicomiso se concibe únicamente como una ficción jurídica capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones a través del fiduciario, quien es su representante legal en atención a lo estipulado en el contrato.

En suma, el Derecho positivo ecuatoriano atribuye personalidad jurídica al fideicomiso para que el patrimonio autónomo que emerge de él funcione con independencia y autodeterminación en el tráfico jurídico económico⁶⁶⁵. El

⁶⁶² Parágrafo tercero del Art. 109 de la LMVE.

⁶⁶³ En las sociedades mercantiles, según Sánchez Calero, el alcance del reconocimiento de la personalidad jurídica produce las siguientes consecuencias: “a) Se considera al ente como sujeto de derecho y obligaciones con plena capacidad jurídica tanto en las relaciones externas (con terceros) como internas (con los socios); b) El ente social adquiere la condición de empresario y está sometido a su estatuto. Por ello, están sometidas al cumplimiento de las obligaciones y deberes propios de todo empresario; c) La sociedad adquiere una autonomía patrimonial con relación a los socios y se produce una separación de responsabilidad, que puede ser más o menos intensa según el tipo que se elija. Así, en las sociedades anónimas y en las de responsabilidad limitada la personalidad es más perfecta, en cuanto la sociedad sólo responde de las deudas contraídas por ella y no los socios, los socios de esas sociedades no responden personalmente por las deudas sociales”. SÁNCHEZ CALERO, Fernando: *Principios de Derecho Mercantil*, 13ª Ed., Ed. Aranzadi, Navarra, 2008, p. 166.

⁶⁶⁴ De ahí que la normativa insiste en que el patrimonio autónomo está dotado de personalidad jurídica, pero no podrá ser considerado como una sociedad civil o mercantil (parágrafo último del Art. 109 de la LMVE).

⁶⁶⁵ En palabras de Lacruz Berdejo y Ferrara, debido a que cada ordenamiento jurídico tiene su propia expresión de personalidad jurídica, es importante tener en cuenta que las personas jurídicas constituyen una creación del legislador, una forma jurídica dada por el Derecho positivo que viene a revestir a estas totalidades variables de individuos de una esfera jurídica autónoma y tanto su existencia como su capacidad jurídica vienen supeditadas al cumplimiento de los requisitos que el ordenamiento jurídico establezca en cada caso. LACRUZ BERDEJO, José Luis:

valor del reconocimiento de la personalidad jurídica del fideicomiso, en otras palabras, se traduce en la concesión de una forma más adecuada de unidad jurídica para los individuos que interactúan en el contrato, ya que el expediente de la personalidad hace que allí donde había una pluralidad de titulares unidos para la consecución de un fin, haya en cambio un sujeto único que cumple permanentemente el fin⁶⁶⁶.

1.5. Diferencia con otras figuras

Considerando las notas esenciales que posee el fideicomiso mercantil ésta institución sólo merece ser diferenciada del fideicomiso civil y del encargo fiduciario.

a) Fideicomiso civil

El fideicomiso civil, denominado también propiedad fiduciaria, es regulado por el Código Civil (CCvE) como una figura fiduciaria de administración supeditada al cumplimiento de una condición que establece el constituyente, el cual debe cumplirse para que se transfiera la propiedad del bien a favor del beneficiario⁶⁶⁷.

Elementos de Derecho Civil. I Parte General. Personas, VVAA, Volumen II, 6ª Ed., Ed. Dykinson, Madrid, 2010, p. 268; FERRARA, Francisco: *Teoría de las Personas Jurídicas*, traducida de la 2ª Ed. por Eduardo Ovejero y Maury, Ed. Comares, Granada, 2006, p. 280.

⁶⁶⁶ Como dicen Díez-Picazo y Gullón, el expediente técnico de la personalidad facilita el funcionamiento de la agrupación de personas que ponen en común bienes para lograr un cierto fin partible entre ellas, evitando la creación de múltiples relaciones jurídicas por cada actuación en la vida jurídica. DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio: *Instituciones de Derecho Civil. Introducción. Parte General. Derecho de la Persona*, Volumen I, 2ª Ed., Ed. Tecnos, Madrid, 1998, pp. 346 y 347.

⁶⁶⁷ Art. 748 del CCvE. Si se observa el estudio que se ha desarrollado respecto al fideicomiso civil en Colombia, también en este ordenamiento se regula el fideicomiso como una de las formas de limitación del dominio, cuyo gravamen consiste en que la propiedad sobre una cosa ha de pasar a otra persona por el hecho de verificarse una condición. En efecto, el artículo 794 del Código Civil Colombiano define a la propiedad fiduciaria en los mismos términos que hace el Código Civil Ecuatoriano, debido a que determina que: «Se llama propiedad fiduciaria la que está sujeta al gravamen de pasar a otra persona por el hecho de verificarse una condición. La constitución de la propiedad fiduciaria se llama fideicomiso».

El fideicomiso mercantil en Ecuador

Su constitución se realiza por acto *inter vivos*, otorgado en instrumento público o mediante testamento, donde el constituyente transfiere la totalidad o parte de sus bienes al fiduciario, para que al momento de cumplirse la condición establecida, transfiera la propiedad de los bienes al beneficiario designado en el contrato⁶⁶⁸.

Lo que *a priori* cabe destacar es que la estructura jurídica de estos tipos de fideicomisos diverge notablemente entre sí, que resulta vano cualquier intento de encontrar similitud entre una y otra figura. A primera vista se extraen las siguientes diferencias:

— Mientras el fideicomiso mercantil es establecido como un contrato bancario para la gestión patrimonial de terceras personas, a cargo de un fiduciario, para la realización de diversas finalidades. El fideicomiso civil en esencia consiste en someter la traslación de la propiedad a una condición suspensiva respecto del beneficiario, en virtud a que éste adquiere la propiedad del bien establecido en el contrato desde el momento en que se cumple el hecho; pero además, como precisa Arias, existe una condición resolutoria respecto del fiduciario, ya que éste sólo mantiene la propiedad del bien hasta que se cumpla el hecho que extingue su derecho de dominio sobre el mismo⁶⁶⁹.

— El fideicomiso mercantil tiene personalidad jurídica, no sucede así con el fideicomiso civil.

— Los bienes que se transfieren en virtud del fideicomiso mercantil constituyen un patrimonio autónomo que no es objeto de medidas preventivas ni de embargo, en tanto que los bienes que se afectan por el fideicomiso civil pueden ser objeto de gravamen, para cuyo caso tales bienes se asimilan a los bienes de la persona que vive bajo tutela⁶⁷⁰.

⁶⁶⁸ Arts. 748, 749 y 750 del CCvE.

⁶⁶⁹ ARIAS, Verónica: *El fideicomiso de conservación. La experiencia en Ecuador*, The Nature Conservancy, Quito, 2006, pp. 12-13.

⁶⁷⁰ Art. 770 del CCvE.

— En el fideicomiso mercantil el fiduciario es una sociedad administradora, autorizada por la Superintendencia de Compañías (SC), mientras que en el fideicomiso civil pueden ser fiduciario uno o más personas naturales, que el constituyente nombre⁶⁷¹.

— En el fideicomiso mercantil el fiduciario se constituye en el representante legal, en tanto que en el fideicomiso civil el fiduciario tiene la guarda y administración de los bienes fideicomitados hasta que se cumpla la condición establecida.

— La vigencia del fideicomiso se extiende hasta la realización de la finalidad para el que ha sido constituido, pudiendo extenderse hasta 80 años, mientras que en el fideicomiso testamentario civil la condición de que penda la restitución de la propiedad al beneficiario no puede superar el plazo de 15 años para cumplirse⁶⁷².

Sin ir más allá de estas diferencias, desde un punto de vista práctico, el fideicomiso civil es utilizado con carácter familiar *mortis causa*, en tanto el que fideicomiso mercantil con predominio de un carácter financiero, antes que familiar. En virtud a que el objeto de estudio de este capítulo es el fideicomiso mercantil no ingresaremos en mayores detalles del fideicomiso civil.

b) Encargo fiduciario

La institución del fideicomiso mercantil guarda cierta semejanza con el encargo de confianza, en virtud a que la LMVE instituye también al encargo fiduciario como un acto de confianza, en virtud del cual una persona entrega a otra uno o más bienes determinados, para que ésta cumpla con ellos una finalidad específica, bien sea en beneficio del constituyente o de un tercero⁶⁷³.

No obstante, el fideicomiso presenta una serie de diferencias:

⁶⁷¹ Art. 756 del CCvE.

⁶⁷² Art. 754 del CCvE.

⁶⁷³ Art. 112 de la LMVE.

El fideicomiso mercantil en Ecuador

— En el fideicomiso se opera la transferencia temporal e irrevocable de la propiedad de los bienes, mientras que en el encargo fiduciario solamente se realiza la entrega de los bienes.

— Los bienes transferidos en fideicomiso pasan a constituir un patrimonio autónomo, diferente del patrimonio personal de los sujetos intervinientes y alejado del alcance de las acciones de terceros acreedores, en tanto que los bienes entregados a título del encargo fiduciario permanecen en propiedad del constituyente, pudiendo ser afectado por las acciones de terceros, cuando así proceda.

— El fideicomiso puede transferir bienes que no existen pero que se espera que existen, mientras que en el encargo fiduciario se entrega bienes ciertos, que existen al momento de la celebración del contrato.

— El fideicomiso puede servir como medio para la estructuración de procesos de titularización de activos, por el contrario, el encargo fiduciario no puede servir de base para el desarrollo de titularización de activos.

— El fideicomiso tiene reconocido la personalidad jurídica, en tanto que en el encargo fiduciario no se configura la personalidad.

1.6. Objeto y finalidad

Desde un punto de vista general, pueden ser objeto del fideicomiso toda clase de bienes y derechos, salvo aquellos que sean personalísimos del constituyente que no son susceptibles de enajenación y están fuera del comercio.

Así, conforme al artículo 109 de la LMVE pueden ser transferidos en fideicomiso tanto bienes corporales como bienes incorporeales: entre los primeros bienes están aquellos que tienen inherente un determinado valor y que por su materialidad pueden ser apreciados por los sentidos, tales como los inmuebles, fincas, bienes raíces, predios, muebles, semovientes; y entre los segundos bienes, aquellos que no teniendo existencia material

constituyen una abstracción hecha de las cosas sobre las que recaigan, como son generalmente los derechos.

El concepto de bienes es tan amplio que puede constituirse fideicomisos mercantiles con todo lo que se entiende por cosas, según los artículos 585 al 598 del CCvE.

Para la constitución del fideicomiso no es requisito indispensable que los bienes existan, pues es posible que se transfieran bienes que se espera que existan. Así lo reconoce la propia normativa, al establecer que «los bienes que no existen pero que se espera que existan podrán comprometerse en el contrato de fideicomiso mercantil a efectos de que cuando lleguen a existir, incrementen el patrimonio del fideicomiso mercantil»⁶⁷⁴.

Esta excepción particularmente surge para la constitución de fideicomisos con fines de titularización, ya que en este tipo de fideicomisos generalmente se transfieren activos o derechos sobre flujos futuros⁶⁷⁵ para que con respaldo del patrimonio autónomo se emitan valores negociables en la bolsa, tal como se realiza en los mercados financieros internacionales.

Con respecto a la finalidad del fideicomiso, indicar que ésta no es sino el propósito o el fin que el fiduciante desea lograr a través del fideicomiso. Si bien el constituyente, en ejercicio de su libertad de autonomía contractual, puede establecer la finalidad o el propósito que desee obtener mediante el fideicomiso, el límite a tal fin o propósito viene dado por el cumplimiento de tres requisitos esenciales, como son la licitud, la determinación y la posibilidad de cumplirse.

Por tanto, la finalidad del fideicomiso mercantil deberá ser lícita, determinada y posible de realizar⁶⁷⁶.

⁶⁷⁴ Art. 117 de la LMVE.

⁶⁷⁵ Art. 139 de la LMVE.

⁶⁷⁶ En este contexto, Alvarado Esquivel indica que los fines del fideicomiso son inclasificables e innumerables, en tanto que los mismos dependen de la voluntad del fideicomitente; su realización extingue el fideicomiso, y la imposibilidad de cumplir con él, extingue el fideicomiso. ALVARADO ESQUIVEL, Miquel de Jesús:

El fideicomiso mercantil en Ecuador

Con el propósito de evitar que se haga un abuso o uso indebido de la institución del fideicomiso, los artículos 114 y 123 de la LMVE prohíben expresamente la constitución de fideicomisos con fines secretos y fideicomisos en fraude de terceros.

Aun cuando así sea constituido el fideicomiso mercantil, los interesados o afectados pueden impugnar judicialmente el fideicomiso mediante la acción de nulidad, ya que concurre el presupuesto fundamental de intención fraudulenta —*consilium fraudis*⁶⁷⁷— por parte del constituyente, o por medio de la acción de simulación.

El derecho que la LMVE confiere a los interesados para impugnar el fideicomiso mercantil para fines prohibidos no se agota con las acciones civiles, ya que sin perjuicio de la acción civil que instauren, pueden iniciar la acción penal a la que hubiera lugar.

Hay que destacar que la LMVE refuerza el objetivo de evitar el mal uso del fideicomiso sentando dos obligaciones principales previas a la celebración del contrato: a) el deber de incluir en el contrato una declaración juramentada, donde el constituyente bajo juramento ante autoridades administrativas o judiciales asegura que los bienes que se transferirán tienen procedencia legítima, que el fideicomiso no adolece de causa u objeto ilícito y que con su constitución no se tiene intención de irrogar perjuicios a terceros⁶⁷⁸; y b) el deber de fijar en el contrato, dentro de la información

“El fideicomiso en Méjico”, en URQUIZU CAVALLÉ, Ángel (Dir.), *El Fideicomiso en Latinoamérica. Integración jurídico-financiera*, Ed. Marcial Pons (Madrid, Barcelona, Buenos Aires), 2010, p. 303.

⁶⁷⁷ Elemento subjetivo que presupone que el constituyente ha tenido conciencia o, al menos, conocimiento de que la transferencia de los bienes para la su afectación en fideicomiso supone un perjuicio para sus acreedores.

⁶⁷⁸ Si bien es cierto que la utilización del fideicomiso en América Latina ha favorecido al crecimiento y dinamismo del sector productivo, desde la esfera internacional, la *Financial Crimes Enforcement Network* (FinCEN) y otros organismos de control de los sistemas financieros internacionales han puesto en conocimiento que la creación de fideicomisos se sitúa entre algunos de los métodos usados para realizar sus operaciones de lavado de activos. Indican que al constituir un patrimonio autónomo o encargo fiduciario con fondos obtenidos ilícitamente, el lavador de activos busca que sea la sociedad fiduciaria la que realice las operaciones financieras a nombre de la sociedad y así se oculta la identidad de quien constituye el encargo fiduciario o el patrimonio autónomo. El lavador o

mínima exigida, la finalidad detallada del fideicomiso, especificando concretamente en qué ha de consistir.

Tal es la firmeza de la primera obligación, que el fiduciario no puede ni debe aceptar la constitución del fideicomiso mercantil sin contar con la declaración juramentado porque así lo prohíbe la ley⁶⁷⁹.

1.7. Partes

Tal como indicamos en líneas anteriores, los sujetos que interactúan en el fideicomiso mercantil son el constituyente, el fiduciario y el beneficiario.

a) Constituyente

Es la persona natural o jurídica pública, privada o mixta, nacional o extranjera, o entidad dotada de personalidad jurídica que decide constituir el fideicomiso afectando determinados bienes o derechos para el cumplimiento de una finalidad lícita, en su favor o de un tercer beneficiario que para tal efecto designe en el contrato.

Como creador del fideicomiso, el constituyente es quien establece la finalidad del fideicomiso, elige al fiduciario que va hacerse cargo del fideicomiso, selecciona los bienes o derechos que va transferir para respaldar el cumplimiento de tal finalidad, indica las instrucciones y las condiciones generales para la gestión de la actividad encomendada en el fideicomiso, las facultades del fiduciario, las causales y forma de terminación del fideicomiso, etc.

En atención a ello, son requisitos esenciales exigibles al constituyente: la capacidad jurídica para obligarse y disponer de los bienes, y capacidad de obrar para realizar eficazmente los actos jurídicos. Las instituciones

blanqueador busca ocultarse y realiza sus negocios por interpuesta persona. “Señales de Alerta y Métodos para el Lavado de Activos”, Federación Latinoamericana de Bancos. [Fecha de consulta: 17 de junio de 2011]. Disponible en: «<http://www.felaban.com/coplaft/definicion07X.html>».

⁶⁷⁹ Art. 14.1, Subtítulo III, Título II, de la CRCNV.

El fideicomiso mercantil en Ecuador

públicas constituyentes deben cumplir a su vez los requisitos que a estos efectos expida la CNV.

a.1) Obligaciones

Las obligaciones que la LMVE establece para el constituyente pueden resumirse básicamente en dos obligaciones principales.

La primera obligación es la transferencia temporal e irrevocable del dominio de los bienes o derechos que debe operar en virtud del contrato de fideicomiso mercantil⁶⁸⁰, debiendo informar al fiduciario todo lo referente a la situación jurídica actual en que se encuentran los bienes o derechos que son objeto del fideicomiso.

Este aspecto es muy importante para el fideicomiso ya que permite tener certeza de que los bienes que son objeto del fideicomiso tienen procedencia legítima y asimismo evita que el fideicomiso pueda ser utilizado como instrumento para evadir el pago de obligaciones contraídas anteriormente por el constituyente⁶⁸¹.

La segunda obligación recae en la remuneración del fiduciario por el desempeño de su gestión y administración del fideicomiso. El pago de los servicios del fiduciario, en la forma y porcentaje pactado en el contrato, constituye un deber principal por parte del constituyente debido a que el impago puede ser causa suficiente para que el fiduciario renuncie a la gestión del fideicomiso⁶⁸².

⁶⁸⁰ Art. 115 de la LMVE.

⁶⁸¹ Por ello se exige que el contrato incluya una declaración juramentada del constituyente de que los dineros o bienes transferidos tienen procedencia legítima; que el contrato no adolece de causa u objeto ilícito y, que no irroga perjuicios a acreedores del constituyente o a terceros no adolece de causa u objeto ilícito y, que no irroga perjuicios a acreedores del constituyente o a terceros (Art. 120, inc. b), de la LMVE). Y en el caso de no incluirlo, conforme al Art. 7, inc. a), del RNF el fiduciario está prohibido a aceptar la constitución del fideicomiso. De todas maneras, el contrato de fideicomiso que sea celebrado en fraude de acreedores, puede ser impugnado judicialmente por los interesados, mediante las correspondientes acciones de nulidad, simulación o responsabilidad penal a la que hubiere lugar (Art. 123 de la LMVE).

⁶⁸² Art. 131, inc. b), de la LMVE.

En armonía con las obligaciones que fija la ley, el constituyente queda obligado a cumplir todos los deberes que haya pactado con el fiduciario en el contrato, en atención a la finalidad que se persigue con el fideicomiso y las actividades que se vayan a realizar para su consecución.

a.2) Derechos

Por la diversidad de finalidades que puede tener el fideicomiso mercantil, el artículo 126 de la LMVE reconoce que el constituyente, en primer término, goza de los derechos que se estipulen en el contrato, por lo que el constituyente ejercerá todos derechos pactados en el contrato de fideicomiso conforme fue la voluntad de las partes y según las características especiales del negocio. Naturalmente el contenido de tales derechos habrá de ser compatible con las disposiciones reguladoras de la institución y guardar relación con las actividades del fideicomiso.

Simultáneamente, el constituyente tiene derecho a exigir que el fiduciario cumpla con la finalidad establecida en el contrato, para cuyo efecto debe mantenerle informado sobre las gestiones realizadas para cumplir tal finalidad, así como de la ocurrencia de cualquier hecho de carácter económico, jurídico o administrativo que incida en el desarrollo normal del fin encomendado.

Igualmente, tiene derecho a exigir la rendición de cuentas, en los periodos acordados en el contrato, siendo tres meses el plazo mínimo para que el fiduciario ponga a su disposición la documentación detallada y pormenorizada del balance económico del fideicomiso⁶⁸³.

De mediar dolo o culpa leve en el cumplimiento de esta obligación o en cualquiera de las obligaciones establecidas en el contrato, el constituyente podrá ejercitar las acciones de responsabilidad civil o penal a que hubiere lugar en contra del fiduciario⁶⁸⁴.

b) Fiduciario

⁶⁸³ Art. 126, inc. c), de la LMVE, en concordancia con el Art. 14 del RNF.

⁶⁸⁴ Art. 126, inc. d), de la LMVE.

El fideicomiso mercantil en Ecuador

El fiduciario es la sociedad anónima constituida como sociedad administradora de fondos y fideicomisos que, una vez autorizada por la SC e inscrita en el Registro del Mercado de Valores (RMV), efectúa y desarrolla operaciones en fideicomiso.

La legislación bancaria ecuatoriana, al igual como sucede en Bolivia, Perú y Colombia, consagra la especialización financiera, dedicación típica y habitual de la sociedad administradora de fondos y fideicomisos, reservando con exclusividad que esta actividad solamente sea desarrollada por las sociedades administradoras; por tanto es excluyente para otras sociedades financieras⁶⁸⁵.

Esta misma especialidad hace que la sociedad administradora de fondos y fideicomisos esté sometida a una serie de estrictos requisitos, entre ellos: tener el objeto social limitado estatutariamente a administrar negocios fiduciarios y fondos de inversión⁶⁸⁶; poseer un capital social no inferior a 262.890\$, desembolsado íntegramente en efectivo y representado en acciones nominativas⁶⁸⁷; y cumplir los parámetros, índices, y normas de solvencia y prudencia financiera que fije la CNV⁶⁸⁸.

Cabe matizar que, por lo general, la sociedad administradora de fondos y fideicomisos es una sociedad que forma parte de la entidad bancaria en razón a que las entidades bancarias integran la estructura del crédito del país y se encargan de la promoción y existencia del crédito y su rotación en

⁶⁸⁵ La exclusividad legal del desarrollo de las distintas actividades financieras, como dice Zunzunegui, actúa como elemento central de la ordenación financiera, puesto que mediante la reserva se identifica la categoría de empresa financiera y se garantiza la aplicación del estatuto profesional. ZUNZUNEGUI, Fernando: *Derecho del Mercado Financiero*, 2ª Ed., Ed. Marcial Pons, Madrid, 2000, p.31.

⁶⁸⁶ Art. 97 de la LMVE.

⁶⁸⁷ Art. 98 de la LMVE

⁶⁸⁸ Art. 99 de la LMVE. Otros requisitos que deben cumplir son: contar con un Reglamento operativo interno que describa detalladamente los procedimientos operativos y de control interno de la sociedad administradora; los miembros de su Directorio y Comité de Inversiones tendrá que acreditar capacidad y experiencia adecuada para ejercer sus funciones y no estar incurso en alguna de los impedimentos que dispone la LMVE; demostrar que cuenta una buena organización administrativa, así como con sistemas informáticos, programas y equipos independientes tanto funcional así como operativamente, de los sistemas de la institución financiera que forme parte de su grupo financiero.

el mercado⁶⁸⁹. Este hecho, no obstante, no impide de ningún modo que ésta goce de independencia y total autonomía, en virtud de la independencia del objeto social a que se dedica.

b.1.) Obligaciones

En virtud a que en el fideicomiso mercantil subsiste una finalidad o una labor por realizar, es deber fundamental del fiduciario actuar de manera diligente en la realización del fin encomendado, desarrollando cada una de sus actividades de acuerdo con las previsiones de la LMVE y las directrices que señala el contrato. Los artículos 103 y 125 de la LMVE, en este sentido, ponen de relieve que el fiduciario debe cumplir con la labor encomendada observando como regla principal la diligencia y profesionalidad del gestor de negocios.

En virtud a que no se garantiza que los fines del fideicomiso se han de cumplir efectivamente, en la gestión del fideicomiso el fiduciario además de observar la normativa reguladora de la institución y seguir fielmente instrucciones dadas por el constituyente, habrá de aplicar subsidiariamente los criterios generales de la diligencia y usos de los negocios, ya que las actividades de la gestión no quedan determinadas de forma absoluta en el contrato, tan sólo se establecen los parámetros y lineamientos generales de la gestión, con miras a que la finalidad pretendida se cumplan en la forma que se prevé⁶⁹⁰.

En concordancia con la obligación principal del fiduciario, las demás obligaciones legales están orientadas hacia el cumplimiento de la finalidad del fideicomiso. Así, entre estas obligaciones están las siguientes:

⁶⁸⁹ BENÉLBAZ, Héctor Á. y COLL, Oswaldo W.: *Sistema Bancario Moderno. Manual de Derecho Bancario*. Tomo I, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 5.

⁶⁹⁰ Los estudios más recientes sobre la gestión de asuntos o negocios ajenos ponen de relieve que “toda actividad de gestión exige, en mayor o menor medida, un planeamiento, la adopción de unas decisiones, y en caso necesario, un reajuste o un cambio de sentido. Todo ello impone la necesidad de fijar unos criterios, que operan como módulos de conducta para determinar grados de diligencia y, en definitiva, sistemas de responsabilidad”. DÍEZ-PICAZO, Luis: *ob. cit.*, p. 477.

El fideicomiso mercantil en Ecuador

- a) proteger los bienes de las acciones de terceros, interviniendo con todos los derechos y atribuciones que le correspondan, ante las autoridades competentes de toda clase de procesos, tramites y actuaciones judiciales o administrativas⁶⁹¹;
- b) mantener separado los bienes que integran el patrimonio autónomo del fideicomiso separado del patrimonio de los demás sujetos que participan en el negocio y del suyo propio⁶⁹²;
- c) abstenerse de realizar cualquier acto, operación o negocio con cargo al patrimonio autónomo que coloque en situación de conflicto de interés al constituyente o beneficiario⁶⁹³;
- d) rendir cuentas comprobadas e informar de sus actuaciones, en los periodos que se hayan establecido en el contrato, justificando, a través de los medios pertinentes, el cumplimiento de la labor encomendada por el constituyente⁶⁹⁴.
- e) transferir los bienes remanentes al constituyente o al destinatario final que se haya determinado, a la conclusión del fideicomiso⁶⁹⁵.
- f) informar a la SC en la forma y periodicidad que las normas de la CNV determinen⁶⁹⁶.

Por último, el fiduciario debe atender las obligaciones y prohibiciones que recoja el contrato para el desenvolvimiento de la gestión encomendada, actuando siempre con lealtad y buena fe para cumplir el fin que le ha confiado el constituyente.

b.2) Derechos

Los derechos primordiales que goza el fiduciario son básicamente: la remuneración por sus servicios de gestión, en la forma y en los porcentajes fijados en el contrato⁶⁹⁷; y la renuncia a la gestión del fideicomiso⁶⁹⁸.

⁶⁹¹ Art. 119 de la LMVE.

⁶⁹² Art. 103, inc. b), de la LMVE.

⁶⁹³ Art. 14.2 de la Sección Tercera, Capítulo I, Subtítulo III, Título II, de la CRCNV.

⁶⁹⁴ Art. 103, inc. c), y arts. 128 y 129 de la LMVE.

⁶⁹⁵ Art. 103, inc. d), de la LMVE.

⁶⁹⁶ Art. 103, inc. f), de la LMVE.

⁶⁹⁷ Art. 132 de la LMVE.

Ambos derechos están estrechamente vinculados, en virtud a que para el cumplimiento del primero (pago de los servicios) se reconoce al fiduciario la facultad de alegar el impago de sus remuneraciones como motivo válido y suficiente para renunciar la administración del fideicomiso. Este derecho, según el artículo 131 de la LMVE, procedería a pesar de que irroge o desencadene perjuicios para el constituyente o el beneficiario o a terceros del fideicomiso. De modo que éste derecho es, sin lugar a dudas, el principal derecho del fiduciario⁶⁹⁸.

Simultáneamente, el fiduciario podrá hacer uso de los derechos que en el contrato reserve a su favor, por mutuo acuerdo con el constituyente y de conformidad con lo dispuesto en las normas jurídicas.

b.3) Responsabilidad fiduciaria

El incumplimiento de las obligaciones legales y las estipuladas en el contrato puede dar lugar a tres tipos de responsabilidad:

- responsabilidad administrativa;
- responsabilidad civil; y
- responsabilidad penal

La responsabilidad administrativa, conforme al artículo 12, Sección III, Capítulo I, Subtítulo III, Título II, de la CRCNV, determina la sociedad administradora de fondos y fideicomisos «es responsable y está obligada a responder a los fondos de inversión, fideicomisos y/o a los partícipes por los perjuicios o pérdidas que ella o cualquiera de sus empleados, funcionarios o personas que le presten servicios les causaren como consecuencia de infracciones a la LMVE, sus normas complementarias o al reglamento interno del fondo; por dolo, abuso de confianza, culpa y en general por el

⁶⁹⁸ Art. 131 de la LMVE.

⁶⁹⁹ En este entendido cabe matizar que si bien la ley admite como causa para la renuncia del fiduciario el impago de sus remuneraciones y la negación del beneficiario a recibir los frutos del fideicomiso, se muestra intransigente con otras causas para la renuncia, en virtud a que exige, en primera instancia, que la renuncia no deba irrogar perjuicios a las partes (Art. 131 de la LMVE).

El fideicomiso mercantil en Ecuador

incumplimiento de sus obligaciones, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, civil o penal que corresponda a las personas implicadas».

En este entendido, la SC como entidad encargada de la vigilancia y control de las compañías constituidas en Ecuador podrá imponer al fiduciario sanciones administrativas, de carácter disciplinario, y sanciones de multa a las que haya lugar, dependiendo de las faltas en que haya incidido⁷⁰⁰.

Con respecto a la responsabilidad civil, a tenor del artículo 125 de la LMVE el fiduciario deberá responder «hasta por culpa leve en el cumplimiento de su gestión, que es de medio y no de resultado; esto es, que su responsabilidad es actuar de manera diligente y profesional a fin de cumplir con las instrucciones determinadas por el constituyente con miras a tratar de que las finalidades pretendidas se cumplan». En este caso, el presupuesto esencial que debe concurrir para exigir la responsabilidad civil es la falta de diligencia del fiduciario, pero es necesario también que concurren los siguientes elementos:

1) Que en la acción u omisión del hacer medie dolo por parte del fiduciario, es decir, que la falta ocasionada sea propiciada por su misma voluntad e intención de perjudicar o provocar daños, evaluables económicamente, a las partes o la propiedad del fideicomiso. La responsabilidad que en este caso se exigiría al fiduciario sería por culpa grave⁷⁰¹.

2) Que en la acción u omisión del acto o hacer exista descuido ligero. El «descuido ligero» debe interpretarse como la falta de cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. La responsabilidad que en este caso se exigiría al fiduciario sería por culpa leve⁷⁰².

⁷⁰⁰ Art. 20 de la Ley de Compañías, publicado en Registro Oficial N° 312, de 5 de noviembre de 1999, en concordancia con el Art. 62 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, publicado en Registro Oficial N° 250, de 23 de enero de 2001.

⁷⁰¹ Párrafo primero del Art. 29 del CC.

⁷⁰² Párrafo segundo del Art. 29 del CC.

Como se puede observar, aunque las obligaciones del fiduciario son de medio y no de resultado, las normas jurídicas exigen al fiduciario una esmerada diligencia y prudencia por el carácter especializado que tienen las entidades financieras.

Ello hace que en la cabeza del fiduciario “haya una de las cargas más delicadas de gestión, que demanda un delicado equilibrio entre ser diligente y prudente, puesto que si omite cualquier paso fundamental que se suponga que deba hacer, podrá ser responsable, pero igualmente lo será si los da precipitadamente”⁷⁰³.

En lo concerniente a la responsabilidad penal, la ley admite y reconoce que pueda exigirse al fiduciario o las personas implicadas cuando infrinjan las obligaciones que han sido determinadas por el artículo 103 de la LMVE.

c) Beneficiario

El beneficiario es la persona que recibe los frutos del fideicomiso, en la forma y en la porción que disponga el contrato.

La ley permite que la calidad de «beneficiario» pueda recaer en una o varias personas que el constituyente designe o en el mismo constituyente del fideicomiso. En caso de elegir a varias personas el constituyente puede establecer y distinguir entre los beneficiarios principales y los beneficiarios sustitutos.

A decir verdad, no hay restricciones en cuanto a quién puede ser beneficiario de un fideicomiso, dado que el constituyente puede designar como beneficiario tanto a personas naturales o jurídicas públicas, privadas o mixtas, de derecho privado con finalidad social o pública, nacional o extranjera, o entidades dotadas de personalidad jurídica.

⁷⁰³ RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio: “*La obligación de reparar y la responsabilidad fiduciaria*”, Seminario internacional “Ecuador mercados y oportunidades”, Superintendencias de Compañías del Ecuador, abril de 2004, Quito, Ecuador.

El fideicomiso mercantil en Ecuador

En los casos en que el fideicomiso sea constituido con fines de interés cultural, educativo o de beneficencia, en favor del público en general, no es requisito primordial que al momento de la constitución del fideicomiso la persona beneficiaria exista, ya que es perfectamente posible designar a personas que se espera que existan y que estén claramente determinadas.

La única prohibición que establece la ley es no designar como beneficiario al fiduciario, ni a sus administradores, ni representantes legales, ni a empresas vinculadas⁷⁰⁴.

c.1) Obligaciones

Atento a que el beneficiario es el principal favorecido con los frutos del fideicomiso mercantil, éste tiene el deber de cumplir y acatar las obligaciones y condiciones establecidas en el contrato para percibir todo o parte de los beneficios que le corresponda, pues es voluntad del constituyente que para que sea merecedor de ellos realice a cabalidad lo dispuesto por él en el contrato.

La libertad que tiene el constituyente para establecer obligaciones para los beneficiarios tiene su límite en el respeto a lo establecido en la LMVE y el RNF, por lo que no deberá establecer obligaciones que signifiquen o contengan condiciones inequitativas e ilegales.

c.2) Derechos

En línea con los derechos que asisten al constituyente, el beneficiario ostenta un conjunto de derechos cuyo objetivo principal, como resulta lógico, es asegurar que el manejo del fideicomiso se lleve a cabo conforme a los parámetros señalados en el contrato para que su finalidad llegue a cumplirse en el término previsto.

Por este motivo, el artículo 127 de la LMVE acentúa que el beneficiario goza de los derechos y facultades que consten a su favor en el contrato.

⁷⁰⁴ Art. 116 de la LMVE, en concordancia con el art. 14.5, Sección III, Capítulo I, Subtítulo III, Título II, de la CRCNV.

Partiendo de esta premisa, este mismo precepto, como un medio de control interno de la gestión, establece cinco facultades para que el beneficiario pueda ejercitar durante el periodo de vigencia del fideicomiso, estos son:

- exigir el cumplimiento de la finalidad del fideicomiso;
- solicitar información detallada sobre las actuaciones realizadas, exigiendo la presentación de la documentación pertinente y rendición de cuentas⁷⁰⁵;
- impugnar, en caso de que no lo haga el constituyente, los actos de disposición de los bienes que el fiduciario ha realizado en contra de lo acordado en el contrato;
- ejercitar las acciones de responsabilidad civil o penal a que hubiere lugar, por dolo, culpa grave o culpa leve en su actuación⁷⁰⁶; y
- solicitar la sustitución del fiduciario⁷⁰⁷.

La CRCNV, por otra parte, admite la posibilidad de que el beneficiario pueda ceder a terceras personas los derechos que tiene sobre el fideicomiso mercantil, si es que expresamente tal derecho consta en el contrato⁷⁰⁸. A falta de este requisito, la cesión de los derechos no podría realizarse y aún cuando así lo hiciese el beneficiario, no surtiría efectos contra la sociedad fiduciaria ni contra terceros.

1.8. Patrimonio autónomo

Tal como indicamos al inicio, los bienes o derechos transferidos a título del fideicomiso mercantil pasan a constituir un nuevo patrimonio,

⁷⁰⁵ Art. 127, inc. c), de la LMVE.

⁷⁰⁶ Art. 127, inc. d), de la LMVE.

⁷⁰⁷ Art. 127, inc. f), de la LMVE. En el supuesto de que exista acuerdo entre las partes, el nuevo fiduciario del fideicomiso será el que haya sido designado con anterioridad en el contrato, o bien el que designe el beneficiario. Si por el contrario no existe acuerdo entre las partes, para la renuncia del fiduciario será necesaria la autorización por parte de la SC. Esta autoridad, previa valoración de la solicitud de autorización de renuncia (fundamentada con las causas y razones de su decisión), la copia de la última rendición comprobada de cuentas remitida al constituyente o beneficiario, y certificación de haberse entregado al constituyente o beneficiario la rendición de cuentas, resolverá la entrega de los bienes del patrimonio autónomo al constituyente o a quien tenga derecho a ello, o a la fiduciaria que designe el beneficiario o al que designe el SC (Arts. 11 y 12 del RNF).

⁷⁰⁸ Art. 9, Sección IV, Capítulo I, Título V, de la CRCNV.

El fideicomiso mercantil en Ecuador

independiente del patrimonio personal de las partes, denominado técnicamente como «patrimonio autónomo».

La ley confiere la calidad de patrimonio autónomo a los bienes que han sido fideicomitados, debido a que el patrimonio autónomo durante la vigencia del fideicomiso cumple la función esencial de garantizar y respaldar la realización de las actividades necesarias para alcanzar el fin para que el que fue creado el fideicomiso, por ello está desvinculado de las contingencias que puedan tener el patrimonio personal y le reconoce su autonomía e independencia para evitar confusiones entre las masas patrimoniales de las partes, a fin de brindarle mayores seguridades⁷⁰⁹.

De ahí que la característica principal del patrimonio autónomo es que los bienes y derechos que integran el patrimonio autónomo permanecen separados del patrimonio personal de las partes (constituyente, fiduciario y beneficiario) y están destinados al desarrollo y consecución del fin del fideicomiso mercantil⁷¹⁰.

Los bienes fideicomitados por tanto no son embargables ni objeto de medidas preventivas por parte de acreedores del fiduciario, del constituyente y del beneficiario, puesto que únicamente responden por las obligaciones contraídas en el desarrollo o consecución de la finalidad del fideicomiso mercantil. Sólo en estos casos los bienes podrán ser embargados o ser objeto de medidas preventivas⁷¹¹.

⁷⁰⁹ En la doctrina internacional se destaca que “los patrimonios sin titular o patrimonios autónomos tienen un régimen jurídico especial, ya que funcionan con esquemas fiduciarios, es decir, estructuras jurídicas de tipo patrimonial afectas a finalidades concretas unas veces de interés general, y otras de interés particular”. Ver BOSCH CARRERA, Antoni: *ob. cit.*, pp. 585-591.

⁷¹⁰ En tal sentido, los derechos contractuales derivados del fideicomiso se contabilizan en el libro del constituyente o del beneficiario del fideicomiso, dado que la transferencia de los bienes se realiza en provecho del propio constituyente o del beneficiario. Tal registro contable es de responsabilidad exclusiva del titular de derecho fiduciario, en tanto que tiene carácter esencialmente personal (Art. 136 de la LMVE).

⁷¹¹ Art. 121 de la LMVE. Cabe precisar que este mismo precepto abre la posibilidad de que el constituyente – beneficiario pueda pactar en contrario en el contrato, pero aún cuando así establezca en el contrato, los acreedores del beneficiario únicamente podrán perseguir la porción de los beneficios o derechos que le

La jurisprudencia, en este sentido, insiste en que el efecto trascendental de esta institución “es la creación de un patrimonio autónomo y de afectación, para el cumplimiento de la finalidad prevista por el constituyente en el contrato. Finalidad que corresponderá cumplirla al fiduciario, por vía de la administración o disposición, dentro de los límites temporales y especiales previstos en las cláusulas contractuales”⁷¹².

Precisamente porque la constitución del patrimonio autónomo surge para avalar la finalidad que se lleva a cabo en el fideicomiso, la gestión que lleva a cabo el fiduciario con el patrimonio autónomo es bajo dominio fiduciario. Esto significa que, una vez operada la transmisión de los bienes al fideicomiso, el dominio que recibe el fiduciario no se traduce en un dominio pleno, como el que asiste a todo propietario de una propiedad, sino en dominio imperfecto.

Pero sólo es imperfecto en relación a él mismo porque no lo recibe con carácter definitivo o perpetuo⁷¹³, y no en relación con terceros debido a que el dominio sobre los bienes es pleno para cuando realice actos de disposición de conformidad con lo previsto en el contrato⁷¹⁴. Nunca el dominio por haber sido fiduciario, y en consecuencia imperfecta cabeza del fiduciario, arrastra vicios que puedan afectar a los terceros adquirientes de estos bienes⁷¹⁵; así por ejemplo, en el caso de una ulterior adquisición del bien por parte de un tercero la transmisión de la propiedad operada por el fiduciario al nuevo adquiriente, es plena y perfecta.

Es importante recalcar, por último, que la transferencia de la propiedad de los bienes en el fideicomiso debe ser entendida como el medio necesario

corresponda de acuerdo con el contrato, por disposición del artículo 122 de la LMVE.

⁷¹² Doctrina núm. IV, p. 2. Superintendencia de Compañías. [Fecha de consulta: 21 de junio de 2011]. Disponible en: «<http://www.supercias.gov.ec>».

⁷¹³ El fideicomiso tendrá un plazo de vigencia o podrá subsistir hasta el cumplimiento de la finalidad prevista o de una condición (párrafo tercero del art. 110 de la LMVE).

⁷¹⁴ El fiduciario en cumplimiento del contrato de fideicomiso, puede además transferir bienes (párrafo tercero del Art. 115 de la LMVE).

⁷¹⁵ En este sentido, ver ORMACHEA, Carolina: “El fideicomiso en la República...”, *ob. cit.*, p. 721

El fideicomiso mercantil en Ecuador

para que el fiduciario pueda cumplir con el fin determinado en el contrato⁷¹⁶. Pues, tal transferencia no es a «título oneroso» ya que el fiduciario no abona ninguna contraprestación por el bien o bienes que recibe y tampoco tales bienes le determinan un provecho económico, tampoco es a «título gratuito» porque el constituyente no tiene ánimo de liberalidad, a menos ante el fiduciario. Se trata de una transferencia de propiedad a título fiduciario.

En otras palabras, es una transmisión de confianza porque el constituyente transfiere la propiedad de los bienes en fideicomiso confiando en que con ellos el fiduciario cumplirá el fin que le señala en el contrato y una vez que finalice tal finalidad éste le retransmitirá los bienes a él o a sus herederos, o al beneficiario que haya designado en el contrato como destinatario final del bien.

1.9. Inscripción en el Registro Público

Sin perjuicio del control y vigilancia que ejerce la SC sobre la gestión y manejo de fideicomisos por parte de las sociedades administradoras de fondos y fideicomisos, la normativa vigente con el objeto de dar publicidad y transparencia sobre la existencia del fideicomiso mercantil establece la obligación de inscribir el contrato de fideicomiso en el RMV, cuando sea constituido por entidades públicas y cuando tengan por finalidad la titularización.

Esta obligación obedece al principio de protección de la transparencia del mercado de valores, por cuanto que al desarrollarse por medio del fideicomiso procesos por el cual se emiten al público títulos valores negociables en el mercado de valores, por rigor del principio de transparencia, las sociedades emisoras deben facilitar al mercado la información correspondiente para completar con la transparencia operativa de los intermediarios que operan en el mercado financiero y de esta manera

⁷¹⁶ Art. 113 de la LMVE.

permitir al mercado cumplir con la función de asignar el ahorro a las necesidades de financiación⁷¹⁷.

En este contexto, el obligado a cumplir con este deber de inscripción es el fiduciario; él es quien habrá de solicitar la inscripción ante el RMV, presentando la documentación requerida, en la forma señalada, y una vez cumplido estos requisitos, la SC será quien emita la resolución correspondiente⁷¹⁸.

Los demás fideicomisos, distintos a los antes señalados, no por estar eximidos de ésta obligación formal de inscripción, quedan alejados del control y supervisión por parte de la SC, por el contrario, permanecen en constante inspección por la SC. La SC exige al fiduciario presentar información detallada sobre cada fideicomiso (fecha de suscripción y vigencia, estados financieros, balance general) y la información que considere relevante⁷¹⁹.

1.10. Plazo de duración del fideicomiso

El fideicomiso podrá subsistir hasta la realización de su finalidad, pero si se ha fijado el cumplimiento de una condición suspensiva o resolutoria para que termine el fideicomiso, éste subsistirá hasta que se cumpla tal condición⁷²⁰. El plazo de vigencia del fideicomiso, en todo caso, no podrá exceder de ochenta años⁷²¹.

⁷¹⁷ ZUNZUNEGUI, Fernando: *ob. cit.*, pp. 35-36.

⁷¹⁸ De conformidad con el Art. 20 del RNF, el fiduciario debe presentar, conjuntamente con la solicitud, la siguiente documentación: copia de la escritura pública del contrato del fideicomiso y la ficha de registro. Esta ficha contendrá: la denominación del fideicomiso mercantil; número del RUC del fideicomiso mercantil; nombre del fiduciario; nombre de los constituyentes; nombre de los beneficiarios; y descripción y valoración del patrimonio autónomo inicial actual, acorde con su naturaleza.

⁷¹⁹ Art. 22.2.b, de la LMVE: “La Superintendencia de Compañías podrá requerir información adicional [...], de oficio, debidamente motivado”

⁷²⁰ En su obra citada, Lascala ha puntualizado que al no realizarse la condición suspensiva dentro el plazo previsto, el acontecimiento en el que ella consiste no posibilita el nacimiento de las consecuencias jurídicas correspondientes y trae aparejada la extinción del fideicomiso. Añade, el autor, que idéntica situación puede verificarse en el caso de haberse establecido una condición resolutoria, la

El fideicomiso mercantil en Ecuador

La norma establece como otras causas suficientes para la terminación del fideicomiso: el cumplimiento o la falla de la condición resolutoria; la imposibilidad de cumplir con la finalidad; por sentencia ejecutoriada; por rescisión del contrato; por quiebra o disolución del fiduciario (cuando no exista sustituto); y por el cumplimiento del plazo contractual⁷²².

De producirse cualquiera de estas causas, es deber del fiduciario restituir y entregar los bienes al constituyente o beneficiario, según sea el caso, cumpliendo con las formalidades previstas. Así, transferirá los bienes, formalizando el acto de la transferencia en documento público, con solemnidad de escritura pública. Mientras no se opere la transferencia en forma efectiva, los bienes, derechos, y créditos que componen el patrimonio autónomo continúan en categoría de «patrimonio autónomo», firme a todos sus efectos.

El beneficiario, no obstante, al amparo del artículo 134 de la LMVE puede exigir el cumplimiento de esa obligación por el simple cumplimiento del plazo contractual, ya que la sujeción al plazo legal de duración proviene de la propia naturaleza del dominio fiduciario, dado que se acota el plazo precisamente para producir la restitución del dominio pleno y absoluto de los bienes a su propietario original (constituyente) o al destinatario final (beneficiario).

De ahí que, con carácter especial, se admite que el plazo legal sea extendido por un tiempo adicional, pudiendo ser indefinido, sólo en dos casos concretos, como ser⁷²³: cuando la condición resolutoria a la que se encuentre sujeto el fideicomiso sea la disolución de una persona jurídica; y cuando la finalidad del fideicomiso comprenda la realización de fines culturales o de investigación o fines altruistas tales como: establecimiento de museos, bibliotecas, institutos de investigación científica o difusión de

que, en caso de operarse, pone fin a dichas consecuencias y las resuelve retrospectivamente. LASCALA, Jorge H.: *ob. cit.*, p. 215.

⁷²¹ Art. 110 de la LMVE.

⁷²² Art. 134 de la LMVE.

⁷²³ Art. 110, inc. a) e inc. b), de la LMVE.

cultura, o de aliviar la situación de los interdictos, los huérfanos, los ancianos y minusválidos.

En estos casos, el fideicomiso mercantil se mantendrá vigente mientras sea posible cumplir su finalidad.

2. Tipos de fideicomiso

La legislación ecuatoriana define a grandes rasgos los principales tipos de fideicomiso mercantiles, sin que esto sea excluyente entre sí, ya que es posible crear toda clase de fideicomisos mercantiles. A continuación detallamos los principales fideicomiso mercantiles que refieren las disposiciones de la LMVE y la CRCNV y aquellos fideicomisos que van cobrando una aplicación práctica en el país.

2.1. Fideicomiso mercantil de garantía

Por esta modalidad de fideicomiso, el constituyente transfiere de manera irrevocable la propiedad uno o varios bienes al patrimonio autónomo para garantizar con ellos y/o con su producto, el cumplimiento de ciertas obligaciones, designando como beneficiario al acreedor de éstas, quien en caso de incumplimiento puede solicitar al fiduciario la realización o venta de los bienes fideicomitados para que con su producto se pague el valor de la obligación o el saldo insoluto de ella, de acuerdo con las instrucciones previstas en el contrato⁷²⁴.

Las notas que cabe matizar en este tipo de fideicomiso son, por una parte, que el fiduciario de ningún modo se convierte en deudor de la obligación u obligaciones garantizadas, en tanto que sólo asegura que en caso de que el constituyente no cumpla con la obligación garantizada éste procederá con la venta de los bienes; y por otra parte, que la venta de los bienes se realiza atendiendo fielmente a las instrucciones que disponga el contrato⁷²⁵.

⁷²⁴ Art. 17.1, Sección IV, Capítulo I, Título V, de la CRCNV.

⁷²⁵ Debido a que por la naturaleza de este contrato, los bienes están dirigidos a garantizar las acreencias contraídas por el constituyente, por norma general, el

El fideicomiso mercantil en Ecuador

a) Forma

El fideicomiso mercantil de garantía debe constituirse mediante instrumento público abierto y ser instrumentado en escritura pública otorgada por Notario de fe pública⁷²⁶. La transferencia de los bienes al patrimonio autónomo debe ser registrada en los registros públicos que corresponda inscribir según la naturaleza de los bienes.

b) Contenido

El contrato, por norma general, debe ser redactado en términos claros y sencillos, de forma que refleje con precisión las condiciones jurídicas y económicas que se deriven del contrato. El artículo 120 de la LMVE, en este sentido, señala que los enunciados mínimos que deben constar en el contrato son los siguientes:

- 1) la identificación del o los constituyentes y del o los beneficiarios;
- 2) el propósito o el fin del fideicomiso,
- 3) la declaración juramentada del constituyente de que los dineros o bienes transferidos tienen procedencia legítima;
- 4) la transferencia de los bienes en fideicomiso;
- 5) los derechos y obligaciones a cargo de las partes;
- 6) las remuneraciones del fiduciario;
- 7) la denominación del patrimonio autónomo;
- 8) las causales y forma de terminación del fideicomiso;
- 9) las causas para la sustitución del fiduciario y el respectivo procedimiento; y
- 10) las condiciones generales o específicas para el manejo, entrega de los bienes, rendimientos y liquidación del fideicomiso.

Uno de los aspectos en el que la LMVE se mantiene exigente, y con justificada razón, es en la prohibición del establecimiento de cláusulas que

fiduciario debe practicar avalúos periódicos de los mismos a fin de mantener actualizado su valor comercial, con sujeción a lo establecido en el contrato de fideicomiso mercantil.

⁷²⁶ Art. 110 de la LMVE, en concordancia con el art. 2, Sección IV, Capítulo I, Título V, de la CRCNV.

impliquen o deriven efectos desfavorables o inequitativas para cualquiera de las partes⁷²⁷.

Esta prohibición no sólo surge como una vía para corregir estas carencias, sino también para cuidar el respeto de las normas reguladoras de la institución puesto que también prohíbe las previsiones que impongan condiciones ilegales⁷²⁸.

2.2. Fideicomiso mercantil de administración

En virtud del fideicomiso mercantil de administración el constituyente transfiere bienes muebles o inmuebles al patrimonio autónomo para que el fiduciario los administre y desarrolle la finalidad encomendada⁷²⁹.

Este tipo de fideicomiso, como se ve, está caracterizado por los actos de administración. Dependiendo del objeto y la cantidad de actividades que requieran realizar en el fideicomiso, la administración puede ser simple o compleja.

Pese a que su esquema operativo parece ser sencillo, en el fondo, va mucho más allá, ya que actualmente se viene creando fideicomisos de administración donde el fiduciario, en su calidad de representante legal, debe encargarse de múltiples tareas que comprenden desde la conservación, protección y defensa de los activos que integran el patrimonio autónomo, así como la optimización de los rendimientos a través de la

⁷²⁷ Art. 120.3 de la LMVE.

⁷²⁸ Tienen la consideración de cláusulas prohibidas: las previsiones que disminuyan o acrecienten las obligaciones o facultades legales impuestas al fiduciario, así como aquellas que exoneren su responsabilidad o reserven la facultad de dar por terminado el contrato anticipadamente, sin que en el contrato se hayan indicado expresamente los motivos para hacerlo; las que limitan los derechos del constituyente o beneficiario; aquellos que determinen circunstancias de las cuales se deriven consecuencias en contra del constituyente o beneficiario, o que conlleve la concesión de prerrogativas a favor del fiduciario; las previsiones con efectos desfavorables para el constituyente o beneficiario que aparezcan en forma ambigua o confusa, de tal manera que se le presenten a éste discrepancias entre los efectos esperados; aquella que establezca que quien debe cumplir la gestión encomendada sea otra persona diferente al fiduciario, sustituyéndose así como obligado; y las que conceden facultades al fiduciario para alterar unilateralmente el contenido de una o algunas cláusulas (Art. 120.3 de la LMVE).

⁷²⁹ Art. 17.2, Sección IV, Capítulo I, Título V, de la CRCNV.

El fideicomiso mercantil en Ecuador

inversión para el posterior desembolso de fondos, que son producto de la administración de los bienes para el desarrollo de otras operaciones productivas.

De ahí que este fideicomiso es la base para la creación de otros fideicomisos de administración.

a) Forma

De conformidad con el artículo 110 de la LMVE y el artículo 2, Sección I, Capítulo I, Título V, de la CRCNV, la constitución del fideicomiso debe constar en instrumento público abierto y revestir la solemnidad de escritura pública, debiendo inscribirse la transferencia de los bienes en los registros públicos que según la naturaleza de los bienes corresponda.

b) Contenido

El contrato debe redactarse de forma clara y comprensible, precisando fielmente el propósito del fideicomiso, las condiciones jurídicas y económicas que se deriven del contrato y toda la información general que exige el artículo 120 de la LMVE para todos los fideicomisos mercantiles.

2.3. Fideicomiso mercantil inmobiliario

Es aquel fideicomiso por el cual se transfieren bienes (terrenos o lotes) para que el fiduciario realice gestiones administrativas y legales ligadas o conexas con el desarrollo de proyectos inmobiliarios, todo en provecho de los beneficiarios instituidos en el contrato⁷³⁰.

Según el criterio de algunos autores⁷³¹, esta nueva modalidad de fideicomiso es el ejemplo más claro de la versatilidad que posee el

⁷³⁰ Art. 17.3, Sección IV, Capítulo I, Título V, de la CRCNV.

⁷³¹ SALVADOR, Marcelo: "¿Que es el fideicomiso mercantil?", *Cabezas & Wray*. [Fecha de consulta: 5 de junio de 2011]. Disponible en: «<http://www.cywlegal.com/inter.asp>»; ORTEGA ILLINGWORTH, Gustavo y VEINTIMILLA, Ana C.: "La fiducia inmobiliaria: Un vehículo para inversores tributariamente atractivo", *Documents & Resources for Small Businesses &*

fideicomiso ecuatoriano, como vehículo idóneo para llevar a cabo una diversidad de proyectos y negocios inmobiliarios, ya que a través de éste fideicomiso los promotores de estos proyectos han podido promoverlos y ejecutarlos debido a que los partícipes al momento de la constitución establecen las condiciones acorde a sus necesidades e intereses y esto, a su vez, genera seguridad y confianza.

Hemos visto anteriormente que en Colombia por la fiducia inmobiliaria se transfieren al fiduciario bienes, lotes o terrenos, que pasan a integrar un patrimonio autónomo para que el fiduciario se encargue de la construcción de un edificio cuyas unidades de viviendas resultantes serán transferidos a los beneficiarios, quienes normalmente son compradores interesados. Fue con este esquema que la CRCNV incorporó al fideicomiso inmobiliario en Ecuador, a fin de incentivar el desarrollo del sector inmobiliario del país⁷³².

a) Forma

Profesionales. [Fecha de consulta: 5 de junio de 2011]. Disponible en: «<http://www.docstoc.com/docs>».

⁷³² Los resultados positivos que están reportando los fideicomisos inmobiliarios en Ecuador se han venido observando también en otros países vecinos. Ya desde el año 2008 se fue resaltando las ventajas de utilizar el fideicomiso para la ejecución de proyectos inmobiliarios, que vayan a ser vendidos a precio fijo (persiguiendo una utilidad inmobiliaria), como en proyecto que vayan a ser desarrollados al costo. Sirva de ejemplo el estudio de Urquizu Cavallé sobre el fideicomiso inmobiliario en Argentina, que destaca también el fideicomiso como “contrato versátil y flexible que está permitiendo estructurar proyectos inmobiliarios en Argentina”. URQUIZU CAVALLÉ, Ángel: “El fideicomiso inmobiliario en Argentina. Inversión y fiscalidad”, *Tribuna Fiscal*, núm. 207, 2008, pp. 13-18. Dentro de este contexto también se ubicaría la experiencia peruana.

En el Perú, según Cornejo Heinrich, el fideicomiso inmobiliario se está constituyendo en un instrumento de mucho valor para dar valor al proyecto y a su seguridad jurídica, debido a que ofrece ventajas como: “1. Garantía para el cliente de que el proyecto concluirá y obtendrá su inmueble; 2. Agiliza la operatividad del crédito hipotecario, puesto que el fiduciario adjudica y constituye las garantías a favor del Banco acreedor; 3. Permite la ejecución del proyecto; 4. Aísla al proyecto del riesgo del constructor, del promotor, de los participantes y del riesgo del propio Banco; 5. Garantiza que los flujos del proyecto no se desvíen fuera de él antes de su culminación; 6. Permite una fácil titulización de la cartera hipotecaria o sindicación de la operación”. Los principales riesgos, indica en autor, podrían ser: “1. El proyecto mismo; 2. La poca jurisprudencia que existe en el Perú sobre esta figura legal; 3. La falta de aplicación clara de criterios jurisdiccionales, en tanto que están explícitamente consagrados en la Ley de Instituciones Financieras y de Seguros”. CORNEJO HEINRICH, Carlos: “Fideicomiso inmobiliario. (2da. Parte)”, *Mundo fiduciario*. [Fecha de consulta: 6 de junio de 2011]. Disponible en: «<http://www.mundofiduciario.com/index.php>».

El fideicomiso mercantil en Ecuador

Al igual que el resto de los fideicomisos, la constitución del fideicomiso inmobiliario deber serlo mediante instrumento público abierto, reuniendo la solemnidad de escritura pública otorgada ante notario de fe pública. Asimismo, la transferencia de los bienes, lotes o terrenos tendrá que ser inscrita en el registro público correspondiente, conforme a las disposiciones generales previstas en las leyes.

b) Contenido

Las disposiciones del contrato deben reflejar con claridad el fin del fideicomiso, las condiciones jurídicas y económicas que se deriven del contrato, así como la información general que ordena el artículo 120 de la LMVE, quedando prohibidas las cláusulas que desnaturalicen el fideicomiso o que impliquen menoscabo de los derechos de las partes⁷³³.

Atento a que el fideicomiso mercantil inmobiliario puede tener constituyentes adherentes, el contrato de adhesión además habrá de cumplir los requisitos generales que indica la Ley de Defensa del Consumidor para los contratos de adhesión y respetar las prohibiciones señaladas⁷³⁴.

2.4. Fideicomiso mercantil de inversión

Por el fideicomiso de inversión, los constituyentes (inversores) entregan al patrimonio autónomo sumas de dinero para que el fiduciario los invierta según sus instrucciones para beneficio propio o de terceros.

⁷³³ Arts. 4 y 5, Sección IV, Capítulo I, Título V, de la CRCNV.

⁷³⁴ Bajo el contexto normativo de la citada ley, constituyen estipulaciones contractuales prohibidas, y por tanto nulas de pleno derecho: las que eximan, atenúen o limiten la responsabilidad de los proveedores por vicios de cualquier naturaleza de los servicios prestados; aquellas que impliquen renuncia a los derechos que la ley reconoce a los consumidores, sin perjuicio de lo previsto en el Código de Procedimiento Civil, Código de Comercio, Ley de Arbitraje y Mediación y demás leyes conexas; las que inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor; aquellas que impongan la utilización obligatoria de un arbitraje o mediación, sin que el consumidor manifieste su acuerdo; las que permiten al proveedor la variación unilateral del precio o de cualquier condición del contrato; las que autoricen al proveedor a resolver unilateralmente el contrato; aquellos que incluyan espacios en blanco; y cualquier otra estipulación que cause indefensión al consumidor o sean contrarias al orden público (Art. 43 de la Ley de Defensa del Consumidor de 4/8/2000).

Tesis Doctoral

En tal sentido, es característica principal del fideicomiso mercantil de inversión la obtención de mayores beneficios económicos para el inversionista, a través de la inversión del dinero en diferentes instrumentos financieros como títulos valores, divisas, etc.

La inversión que normalmente se realiza es a grandes escalas, por ello en el fideicomiso es frecuente que, además de los constituyentes, participen otras personas, técnicamente conocidos como “constituyentes adherentes” que, no habiendo comparecido al momento de la celebración del contrato, se adhieren al fideicomiso mediante la suscripción del respectivo Convenio de Adhesión, que es el documento suscrito entre éstas y el fiduciario mediante instrumento público.

Si bien el tipo de operaciones para la inversión se definen en el contrato, razón por el cual el fiduciario invierte los recursos siguiendo las directivas e instrucciones fijadas por el constituyente, esto no impide que el fiduciario aplique los conocimientos especializados que tiene en materia de inversión a fin de maximizar la seguridad y los beneficios del inversionista, ya que los resultados dependen básicamente de la buena gestión y de las medidas que adopte en la inversión.

Pero no por ello el fiduciario está obligado a garantizar o asegurar rentas fijas para los inversionistas, al contrario, debe abstenerse de garantizar por cualquier medio rendimientos fijos.

a) Forma

De conformidad con la normativa, la constitución del fideicomiso debe constar en documento público abierto y cumplir la solemnidad de escritura pública. De otra parte, las transferencias de los bienes, derechos o activos que los inversionistas operen en virtud del fideicomiso habrán de ser inscritos en los respectivos registros públicos, según sea la naturaleza de los bienes.

b) Contenido

El fideicomiso mercantil en Ecuador

Además de cumplir las reglas generales de redacción que indica la CRCNV, el contrato obligatoriamente debe incluir la información general que exige el artículo 120 de la LMVE; tratándose de contratos de adhesión, estos deberán respetar las prohibiciones establecidas en el artículo 43 de la Ley de Defensa del Consumidor de 4/8/2000.

Es requisito imprescindible que el contrato defina claramente el destino de la inversión ya que a falta de esta estipulación la norma establece una serie de límites para las inversiones, aplicable tanto en fideicomisos de inversión en valores con participación de constituyentes adherentes como en fideicomisos de inversión en valores sin participación de constituyentes adherentes⁷³⁵.

2.5. Fideicomiso mercantil de conservación

Este es uno de las clases de fideicomisos que recientemente se ha puesto en práctica en Ecuador con el propósito de conservar, proteger y manejar de forma sustentable los predios, bosques, y recursos naturales de notable importancia ecológica para el aprovechamiento sustentable de las actuales y futuras generaciones.

El fideicomiso mercantil de conservación ha sido definido por algunos autores como “una figura por medio de la cual un constituyente transfiere

⁷³⁵ En los fideicomisos de inversión en valores con participación de constituyentes adherentes, los límites son los siguientes: la inversión en instrumentos o valores emitidos, aceptados y garantizados por una misma entidad, no excederá del 20% del activo total del fideicomiso, si fueren garantizados por empresas vinculadas no excederá del 30%; en el caso de inversiones en instrumentos emitidos, aceptados y garantizados por compañías o empresas vinculadas al fiduciario, no se excederá del 15% del activo total, con excepción de las inversiones en valores emitidos por el Banco Central del Ecuador y el Ministerio de Finanzas; las inversiones en acciones de sociedades anónimas inscritas en el RMV, no superarán el 15% de las acciones suscritas y pagadas, y las inversiones en valores emitidos o garantizados por una misma sociedad de este tipo, no excederán del 15% del activo total de dicha sociedad emisora; tratándose de inversiones en acciones de sociedades de capital no inscritas en el RMV, la inversión no será más del 30% de las acciones suscritas y pagadas, y el conjunto de inversiones en valores emitidos y garantizados por una misma sociedad de este tipo, no será superior al 30% del activo total de dicha sociedad. Ahora bien, en los fideicomisos de inversión en valores sin participación de constituyentes adherentes se dejará constancia que el riesgo de pérdida de la inversión es de exclusiva responsabilidad del inversionista (Art. 17.4, Sección IV, Capítulo I, Título V, de la CRCNV).

la propiedad de bienes muebles e inmuebles a un patrimonio autónomo, el mismo que será administrado por una fiduciaria, para que se cumplan fines relacionados con la conservación y el manejo sustentable de la biodiversidad”⁷³⁶.

Actualmente se lo destaca bastante porque en relación a otros instrumentos jurídicos aplicables para protección de la biodiversidad, el fideicomiso mercantil se muestra como una alternativa que posibilita un campo de acción más flexible y dinámico⁷³⁷.

Su proceso de constitución es idéntico al resto de los fideicomisos. El constituyente, un propietario privado o una ONG conservadora, mediante la firma del contrato transfiere la propiedad del predio (que desea conservar y proteger) al patrimonio autónomo, que surge como efecto del contrato, el mismo que será administrado por el fiduciario en atención a la finalidad del fideicomiso mercantil.

a) Forma

En línea con los demás fideicomisos mercantiles, la constitución del fideicomiso de conservación debe constar en instrumento público abierto y ser elevado a escritura pública. Por otra parte, la transferencia que se opere al patrimonio autónomo debe de ser registrada en el registro público que corresponda registrar, según la naturaleza de los bienes.

b) Contenido

⁷³⁶ ARIAS, Verónica: *ob. cit.*, p. 18.

⁷³⁷ Menos aceptación ha tenido la posibilidad de emplear el fideicomiso civil, por las notables diferencias que tiene con el fideicomiso mercantil. Sin embargo, se insiste en que ésta figura toma interés si se toma en consideración que ciertas personas pueden asegurar que sus bienes, entre los que se encuentren áreas naturales de importancia, puedan conservarse a perpetuidad. Razón por la que a la hora de establecerla, no se debe descuidar en el menor detalle de las condiciones que el constituyente imponga (o que negocie en unos casos con el fiduciario) para asegurar que los fines se cumplan a cabalidad. Véase AGUIRRE TORRES, César: “Algunos Criterios sobre: Instrumentos Jurídicos de Conservación Privada”, Fundación Podocarpus, Ecuador, 2005, pp. 30-31.

El fideicomiso mercantil en Ecuador

Tal como ordena el artículo 4, Sección IV, Capítulo I, Título V, de la CRCNV, las disposiciones del contrato deben ser claras y precisas, debe constar puntualmente el fin del fideicomiso, las condiciones jurídicas que se deriven del contrato para las partes y la información general que indica el artículo 120 de la LMVE.

Por regla general, las directrices que determine el constituyente para la actuación del fiduciario deben ser establecidas en función del propósito del contrato, de conformidad con las normas jurídicas que regulan la institución.

2.6. Fideicomiso mercantil público

El fideicomiso público es otra de las modalidades del fideicomiso mercantil cuya utilización por parte de las entidades públicas se realiza principalmente para la financiación y construcción de infraestructuras públicas, promoción con impacto social o rentabilidad económica de proyectos destinados a impulsar el desarrollo del país, en el área de las comunicaciones, transportes, hidráulica, medio ambiente y turismo, entre otros.

Al igual que los demás fideicomisos, para constituir el fideicomiso público, el constituyente, una entidad pública, bajo la firma del contrato transfiere la propiedad de uno o más bienes o recursos públicos hacia el fideicomiso, el cual pasa a ser su titular por estar dotado de personalidad jurídica, con el propósito de que el fiduciario, como representante legal del fideicomiso, realice las finalidades establecidas en el contrato, en provecho de los beneficiarios designados.

Más concretamente la estructura del fideicomiso mercantil público puede esquematizarse de la siguiente manera:

1. Los elementos personales que participan en el fideicomiso son: el constituyente, el fiduciario y el beneficiario. El constituyente es el Estado mismo, que participa directamente o por medio de las instituciones públicas. El fiduciario, es la sociedad administradora

de fondos y fideicomisos o la institución financiera pública autorizada para cumplir funciones de fiduciario en fideicomisos públicos, como representante legal. Los beneficiarios son los agentes personalizados que se determinan en el contrato o, el conjunto de personas que pueden llegar a ser de manera directa o indirecta los beneficiarios del fideicomiso.

2. Los elementos reales del fideicomiso lo constituyen los bienes, derechos, activos o recursos que se transfieren en virtud del fideicomiso.
3. La finalidad del fideicomiso es atender y cumplir fines de carácter público.

En el fideicomiso público, como se puede ver, el fiduciario es exclusivamente una sociedad administradora de fondos y fideicomisos, ya que también puede desempeñar tal función cualquiera de las instituciones financieras públicas autorizadas, como son: el Banco Central del Ecuador, la Corporación Nacional Financiera y el Banco Ecuatoriano de la Vivienda.

Esto demuestra que el legislador ecuatoriano, considerando que la actual coyuntura latinoamericana exige al Estado realizar una mayor eficiencia del uso de los recursos públicos mediante la adopción de nuevos medios legales que permitan lograr un desarrollo sostenible en el mediano y largo plazo⁷³⁸, ha tenido por importante y necesario que determinadas instituciones financieras públicas cumplan la función de fiduciario, a fin de facilitar y auxiliar al Estado y a sus administraciones públicas en la aplicación de fideicomisos que tienen por finalidad atender a necesidades públicas.

Esta nueva atribución que se concede a las instituciones financieras públicas, según González Torre, en la práctica, plantea cuestiones que en la normativa merecen reflexionar puesto que aún no están resueltas. Así, este autor, pone por ejemplo la situación que ocurriría con el negocio fiduciario

⁷³⁸ SANDOVAL PERALTA, Carlos: “Análisis Crítico Acerca de la Acción de los Consejos Cantonales en Ecuador- Propuestas para su Modernización”, *Desarrollo Social, descentralización y participación*, núm. 10, 1994, Ecuador, p. 12.

El fideicomiso mercantil en Ecuador

si las entidades financieras de derecho público compiten con entidades financieras de derecho privado facultadas para actuar como fiduciarios⁷³⁹.

Coincidimos en parte con este autor sobre el aspecto de que en la normativa se pueden plantear cuestiones relativas a la función de las instituciones fiduciarias públicas, porque cada tipo de fideicomiso es tan particular, que en determinados momentos no puede quedar claro hasta dónde llega el alcance o límite de las funciones del fiduciario.

No obstante ello, consideramos un paso importante el establecimiento de esta atribución, toda vez que el fideicomiso mercantil constituye un importante instrumento para el sector público —no sólo en Ecuador, sino también en Bolivia, Perú, Colombia— porque permite realizar fines públicos, de manera segura y transparente, además que brinda significativas ventajas⁷⁴⁰.

a) Forma

El fideicomiso público se constituye en instrumento público otorgado ante notario de fe pública, cumpliendo las formalidades necesarias para el perfeccionamiento y plena validez del contrato.

b) Contenido

En el contrato podrá establecerse todas las previsiones y estipulaciones necesarias para el buen desenvolvimiento de las gestiones y actividades del fiduciario en atención al fin para el que fue creado el fideicomiso, con respeto a lo dispuesto en la normativa y demás leyes pertinentes.

⁷³⁹ GONZÁLES TORRE, Roberto: “El fideicomiso público”, *Revista Jurídica de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas*, p. 66. [Fecha de consulta: 9 de junio de 2011]. Disponible en: «<http://www.revistajuridicaonline.com>».

⁷⁴⁰ Para conocer las ventajas que ofrece el fideicomiso público puede consultarse el apartado 2.7.5, del Capítulo IV.

2.7. Fideicomiso mercantil de titularización

2.7.1. Consideraciones preliminares

A diferencia de los anteriores fideicomisos que hemos tratado, el fideicomiso mercantil de titularización reviste de otro tipo de caracteres especiales debido a que el proceso de titularización conlleva una serie de actuaciones y negocios subyacentes que dependiendo del tipo de activos que se titularicen dan lugar a la celebración de una serie de contratos coordinados, donde intervienen diferentes agentes, con carácter eventual o permanente⁷⁴¹.

Precisamente por este motivo, y porque así lo exige su análisis, abordaremos el estudio de este fideicomiso con mayor profundidad, comenzando la exposición con una breve introducción sobre la titularización y su funcionamiento y las vías para estructurar la titularización.

a) La titularización

La titularización fue implementada en Ecuador, en 1994, con la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, como un mecanismo de financiación mediante la emisión de títulos negociables en las bolsas de valores⁷⁴²; siendo posteriormente regulado por la LMVE y la CRCNV.

Conforme la definición que recoge el artículo 138 de la LMVE la titularización es «el proceso mediante el cual se emiten valores susceptibles de ser colocados y negociados libremente en el mercado bursátil, emitidos con cargo a un patrimonio autónomo»⁷⁴³.

⁷⁴¹ En la práctica internacional la titularización se presenta como un proceso enrevesado, por cuanto la complejidad de la titularización no es una novedad propia del sistema ecuatoriano.

⁷⁴² La Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, publicada en el Registro Oficial de 24 de junio de 1994, y posteriores normas de la Comisión Nacional de Valores sirvieron inicialmente como marco legal para la constitución de compañías de titularización y para la titularización de activos. GONZALES ARRIETA, Gerardo M.: “El crédito hipotecario y el acceso a la vivienda para los hogares de menores ingresos en América Latina”, CEPAL, Santiago de Chile, 2002, p. 87.

⁷⁴³ Art. 138 de la LMVE.

El fideicomiso mercantil en Ecuador

De esta definición, que se completa con lo establecido en los artículos 139, 141, 145 y 147 de la citada norma, se extrae que la titularización es un proceso de transformación de activos presentes o futuros que han sido transferidos por la entidad o sociedad originadora al fideicomiso para que con respaldo a ellos, que conforman un patrimonio autónomo, el agente de manejo, de acuerdo con las instrucciones del originador, emita títulos valores negociables en el mercado de valores, con cuya venta el originador obtiene liquidez o financiación⁷⁴⁴.

Algunos autores⁷⁴⁵, atendiendo a la definición dada por la ley y la variedad de los procesos de titularización de activos que pueden estructurarse, conciben la titularización como un mecanismo de desintermediación que rediseña el flujo de caja que genera un activo destinado a cumplir un objetivo determinado, con el fin de que sirva como base para la emisión de títulos valores o de certificados de participación que serán colocados en el mercado, entre distintos inversores.

b) Vías jurídicas para estructurar la titularización

La legislación vigente contempla dos vías jurídicas para estructurar procesos de titularización, estos son: los fondos colectivos de inversión y el fideicomiso mercantil⁷⁴⁶.

En el primer caso, la titularización de activos constituido mediante un fondo colectivo de titularización se lleva a cabo siguiéndose el procedimiento antes descrito, pero con la particularidad de que en el proceso participan varias empresas originadoras interesadas en obtener liquidez.

Lo destacable de esta primera vía es que el fondo colectivo de titularización se somete a las normas que regulan el fideicomiso mercantil⁷⁴⁷. Esto nos

⁷⁴⁴ Arts. 139, 141, 145 y 147 de la LMVE.

⁷⁴⁵ ANDRADE, Rubén D.: *Legislación económica del Ecuador*, 7ª Ed., Ed. Abya-Yala, Quito, 2003, p. 123; EGAS MINUCHE, Carlos M.; FAJARDO COMEZ, Esther E. y MÉNDEZ PRADO, Mariela: "Fideicomiso de Titularización de Flujos Futuros de un Restaurante de Comidas Rápidas", Repositorio de la Escuela Superior Politécnica del Litoral. [Fecha de consulta: 5 de julio de 2011]. Disponible en «<http://www.dspace.espol.edu.ec/bitstream/123456789/1027>».

⁷⁴⁶ Arts. 111 y 140 de la LMVE.

demuestra que el legislador para estos casos ha integrado la figura del fideicomiso mercantil y el fondo de inversión (dentro del cual está comprendido el fondo colectivo) ya que permite la titularización de activos mediante el fondo colectivo sometiendo el fondo a las normas del fideicomiso mercantil; pero además que entre el fideicomiso mercantil y los fondos de inversión subyace una afinidad especial.

En el segundo caso, la titularización de activos constituido mediante el contrato de fideicomiso mercantil se desarrolla con la participación de un originador y no con varios originadores como sucede en el fondo colectivo de titularización. Se denomina técnicamente este fideicomiso como fideicomiso mercantil de titularización precisamente porque con el fideicomiso se lleva a cabo la titularización.

Seguidamente vamos a analizar la definición, constitución y funcionamiento del fideicomiso mercantil de titularización.

2.7.2. Definición

De los artículos 109 y 138 de la LMVE se extrae que el fideicomiso mercantil de titularización es el contrato por el cual el constituyente transfiere, de manera temporal e irrevocable, la propiedad de determinados activos, que existen o se espera que existan, a un patrimonio autónomo, dotado de personalidad jurídica para que la sociedad administradora del fideicomiso, que es su fiduciaria y en tal calidad su representante legal, emita valores con cargo al patrimonio autónomo susceptibles a ser colocados y negociados libremente en el mercado de valores dentro de un proceso de oferta pública.

Para viabilizar el proceso de la titularización, como adelantamos, en el fideicomiso mercantil se realizan una serie de actuaciones y negocios subyacentes necesarios para la movilización de los activos mediante la emisión y colocación de títulos valores representativos de derechos sobre los activos objeto de la movilización.

⁷⁴⁷ Art. 76 de la LMVE.

El fideicomiso mercantil en Ecuador

Todo este proceso indudablemente conlleva cierta complejidad, de ahí que su desarrollo se produce en distintas fases. Concretamente pueden distinguirse tres fases diferenciadas:

- la celebración del contrato constitutivo del fideicomiso de titularización (primera fase);
- la constitución del patrimonio de propósito exclusivo (segunda fase);
y
- la emisión de títulos valores (tercera fase).

a) Primera fase

La entidad o empresa originadora interesada en obtener liquidez, con carácter previo a la estructuración de la titularización, deberá de proporcionar a la sociedad tituladora toda la información documentada sobre su situación jurídica y financiera, para que ésta última analice y valore la viabilidad o no de la titularización.

Una vez analizada la documentación y seguido el procedimiento de control y verificación de la veracidad y fidelidad de la información entregada por el originador, el agente de manejo procede a diseñar la titularización con los activos que son susceptibles de titularizar, comunicando a la SC el proyecto, los valores que pretende emitir y los ahorradores a los que vaya a dirigir la emisión.

Se constituye el fideicomiso de titularización mediante escritura pública debidamente legalizada ante un notario público e inscrita en la SC, en virtud del cual el originador transfiere el dominio de los activos hacia el patrimonio de propósito exclusivo, a título oneroso o título fiduciario, que está bajo la administración del agente de manejo, quien en garantía de ellos emitirá los títulos valores al mercado.

Si la transferencia de los activos se realiza a título oneroso, tal transferencia adquiere un carácter definitivo e irrevocable, si fuese a título de fideicomiso, la transferencia de los activos revisten un carácter irrevocable; está

condición es sumamente esencial de la titularización, para alcanzar una verdadera y efectiva separación patrimonial.

b) Segunda fase

El efecto jurídico inmediato que produce la celebración del contrato es que los activos y bienes transferidos por el originador pasan a conformar un patrimonio autónomo, denominado también como patrimonio de propósito exclusivo, destinado sola y únicamente para el cumplimiento del objeto del proceso de titularización, que es la emisión de los valores⁷⁴⁸.

Por la naturaleza del patrimonio de propósito exclusivo, este patrimonio permanece disgregado del patrimonio personal de las partes y aislado de acciones de terceros, de tal forma que no puede ser embargado ni sujetos a ninguna medida preventiva por los acreedores del constituyente, ni por los de la administradora fiduciaria.

La única manera de que éstos bienes sean embargados es para cubrir acreencias del mismo fideicomiso mercantil, por lo que los inversores sólo podrán perseguir el cumplimiento de la prestación de sus derechos en los activos del patrimonio de propósito exclusivo, más no en el patrimonio del agente de manejo⁷⁴⁹.

c) Tercera fase

El agente de manejo como administrador y representante legal del fideicomiso de titularización se encarga de contratar a su cargo con otros sujetos, quienes desarrollarán actuaciones sucesivas y coordinadas con el fin de emitir valores al público, para obtener financiación ajena. A título de ejemplo, suscribirá contratos con las siguientes empresas:

- la calificadora de riesgos, puesto que la SC exige que los valores a emitir cuenten con una calificación emitida por una sociedad

⁷⁴⁸ Art. 145 de la LMVE.

⁷⁴⁹ Art. 141 de la LMVE.

El fideicomiso mercantil en Ecuador

- calificadora de riesgos, el cual sirve de criterio de referencia para el inversor que estudia un Prospecto de oferta pública;
- el agente colocador, cuya función será colocar los valores emitidos en el mercado en que vaya a negociarse los valores;
 - el agente recaudador, que deberá encargarse de recaudar y destinar los flujos generados directamente hacia el fideicomiso de titularización;
 - el agente pagador, entidad financiera donde se creará la cuenta del fideicomiso para que sean debitados los valores exigibles por los tenedores de títulos; y
 - la auditora externa, la que anualmente se encargará de realizar la auditoría externa de los estados financieros del fideicomiso, hasta su liquidación.

Una vez que el Prospecto de oferta pública de los valores a emitir sea aprobado por la SC se emiten los valores y los flujos de dinero recaudados en la negociación de los valores en el mercado serán entregados al originador, previo pago de los honorarios por administración del fiduciario, los costos iniciales para la instrumentación, estructuración y demás procesos necesarios para la titularización.

Finalmente, el fideicomiso mercantil de titularización ingresará en proceso de liquidación.

2.7.3. Diferentes tipos de titularización

Cualquiera sea la vía jurídica que se utilice para titularizar, las partes tienen varias alternativas para estructurar procesos de titularización, como ser⁷⁵⁰:

- a) la titularización de carteras, que consiste en la venta a los inversionistas de la cartera que han colocado los intermediarios financieros, donde con la venta de cartera se ceden los derechos al pago del principal y de los rendimientos al inversionista que los compra;

⁷⁵⁰ Arts. 153 a 156 de la LMVE.

b) la titularización de inmuebles, que consiste en la transferencia de un activo inmobiliario (libre de gravámenes, limitaciones de dominio, prohibiciones de enajenar o condiciones resolutorias y no tener pendiente de pago los impuestos) con el propósito de efectuar su transformación en valores mobiliarios;

c) la titularización de proyectos inmobiliarios, que consiste en la emisión de títulos mixtos o de participación que incorporen derechos sobre un patrimonio de propósito exclusivo constituido con un bien inmueble, los diseños, estudios técnicos y de prefactibilidad económica, programación de obra y presupuestos necesarios para desarrollar un proyecto inmobiliario objeto de titularización; y

d) la titularización de flujos de fondos en general, que consiste en el traspaso al patrimonio autónomo del derecho de cobro de los flujos de efectivo previsible en el futuro, determinables con base en información histórica de al menos los últimos tres años y en proyecciones de por lo menos tres años consecutivos, según corresponda, por el plazo y la vigencia de los valores a emitirse.

Todos estos tipos de titularización de activos, por regla general, deberán ser estructuradas cumpliendo los requisitos, condiciones y formalidades que recoge la LMVE para cada clase de titularización, así como de las reglas previstas en la CRCNV.

2.7.4. Elementos del proceso

En virtud de la configuración que presenta el fideicomiso mercantil de titularización, en el proceso de titularización que diferencian tanto elementos subjetivos como elementos objetivos.

2.7.4.1. Elementos subjetivos

Los sujetos principales del fideicomiso mercantil de titularización son: el originador, denominado también constituyente, el agente de manejo, denominado también fiduciario, y los inversores; accesoriamente participan

El fideicomiso mercantil en Ecuador

en el proceso el agente cobrador, la calificadora de riesgos y la casa de valores.

A demás de estos sujetos, pueden intervenir otros participantes, pero ello dependerá esencialmente del tipo de titularización que se realice.

a) Originador (constituyente)

Es la persona natural o jurídica, pública o privada, nacional o extranjera, que constituye el fideicomiso de titularización con el fin de obtener financiación o liquidez mediante la emisión y venta de valores en el mercado financiero.

El originador elige y nombra libremente al fiduciario y en nombre propio contrata con él, como persona encargada de cumplir con la finalidad establecida, permitiéndole y obligándole a que administre y disponga de los activos o bienes de acuerdo con lo establecido en el contrato. Para ello, el originador deberá tener capacidad jurídica y capacidad legal para obrar y cumplir las exigencias que fije la ley.

En el caso de entidades o instituciones públicas, su actuación como originadores de procesos de titularización se sujeta a las reglas generales que establece el Capítulo II, Título VII, de la CRCNV y las disposiciones que expidan sus órganos de control, con sujeción a la LMVE.

De acuerdo con estas previsiones, la entidad pública para interactuar en procesos de titularización debe de conformar un comité de contratación interno, el cual se encargará de contratar con el fiduciario, la casa de valores y calificadora de riesgo, mediante convocatoria pública⁷⁵¹, cumpliendo el proceso de selección y calificación.

⁷⁵¹ Según el artículo 5 del Capítulo II, Título VII, de la CRCNV la convocatoria debe ser publicada en un diario de circulación nacional durante tres días, con la siguiente información: bases de selección, metodología de evaluación, plazo del contrato para la gestión o gestiones encomendadas, objeto y condiciones de los servicios requeridos, condiciones especiales, y exigencia o no de garantías. Tratándose de casas de valores, la comunicación será dirigida a las bolsas de

Las obligaciones que corresponde cumplir al originador son las estipuladas en el contrato (en los términos y condiciones pactadas con el fiduciario) y las establecidas en la ley, como son: efectuar la transferencia del dominio pleno de los activos al patrimonio de propósito exclusivo⁷⁵² y pagar los honorarios del fiduciario así como de los gastos que conlleve el fideicomiso durante su vigencia.

Si el originador es una entidad pública, habrá de cumplir las siguientes obligaciones: participar en el proceso de titularización en calidad de constituyente y no en calidad de constituyente adherente⁷⁵³; transferir activos cuyo dominio pueda ser transferido de conformidad con la ley⁷⁵⁴; velar por la administración eficiente de los recursos; no delegar al fiduciario responsabilidades públicas que les sean exclusivamente inherentes⁷⁵⁵; e informar a la SC sobre la casa de valores a través de la cual la entidad pública va actuar en el mercado de valores⁷⁵⁶.

Los derechos que ostenta el originador son los siguientes: recibir el producto neto de la colocación de valores; estar informado de todas las actuaciones realizadas en el fideicomiso; una vez atendidos todos los pasivos con inversionistas y cancelados todos los pasivos con terceros distintos de los inversionistas recibir en restitución los recursos dinerarios remanentes en el fideicomiso y cualquier otro bien remanente en el fideicomiso. Además de ellos, disfrutará de los derechos que se reserve en el contrato.

b) Agente de manejo (fiduciario)

valores del país, con el objeto de que éstas lo pongan en conocimiento de todos sus miembros.

⁷⁵² Art. 144 de la LMVE.

⁷⁵³ Art. 2 del Capítulo II, Título VII, de la CRCNV.

⁷⁵⁴ Art. 13.3 del Capítulo II, Título VII, de la CRCNV.

⁷⁵⁵ Art. 15 del Capítulo II, Sección III, Título VII, de la CRCNV.

⁷⁵⁶ Art. 8 del Capítulo II, Título VII, de la CRCNV.

El fideicomiso mercantil en Ecuador

El agente de manejo es quien administra y gestiona la operación de titularización conforme lo establecido en el contrato y en la normativa reglamentaria aplicable a la titularización⁷⁵⁷.

En tal sentido, el agente de manejo realiza todos los actos necesarios para llevar a cabo la titularización y emisión de títulos valores negociables en el mercado, en forma prudente y diligente, de tal manera que no sea la falta de instrucciones expresas, las que demoren o impidan dicho cumplimiento.

Administra con diligencia y prudencia el fideicomiso, pero esta obligación es de medio y no de resultado, puesto que adquiere únicamente deberes y responsabilidades fiduciarias.

Por ello, el agente de manejo no garantiza al originador ni a los inversionistas la plena consecución del fin pretendido por el fideicomiso, sino que se compromete al desarrollo de una gestión especializada y profesional, de acuerdo con el contrato, del Reglamento de Gestión y de la normativa aplicable, quedando en virtud de ello sujeto a responder por la realización de las funciones que la ley le asigna como agente de manejo o fiduciario.

Como representante legal y administrador del fideicomiso mercantil de titularización, el agente de manejo es responsable de cumplir los deberes previstos en el contrato, así como las siguientes obligaciones legales⁷⁵⁸:

- administrar prudente y diligentemente los bienes del fideicomiso,
- ejercer la representación legal del fideicomiso en los términos y condiciones del contrato de constitución del fideicomiso;
- mantener los bienes que integran el patrimonio de propósito exclusivo separados de los demás bienes de la sociedad fiduciaria y de los otros negocios fiduciarios que administra;

⁷⁵⁷ La función de agente de manejo solamente puede ser desenvuelta por las sociedades administradoras de fondos y fideicomisos, legalmente autorizadas por la SC para estructurar y administrar procesos de titularización e inscritas en el RMV (Art. 7, Capítulo I, Subtítulo III, Título II, de la CRCNV).

⁷⁵⁸ Art. 13, Capítulo I, Subtítulo III, Título II, de la CRCNV

- exigir al agente de recaudo el cumplimiento de las obligaciones asumidas;
- negociar los valores a través de los mecanismos de negociación bursátiles;
- mantener informado al inversionista participante;
- efectuar la valoración de los activos;
- asumir los gastos y costos de la administración de los fondos y conservación de sus bienes que excedan a los establecidos en el reglamento interno;
- llevar un sistema de control interno sobre las actividades a su cargo;
- llevar un Reglamento Operativo Interno;
- restituir al originador los bienes remanentes del fideicomiso; y
- rendir cuentas al originador conforme lo dispuesto en la CRCNV y dar informe de gestión al Comité de Vigilancia.

Por lo que concierne a sus derechos, el agente de manejo goza de los derechos establecidos a su favor en el contrato y el Reglamento interno. Naturalmente, su derecho primordial es cobrar los honorarios que le correspondan (honorarios por aceptación de la administración fiduciaria, honorario por la emisión de valores, honorario por administración y honorario por liquidación del fideicomiso).

c) Inversores

Los inversores son las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, que adquieren los títulos valores emitidos como resultado del proceso de titularización. Como titulares de los derechos incorporados en los títulos valores, los inversores tienen derecho a percibir los intereses y el reembolso de su capital, de acuerdo con los términos y condiciones establecidos en el Reglamento de Emisión, el Prospecto de Emisión y en el contrato de fideicomiso mercantil.

Igualmente, tienen derecho a recibir la información sobre el estado de sus operaciones, a participar y votar en las asambleas de tenedores y a exigir el cumplimiento de la prestación de sus derechos en los activos del patrimonio

El fideicomiso mercantil en Ecuador

de propósito exclusivo. En ningún caso pueden exigir la recompra de los títulos por el patrimonio autónomo⁷⁵⁹.

La participación de los inversores en el mercado de valores no es de forma directa, sino a través de los operadores de valores. Los operadores de valores actúan bajo representación de la casa de valores y son los intermediarios autorizados por la ley para intervenir en la intermediación de valores en el mercado.

d) Agente pagador

El agente pagador es la entidad financiera donde se crea la cuenta del fideicomiso mercantil para que sean debitados los valores exigibles por los tenedores de títulos.

La sociedad administradora del fideicomiso de titularización como agente de manejo tiene facultad para contratar el servicio del agente pagador, pero no es indispensable que esta función sea cumplida por una entidad ajena, ya que el propio agente de manejo puede desenvolver este rol. La única prohibición que establece la norma respecto al agente pagador es que no podrá formar al mismo tiempo parte del Comité de Vigilancia⁷⁶⁰.

e) Calificadora de riesgos

Es la compañía legalmente establecida y autorizada para asignar la calificación de riesgo a los títulos valores que se negocian en el mercado de valores.

Su intervención en el proceso de titularización se inicia a través del contrato de calificación que el agente de manejo contrata a su cargo, con antelación a la inscripción de los valores en el RMV y antes de poner en circulación el Prospecto de oferta pública de valores a los inversionistas.

⁷⁵⁹ Art. 141 de la LMVE.

⁷⁶⁰ Art. 152 de la LMVE.

La calificación del riesgo de los títulos valores es obligatoria, previo a la inscripción de los valores en el RMV, para todas las emisiones. Como mínimo, el agente de manejo deberá solicitar la calificación de una compañía⁷⁶¹.

f) Casa de valores

Es la compañía debidamente autorizada por la SC e inscrita en el RMV⁷⁶² cuyo objeto es realizar intermediación de valores.

Como intermediario de valores, la casa de valores bajo la celebración de un contrato de *underwriting*⁷⁶³, entre ésta y el agente de manejo, se ocupa de vincular las ofertas y las demandas de valores para efectuar la compra o venta de valores, a precio fijo y garantizado⁷⁶⁴.

Además de los deberes pactados en el contrato de *underwriting*⁷⁶⁵, la casa de valores también debe de cumplir las obligaciones generales que recoge el artículo 7, Subtítulo II, Capítulo I, de la CRCNV, puesto que su labor principal es facilitar la adquisición de emisiones de títulos valores para ser

⁷⁶¹ Art. 151 de la LMVE.

⁷⁶² Art. 103 de la LMVE, en concordancia con los arts. 1 y 3, Capítulo 1, Subtítulo II, Título II, de la CRCNV.

⁷⁶³ El contrato de *underwriting* es aquel en virtud del cual una entidad autorizada para el efecto y una persona emisora o tenedora de valores, convienen en que la primera asuma la obligación de adquirir una emisión, o un paquete de valores, o garantizar su colocación o venta en el mercado, o la realización de los mejores esfuerzos para ello (Art. 22, Capítulo I, Subtítulo II, Título II, de la CRCNV).

⁷⁶⁴ La casa de valores opera en la Bolsa de valores a través de los operadores de valores, quienes actúan bajo la responsabilidad exclusiva de la casa de valores, razón por la cual ésta viene a ser solidariamente responsable por sus actuaciones, dentro del giro del negocio (Art. 6, Capítulo II, Subtítulo II, Título II, de la CRCNV).

⁷⁶⁵ Son tres las modalidades que puede tener el contrato de *underwriting*: «*En firme*», en la cual la casa de valores adquiere inicialmente toda la emisión o el paquete de valores, encargándose posteriormente, por su cuenta y riesgo, de la venta al público inversionista; «*Con garantía total o parcial de adquisición*», aquél donde la casa de valores asume el compromiso de adquirir, en un determinado tiempo, la totalidad o solamente una parte de la emisión; y «*Del mejor esfuerzo*», donde la casa de valores actúa como simple intermediaria de la compañía emisora o del tenedor, comprometiéndose a realizar el mejor esfuerzo para colocar la mayor parte posible de la emisión, dentro de un plazo predeterminado (Art. 25, Capítulo I, Subtítulo II, Título II, de la CRCNV).

El fideicomiso mercantil en Ecuador

colocados mediante venta en el público⁷⁶⁶. Sus derechos son los que figuran en el contrato y el pago de las comisiones por sus servicios, al precio convenido y en el plazo y forma señalado en el contrato⁷⁶⁷.

2.7.4.2. Elementos objetivos

a) Activos

Constituyen activos susceptibles de titularización los valores representativos de deuda pública, los valores inscritos en el RMV, las carteras de crédito, los activos y proyectos inmobiliarios, y activos susceptibles de generar flujos futuros determinables con base en estadísticas de los últimos tres años o en proyecciones de por lo menos tres años consecutivos⁷⁶⁸.

Además de los activos señalados, se permite también que puedan ser objeto de titularización todo tipo de activos que existan, inclusive aquellos activos que se espera que existan siempre que conlleven la expectativa de generar flujos futuros o derechos de contenido económico. La legislación individualiza con carácter general cinco características que deben reunir los activos a titularizar, estos son:

- 1) no tener ninguna clase de gravámenes;
- 2) no tener limitaciones al dominio;
- 3) no tener prohibiciones de enajenar;
- 4) no estar sujeta a condiciones suspensivas o resolutorias; y
- 5) no estar pendiente de pago, impuesto, tasa o contribución alguna.

La titularización de otro tipo de activos, diferentes a los señalados, se sujeta a examen y valoración de la SC.

⁷⁶⁶ También tiene facultades para mantener contratos de *underwriting* para adquisición en firme y garantía total o parcial, hasta tres veces su patrimonio, y en la modalidad de contratos de *underwriting* del mejor esfuerzo, sin ninguna limitación. Véase ROMERO PERÉZ, Jorge Enrique: “*Underwriting: contrato...*”, *ob. cit.*, p. 99.

⁷⁶⁷ Art. 27, Capítulo I, Subtítulo II, Título II, de la CRCNV.

⁷⁶⁸ Art. 143 de la LMVE.

b) Valores

Como consecuencia del proceso de titularización pueden emitirse valores de contenido crediticio, valores de participación y valores mixtos⁷⁶⁹.

Los valores de contenido crediticio confieren al titular el derecho a percibir la restitución del capital invertido más el rendimiento financiero correspondiente, con los recursos provenientes del fideicomiso mercantil según los términos y condiciones de los valores emitidos.

Los valores de participación, por su parte, otorgan a su titular el derecho a una alícuota en el patrimonio de propósito exclusivo a prorrata de su inversión, de esta forma el titular participa de los resultados (sean utilidades o pérdidas) que arroje el patrimonio exclusivo del fideicomiso de titularización.

Los valores mixtos combinan las características de los valores de contenido crediticio y valores de participación.

Cada uno de las tres clases de valores posee sus propias particularidades, pero también presenta elementos comunes entre sí. Así, los tres tipos de valores: están respaldados por los bienes que componen el patrimonio exclusivo del fideicomiso de titularización; pueden ser redimidos anticipadamente, en forma total, en los casos expresamente contemplados en el reglamento interno del proceso de titularización; y pueden ser nominativos o la orden.

Ya decíamos anteriormente, que el requisito fundamental para la oferta pública de los valores emitidos por el fideicomiso de titularización, es que con carácter previo a la emisión, los valores estén inscritos en el RMV⁷⁷⁰. Para la inscripción de los valores en el Registro, el emisor deberá de presentar la documentación requerida por la SC, de conformidad con el artículo 12 de la LMVE.

⁷⁶⁹ Art. 147 de la LMVE.

⁷⁷⁰ Art. 1 del Capítulo I, Título I, de la CRCNV.

El fideicomiso mercantil en Ecuador

c) Mecanismos de cobertura

Con el objetivo de cubrir el riesgo y posibles contingencias de la operación, así como para mejorar la calificación de riesgo y el precio de la colocación de la emisión, las partes pueden adoptar mecanismos de cobertura y garantía para la operación.

La ley da libertad a las partes para elegir el tipo de mecanismo de cobertura, pero exige que mínimamente se constituya un mecanismo. En este sentido, el originador o el agente de retención, conforme al artículo 150 de la LMVE, deberá adoptar cualquiera de los siguientes ocho mecanismos de garantía:

- a) Subordinación de la emisión, que implica que el originador o terceros suscriban una porción de los valores emitidos a la cual se imputarán los siniestros o faltantes de activos, mientras que a la porción colocada entre el público se cancelarán prioritariamente los intereses y el capital.
- b) Sobrecolateralización, que consiste en transferir al fideicomiso, un monto superior a la suma total de los activos a titularizar, que cubra el 1.5 veces el índice de siniestralidad.
- c) Exceso de flujo de fondos, que consiste en que el flujo de fondos generado por los activos titularizados sea superior a los derechos reconocidos en los valores emitidos, a fin de que ese diferencial se lo destine a un depósito de garantía.
- d) Sustitución de activos, en el cual el originador asume la obligación de sustituir los activos que hayan producido desviaciones o distorsiones en el flujo por otros activos de iguales o mejores características.
- e) Celebrar un contrato de apertura de crédito, donde una institución financiera otorga líneas de crédito al patrimonio de propósito exclusivo, para atender necesidades de liquidez de dicho patrimonio.
- f) Constituir una garantía o aval, en el cual el originador o terceros se comprometen a cumplir total o parcialmente con los derechos reconocidos en favor de los inversionistas.
- g) Constituir una garantía bancaria o póliza de seguro, la cual se efectiviza al producirse el siniestro garantizado o asegurado.

- h) Constituir un fideicomiso de garantía, por el que el originador transfiera los activos que garantizarán los pagos a los inversionistas en caso de producirse situaciones de siniestralidad.

El mecanismo elegido deberá constar en el Reglamento operativo interno de emisión de valores derivados de una titularización, con la descripción de los sistemas de control sobre dicho mecanismo y la forma en que éstos se harán efectivos.

2.7.5. Relevancia actual

Es de destacar que los fideicomisos de titularización vienen demostrando una importante aplicación en Ecuador tanto por parte de empresas públicas como privadas. Ya en el 2007 este tipo de fideicomisos experimentó un importante crecimiento, aproximado al desarrollo observado en Colombia, Costa Rica y Bolivia⁷⁷¹, y en el 2008 mantuvo también un notable volumen de negocios que llegó a ascender a trescientos setenta y siete millones de dólares (\$377.000.000)⁷⁷².

Este fideicomiso en particular continúa creciendo de forma sostenida no sólo porque constituye un instrumento adecuado para obtener financiamiento mediante la transformación de activos ilíquidos en activos financieros transables en el mercado de valores, sino también porque el marco jurídico que regula el fideicomiso de titularización garantiza su funcionalidad y eficiencia.

La efectividad del contexto jurídico en que se desenvuelva la figura es, sin lugar a dudas, una condición necesaria que debe tener un sistema financiero para que sea fértil y apto para el desarrollo de titularizaciones.

⁷⁷¹ MUÑOZ, Oliver: "Offshore investment funds in Panamá", en *Compilación de artículos sobre la Regulación y el Funcionamiento del Mercado de Valores en Panamá*, VVAA, Tomo II, Panamá, 2007, p. 576.

⁷⁷² "Tendencias del Mercado de Valores", Superintendencia de Compañías, Boletín núm. 56, p. 3, 2008. [Fecha de consulta: 15 de junio de 2011]. Disponible en: «<http://www.supercias.gov.ec>».

El fideicomiso mercantil en Ecuador

3. Otras figuras con regímenes fiduciarios

Tal y como se anunció al inicio del trabajo, nuestro cometido se ciñe al análisis jurídico del fideicomiso mercantil ecuatoriano. Y esto es lo que hemos venido realizando en los apartados precedentes. Sin embargo, a los efectos de complementar nuestro estudio, hemos estimado conveniente exponer, como procedimos en los capítulos anteriores, breves consideraciones referidas a otras figuras que, de una u otra forma, también presentan ciertas similitudes con el fideicomiso mercantil.

Estamos hablando concretamente de los encargos fiduciarios —a los cuales la LMVE también ha calificado como negocios fiduciarios por sus semejanzas para con el fideicomiso mercantil—, y de los fondos de inversión.

En el caso de los fondos de inversión, resulta importante estudiar su estructura porque a pesar de estar configuradas con otras notas particulares también se desarrollan dentro de un régimen fiduciario. Pero lo más importante es que la legislación ecuatoriana relaciona e integra la figura de los fondos y fideicomisos para la constitución de fondos colectivos de inversión; aspecto que no sucede en otros países andinos como Bolivia, Colombia y Perú.

3.1. Encargos fiduciarios

3.1.1. Definición

De conformidad con la definición que establece el artículo 114 de la LMVE, el encargo fiduciario «es el contrato por el cual una persona llamada constituyente instruye a otra llamada fiduciaria, para que de manera irrevocable, con carácter temporal y por cuenta de aquél, cumpla diversas finalidades, tales como de gestión, inversión, tenencia o guarda y

enajenación, disposición a favor del propio constituyente o de un tercero llamado beneficiario»⁷⁷³.

A tenor de esta definición, el esquema operativo del encargo fiduciario sería el siguiente: el constituyente entrega determinados bienes o derechos al fiduciario para el cumplimiento de un fin o propósito específico, sin que de ningún modo se produzca la transferencia de la propiedad. El fiduciario como administrador de dichos bienes realizará los actos necesarios para la consecución del propósito instituido por el constituyente.

Todo el negocio y las relaciones jurídicas de las partes se desarrollan en el marco de las disposiciones y condiciones pactadas en el contrato y en observancia de las normas que prevén la LMVE y la CRCNV para este tipo de negocios.

3.1.2. Partes

Son partes intervinientes del contrato de encargo fiduciarios el constituyente, la sociedad administradora y el beneficiario.

a) Constituyente

El constituyente, en términos generales, es la persona física o jurídica, Pública o privada que, con respeto de las normas, da todas las instrucciones al fiduciario para que, dentro el plazo determinado y por cuenta de aquél cumpla con la finalidad señalada en el contrato, en provecho del mismo constituyente o de un tercer beneficiario que se establezca en el contrato.

b) Fiduciario

Es la sociedad administradora de fondos y fideicomisos que asume la gestión del encargo fiduciario. Al igual que en el fideicomiso mercantil, la entidad fiduciaria cumple un rol importante en la administración y manejo

⁷⁷³ Art. 114 de la LMVE, en concordancia con el art. 19 de la Sección IV, Capítulo I, Título V de la CRCNV.

El fideicomiso mercantil en Ecuador

de los bienes que componen el objeto del encargo fiduciario ya que recae en su diligencia y dedicación el realizar todos los actos que sean convenientes y necesarios para el cumplimiento del fin pretendido o buscado por el constituyente.

Por esta razón, la ley prevé, tal como lo hace para el fideicomiso, que la obligación fundamental de la entidad fiduciaria es la administración prudente y diligente de los bienes que constituyen el objeto del encargo fiduciario, debiendo mantener dichos bienes separados de su propio patrimonio y de otros encargos fiduciarios que maneje⁷⁷⁴.

Consagra igualmente que la entidad fiduciaria debe gestionar del encargo fiduciario de acuerdo con las estipulaciones establecidas en el contrato, cumpliendo las normas de conducta que se aplican a entidades financieras que actúan en el mercado financiero nacional. Con lo cual, deberá realizar una gestión discrecional, velando por el interés del constituyente, asegurándose de que dispone de los medios necesarios para cumplir el fin que le ha sido encomendado.

c) Beneficiario

El beneficiario es quién se beneficia directamente con los frutos o beneficios provenientes del encargo fiduciario. Pueden ser beneficiarios del encargo fiduciario las personas naturales o jurídicas públicas, privadas o mixtas, nacionales o extranjeras, o entidades dotadas de personalidad jurídica designadas como tales por el constituyente en el contrato o posteriormente, si en el contrato se ha previsto tal atribución.

Con un criterio amplio, la ley admite que pueda designarse como beneficiarios a personas que al momento de la constitución del encargo fiduciario no existan pero se espera que existan. Asimismo permite que puedan existir varios beneficiarios, inclusive beneficiarios sustitutos, para

⁷⁷⁴ Art. 103, inc. a), de la LMVE.

lo cual el constituyente habrá de establecer grados de preeminencia entre ellos y la forma y en los términos en que percibirán los beneficios⁷⁷⁵.

3.1.3. Características principales

La figura de los encargos fiduciarios aún perteneciendo al grupo de los negocios fiduciarios se encuentra revestido de características particulares que marcan su diferencia con relación al fideicomiso mercantil.

Los elementos básicos que caracterizan sustancialmente a los encargos fiduciarios son: la entrega efectiva de bienes o derechos al fiduciario; el encargo del cumplimiento de una determinada finalidad de gestión, inversión, tenencia o guarda y enajenación; y la irrevocabilidad del encargo fiduciario durante el periodo para el que ha sido constituido.

Estos caracteres demuestran nítidamente que los encargos fiduciarios se diferencian del fideicomiso mercantil debido a que en el fideicomiso es requisito indispensable que se transfiera la propiedad de los bienes o derechos al fiduciario.

Además, el fideicomiso deriva efectos posteriores de trascendencia para el negocio, que no se producen en los encargos fiduciarios, como son: la constitución de un patrimonio autónomo separado e independiente del patrimonio personal de las partes, el reconocimiento de personalidad jurídica del fideicomiso, la conversión del fiduciario en representante legal del fideicomiso mercantil.

En definitiva, los encargos fiduciarios a pesar de encontrarse incluidos entre los negocios fiduciarios, y calificados como tales, se diferencian notablemente del contrato de fideicomiso mercantil debido a que el esquema en que se desenvuelven tienen más parecido y cercanía a la figura del mandato o la comisión mercantil, que a un fideicomiso mercantil propiamente dicho.

⁷⁷⁵ Art. 116 de la LMVE.

El fideicomiso mercantil en Ecuador

3.2. Fondos de inversión

3.2.1. Definición

De conformidad con el artículo 75 de la LMVE, el fondo de inversión es «el patrimonio común, integrado por aportes de varios inversionistas, personas naturales o jurídicas y, las asociaciones de empleados legalmente reconocidas, para su inversión en los valores, bienes y demás activos que esta Ley permite, correspondiendo la gestión del mismo a una compañía administradora de fondos y fideicomisos, la que actuará por cuenta y riesgo de sus aportantes o partícipes».

De esta definición se extraen dos notas particulares de los fondos de inversión. En primer lugar, que el fondo de inversión es constituido con la finalidad de la inversión en instrumentos financieros o valores emitidos de conformidad con la normativa⁷⁷⁶.

En segundo lugar, que el patrimonio común del fondo, integrado por los aportes de los inversionistas privados e institucionales, es gestionado por la sociedad administradora del fondo por cuenta y riesgo de los inversionistas, quienes reciben los beneficios económicos resultantes de la diferencia entre el valor de adquisición y el de rescate de la cuota.

Se puede decir entonces que el fondo de inversión constituye una herramienta importante para realizar inversiones en valores y todo tipo de instrumentos financieros, a través de la participación de diversos inversionistas, quienes intervienen en los mercados con mejores expectativas de rentabilidad de sus recursos individuales.

⁷⁷⁶ Tan marcada es la finalidad de inversión de los fondos que ante la imposibilidad de cumplir tal finalidad, la norma prevé la liquidación del fondo si después de haber transcurrido seis meses del inicio de las operaciones del fondo el patrimonio neto no representa el mínimo exigido. Así, según el artículo 80 de la LMVE, el patrimonio neto del fondo de inversión en los seis meses siguientes de su funcionamiento no podrá representar una suma inferior al monto exigido (\$52.578) ni tener menos de setenta y cinco partícipes si se trata de un fondo administrado, de lo contrario, se procede con la liquidación del fondo o la fusión con otro fondo de iguales características, previa autorización de la SC.

3.2.2. Partes

Los sujetos principales que participan en el fondo de inversión son la sociedad administradora y los partícipes, intervienen accesoriamente el custodio y el comité de vigilancia.

a) Sociedad administradora

Es quien gestiona el fondo de inversión proporcionando los servicios administrativos que el fondo requiera para realizar inversiones en valores o instrumentos financieros, conforme a los objetivos fijados en el reglamento interno del funcionamiento del fondo.

La diligencia con la que debe actuar la sociedad administradora es tal, que su deber fundamental es administrar el fondo atendiendo a la mejor conveniencia del fondo, realizando las operaciones correspondientes en el mejor interés del fondo⁷⁷⁷. Por esta razón, su cometido se complementa simultáneamente con la dirección del comité de inversiones de la sociedad para definir las políticas de inversión de los recursos del fondo; este comité está integrado por cinco personas de acreditada experiencia en el sector financiero⁷⁷⁸.

Como entidad financiera, la sociedad administradora debe cumplir además de las obligaciones previstas en el reglamento interno del fondo, los siguientes deberes generales⁷⁷⁹:

- a) negociar los valores conforme a los mecanismos de negociación bursátiles;
- b) valorar los activos del fondo según las normas de la CRCNV;
- c) asumir los gastos de administración de los bienes del fondo;
- d) entregar en custodia los valores de los fondos;
- e) pagar el rescate de las unidades que administra;

⁷⁷⁷ Art. 102 de la LMVE.

⁷⁷⁸ Arts. 106 y 107 de la LMVE, en concordancia con el art. 21 de la Sección III, Capítulo I, Subtítulo III, Título II de la CRCNV.

⁷⁷⁹ Art. 13 de la Sección III, Capítulo I, Subtítulo III, Título II de la CRCNV.

El fideicomiso mercantil en Ecuador

f) llevar un control interno sobre las actividades desarrolladas en el fondo; y

g) llevar la contabilidad y documentos de soporte de cada fondo de inversión.

A nivel nacional, sólo pueden cumplir funciones de sociedad administradora, las sociedades constituidas bajo la especie de compañía, cuyo objeto principal es la administración de fondos y fideicomisos, que estén inscritas en el RMV y cuenten con la respectiva autorización de funcionamiento por parte de la SC⁷⁸⁰.

b) Partícipes o aportantes

Los partícipes, conocidos también como inversores, son las personas públicas o privadas, nacionales o extranjeros, que realizan aportaciones de sumas de dinero al fondo, a cambio de una tasa de rendimiento por el capital invertido, asumiendo al mismo tiempo los riesgos de la inversión.

Los aportantes ingresan en el fondo de inversión mediante la firma del contrato de incorporación celebrado entre la sociedad administradora y el inversor. Adquieren la calidad de partícipe del fondo en el momento en que la sociedad recibe sus aportes, mediante transferencia, cheque efectivizado o en numerario⁷⁸¹.

La ley otorga al inversor el derecho al rescate total o parcial de sus unidades, si es un fondo administrado, o cuotas, si se trata de un fondo

⁷⁸⁰ Para cumplir funciones de sociedad administradora de fondos de inversión, la sociedad administradora deberá cumplir los siguientes requisitos: estar constituida bajo la especie de compañía o sociedad anónima con objeto social de administración de fondos de inversión; tener un capital suscrito y pagado de \$262.890, dividido en acciones nominativas (arts. 97 y 98 de la LMVE); ninguno de los administradores o socios deberá estar incurso en algunas de las inhabilidades que señalan los apartados 1 a 5 del artículo 7 de la LMVE (art. 101 de la LMVE); presentar la solicitud de autorización con la siguiente documentación: ficha registral, declaración individual de que los administradores no están incursos en las prohibiciones previstas en la ley, manual orgánico- funcional, manual orgánico y de procedimiento del comité de inversiones, reglamento operativo interno, manual de los sistemas tecnológicos, y la documentación que requiera el CNV (art. 4 del Capítulo I, Subtítulo III, Título II de la CRCNV).

⁷⁸¹ Art. 83 de la LMVE.

colectivo, según las condiciones establecidas en el reglamento interno de funcionamiento del fondo.

Para seguir el control de la administración del fondo, el inversor asimismo puede participar y ejercitar su voto en las asambleas que se desarrollen durante la vigencia del fondo para decidir aspectos de suma importancia, como la aprobación del balance y los estados financieros anuales del fondo, la elección de los miembros del comité de vigilancia, la liquidación anticipada del fondo y demás asuntos⁷⁸².

c) Custodio

Es la entidad bancaria, debidamente autorizada para prestar servicios de custodia, que se encarga de custodiar los títulos o documentos representativos de los valores y demás activos que la sociedad administradora del fondo le entrega bajo la firma de un contrato de custodia de valores, previo al inicio de operaciones de un fondo de inversión⁷⁸³.

El custodio no asume ninguna responsabilidad por las inversiones, enajenaciones o negociaciones que la sociedad administradora realice con los valores entregados en custodia, pero es responsable frente a los fondos de inversión por los daños y perjuicios que se deriven del incumplimiento de sus obligaciones, sin perjuicio de las acciones penales a que hubiere lugar.

d) Comité de vigilancia

El comité de vigilancia es el órgano interno del fondo colectivo, independiente de la sociedad administradora, cuya función esencial es velar que la sociedad administradora cumpla con lo dispuesto en el reglamento

⁷⁸² Art. 94 de la LMVE.

⁷⁸³ El contrato de custodia de valores que suscriba la sociedad administradora con la entidad bancaria autorizada disciplinará, entre otros aspectos, los derechos y obligaciones del custodio y de la sociedad administradora, los costos del servicio de custodia, el procedimiento para el ingreso y salida de los valores, el procedimiento para el cobro de valores en el caso de que sea delegada esa función al custodio, las condiciones para la conservación y las pólizas de seguro que se constituirán para amparar los valores depositados en el custodio (Art. 104 de la LMVE y Art. 19 de la Sección III, Capítulo I, Subtítulo III, Título II de la CRCNV).

El fideicomiso mercantil en Ecuador

interno del fondo y en la normativa reglamentaria. Componen el comité de vigilancia tres de los aportantes que son elegidos en asamblea por los mismos aportantes.

Dado que la función del comité de vigilancia es controlar la labor desarrollada por la sociedad administradora e informar mediante asamblea a los aportantes sobre su labor y comunicar asimismo a la SC respecto el incumplimiento de la normas que rigen al fondo, los miembros integrantes del comité no deberán tener vínculos de relación con la sociedad administradora ni pertenecer a empresas vinculadas a la sociedad administradora⁷⁸⁴.

3.2.3. Características

Tal como hemos ido viendo, los fondos de inversión también presentan la característica de la separación patrimonial de los recursos aportados al fondo, respecto del patrimonio perteneciente a la sociedad administradora y los partícipes o aportantes del fondo.

Si bien la ley no denomina explícitamente bajo la expresión de patrimonio autónomo, como lo hace al referirse al patrimonio del fideicomiso mercantil, consagra el patrimonio del fondo como un patrimonio independiente y separado. Así, lo expresamente determina que “cada fondo de considera un patrimonio independiente de su administradora, la que deberá llevar una contabilidad separada de otros fondos”⁷⁸⁵, y complementando la independencia de este patrimonio el reglamento establece que “el patrimonio del fondo [...] no responderán ni serán embargables por deudas de sus inversionistas aportantes”⁷⁸⁶.

En efecto, este patrimonio del fondo de inversión, de idéntica forma como sucede con el patrimonio del fideicomiso mercantil, pasa a constituir un patrimonio independiente para que la sociedad administradora con dicho

⁷⁸⁴ Art. 96 de la LMVE y Art. 8 de la Sección III, Capítulo V, Subtítulo I, Título III de la CRCNV.

⁷⁸⁵ Art. 98 de la LMVE.

⁷⁸⁶ Art. 33 de la Sección VIII, Capítulo I, Título IV de la CRCNV.

patrimonio pueda cumplir la finalidad de inversión del fondo, dentro de los objetivos señalados en el reglamento interno y en función de lograr el mejor desempeño y atención de su encargo⁷⁸⁷.

Es también característica particular de los fondos de inversión la representación de su patrimonio en unidades de participación y en cuotas de participación, según sea el tipo de fondo. Así, el patrimonio de los fondos administrados está representado por unidades de participación, mientras que el patrimonio de los fondos colectivos está dividido en cuotas de participación libremente negociables.

3.2.4. Clases de fondos

Según el tipo de inversiones que pretenda realizar el fondo, podemos encontrar tres clases de fondos:

- 1) Los fondos administrados de inversión, que se caracterizan por admitir, en cualquier momento, la incorporación de aportantes, así como el retiro de las aportaciones, por lo que el monto del patrimonio del fondo y el valor de sus respectivas unidades es variable. Los aportantes tienen unidades de participación en el fondo.
- 2) Los fondos colectivos de inversión, que están constituidos por los aportes hechos por los constituyentes dentro de un proceso de oferta pública. Los aportantes adquieren cuotas de participación en el fondo, que no son rescatables durante su respectivo período de colocación. Estos fondos y su administrador se someten a las normas del fideicomiso mercantil. También mediante estos fondos pueden llevarse a cabo procesos de titularización.
- 3) Los fondos internacionales de inversión, que distinguen a su vez tres tipos de fondos: los fondos administrados o colectivos constituidos en Ecuador únicamente con inversiones extranjeras para ser colocadas en el país; los fondos administrados o colectivos constituidos en Ecuador por nacionales o extranjeros, con el fin de que los recursos del fondo sean

⁷⁸⁷ Art. 102 de la LMVE y Art. 33 de la Sección VIII, Capítulo I, Título IV de la CRCNV.

El fideicomiso mercantil en Ecuador

invertidos en títulos valores tanto en el mercado nacional como internacional; y los fondos constituidos en el exterior con aportaciones de nacionales o extranjeros para operar en el mercado financiero ecuatoriano.

En cada uno de los fondos de inversión se aprecian particularidades que divergen en relación a los otros fondos, sin embargo en los tres tipos de fondos es nota común: la finalidad de la inversión en valores y en todo tipo de instrumentos financieros autorizados por el CNV⁷⁸⁸, y el mecanismo operativo para realizar la finalidad de inversión.

3.2.5. Regulación interna del funcionamiento del fondo

Internamente el funcionamiento del fondo de inversión y todas las operaciones conexas a su finalidad de inversión se desarrollan conforme las normas del Reglamento interno del fondo.

Este Reglamento interno constituye el documento principal en el que se disciplinan las materias concretas del fondo así como los aspectos generales de su operatividad, como son: la denominación y clase del fondo, el plazo de duración, las políticas de inversión, la remuneración por la administración, los gastos a cargo del fondo, las normas de valoración de las unidades y cuotas, la información a proporcionar a los aportantes, el cambio de administrador y liquidación anticipada del fondo y entrega de rendimientos a los inversionistas, las reglas sobre el retiro de los aportes y rescate anticipado de cuotas, y la indicación del diario en el que se informará a los aportantes.

En razón a que el Reglamento interno del fondo permite conocer al inversionista toda la información básica del fondo de inversión para decidir libremente si participa o no en el fondo, se obliga a que la sociedad

⁷⁸⁸ De acuerdo con el artículo 87 de la LMVE, los recursos del fondo se pueden invertir en valores inscritos en el RMV, valores crediticios o contentivos de obligaciones numerarias a cargo del Estado o del Banco Central del Ecuador, depósitos a la vista o plazo fijo, valores emitidos por compañías extranjeras, acciones y obligaciones de compañías ecuatorianas, acciones y obligaciones de compañías extranjeras, bienes raíces, acciones de compañías que desarrollen proyectos productivos específicos, otros valores y contratos autorizados por el CNV.

administradora al momento de solicitar autorización de funcionamiento del fondo presente también, junto con la escritura pública de constitución del fondo, el reglamento interno del fondo para su valoración del ajuste de sus normas conforme a la ley⁷⁸⁹.

3.2.6. Afinidad entre el régimen de los fondos de inversión y el fideicomiso

Las consideraciones antes expuestas nos han permitido constatar que los fondos de inversión presentan una estructura adecuada para concentrar recursos aportados por varias personas y realizar con ellos inversiones colectivas.

Se trata efectivamente de instrumentos financieros que si bien están dotados de características propias abrazan componentes que también están presentes en el fideicomiso mercantil, ya que en los fondos de inversión los recursos del fondo pasan a constituir un patrimonio independiente, separado para cumplir la finalidad de la inversión para el que ha sido constituido el fondo.

Asimismo, toda la gestión del fondo se sustancia bajo una administración fiduciaria donde la sociedad administradora actúa y desenvuelve sus facultades de idéntica forma que un fiduciario.

Son estas notas comunes las que principalmente revelan, en buena medida, la afinidad entre el fondo de inversión y el fideicomiso mercantil.

La propia disposición del artículo 76, inc. b) de la LMVE confirma la relación entre ambas instituciones debido a que determina expresamente que “los fondos colectivos de inversión y su administradora se someterán a las normas del fideicomiso mercantil”. Pero además este precepto dispone

⁷⁸⁹ Luego de verificar que la escritura pública de constitución y del reglamento interno del fondo se ajusta a la ley, que la administradora está inscrita en el RMV, que el patrimonio del fondo es el mínimo exigido, la SC emite la autorización del funcionamiento del fondo. Una vez obtenida la autorización de la SC e inscripción del fondo de inversión en el RMV, los fondos de inversión recién pueden comenzar a operar en el mercado.

El fideicomiso mercantil en Ecuador

que “exclusivamente para este tipo de fondos, la administradora podrá fungir como emisor de procesos de titularización”.

Con lo cual, los fondos colectivos de inversión y los fondos colectivos creados para llevar a cabo la titularización de activos, a diferencia de los fondos administrados y fondos internacionales, se constituyen mediante el contrato de fideicomiso mercantil y son administrados por el fiduciario con sujeción a las normas previstas para el fideicomiso mercantil.

Esta excepción que establece la legislación ecuatoriana sobre la aplicación de las normas del fideicomiso a los fondos colectivos de inversión y de titularización evidencia la afinidad especial que existe entre ambas instituciones, pero también deja constatar la dificultad que tiene el legislador al definir el alcance jurídico de los negocios fiduciarios, ya que estableciendo una regulación disgregada para los fondos de inversión en general, determina a la vez que los fondos colectivos de inversión se sujetan a las normas del fideicomiso mercantil⁷⁹⁰.

No se trata de una situación particular del ordenamiento ecuatoriano, ya que también en el sistema colombiano se ha vacilado al regular el régimen de los fondos comunes de inversión creados mediante fiducias de inversión hasta antes del 2007⁷⁹¹.

4. La tributación de las rentas y actividades del fideicomiso mercantil

4.1. Introducción

En las páginas precedentes hemos ido viendo que la normativa ecuatoriana es avanzada en cuanto a la regulación de los aspectos civiles y mercantiles del fideicomiso, algo similar sucede también en el régimen tributario de estas operaciones fiduciarias.

⁷⁹⁰ En opinión de González Torre, los fondos de inversión poseen una estructura similar a la de los fideicomisos de administración, pero limitados a los títulos valores y al dinero. Por esta razón, este autor puntualiza que no comparte la forma en que se ha legislado por cuenta separada el fideicomiso mercantil y los fondos de inversión. GONZÁLEZ TORRE, Roberto: “*Ley del Mercado de...*”, *ob. cit.*, pp. 540 y 556.

⁷⁹¹ Para mayores detalles puede verse el apartado 2.3, del Capítulo IV.

Tesis Doctoral

Cabe destacar en primer lugar que el fideicomiso mercantil en Ecuador cuenta con disposiciones específicas sobre su régimen tributario, recogidas tanto en la LMVE como en las leyes reguladoras de los impuestos vigentes en el sistema tributario nacional.

Al establecer su régimen tributario el legislador ha tenido en cuenta dos aspectos importantes de la figura: que el fideicomiso mercantil puede operar perfectamente en el tráfico económico-jurídico como una sociedad o entidad, de tal forma que puede obtener beneficios; y que para su constitución se realizan transferencias de propiedad de bienes sólo como medio necesario para poner al fiduciario en condiciones para realizar el fin del fideicomiso.

De esta manera, la norma establece que el fideicomiso mercantil para todos los efectos tributarios es considerado como una sociedad y como tal está sujeto a los impuestos en los que tenga incidencia su actividad; y la transferencia del dominio de los bienes a título de fideicomiso mercantil por cuanto no supone un beneficio económico para el fiduciario ni para el constituyente, goza de exención de los impuestos que gravan la propiedad, salvo determinadas excepciones.

Es de resaltar también que no hace mucho se han incorporado nuevas disposiciones y modificaciones en el Impuesto a la Renta a raíz de la expedición del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones de 2010⁷⁹², por lo que a partir del 2010 los fideicomisos mercantiles tributan según desarrollen o no actividades empresariales o negocios en marcha.

Dicho esto, antes de centrarnos por completo en la tributación del fideicomiso mercantil haremos breve referencia a la calidad de agente de retención que ostenta el fideicomiso mercantil y la responsabilidad tributaria del fiduciario, por cuanto es importante para proseguir con el análisis de su tratamiento tributario.

⁷⁹² Publicado en el Registro Oficial N° 351, de 29 de diciembre de 2010.

El fideicomiso mercantil en Ecuador

4.2. El fideicomiso mercantil como agente de retención y percepción

En el ordenamiento ecuatoriano, de conformidad con el artículo 45 de la Ley Orgánica del Régimen Tributario y el artículo 29 del Código Tributario⁷⁹³, la calidad de agente de retención recae en todas las personas jurídicas, públicas o privadas, las sociedades y las empresas o personas naturales obligadas a llevar contabilidad que paguen o acrediten en cuenta cualquier otro tipo de ingresos que constituyan rentas gravadas.

Ajustándose a lo establecido por estas normas, y en mérito a que el fideicomiso mercantil tiene la condición de sociedad para todos los efectos tributarios, la LMVE atribuye al fideicomiso el carácter de agente de retención y percepción, estableciendo manifiestamente en el artículo 135 que «el fideicomiso mercantil tendrá la calidad de agente de recepción o de percepción respecto de los impuestos que al fideicomiso le corresponde retener y percibir en los términos de la legislación tributaria vigente».

El fideicomiso mercantil, en este sentido, adquiere el carácter de agente de retención y agente de percepción por los impuestos que por razón de su actividad, función o posición contractual esté en posibilidad de retener.

La ley atribuye tal carácter al fideicomiso mercantil precisamente porque el fideicomiso, como ente autónomo, puede realizar funciones, actividades o hechos que podrían ponerle en contacto directo con sumas de dinero que, en principio, correspondería al contribuyente y, consecuentemente, puede retener la parte de los mismos que corresponde al fisco en concepto del impuesto correspondiente. Pero ante la administración tributaria, el fiduciario como su representante legal es el responsable de dar cumplimiento a las obligaciones del fideicomiso mercantil.

4.3. Responsabilidad tributaria del fiduciario

A la sociedad administradora del fideicomiso como representante legal del fideicomiso le son aplicables los artículos 26 y 27 del Código tributario

⁷⁹³ Publicado en el Registro Oficial N° 38 de 14 de Junio del 2005, con las reformas realizadas por la Asamblea Nacional Constituyente.

(CTE) que, en armonía con el artículo 97 de la misma norma, le imponen la responsabilidad por representación por el incumplimiento de los deberes formales en que pudiese incurrir.

Según el artículo 96 del CTE, las obligaciones tributarias que deben cumplir los contribuyentes o responsables son los siguientes:

- los deberes que así lo exijan las leyes, reglamentos y ordenanzas, como ser: la inscripción en los registros pertinentes de la actividad económica desarrollada, la solicitud de los permisos previos que fueren del caso, llevar los libros y registros contables de la actividad económica mientras la obligación tributaria no esté prescrita, presentar las declaraciones que correspondan, y cumplir con los deberes específicos que la respectiva ley tributaria establezca;
- facilitar a los funcionarios autorizados las inspecciones para el control o a la determinación del tributo;
- exhibir a los funcionarios, las declaraciones, informes, libros y documentos relacionados con los hechos generadores de obligaciones tributarias y formular las aclaraciones que les fueren solicitadas; y
- concurrir a las oficinas de la administración tributaria, cuando su presencia sea requerida por autoridad competente.

Los deberes que proclama el artículo 96, como se puede ver, están referidos tanto al cumplimiento de los deberes sustanciales (pago de tributos) como de los deberes formales (presentación de declaraciones) que las normas atribuyen a los contribuyentes y responsables, por lo que el fiduciario como responsable por representación del fideicomiso está obligado a dar cumplimiento a estas obligaciones⁷⁹⁴.

El alcance de la responsabilidad por representación que recae sobre el fiduciario, es a nivel de responsabilidad solidaria debido a que el artículo 26 del CTE dispone que «toda obligación tributaria es solidaria entre el contribuyente y el responsable, quedando a salvo el derecho de éste de repetir lo pagado en contra del contribuyente, ante la justicia ordinaria y en

⁷⁹⁴ Art. 27.2 del CTE.

El fideicomiso mercantil en Ecuador

juicio verbal sumario». Asimismo, el artículo 135 de la LMVE establece que «el fiduciario será responsable solidario con el fideicomiso mercantil por el incumplimiento de deberes formales que como agente de retención y percepción le corresponda al fideicomiso».

Por consiguiente, el fiduciario es responsable solidario con el fideicomiso mercantil, que es el contribuyente, por el incumplimiento de los deberes citados, salvo que acredite ante la administración tributaria que en su obrar no habido una acción u omisión dolosa o, en su caso, que él o los constituyentes lo han colocado ante la imposibilidad de cumplir correcta y oportunamente con los deberes formales.

4.4. Tributación efectiva del fideicomiso mercantil

4.4.1. Impuestos nacionales

A continuación examinaremos la tributación del fideicomiso mercantil a la luz de tres impuestos nacionales: el Impuesto a la Renta, el Impuesto al Valor Agregado y el Impuesto a los Consumos Especiales, en virtud a que en el fideicomiso mercantil se realiza, por un lado, transferencias de bienes o derechos y, por otro lado, dependiendo de la finalidad que se persiga con el fideicomiso, una variedad de actos o negocios que pueden generar utilidades, que pueden ser objeto de imposición en los impuestos mencionados.

4.4.1.1. Impuesto a la Renta - IR

El Impuesto a la Renta (IR) en Ecuador está regulado por la Ley Orgánica del Régimen Tributario Interno (LORTI), de codificación 2004-206⁷⁹⁵, y por

⁷⁹⁵ Publicado en el Suplemento del Registro Oficial N° 463, de 17 de noviembre de 2004. Modificado últimamente por la Ley s/n, publicado en el Registro Oficial N° 392, de 30 de julio de 2008; Ley s/n, publicado en el Registro Oficial N° 497, de 30 diciembre de 2008; Ley s/n, publicado en el Registro Oficial N° 94, de 23 de diciembre de 2009; Ley s/n, publicado en el Registro Oficial N° 244, de 27 de julio de 2010.

el Reglamento para la Aplicación de la Ley de Régimen Tributario (RALRT)⁷⁹⁶.

Conforme a los artículos 1 y 4 de la LORTI, el IR grava la renta global que obtengan las personas naturales, las sucesiones indivisas y las sociedades nacionales o extranjeras, domiciliadas o no en el país. Así, son sujetos pasivos del impuesto las personas naturales, las sucesiones indivisas y las sociedades, nacionales o extranjeras, domiciliadas o no en el país, que obtengan ingresos de fuente ecuatoriana e ingresos del exterior.

Para ello y a fines del impuesto, el término de sociedad, según el artículo 98 de la LORTI, comprende a «la persona jurídica; la sociedad de hecho; el fideicomiso mercantil y los patrimonios independientes o autónomos dotados o no de personería jurídica, salvo los constituidos por las Instituciones del Estado siempre y cuando los beneficiarios sean dichas instituciones; el consorcio de empresas, la compañía tenedora de acciones que consolide sus estados financieros con sus subsidiarias o afiliadas; el fondo de inversión o cualquier entidad que, aunque carente de personería jurídica, constituya una unidad económica o un patrimonio independiente de los de sus miembros».

El fideicomiso mercantil, como se puede observar, está incluido entre las sociedades y entidades que alude el mencionado precepto, siendo considerado como una sociedad más.

Pero además, el fideicomiso mercantil como sociedad tiene a la vez la calidad de agente de retención, puesto que el artículo 2 del Reglamento de Ley Orgánica del Régimen Tributario Interno (RLORTI), en concordancia con el artículo 135 de la LMVE, establece que son sujetos pasivos del IR en calidad agentes de retención «las personas naturales y las sucesiones indivisas obligadas a llevar contabilidad, las sociedades definidas como tales por la Ley de Régimen Tributario Interno [...] que realicen pagos o

⁷⁹⁶ Publicado en el suplemento del Registro Oficial N° 209 del martes 8 de Junio del 2010. Modificado últimamente por el Decreto Ejecutivo N° 732, publicado en el Registro Oficial N° 434 de 26 de Abril del 2011, y el Decreto Ejecutivo N° 825, publicado en el Registro Oficial N° 498 de 25 de Julio del 2011.

El fideicomiso mercantil en Ecuador

acrediten en cuenta valores que constituyan ingresos gravados para quienes lo reciban».

En consecuencia, los fideicomisos mercantiles a efectos del IR son sujetos pasivos bajo una doble cualidad “en calidad de contribuyentes y en calidad de agentes de retención”⁷⁹⁷.

El artículo 42.1 de la LORTI, en este sentido, a efectos de la declaración y pago del IR distingue un tratamiento diferenciado para las rentas de los fideicomisos mercantiles que desarrollan actividades empresariales u operan negocios en marcha y las rentas obtenidas por los fideicomisos mercantiles que no desarrollan actividades empresariales u operan negocios en marcha.

A continuación veremos la manera en que tributan las rentas de los fideicomisos mercantiles mencionados:

- a) Fideicomisos mercantiles que desarrollan actividades empresariales u operan negocios en marcha

Los fideicomisos mercantiles que desarrollan actividades empresariales u operan negocios en marcha declaran y liquidan el IR por las utilidades obtenidas, de acuerdo con las normas generales que corresponda a las sociedades⁷⁹⁸.

Así para determinar la base imponible sujeta al impuesto los fideicomisos mercantiles realizan los ajustes pertinentes y deducciones imputables a tales ingresos que establecen los artículos 10 y 12 de la LORTI y artículos 27 y 28 del RLORTI, y pagan por las rentas, como rentas de sociedad, con la tasa del 22%⁷⁹⁹.

⁷⁹⁷ URQUIZU CAVALLÉ, Ángel: “El fideicomiso en Ecuador”, en URQUIZU CAVALLÉ, Ángel (Dir.), *El Fideicomiso en Latinoamérica. Integración jurídico-financiera*, Ed. Marcial Pons (Madrid, Barcelona, Buenos Aires), 2010, p. 201.

⁷⁹⁸ Párrafo primero del art. 42.1 de la LORTI.

⁷⁹⁹ Art. 37 de la LORTI.

Tesis Doctoral

Para ello, con carácter previo, los fideicomisos mercantiles, con excepción de los fideicomisos mercantiles de inversión, deben ir pagando el anticipo del IR con cargo al ejercicio fiscal corriente, en la forma y en los plazos establecidos en el RLORTI⁸⁰⁰; y liquidan el saldo del anticipo pagado dentro de los plazos establecidos para la presentación de la declaración del IR del ejercicio fiscal en curso y conjuntamente con la correspondiente declaración.

Una vez pagado el IR por el fideicomiso mercantil, las utilidades distribuidas a beneficiarios que son sociedades nacionales o extranjeras y personas naturales residentes en el país están exentas del impuesto. El artículo 9.1 de la LORTI declara la exención del impuesto para las utilidades y dividendos, calculados después del IR, distribuidas por sociedades nacionales o extranjeras residentes en Ecuador, a favor de otras sociedades nacionales y extranjeras no domiciliadas en paraísos fiscales y personas naturales no residentes en Ecuador⁸⁰¹.

No obstante ello, los beneficios o utilidades distribuidos a beneficiarios que son personas naturales residentes en el país constituyen ingresos gravados por el impuesto, por tanto el fiduciario debe efectuar la retención en la fuente, de acuerdo a los siguientes porcentajes⁸⁰²:

Fracción básica	Exceso hasta	Retención fracción básica	Porcentaje de retención sobre la fracción excedente
-	100.000	0	1%
100.000	200.000	1.000	5%
200.000	En adelante	6.000	10%

Bajo este contexto, los fideicomisos mercantiles deben asignar, en función del rendimiento causado, a los beneficiarios las retenciones que les

⁸⁰⁰ Art. 76, inc. b), del RLORTI.

⁸⁰¹ Sobre la tributación de las rentas derivadas de fideicomisos mercantiles ecuatorianos en el marco del Convenio entre España y Ecuador para evitar la doble imposición en materia de impuestos sobre la renta puede consultarse: URQUIZU CAVALLÉ, Ángel: “*Tributación de las rentas derivadas...*”, *ob. cit.*, pp. 183-235.

⁸⁰² Párrafo cuarto del art. 15 del RLORTI.

El fideicomiso mercantil en Ecuador

hubieren sido efectuadas porque son utilizadas como prueba de la retención del IR los estados de cuenta originales emitidos por la sociedad administradora y también “tales estados de cuenta sirven como comprobantes de retención del impuesto a la renta, los cuales justificarán el crédito tributario para los beneficiarios”⁸⁰³.

El tratamiento que acabamos de describir, conforme señala el artículo 42.1 de la LORTI, solo es aplicable para las rentas provenientes de fideicomisos mercantiles que desarrollan actividades económicas o negocios en marcha. Por esta razón, este mismo precepto establece los criterios básicos para determinar cuando un fideicomiso mercantil ejerce actividades económicas, los cuales son:

- que el objeto o la actividad del fideicomiso sea tipo industrial, comercial, agrícola, de prestación de servicios, así como cualquier otra que tenga ánimo de lucro; y
- que dicha actividad sea realizada regularmente a través de otro tipo de sociedades.

Verificadas estas condiciones se considera, a todos los efectos, que un fideicomiso mercantil desarrolla actividades empresariales o negocios en marcha y por tanto las rentas tributan tal como se ha expuesto.

- b) Fideicomisos mercantiles que no desarrollan actividades económicas ni operan negocios en marcha

En virtud del artículo 42.1 de la LORTI los ingresos que obtengan los fideicomisos mercantiles que no desarrollan actividades empresariales u operan otros negocios gozan de la exención del IR siempre que cumplan lo establecido por el artículo 9.15 de la LORTI.

Según el artículo 9.15, para que el fideicomiso mercantil que no desarrolla actividades empresariales u otros negocios pueda beneficiarse de la exención del impuesto, es requisito indispensable que al momento de la

⁸⁰³ URQUIZU CAVALLÉ, Ángel: “*El fideicomiso en Ecuador...*”, *ob. cit.*, p. 202.

distribución de las utilidades a los beneficiarios o constituyentes, el fiduciario haya efectuado la correspondiente retención en la fuente del IR, —en los mismos porcentajes establecidos para el caso de distribución de dividendos y utilidades, conforme lo dispuesto en el Reglamento para la aplicación de esta Ley—, pero además que presente una declaración informativa al Servicio de Rentas Internas (SRI), en medio magnético, por cada fideicomiso mercantil que administre con la información y en la periodicidad que señale SRI.

Por lo tanto, el fideicomiso mercantil está exento del IR siempre que el fiduciario efectuó la retención en la fuente del IR de las utilidades entregadas a los beneficiarios en los porcentajes establecidos para los dividendos y presente la declaración informativa de cada fideicomiso mercantil.

De no cumplir con estos dos requisitos, el fideicomiso mercantil tributaría sin exoneración alguna⁸⁰⁴. Así, los beneficios obtenidos por el fideicomiso tributarían por el IR de sociedad, con la tasa del 23%, y luego, las utilidades distribuidas a beneficiarios que son personas naturales residentes pagarían el IR, en concepto de dividendo, según los porcentajes previstos en el artículo 15 del RLORTI; si los beneficiarios son personas naturales no residentes o sociedades nacionales o extranjeras, tales utilidades no pagan el impuesto por encontrarse exentas.

Antes de continuar con el siguiente punto, resulta menester apuntar, por último, las particularidades que se observan en el tratamiento tributario de las rentas obtenidas por los fideicomisos mercantiles de titularización.

Cabe indicar, en primer término, que la LMVE al establecer el régimen tributario de los fideicomisos de titularización prevé en el artículo 159 que «los ingresos que perciba el patrimonio de propósito exclusivo están sujetos a tributación en él, de conformidad con la naturaleza propia de tales rentas y el régimen tributario ordinario aplicables a ella».

⁸⁰⁴ Párrafo tercero del artículo 9.15 de la LORTI.

El fideicomiso mercantil en Ecuador

Sin embargo, el artículo 45 de la LORTI establece que «no procederá retención en la fuente en los pagos realizados ni al patrimonio de propósito exclusivo utilizados para desarrollar procesos de titularización, realizados al amparo de la Ley de Mercado de Valores».

Al amparo de este precepto puede afirmarse que ni el fideicomiso mercantil de titularización ni las utilidades distribuidas a los beneficiarios están sujetos al IR ya que la disposición es imperativa «*no procederá retención en la fuente...*». No obstante, las interpretaciones que los autores vienen dando al respecto no mantienen un criterio unánime, por ejemplo, Cárdenas considera que el fideicomiso de titularización debe pagar el impuesto como lo hacen los fideicomisos que desarrollan actividades comerciales⁸⁰⁵.

4.4.1.2. Impuesto al Valor Agregado - IVA

El Impuesto al Valor Agregado (IVA), regulado por las disposiciones del Título Segundo de la LORTI, grava al valor de la transferencia de dominio o a la importación de bienes muebles de naturaleza corporal, en todas sus etapas de comercialización, así como a los derechos de autor, de propiedad industrial y derechos conexos, y al valor de los servicios prestados, en la forma y en las condiciones establecidas⁸⁰⁶.

A estos efectos, el artículo 53 de la LORTI determina que a los fines del impuesto se considera transferencia a:

– todo acto o contrato realizado por personas naturales o sociedades que tenga por objeto transferir el dominio de bienes muebles de naturaleza corporal, así como los derechos de autor, de propiedad industrial y derechos conexos, aún cuando la transferencia se efectúe a título gratuito, independientemente de la designación que se dé a los contratos o negociaciones que originen dicha transferencia y de las condiciones que pacten las partes;

⁸⁰⁵ CÁRDENAS Z., Álvaro: “El Fideicomiso de Titularización de flujos futuros como sujeto pasivo del Impuesto a la Renta”, en *Revista Novedades Jurídicas*, núm. 66, diciembre de 2011, p. 70.

⁸⁰⁶ Art. 56 de la LORTI.

Tesis Doctoral

- la venta de bienes muebles de naturaleza corporal que hayan sido recibidos en consignación y el arrendamiento de éstos con opción de compraventa, incluido el arrendamiento mercantil, bajo todas sus modalidades; y
- el uso o consumo personal, por parte del sujeto pasivo del impuesto, de los bienes muebles de naturaleza corporal que sean objeto de su producción o venta.

La transferencia de bienes muebles efectuados en el fideicomiso mercantil se encontraría, a efectos del IVA, a pesar de que éste impuesto grava todo acto o contrato que tenga por objeto transferir el dominio de bienes muebles independientemente de la designación del contrato, está exenta del IVA.

Así, lo establece el artículo 113 de la LMVE «la transferencia de dominio de bienes muebles realizada a título de fideicomiso mercantil está exenta del pago del impuesto al valor agregado y de otros impuestos indirectos. Igual exención se aplicará en el caso de restitución al constituyente de conformidad con el inciso precedente de este artículo».

De este precepto, podemos extraer que no sólo la transferencia de los bienes muebles efectuadas para la constitución del fideicomiso está exenta del IVA, sino también la restitución de los bienes muebles al constituyente, siempre que los bienes muebles restituidos —ya sea como consecuencia de la falla de la condición prevista en el contrato o una situación de caso fortuito o fuerza mayor o por efectos contractuales— vuelvan en las mismas condiciones en las que fueron transferidos, tal y como prevé el párrafo tercero del artículo 113 de la LMVE.

Este requisito es fundamental para la exención de la transferencia por el que el fiduciario restituye los bienes muebles al constituyente debido a que el artículo 113 de la LMVE supedita la exención del IVA al cumplimiento de dicho requisito, al establecer que los bienes muebles deben ser devueltos «*en las mismas condiciones en las que fueron transferidos*».

El fideicomiso mercantil en Ecuador

De no cumplirse con este requisito, este precepto da a entender que la exención no resultaría aplicable y por tanto la transferencia tributaria por el IVA, con la tasa general del 12%.

Creemos que en este supuesto concreto, la aplicación del IVA no resultaría siendo apropiado ni tampoco justificado, dado que no estamos ante una transferencia de bienes muebles que pueda considerarse como venta, pues se trata de una restitución de bienes muebles que en un primer momento fueron transferidos para el cumplimiento de una finalidad específica encomendada en virtud de un fideicomiso y que al hacerse imposible tal finalidad son devueltos a su constituyente, que es el propietario original de tales bienes muebles.

El alcance del IVA, por otra parte, se hace efectivo cuando el fideicomiso mercantil desarrolla actividades gravadas por el hecho generador del IVA como son la importación de bienes, prestación de servicios en el país, y la cesión de derechos o licencia de uso de derechos de propiedad intelectual.

En estos casos, el fideicomiso mercantil, como entidad ejerciente de una actividad económica debidamente inscrita en el Registro Único del Contribuyente (RUC), se constituye en agente de retención⁸⁰⁷ y bajo esta condición deberá efectuar la retención del IVA, en los porcentajes establecidos para la transacción o servicio que realiza, entregando al consumidor el correspondiente comprobante de venta.

Por último, el fideicomiso mercantil, al igual que cualquier otro consumidor, está obligado a pagar el IVA por la compra de bienes, contratación de servicios y demás transacciones que efectúe con terceros en el marco de sus actividades o actos necesarios para la consecución de su finalidad.

4.4.1.3. Impuesto a los Consumos Especiales - ICE

El Impuesto a los Consumos Especiales (ICE), también regulado por las disposiciones de la LORTI y el respectivo RLORTI, grava en una sola fase o

⁸⁰⁷ Art. 63 de la LORTI, en concordancia con el art. 147 del RLORTI.

un momento la importación y el consumo en el mercado nacional de determinados bienes y servicios.

En este sentido, constituyen bienes y servicios gravados por el ICE los siguientes⁸⁰⁸:

- 1) cigarrillos, productos del tabaco y sucedáneos del tabaco;
- 2) cerveza;
- 3) bebidas y gaseosas;
- 4) alcohol y productos alcohólicos distintos a la cerveza;
- 5) perfumes y aguas de tocador;
- 6) videojuegos;
- 7) armas de fuego, armas deportivas y municiones;
- 8) focos incandescentes;
- 9) vehículos motorizados;
- 10) aviones, avionetas y helicópteros;
- 11) servicios de televisión pagada;
- 12) servicios de casinos, salas de juego y otros juegos de azar; y
- 13) las cuotas, membrecías, afiliaciones a clubes sociales.

Los contribuyentes del ICE, conforme al artículo 80 de la LORTI, son las personas naturales y sociedades fabricantes de los bienes gravados, las personas naturales y sociedades que realicen importaciones de bienes gravados y quienes presten servicios gravados con el impuesto.

En virtud de ello, el ICE en el fideicomiso mercantil se materializa cuando el objeto o la finalidad del fideicomiso consista en:

- la producción de bienes gravados;
- la importación de bienes gravados; o
- la prestación de servicios gravados con el impuesto.

Solamente cuando el objeto o la actividad del fideicomiso mercantil consista en realizar alguno de los actos mencionados será sujeto pasivo del ICE, ya

⁸⁰⁸ Arts. 78 y 82 de la LORTI.

El fideicomiso mercantil en Ecuador

que si su actividad es distinta no se produce el nacimiento del hecho generador del impuesto.

De ser el caso que la actividad del fideicomiso mercantil consista en una de las actividades gravadas, el fideicomiso adquirirá la calidad de contribuyente y también la de agente de retención.

Como agente de retención, el fideicomiso mercantil, a través del fiduciario, está obligado a efectuar la retención del ICE en los pagos por la transferencia del bien o servicio, exclusivamente sobre el valor del bien o servicio prestado, de acuerdo a la tarifa vigente que le corresponda⁸⁰⁹; y presentará la declaración del impuesto en los plazos señalados para declaraciones mensuales de retenciones de IR previsto en el RLORTI⁸¹⁰.

Si la actividad consiste en la producción de bienes nacionales o la prestación de servicios gravados, debe presentar una declaración mensual de las operaciones sujetas, realizadas en el mes calendario inmediato anterior y a liquidar y pagar el ICE causado, en la forma y condiciones que establece la LORTI; si por el cambio su actividad es la importación de bienes gravados, debe liquidar el ICE en el documento de importación correspondiente⁸¹¹.

4.4.2. Impuestos municipales

Vamos a analizar ahora el Impuesto de Alcabala (IA), el Impuesto a las Utilidades en la Compraventa de Predios Urbanos y Plusvalía de los mismos (IUCPUP), el Impuesto de Patente Municipal (IPM) y el Impuesto del 1.5 por mil sobre los activos totales, toda vez que en el fideicomiso, como dijimos, se produce transferencias de bienes y se realizan, según la finalidad perseguida, actividades, actos o hechos que pueden encontrarse gravados por estos impuestos.

⁸⁰⁹ Art. 111 del RLORTI.

⁸¹⁰ Art. 201 del RLORTI.

⁸¹¹ Art. 202 del RLORTI.

Partiremos de lo dispuesto por el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, de 11 de agosto de 2010⁸¹² (COOTAD), ya que es la norma principal que regula los impuestos municipales, y sólo para los dos últimos impuestos, atenderemos la Ordenanza Metropolitana N° 292, de 26 de marzo de 2009⁸¹³.

Ello en virtud a que dicha ordenanza constituye un importante referente legislativo para el resto de los municipios que aún no han especificado el régimen tributario municipal del fideicomiso.

4.4.2.1. Impuesto de Alcabala - IA

El Impuesto de Alcabala (IA) es un impuesto que grava el otorgamiento de actos jurídicos que implican la transferencia del dominio de bienes inmuebles, buques, así como la constitución o traspaso, usufructo, uso y habitación relativos a dichos bienes.

Así, de acuerdo con el artículo 527 del COOTAD, son objeto del IA los siguientes actos jurídicos que contengan el traspaso de dominio de bienes inmuebles:

- a) los títulos traslaticios de dominio onerosos de bienes raíces y buques en el caso de las ciudades portuarias, en los casos en que la ley lo permita;
- b) la adquisición del dominio de bienes inmuebles a través de prescripción adquisitiva de dominio y de legados a quienes no fueren legitimarios;
- c) la constitución o traspaso, usufructo, uso y habitación, relativos a dichos bienes;
- d) las donaciones que se hicieren a favor de quienes no fueren legitimarios; y

⁸¹² Publicado en el Registro Oficial N° 303, de 19 de octubre de 2010.

⁸¹³ Publicado en el Registro Oficial N° 1, de 11 de agosto del 2009.

El fideicomiso mercantil en Ecuador

- e) las transferencias gratuitas y onerosas que haga el fiduciario en favor de los beneficiarios en cumplimiento de las finalidades del contrato de fideicomiso mercantil.

Los sujetos pasivos del impuesto son los contratantes que reciban beneficio en el respectivo contrato, así como los favorecidos en los actos que se realicen en su exclusivo beneficio⁸¹⁴.

Con respecto a la transferencia de bienes que se efectúan en el fideicomiso mercantil, el IA contempla un tratamiento diferenciado para el acto de transferencia del dominio de bienes para la constitución del fideicomiso y el acto de transferencia del dominio de los bienes al beneficiario en cumplimiento de la finalidad del fideicomiso mercantil.

Vamos a analizar, siguiendo este mismo orden, el régimen establecido para ambos actos de transferencia del dominio de bienes inmuebles.

- 1) Acto de transferencia del dominio de bienes para la constitución del fideicomiso mercantil

En consonancia con la naturaleza de la transferencia del dominio de bienes que se efectúan en virtud del fideicomiso mercantil, que no es onerosa ni gratuita porque no determina un provecho económico para el constituyente ni para el fiduciario y se da como medio necesario para que el fiduciario pueda cumplir las finalidades determinadas por el constituyente en el contrato, el COOTAD declara que este acto de la transferencia del dominio de bienes para la constitución de un fideicomiso mercantil está exento del IA.

Así el párrafo segundo del artículo 536 del citado articulado determina que «están exonerados del pago de todo impuesto, tasa o contribución provincial o municipal, inclusive el impuesto de plusvalía, las transferencias de dominio de bienes inmuebles que se efectúen con el objeto de constituir un fideicomiso mercantil».

⁸¹⁴ Art. 531 del COOTAD.

Tesis Doctoral

La exención del IA, como dispone este precepto, sólo es aplicable a la transferencia del dominio de los bienes que realiza el constituyente al fideicomiso al momento de su constitución. Por lo que las transferencias posteriores que el fiduciario realice con terceras personas a fin de cumplir la finalidad del fideicomiso se someten a imposición en el IA, ya que el hecho generador de este impuesto grava los actos jurídicos que implican la transferencia del dominio de bienes inmuebles.

De otra parte, conforme al artículo 113 de la LMVE, la restitución del dominio de los bienes al constituyente también se encuentra exenta del IA si los bienes, que son restituidos como consecuencia de la falla de la condición prevista en el contrato o el acontecimiento de cualquier situación de caso fortuito o fuerza mayor, son devueltos en las mismas condiciones en las que fueron transferidos.

La concurrencia de estas circunstancias es determinante para la aplicación de la exención, pero al mismo tiempo es requisito indispensable que los bienes restituidos regresen al constituyente en las mismas condiciones en que fueron transferidos, tal y como prevé el artículo 113 de la LMVE.

Si bien el citado precepto no concreta lo que debe entenderse por bienes restituidos en las mismas condiciones, teniendo en cuenta que el fideicomiso mercantil constituye un medio para realizar varios negocios y que en el desarrollo de las actividades conexas a su finalidad el patrimonio fideicomitado sufre incrementos o disminuciones patrimoniales, hemos de entender que la norma alude que los bienes restituidos al constituyente no deben contemplar ningún tipo de incremento o disminución patrimonial, pues ello alteraría el estado inicial que en los bienes fueron transferidos al fideicomiso y por lo tanto no procedería la exención.

Por último, los impuestos adicionales al IA, tasas o contribuciones fiscales municipales que puedan establecer en lo posterior los municipios para la financiación de los servicios municipales, no tendrán alcance sobre la transferencia de dominio de bienes inmuebles efectuados para la constitución del fideicomiso mercantil ya que en el párrafo segundo del

El fideicomiso mercantil en Ecuador

artículo 536 del COOTAD se consagra la exoneración del pago de dichos tributos.

- 2) Acto de transferencia del dominio de los bienes al beneficiario en cumplimiento de la finalidad del fideicomiso mercantil

El acto de transferencia del dominio de los bienes que realice el fiduciario al beneficiario en cumplimiento de la finalidad del fideicomiso mercantil constituye un acto jurídico gravado por el IA.

El gravamen de este acto de transferencia lo encontramos en el inc. e) del artículo 527 del COOTAD, cuyo texto determina que «constituyen objeto del IA las transferencias gratuitas y onerosas que haga el fiduciario en favor de los beneficiarios en cumplimiento de las finalidades del contrato de fideicomiso mercantil».

Por consiguiente, la transferencia de los bienes efectuada al beneficiario se sujeta a imposición en el IA tanto si el beneficiario es una tercera persona como si es el mismo constituyente del fideicomiso. Esta transferencia por tanto tributa en el IA, con la tasa del 1%⁸¹⁵, siendo el sujeto obligado al pago del impuesto el beneficiario que recibe los bienes.

4.4.2.2. Impuesto a las Utilidades en la Compraventa de Predios Urbanos y Plusvalía de los mismos - IUCPUP

El Impuesto a las Utilidades en la compraventa de Predios Urbanos y Plusvalía de los mismos (IUCPUP), como delata su propia denominación, es un tributo que grava las utilidades o beneficios que obtienen los vendedores de bienes inmuebles urbanos al enajenarlos⁸¹⁶.

Son sujetos pasivos del IUCPUP los que como propietarios de los predios los vendieren obteniendo la utilidad imponible y los adquirentes hasta el valor principal del impuesto que no se hubiere pagado al momento en que se efectuó la venta; en las transferencias de dominio, el impuesto grava

⁸¹⁵ Art. 535 del COOTAD.

⁸¹⁶ Art. 556 del COOTAD.

Tesis Doctoral

solidariamente a las partes contratantes o, a todos los herederos o sucesores si se trata de herencias, legados o donaciones⁸¹⁷; y en las plusvalías por obras de infraestructura, el contribuyente es el propietario de los predios beneficiados⁸¹⁸.

En el caso del fideicomiso mercantil, la transferencia de bienes efectuados para constituir el fideicomiso mercantil está exenta del IUCPUP en virtud del artículo 536 del COOTAD y artículo 113 de la LMVE. También están exenta del IUCPUP la transferencia que efectuó el fiduciario al constituyente si los bienes restituidos son devueltos en las mismas condiciones en que fueron transferidos al momento de la constitución del fideicomiso mercantil⁸¹⁹.

Está claro que la ley es clara en cuanto a la exención de la transferencia de los bienes para la constitución del fideicomiso y la transferencia por el que se restituyen los bienes al constituyente, sin embargo no contempla ninguna referencia en cuanto a la transferencia de los bienes a los beneficiarios.

Inferimos que tal transferencia no se encuentra gravada por el impuesto ya que las disposiciones del IUCPUP —contenida en los arts. 556 al 561 del COOTAD— no recogen expresamente el alcance del impuesto en la transferencia de los bienes al beneficiario del fideicomiso.

Recordemos que el artículo 113 de la LMVE puntualmente indica que la transferencia onerosa o gratuita que realice el fiduciario a los beneficiarios estará gravada siempre que las disposiciones generales previstas en las leyes así lo determinen.

Por último, la enajenación de los bienes del fideicomiso que efectúe el fiduciario con terceras personas en cumplimiento de las instrucciones del constituyente, en virtud de lo previsto en el artículo 556 del COOTAD, están

⁸¹⁷ Art. 558 del COOTAD.

⁸¹⁸ Art. 561 del COOTAD.

⁸¹⁹ Párrafo segundo del artículo 113 de la LMVE.

El fideicomiso mercantil en Ecuador

sujetos al pago del IUCPUP debido a que en este caso se cumple el presupuesto fundamental para el nacimiento de este impuesto, como es la obtención de utilidades por la venta de bienes inmuebles.

En tal sentido, la transferencia de los bienes al tercero se someterá a imposición el impuesto, con la tasa del 10%⁸²⁰, debiendo el fiduciario, como vendedor y representante legal del fideicomiso, satisfacer el pago del impuesto.

4.4.2.3. Impuesto de Patente Municipal - IPM

Los artículos 546 y 547 del COOTAD definen el Impuesto de Patente Municipal (IPM) como un impuesto que recae sobre el ejercicio permanente de actividades comerciales, industriales, financieras, inmobiliarias y profesionales en una jurisdicción municipal o metropolitano.

Están obligados a tener la patente y, en consecuencia, al pago del impuesto las personas naturales, jurídicas, sociedades, nacionales o extranjeras, domiciliadas o con establecimiento en la respectiva jurisdicción municipal o metropolitana que ejerzan permanentemente actividades comerciales, industriales, financieras, inmobiliarias y profesionales⁸²¹.

Atento a que el objeto del IPM está constituido por el ejercicio de actividades económicas de cualquier naturaleza, en el fideicomiso mercantil, el IPM tiene alcance a partir del ejercicio permanente de actividades económicas. En consecuencia sólo los fideicomisos mercantiles que tiene por objeto o finalidad principal el ejercicio de actividad económica están sujetos al IPM en la municipalidad donde desarrollan su actividad económica.

Otro tipo de fideicomisos mercantiles que tengan, por ejemplo, una finalidad de garantía o administración de bienes que no generan ni producen servicios no pueden considerarse sujetos al impuesto ya que su finalidad no ingresa en el ámbito del IPM.

⁸²⁰ Art. 556 del COOTAD.

⁸²¹ Art. 547 del COOTAD.

Tesis Doctoral

En los fideicomisos mercantiles de los que se verifique el ejercicio de actividad económica el IPM es declarado y liquidado en la municipalidad donde desarrollen su actividad económica, de acuerdo con la reglamentación municipal del impuesto.

A continuación, se describe a modo de ejemplo la tributación de los fideicomisos mercantiles en el IPM a la luz de la Ordenanza Metropolitana N° 292, de 26 de marzo de 2009, por el cual se establece la tributación municipal de los fideicomisos mercantiles en el Distrito Metropolitano de Quito.

Conforme al artículo 15 de la mencionada ordenanza, los fideicomisos mercantiles que realizan actividades económicas dentro del territorio del Distrito Metropolitano de Quito son sujetos pasivos del IPM y están obligados a pagar el impuesto en la medida en que realizan actividades económicas en el territorio del Distrito.

A tal efecto, para determinar que el fideicomiso mercantil ejercita actividad económica en el Distrito Metropolitano de Quito se ha de verificar, en primer término, el ejercicio efectivo de la actividad económica, y simultáneamente ha de valorarse el contrato, objeto, instrucciones o finalidad del fideicomiso mercantil⁸²².

Verificado el ejercicio de la actividad económica y por tanto la sujeción del fideicomiso mercantil al IPM, la base imponible se determina multiplicando el patrimonio consolidado por el porcentaje de ingresos totales generados en el territorio del Distrito Metropolitano de Quito⁸²³. A la base imponible se aplicará, según corresponda, las tarifas que constan en la siguiente tabla:

⁸²² La administración tributaria municipal podrá valorar asimismo otros elementos como las declaraciones del Impuesto a la Renta e Impuesto al Valor Agregado presentadas al Servicio de Rentas Internas, y estados de situación financiera (artículo 2 de la Ordenanza Metropolitana N° 0292/2009).

⁸²³ Arts. 18 y 19 de la Ordenanza Metropolitana N° 0292/2009.

El fideicomiso mercantil en Ecuador

Tabla de tarifas para el Impuesto de Patente			
Base imponible (patrimonio)		Tarifa	
Desde USD	Hasta USD	Sobre fracción	Sobre fracción
-	10.000,00		1,00%
10.000,01	20.000,00	100,00	1,20%
20.000,01	30.000,00	220,00	1,40%
30.000,01	40.000,00	360,00	1,60%
40.000,01	50.000,00	520,00	1,80%
50.000,01	En adelante	700,00	2,00%

El IPM puede ser atribuido al propio constituyente o beneficiario o, al fideicomiso mercantil.

La distinción de estas dos modalidades de declaración y pago del IPM, en realidad, es para evitar la doble tributación de los constituyentes o beneficiarios del fideicomiso mercantil que, por ejercitar actividades profesionales o económicas gravadas, también están obligadas al pago IPM.

Así, cuando el IPM sea atribuido al propio constituyente (persona natural o jurídica obligada a llevar contabilidad es sujeto pasivo del IPM) que ha aportado parte del patrimonio al fideicomiso mercantil, éste debe registrar en su contabilidad como activo el aporte realizado. De esa manera ese patrimonio estará sometido a gravamen una sola vez en la persona del constituyente, en el año de constitución del fideicomiso mercantil y en cada año posterior⁸²⁴.

En el caso que el IPM sea atribuido directamente al fideicomiso mercantil en proporción al aporte realizado por cada uno de los constituyentes o beneficiarios, cada constituyente o beneficiario podrá deducir de la base imponible del impuesto, respecto del año del aporte y mientras se mantenga

⁸²⁴ Art. 16 de la Ordenanza Metropolitana N° 0292/2009.

la aportación al fideicomiso, el monto correspondiente a los activos fideicomitidos⁸²⁵.

La elección de la modalidad del pago del IPM corresponde a las partes, no obstante, la modalidad elegida debe constar en el contrato de constitución del fideicomiso mercantil, de lo contrario, el impuesto se atribuye directamente al fideicomiso⁸²⁶.

El IPM, con carácter obligatorio, se atribuye directamente al fideicomiso mercantil cuando se encuentre constituido por aportes de constituyentes no obligados a llevar contabilidad, adherentes o beneficiarios personas naturales que a su vez ejerzan actividad económica. En este caso, el IPM se causa en el fideicomiso en proporción al aporte realizado, sin perjuicio del IPM que los constituyentes o beneficiarios deban pagar por la actividad económica que generan por su propia cuenta.

Con respecto a los fideicomisos mercantiles públicos que ejercen actividad económica, el IPM no se exige, ya que están exentos del impuesto por disposición del artículo 17 de la Ordenanza Metropolitana N° 0292/2009. De modo que en los fideicomisos constituidos con aportes de constituyentes o beneficiarios personas jurídicas de derecho público y personas naturales o jurídicas de derecho privado, el IPM sólo se exigirá sobre el aporte privado aportado al patrimonio autónomo.

A la vista de todo lo expuesto, es oportuno ponderar que la Ordenanza Metropolitana N° 0292/2009 establece importantes pautas para la aplicación del IPM en virtud a que acertadamente determina que tipo de fideicomisos mercantiles son considerados como no ejercientes de actividad económica, a saber:

⁸²⁵ Párrafo tercero del art. 16 de la Ordenanza Metropolitana N° 0292/2009. Esta segunda modalidad es de aplicación obligatoria en los fideicomisos mercantiles constituidos con aportes de constituyentes o beneficiarios que son personas naturales no obligadas a llevar contabilidad que a su vez ejercen actividad económica.

⁸²⁶ Párrafo cuarto y quinto del artículo 16 de la Ordenanza Metropolitana N° 292/2009.

El fideicomiso mercantil en Ecuador

- los fideicomisos con fines de garantía;
- los fideicomisos de administración de flujos y/o cartera;
- aquellos en los que la gestión del fideicomiso se limita a la tenencia de los bienes fideicomitidos, y el patrimonio autónomo no genere ingresos;
- los que no generan o producen bienes o servicios;
- los que no reciben recursos por parte de terceros distintos a los constituyentes;
- los que tienen fines comunitarios;
- los de titularización; y
- los que no reciben ingresos operacionales⁸²⁷.

Esta distinción, sin lugar a dudas, constituye un elemento clave para determinar si es aplicable o no el IPM, dado que suele ocurrir que para cumplir con la finalidad del fideicomiso mercantil el fiduciario debe realizar actos concretos de negocio (como es el caso de los fideicomisos de titularización donde se negocian títulos valores mediante oferta pública) que podrían entenderse incluidos en el concepto de actividad económica toda vez que éste abarca a cualquier proceso que tiene lugar para obtener productos, bienes y servicios con ánimo de lucro.

4.4.2.4. Impuesto del 1.5 por mil sobre los activos totales - IAT

El Impuesto del 1.5 por mil sobre los activos totales (IAT) es un impuesto que grava los activos totales de las personas naturales o jurídicas que ejercen actividad económica de manera permanente⁸²⁸.

De esta manera, son sujetos pasivos del IAT las personas naturales, jurídicas, sociedades nacionales o extranjeras, domiciliadas o con

⁸²⁷ Disposición General Única de la Ordenanza Metropolitana N° 292/2009.

⁸²⁸ Para muchos, el IAT es un impuesto anacrónico debido a que viene a gravar los activos sin permitir que se pueda distinguir que entre aquellos se encuentran activos que ya tienen un impuesto propio. De hecho, según Roca, el impuesto a los activos totales como el impuesto a las patentes recaen sobre la misma base imponible, con lo cual, este autor concluye que estos impuestos se solapan entre sí. ROCA, Jerónimo: "Tributación directa en Ecuador. Evasión, equidad y desafíos de diseño", CEPAL-Serie macroeconomía del desarrollo, núm. 85, diciembre de 2009, Santiago de Chile, p. 33.

Tesis Doctoral

establecimiento en la respectiva jurisdicción municipal que ejerzan permanentemente actividades económicas y que estén obligados a llevar contabilidad, de acuerdo con lo que dispone la LORTI y su reglamento⁸²⁹.

En el fideicomiso mercantil, el IAT es exigible cuando mediante el fideicomiso se desarrollen con carácter permanente actividades económicas dentro del territorio de un municipio.

Sólo en estos fideicomisos mercantiles se cumpliría los presupuestos que prevé el artículo 553 del COOTAD para la exigencia del IAT, los cuales son: primero que la persona natural o jurídica esté obligada a llevar contabilidad, lo cual pasa con el fideicomiso ya que para efectos tributarios es asimilado como sociedad y como tal está obligado a llevar contabilidad, y segundo, que desarrolle una actividad económica en forma permanente dentro de un cantón⁸³⁰.

La declaración y pago del impuesto, en consecuencia, debe efectuarse en la municipalidad donde se desempeñe la actividad económica, en los términos que establezca la ordenanza municipal por la que se reglamenta el impuesto en la municipalidad.

Seguidamente expondremos, tal como hicimos en el IPM, la tributación en el IAT de los fideicomisos mercantiles que ejercitan actividades económicas en el Distrito Metropolitano de Quito, con el fin de ilustrar mejor la aplicación del IAT en un municipio concreto.

De acuerdo con el artículo 7 de la Ordenanza Metropolitana N° 0292/2009, los fideicomisos mercantiles que ejercen habitualmente actividades económicas dentro del territorio del Distrito Metropolitano de Quito tributan por el IAT en la medida en que ejerzan actividad económica en el territorio de dicho distrito⁸³¹.

⁸²⁹ Art. 553 del COOTAD.

⁸³⁰ Art. 98 de la LORTI.

⁸³¹ El IAT corresponderá al activo total del año calendario anterior y el periodo financiero correrá de 1 de enero al 31 de diciembre, en tal sentido cuando el fideicomiso mercantil tenga una duración menor a un año o sea liquidado antes de

El fideicomiso mercantil en Ecuador

La declaración y pago del impuesto, en este sentido, puede ser efectuado por los constituyentes o beneficiarios o, por el propio fideicomiso mercantil.

La Ordenanza Metropolitana N° 0292/2009, al igual que en el IPM, diferencia estas dos formas de declaración del IAT para evitar la doble imposición económica en el caso de los fideicomisos constituidos con aportes de personas naturales o jurídicas que también desarrollan actividades económicas y que están sujetas también al IAT.

Ya que en estos casos los activos se verían sometidos a doble gravamen: primero en el fideicomiso mercantil que desarrolla una actividad económica, y segundo, en los constituyentes o beneficiarios del fideicomiso que por su cuenta ejercita actividades económicas.

De esta manera, cuando el IAT sea declarado por los constituyentes o beneficiarios personas jurídicas y personas naturales obligadas a llevar contabilidad que sean contribuyentes del IAT, éstos deben registrar en su contabilidad como activo los bienes o demás activos que hayan aportado al fideicomiso ejerciente también de actividad económica, de esa manera el activo estará sometido a gravamen una sola vez en el constituyente o beneficiario persona jurídica o persona natural obligada a llevar contabilidad⁸³².

Para ello, el fiduciario debe presentar la declaración anual del IAT, en la que conste el estado de situación del fideicomiso y un anexo de información de sus constituyentes o beneficiarios, pero no liquidará ni pagará el impuesto, puesto que la liquidación y pago del impuesto se traslada al constituyente o beneficiario persona natural o jurídica obligada a llevar contabilidad del fideicomiso mercantil.

En el caso que el IAT sea declarado y pagado directamente por el fideicomiso mercantil en proporción al aporte realizado por constituyentes o

la finalización del ejercicio fiscal correspondiente, el impuesto se exigirá proporcionalmente por meses (Art. 11 de la Ordenanza Metropolitana N° 0292/2009).

⁸³² Art. 8 de la Ordenanza Metropolitana N° 0292/2009.

beneficiarios, éstos últimos podrán deducir de la base imponible del IAT, respecto del año de aporte, el monto de los activos fideicomitidos⁸³³.

En esta última modalidad, la declaración, liquidación y pago del IAT es efectuado por el fiduciario con cargo a los bienes del fideicomiso mercantil y en la municipalidad donde el fideicomiso mercantil desenvuelva la actividad económica.

Para declarar el IAT, sea en la primera o segunda modalidad, las partes necesariamente deben hacer constar en el contrato del fideicomiso la modalidad a seguir, puesto que en caso de no optarse por ninguna de las alternativas previstas el impuesto se atribuye directamente al fideicomiso mercantil⁸³⁴.

Finalmente, los fideicomisos mercantiles públicos con constituyentes o beneficiarios que son personas jurídicas de derecho público están exentos del IAT. En tal sentido, si un fideicomiso tiene constituyentes o beneficiarios que son personas jurídicas de derecho público y personas naturales o jurídicas de derecho privado, el IAT se exigirá en proporción al porcentaje del aporte privado aportado al patrimonio del fideicomiso mercantil⁸³⁵.

5. Tratamiento tributario aplicable a los fondos de inversión

El régimen tributario que asiste a los fondos de inversión, como veremos seguidamente, es idéntico al del fideicomiso mercantil en lo que se refiere al IR, ya que las rentas de los fondos de inversión se sujetan a imposición tal como sucede con el fideicomiso mercantil que no desarrolla actividades empresariales ni opera negocios en marcha. No obstante ello, presenta ciertas variantes en cuanto a la imposición indirecta.

Por razones metodológicas y a fin de ilustrar mejor la manera en que tributan los fondos de inversión, examinaremos su imposición según se trate de fondo o de los participes.

⁸³³ Párrafo tercero del art. 8 de la Ordenanza Metropolitana N° 0292/2009.

⁸³⁴ Párrafo cuarto del art. 8 de la Ordenanza Metropolitana N° 0292/2009.

⁸³⁵ Art. 10 de la Ordenanza Metropolitana N° 0292/2009.

El fideicomiso mercantil en Ecuador

a) De la constitución del fondo de inversión

Cada fondo de inversión, tal como apuntamos anteriormente, está constituido por recursos aportados por los inversionistas sea en numerario, cheque efectivizado o transferencia.

Al tratarse de transferencia de sumas de dinero en efectivo y no bienes inmuebles, tal transferencia al fondo no está sujeta ni al IA ni al IUCPUP, en tanto que el primer impuesto grava el otorgamiento de actos jurídicos que implican la transferencia del dominio de bienes inmuebles, buques, así como la constitución o traspaso usufructo, uso y habitación relativos a dichos bienes; y el segundo, las utilidades que obtienen los vendedores de bienes inmuebles urbanos al enajenarlos.

La transferencia de los recursos al fondo de inversión que realice el participe al fondo solamente está sujeto al pago de los aranceles por el registro e inscripción del acto en el registro público correspondiente. Estos aranceles y todo tipo de gastos o cobros que hagan los registradores mercantiles por la inscripción de los actos de transferencias de recursos al patrimonio autónomo del fondo, sumados todos aquellos, no podrán ser superiores al 0,25 por mil de la cuantía del acto o contrato ni superiores a \$788,67⁸³⁶.

b) De las rentas derivadas de las participaciones

Los beneficios obtenidos por el fondo de inversión, conforme el artículo 42.1 de la LORTI, están exentos del IR, siempre y cuando la sociedad administradora del fondo de inversión cumpla con los requisitos que recoge el artículo 9.15 de la LORTI.

Según el texto literal del artículo 9.15 de la LORTI para que el fondo de inversión pueda beneficiarse de esta exoneración «es requisito indispensable que al momento de la distribución de los beneficios, rendimientos, ganancias o utilidades, la fiduciaria o la administradora de fondos, haya

⁸³⁶ Art. 221 de la LMVE.

Tesis Doctoral

efectuado la correspondiente retención en la fuente del impuesto a la renta [...] al beneficiario, constituyente o partícipe de cada fideicomiso mercantil, fondo de inversión o fondo complementario, y, además, presente una declaración informativa al Servicio de Rentas Internas, en medio magnético, por cada fideicomiso mercantil, fondo de inversión y fondo complementario que administre».

Los requisitos que refiere el citado precepto, como se ve, son básicamente dos: que al momento de la distribución de los beneficios la fiduciaria del fondo efectúe la retención en la fuente del IR al partícipe del fondo de inversión; y que asimismo presente una declaración informativa al SRI, en medio magnético, por el fondo de inversión que administre.

En consecuencia, el fondo de inversión goza de la exención del IR solo cuando cumpla estos requisitos.

De establecerse que no cumple con estos requisitos, el fondo de inversión tributaría sin ninguna exoneración por disposición del párrafo tercero del artículo 9.15. Así, los beneficios obtenidos por el fondo de inversión tributarían primero por el IR de sociedad con la tasa del 23%, —ya que el fondo es asimilado a una sociedad a pesar de no tener personalidad jurídica—⁸³⁷, y luego, estos mismos beneficios que son distribuidas a los partícipes pagarían nuevamente el IR, pero en concepto de dividendo, según el porcentaje establecido en la normativa.

Cabe destacar, por último, que con el objeto de promover el desarrollo del mercado de capitales del país, se prevé la exención del IR para los beneficios provenientes de la inversión en depósitos a plazo fijo o en títulos valores de renta fija, emitidos a un plazo de un año o más; por lo que los beneficios

⁸³⁷ Art. 219 de la LMVE en concordancia con el art. 98 de la LORTI. En el cantón de Jaramijó, por citar un ejemplo, el artículo 25 de la Ordenanza por la que se reglamenta la determinación, control y recaudación del Impuesto del 1.5 por mil sobre los activos totales en el cantón de Jaramijó, de 22 de junio de 2011, siguiendo lo establecido en la LORTI prevé que para fines de la citada ordenanza el término sociedad comprende al fondo de inversión.

El fideicomiso mercantil en Ecuador

que el fondo distribuya a personas naturales y sociedades están exentos del IR⁸³⁸.

c) Del fondo de inversión

El fondo de inversión se encuentra gravado propiamente por el IAT. El IAT tiene alcance sobre el fondo debido a que el hecho generador de este impuesto grava los activos totales que conforman el patrimonio de las personas naturales y jurídicas que ejerzan permanentemente actividades económicas y que estén obligados a llevar contabilidad, de acuerdo con lo que dispone la LORTI y su reglamento.

El fondo de inversión reúne los presupuestos esenciales para ser sujeto pasivo del IAT en virtud a que, por un lado, es un ente obligado a llevar contabilidad —asimilado a una sociedad para fines tributarios—, y por otro lado, al dedicarse a la inversión en instrumentos financieros negociables en el mercado de capitales desarrolla efectivamente una actividad comercial; así lo reconoce el propio Código de Comercio, al establecer en el artículo 3.1 que constituye un acto de comercio «las operaciones en bolsa».

En este sentido, el pago del IAT correspondiente al activo total del año calendario anterior debe pagar en la municipalidad donde desempeñe la actividad comercial, en los términos que establezca la ordenanza municipal por la que se reglamenta el IAT en la municipalidad.

6. Análisis tributario de los encargos de confianza

Hemos de señalar de entrada que el régimen tributario aplicable al encargo de confianza contempla diferencias con el del fideicomiso mercantil debido a que esta institución a pesar de encontrarse incluido entre los negocios fiduciarios presenta diferencias con el fideicomiso mercantil.

En líneas generales vimos que la comisión de confianza se diferencia del fideicomiso mercantil fundamentalmente porque en ella no se transfiere el dominio de los bienes al fiduciario, por lo que el constituyente continua

⁸³⁸ Art. 15.1 de la LORTI.

Tesis Doctoral

siendo el titular de los bienes, mientras que el fiduciario viene a ser un mero administrador de los mismos.

El fiduciario, no obstante, como administrador de los bienes o derechos que son objeto de la comisión, al gestionar la finalidad encomendada en la comisión tiene la obligación de cumplir con las obligaciones tributarias que corresponda a tales bienes, así como por las actividades que desarrolle en nombre del comitente, quien es el contribuyente.

En efecto, dependiendo de las actividades o actos que el fiduciario desarrolle en nombre del constituyente para cumplir con la finalidad que le ha sido confiada en la comisión deberá pagar los impuestos correspondientes, con cargo a los recursos de la comisión. A título de ejemplo, el fiduciario pagará:

- a) IA, cuando realice actos jurídicos que implican la transferencia del dominio de bienes inmuebles, buques, así como la constitución o traspaso usufructo, uso y habitación relativos a dichos bienes⁸³⁹.
- b) IUCPUP cuando, en cumplimiento de la voluntad del constituyente, el fiduciario enajene uno o más bienes con terceros, en virtud a que este impuesto grava las utilidades o beneficios que obtienen los vendedores de bienes inmuebles urbanos al enajenarlos⁸⁴⁰.
- c) IVA, cuando el fiduciario desarrolle actividades gravadas por el impuesto, como son la importación de bienes, prestación de servicios en el país, y la cesión de derechos o licencia de uso de derechos de propiedad intelectual; así como por la compra de bienes, contratación de servicios y demás transacciones que efectué con terceros en el marco de sus actividades para la consecución de su finalidad⁸⁴¹.
- d) ICE, cuando el fiduciario, con los bienes de la comisión, deba realizar actividades como la producción o importación de bienes gravados, así como

⁸³⁹ Art. 527 del COOTAD.

⁸⁴⁰ Art. 556 del COOTAD.

⁸⁴¹ Art. 56 de la LORTI.

El fideicomiso mercantil en Ecuador

la prestación de servicios gravados con el impuesto, ya que el hecho generador del impuesto grava en una sola fase o un momento, la importación y el consumo en el mercado nacional de determinados bienes y servicios⁸⁴².

Además de ello, en el caso que la finalidad del encargo fiduciario sea la inversión en instrumentos financieros o la realización de actividades económicas gravadas, el fiduciario está en la obligación de efectuar la retención del impuesto que se trate, puesto que la norma le atribuye la calidad de agente de retención⁸⁴³.

7. Consideraciones finales

1. La institución del fideicomiso mercantil fue introducida en Ecuador con la primera Ley del Mercado de Valores de 1993, la cual agregó el fideicomiso en el Código de Comercio.

En la actualidad, las fuentes legislativas principales que regulan el fideicomiso mercantil son la Ley del Mercado de Valores de 1998 y la CRCNV. Estas normas recogen una regulación armonizada y específica de ésta institución para que pueda ser utilizado perfectamente tanto por el sector privado como por el sector público.

2. En el sistema de la Ley del Mercado de Valores, el fideicomiso mercantil está regulado y consagrado como un contrato bancario por el cual se encomienda la realización de una determinada finalidad o propósito a una sociedad administradora de fondos y fideicomisos, a favor de uno o más beneficiarios.

Sus características principales son: a) la transferencia irrevocable y temporal de los bienes al fideicomiso mercantil; b) la conformación de un patrimonio autónomo afectado exclusivamente para realizar el fin del fideicomiso; y c) la atribución de personalidad jurídica.

⁸⁴² Arts. 78 y 82 de la LORTI.

⁸⁴³ Art. 135 de la LMVE.

Ésta última característica es el elemento diferenciador del fideicomiso mercantil, con relación a los fideicomisos del resto de los países de Latinoamérica.

3. La LMVE atribuye personalidad jurídica al fideicomiso mercantil, pero con carácter limitado ya que el fideicomiso no es una sociedad civil o mercantil sino tan sólo un ente capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones a través del fiduciario, que es su representante legal y administrador.

4. Desde esta perspectiva, el fideicomiso mercantil en la práctica se muestra como una figura contractual de gran versatilidad, adaptable a múltiples finalidades. Son varias las aplicaciones que tiene en el ámbito de la administración privada y pública, como en el de la inversión y financiación.

De los muchos fideicomisos que se emplean en el país, los fideicomisos mercantiles de titularización particularmente constituyen instrumentos financieros idóneos para facilitar la financiación de empresas privadas y públicas mediante la emisión de títulos valores de fácil negociación en el mercado de valores.

5. Los fondos de inversión, pese a poseer elementos y matices propios, también se desenvuelven bajo un régimen fiduciario debido a que en su esquema se observan notas comunes con el del fideicomiso mercantil, como son: a) la constitución de un patrimonio autónomo, y b) la gestión del fondo bajo una administración fiduciaria.

Un ejemplo claro de la afinidad que subyace entre el fondo y el fideicomiso, es la constitución de fondos colectivos de titularización y fondos colectivos de inversión, con sujeción a las mismas normas que regulan el fideicomiso mercantil.

6. La institución del encargo fiduciario se diferencia notoriamente del fideicomiso mercantil por dos razones fundamentales: no se transfiere la propiedad de los bienes al fiduciario, tampoco se constituye un patrimonio autónomo con los bienes entregados al fiduciario.

El fideicomiso mercantil en Ecuador

Al margen de estas diferencias, en el encargo fiduciario subsisten otros elementos que lo aproximan más a la figura de la comisión mercantil o mandato.

7. Desde el campo jurídico tributario, es evidente que la normativa ha dado mayor claridad al régimen fiscal de los fideicomisos mercantiles ya que prevé disposiciones específicas sobre la tributación de las rentas y transferencias efectuadas en fideicomiso, cuidando la uniformidad legislativa en las leyes reguladoras de los impuestos municipales, pero a la vez, y esto es lo más destacable, teniendo en cuenta la naturaleza fiduciaria de la transferencia de la propiedad de bienes que se efectúan al fideicomiso.

8. En esta línea, para todos los efectos tributarios, el fideicomiso mercantil es considerado como una sociedad. Bajo la condición de sociedad, el fideicomiso, según el impuesto que se trate, adquiere el carácter de contribuyente y al mismo tiempo de agente de retención del impuesto.

9. En el IR, las rentas del fideicomiso mercantil reciben un tratamiento diferenciado según provengan de fideicomisos mercantiles que desarrollan actividades empresariales o negocios en marcha o fideicomisos mercantiles que no desarrollan actividades empresariales o negocios en marcha.

En el primer caso, el fideicomiso es quien declara el IR, como de renta de sociedad, y las utilidades distribuidas a los beneficiarios se declaran exentas con ciertas excepciones. Y en el segundo caso, el fideicomiso está exento del IR que como sociedad le correspondería pagar, siempre y cuando el fiduciario efectuó la retención en la fuente del impuesto de las utilidades entregadas a los beneficiarios y presente la información exigida ante la administración tributaria.

10. Las transferencias de la propiedad de bienes efectuados para constituir el fideicomiso mercantil gozan de la exención del IA, IVA e IUCPUP debido a que dicha transferencia no supone un beneficio económico para el fiduciario ni el constituyente. Se beneficia también de ésta exención la restitución de los bienes al constituyente, pero sólo cuando los bienes son restituidos en las mismas condiciones.

Tesis Doctoral

En el caso que, mediante el fideicomiso mercantil, se desarrolle actividades comerciales, industriales, financieras y otros, el fideicomiso está obligado al pago del IPM por la obtención de la patente municipal, y el IAT por los activos totales del patrimonio. Además de ello, si esa actividad económica consiste en realizar actividades gravadas por el IVA e ICE, el fideicomiso mercantil deberá efectuar la retención en la fuente, en los porcentajes establecidos y pagar tales impuestos.

El fideicomiso mercantil en Ecuador

CAPÍTULO VI

EL TRUST EN EUROPA. UN EJEMPLO DE DERECHO COMPARADO: EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ITALIANO

1. Introducción

En el ordenamiento italiano también encontramos instituciones jurídicas que a pesar de tener un distinto alcance jurídico están dotadas de ciertos elementos que pertenecen propiamente a los negocios fiduciarios, como es la separación patrimonial.

En instituciones italianas como los patrimonios destinados a un negocio, los actos de destinación y los fondos patrimoniales se produce la segregación patrimonial con el fin de destinar determinados bienes a la realización de una finalidad específica, para lo cual dichos bienes quedan aislados del alcance de acciones de terceros acreedores.

Pero la mayor novedad del sistema jurídico italiano lo encontramos en el reconocimiento y circulación de los *trusts* foráneos. A pesar de que esta institución no está regulada internamente, a partir de la ratificación de la Convenio de la Haya de 1985, desde 1992, se reconoce la eficacia de los efectos de los *trusts* extranjeros en el ordenamiento interno.

De esta manera, Italia se ha sumado al grupo de los primeros países del sistema de *civil law* que reconocen los *trusts* extranjeros con base en el Convenio de la Haya, marcando de este modo un importante precedente para los países continentales europeos e hispanoamericanos de cuño romanista que tienen interés en acoger la institución.

El objeto de estudiar el *trust* en Italia estriba indudablemente en conocer de manera directa la práctica de esta institución en este ordenamiento europeo ya que, como hemos visto en este estudio, el *trust* es una de las instituciones que ha influido de forma especial en la regulación del fideicomiso en los países de la Comunidad Andina y es funcionalmente y estructuralmente análogo a esta institución angloamericana.

El *trust* en Europa. Un ejemplo de derecho comparado: Ordenamiento jurídico italiano

Al verificar las opiniones vertidas por la doctrina y jurisprudencia italiana sobre la institución podremos recoger elementos que pueden servir de guía para los países de la Comunidad Andina, puesto que la internalización de las relaciones económicas y los mercados hace que estos países no estén lejos de encontrarse con un *trust* constituido con elementos objetivos radicados en su territorio nacional.

Sobre la base estas consideraciones introductorias, a continuación analizaremos el reconocimiento y aplicación del *trust* en Italia, comenzando primero por la concepción del *trust* angloamericano a la luz de la doctrina italiana y el Convenio de la Haya, puesto que este análisis preliminar nos pondrá en condiciones para abordar íntegramente la aplicación del *trust* en Italia.

2. El *trust* angloamericano a la luz de la doctrina italiana

Siendo el *trust* una institución que tiene marcada presencia en países pertenecientes al *common law* y en países no pertenecientes a dicho sistema a razón de la influencia que ha ejercido en la regulación de figuras análogas al *trust*, la forma de su constitución, estructura jurídica, características y demás elementos no son ajenos al conocimiento de la doctrina interna del país, donde ésta institución tiene incidencia.

En Italia sucede lo propio. Al analizar esta institución se recogen las características y particularidades que la doctrina internacional mantiene sobre el *trust*.

A fin de ilustrar la correspondencia y seguimiento que los autores italianos hacen de los lineamientos trazados por la doctrina internacional, y no con ánimo de profundizar en la institución ya que ha sido analizado exhaustivamente al inicio del trabajo⁸⁴⁴, recopilaremos las opiniones vertidas sobre tres aspectos fundamentales de la institución: definición, estructura y características.

⁸⁴⁴ Para mayores detalles del *trust* puede verse el Capítulo 1, apartado 2.

a) Definición

La mayoría de la doctrina italiana coincide en que el *trust* es un instituto originario de los sistemas del *common law*, creado por los tribunales de la *equity*, consistente en la instauración de una relación jurídica en virtud del cual el *settlor*, en un acto de disposición transfiere bienes en confianza a la gestión de una persona física o jurídica, *trustee*, quien adquiere la propiedad, pero vinculado al cumplimiento de una obligación frente a un tercer sujeto, el beneficiario⁸⁴⁵.

Sin variar mucho de esta concepción, tradicionalmente se ha venido poniendo de relieve que mediante un *trust* se transfiere la propiedad de uno o más bienes al *trustee* para que lo administre o gestione para conseguir un determinado fin, en favor de uno o más beneficiarios determinados o determinables. Así, desde 1935, se afirmaba, siguiendo a Maitland, que “*when a person has rights which he is bound to exercise upon behalf of another or for the accomplishment of some particular purpose he is said to have those rights in trust for that other or for that purpose and he is called a trustee*”⁸⁴⁶.

b) Estructura

De manera unánime se afirma que en la estructura del *trust* intervienen el *settlor*, *trustee* y el *beneficiary* y que su proceso comienza con transferencia de los bienes que el *settlor* efectúa al *trustee* para que éste último los administre en interés de los beneficiarios o, con la administración de tales bienes realice un fin específico. Sólo en el *trust* autodeclarado, el *settlor* es al mismo tiempo el *trustee*.

⁸⁴⁵ ANNIBALI, Mirko: “Il regime civilistico e fiscale del trust”, en *Il Fisco*, núm. 16, 2009, p. 2538; ACIERNO, Rosanna: “Trust. Esperienze internazionali a confronto”, en *Il Fisco*, núm. 1, 2007, p. 107; CONTALDI, Gianluca: *Il Trust nel Diritto Internazionale Privato Italiano*, Giuffrè Editore, Milano, 2001, p. 13; DI LANDRO, Amalia C.: *Trust e separazione patrimoniale nei rapporti familiari e personali*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 2010, pp. 23-25; FORTUNATO, Giusi: *Il trust: comparazione tra “la propiedad civile” e la “proprietà” del trustee*, Editrice Le Fonti, Milano, 2008, pp. 7-8; MAURO, Anita: “La posizione giuridica del beneficiario di trust”, en *Il Fisco*, núm. 45, 2009, p. 7401.

⁸⁴⁶ FRANCESCHELLI, Remo: *Il trust nel diritto inglese*, Ed, Cedam, Padova, 1935, p. 136.

El *trust* en Europa. Un ejemplo de derecho comparado: Ordenamiento jurídico italiano

Esta simple estructura del *trust* provoca la división del derecho de propiedad de los bienes que son objeto del *trust* haciendo que coexistan dos derechos de propiedad —la propiedad legal y la propiedad en equidad—, de forma que el *trustee* se convierte propietario legal de los bienes, *legal ownership*, y el *beneficiary* en propietario en equidad, *equitable ownership*.

El *trustee* es propietario y titular de los bienes a todos los efectos, pero sujeto a administrar y gestionarlos conforme a las disposiciones específicas que contiene el acto constitutivo, con criterios de diligencia y prudencia de un profesional especializado y siguiendo las normas reguladoras de la institución; debiendo, asimismo, custodiar tales bienes frente a terceros porque es responsable personal por la administración del *trust*⁸⁴⁷.

El beneficiario, como propietario en equidad, puede ejercitar control sobre el *trust* y accionar contra el *trustee* cuando deba preservar el valor económico del fondo del *trust* (que un día puede llegar a ser suyo si ha sido designado como destinatario final de los bienes) o preservar el disfrute de los beneficios económicos que le corresponden⁸⁴⁸.

Todos estos elementos han llevado a mantener que la estructura del *trust* viene caracterizada por una relación fiduciaria ya que el *settlor* transfiere bienes al *trustee* con el propósito de que el *trustee* cumpla la finalidad que le ha sido confiado en el *trust* para satisfacción de los intereses y derechos de los beneficiarios⁸⁴⁹. Por esta razón se recalca que “el *trustee* tiene una

⁸⁴⁷ GALLARATI, Alberto: *Il trust come organizzazione complessa*, Giuffrè Editore, Milano, 2010, p. 201; DI LANDRO, Amalia C.: *ob. cit.*, p. 27; NERI, Arianna: *ob. cit.*, p. 13.

⁸⁴⁸ Después de la constitución del *trust*, el *settlor* puede reservarse un rol jurídico *post constitutionem* mediante la carta de deseos, *letters of wishes*, a través del cual puede dar al *trustee* las líneas generales de la administración de los bienes conferidos en *trust*. REALI, Alessio: “Il trust nel diritto inglese en ella common law”, en MOJA, Andrea (Dir.), *Il trust nel diritto civile e tributario*, 2ª Ed, Maggioli Editore, San Marino, 2009, p. 40.

⁸⁴⁹ NERI, Arianna: *ob. cit.*, p. 238.

serie de poderes «inherentes», que son estrictamente conectados con el oficio al que es llamado y elegido y de los cuales no puede ser privado”⁸⁵⁰.

c) Características

Considerando que el *trust* es un instituto que tiene características que varían notablemente en función de su clase se hace énfasis en que son características básicas de esta institución las siguientes:

- i) es una relación jurídica que tiene su origen en un acto unilateral (al cual se agrega uno o más actos dispositivos) y no en contrato⁸⁵¹;
- j) los elementos personales que participan son el *settlor*, el *trustee*, y el beneficiario. Eventualmente puede participar el protector con el objeto de controlar la gestión del *trust*⁸⁵²;
- k) los elementos reales pueden estar integrados por bienes inmuebles, bienes muebles, derechos de crédito, derechos personales, entre otros⁸⁵³;
y
- l) el efecto principal del *trust* es la división del derecho de propiedad de los bienes transferidos, el *trustee* es propietario legal y el *beneficiary* propietario en equidad ⁸⁵⁴.

Dado que las funciones realizables por medio de esta estructura son las más variadas, los criterios de clasificación del *trust* son de lo más variados pero los más utilizados son tres: según el carácter público o privado de las

⁸⁵⁰ CORSO, Elena: *ob. cit.*, p. 60; CICERO, Cristiano: “Riflessioni su trust e categorie civilistiche”, en *Rivista Giurisprudenza Commerciale*, núm. 6, Vol. 37, 2010, p. 899.

⁸⁵¹ BERNARDINI, M. e MASTROMATTEO, A.: “Il trust”, en ARCERI, A. e BERNARDINI, M. (Coords.), *Trust e altre tutele del patrimonio familiare*, Editore Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2010, p. 44; FIMMANÒ, Francesco: “Trust e diritto delle imprese in crisi”, en *Rivista del Notariato*, núm. 3. Vol. 65, 2011, p. 511.

⁸⁵² Para ver en profundidad este aspecto puede consultarse: LUPOI, Maurizio: “L’atto istitutivo...”, *ob. cit.*, pp. 21 y ss.

⁸⁵³ REALI, Alessio: “Il trust nel diritto inglese...”, *ob. cit.*, p. 38.

⁸⁵⁴ LUPOI, Maurizio: *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, Ed. Cedam, Padova, 2008, p. 14; DI MAIO, Federico: “Trusts e rapporti bancari”, AAVV, en *Il trust nella operatività delle banche italiane*, Bancaria Editrice, Roma, 1998, p. 84.

El *trust* en Europa. Un ejemplo de derecho comparado: Ordenamiento jurídico italiano

partes (*public trust* y *private trust*)⁸⁵⁵, según la finalidad perseguida por éstas (*trust* liberal, perteneciente sólo al ámbito de la familia, y *trust* comercial, circunscrito al ámbito de la actividad económica o comercial)⁸⁵⁶, y según su forma de constitución (*trust express*, *implied trust*, y *constructive trust*)⁸⁵⁷.

Dicho esto, pasamos a analizar seguidamente el Convenio de la Haya, invocando, en primer lugar, sus objetivos, para ver luego las disposiciones principales sobre el *trust*.

3. La disciplina del Convenio de la Haya de 1985 sobre el *trust*

Ante la necesidad prioritaria de elaborar un instrumento convencional que consistiese en superar las dificultades conexas en la individualización de la aplicable y al reconocimiento del *trust*, muy difundido en la práctica comercial de los ordenamientos del *common law*, en 1895, los países pertenecientes a este sistema, en la Haya, el 1 de julio del mismo año, suscribieron el Convenio sobre la Ley aplicable al *trust* y a su reconocimiento (CLATR).

Sus objetivos eran, por un lado, alcanzar el reconocimiento del *trust* en los países continentales europeos y los hispanoamericanos de tradición romanista y, por otro lado, facilitar la determinación de la ley aplicable a un *trust* en una situación de conflicto de leyes⁸⁵⁸.

Para alcanzar este objetivo, el CLATR introdujo un conjunto de preceptos que ofrecen una descripción amplia sobre el *trust* y sus características, pero

⁸⁵⁵ REALI, Alessio: “*Il trust nel diritto inglese...*”, *ob. cit.*, p. 57.

⁸⁵⁶ LUPOI, Maurizio: “*Istituzioni del diritto dei trust...*”, *ob. cit.*, p. 14.

⁸⁵⁷ CALÒ, Emanuele: *Dal probate al family trust. Riflessi ed ipotesi applicative in diritto italiano*, Editore Giuffrè, Milano, 1996, p. 47.

⁸⁵⁸ También en este sentido: DI LANDRO, Amalia C.: *ob. cit.*, p. 105; LUPOI, Maurizio: “*Istituzioni del diritto dei trust...*”, *ob. cit.*, p. 24; PICCOLI, Paolo: “La Convenzione dell’Aja sulla legge aplicabile ai trust”, en DI CAMPIGLIO, Madonna (Coord.), *Fiducia, Trust, Mandato ed Agency*, Giuffrè Editore, Milano, 1991, p. 139; REALI, Alessio: “La Convenzione dell’Aja del 1º de luglio 1985 sui trust”, en MOJA, Andrea (Dir.), *Il trust nel diritto civile e tributario*, 2ª Ed., Maggioli Editore, San Marino, 2009, p. 71; VINCENZO, Salvatore: *Il trust. Profili di diritto internazionale e comparato*, Ed. Cedam, Padova, 1996, p. 51.

Tesis Doctoral

no tan ceñida al modelo del *trust* del *common law*, para permitir su reconocimiento en diversos ordenamientos que desconocen la institución y proveer al operador jurídico las bases necesarias para determinar cuándo se está o no en frente de un *trust* y, por consiguiente, si es o no aplicable el Convenio.

A continuación veremos, con mayor detalle, el ámbito de aplicación del convenio, la ley aplicable al *trust* y el reconocimiento del *trust* según el convenio.

El CLATR dedica su primer capítulo a concretar su ámbito de aplicación. Así, el artículo 2 del mencionado articulado introduce una amplia descripción de *trust* a partir del cual se entiende por *trust* a toda relación jurídica creada por el constituyente, por acto *inter vivos* o *mortis causa*, mediante el cual coloca determinados bienes bajo el control de un *trustee* para que los gestione en interés de un beneficiario o realice con ellos un fin determinado.

Este precepto a continuación añade que el *trust* posee las características siguientes:

- los bienes del *trust* constituyen un fondo separado y no forman parte del patrimonio del *trustee*;
- el título sobre los bienes del *trust* se establece en nombre del *trustee* o de otra persona por cuenta del *trustee*; y
- el *trustee* tiene la facultad y la obligación, de las que debe rendir cuenta, de administrar, gestionar o disponer de los bienes según las condiciones del *trust* y las obligaciones particulares que la ley le imponga.

El artículo 2 es muy claro: para que exista un *trust* se exige, en primer lugar, la existencia de una voluntad negocial de parte del constituyente y, en segundo lugar, la concurrencia de las tres características esenciales mencionadas. Por tanto, el CLATR se aplica a los *trusts* que reúnan tales características.

El *trust* en Europa. Un ejemplo de derecho comparado: Ordenamiento jurídico italiano

De manera complementaria, el artículo 3 exige que el *trust* deberá ser constituido voluntariamente y constar por escrito, y el artículo 12, que el *trustee* tiene facultades para inscribir el título relativo al *trust* y los bienes en los registros correspondientes. Por consiguiente, el *trust* habrá de reunir las características que exige el artículo 2, y también los requisitos de forma para ser eficaz y surtir plenos efectos jurídicos.

Vale la pena reiterar nuevamente que la descripción dada por el artículo 2 del CLATR sobre el *trust* se aparta del modelo de *trust* propio del *common law* en virtud a que introduce un modelo de *trust* que sigue una orientación y adaptación más próxima hacia los países pertenecientes a los sistemas de *civil law*⁸⁵⁹ a razón de la imposibilidad de recoger en los sistemas jurídicos continentales la doble propiedad que existe en los sistemas anglosajones⁸⁶⁰. Se llama por esta razón al *trust* que alude el CHLTR como “*trust* internacional o convencional” o “*trust* amorfo”.

Con respecto a la ley aplicable al *trust*, el CHLTR consagra la autonomía de la voluntad del constituyente. Así pues, el artículo 7 del CLATR determina, como regla general, que la ley que regula el *trust* es aquella que el constituyente ha elegido voluntariamente y que consta expresamente o, se deduce claramente así del instrumento constitutivo del *trust*.

De no haberse fijado la ley aplicable se sigue una regla particular, que es el de acudir a la ley que esté estrechamente vinculado con el *trust*. Para determinar la ley vinculada al *trust* se tendrá en cuenta cuatro criterios objetivos de localización:

- el lugar de administración del *trust* designado por el constituyente;
- el lugar donde se encuentren situados los bienes del *trust*;
- el lugar donde resida o ejerza sus actividades el *trustee*; y
- los objetivos del *trust* y los lugares donde deban cumplirse.

⁸⁵⁹ DRAKE, M. e MAZZEI, F.: “Il trust e le relazioni familiari di natura patrimoniale: Profili generali di diritto inglese ed internazionale”, AAVV, *Il regime patrimoniale della famiglia, la comunione legale ed il trust*, Ed. Cedam, Padova, 2011, p. 235.

⁸⁶⁰ *Vid.* apartado 3.3 del capítulo I.

Así las cosas, es más que evidente que en el convenio prima la voluntad del constituyente, ya que a partir de dicho principio las personas físicas o jurídicas que instauren un *trust* podrán elegir libremente la ley que disciplinará su ejecución y funcionamiento. Sólo en los casos en que no se ha hecho constar la ley reguladora, el *trust* se regirá por la ley con que esté estrechamente vinculado conforme a los criterios de localización antes señalados.

Una vez determinada la ley aplicable al *trust*, sea en base al artículo 6 o 7 del CLATR, ésta será la que regule todos los aspectos inherentes y relacionados con el *trust*, como son su validez, su interpretación y sus efectos. Concretamente el artículo 8 del CLATR establece los siguientes aspectos:

- la designación, dimisión y revocación del *trustee*;
- la capacidad para actuar como *trustee*, así como sus derechos y obligaciones;
- el derecho del *trustee* para delegar el desempeño de sus obligaciones o el ejercicio de sus facultades;
- las facultades del *trustee* para administrar y disponer de los bienes del *trust*;
- las restricciones relativas a la duración del *trust* y a las facultades para acumular los ingresos del *trust*;
- las relaciones entre el *trustee* y los beneficiarios, incluida la responsabilidad personal del *trustee*;
- la modificación o extinción del *trust*; y
- la distribución de los bienes del *trust* y la obligación del *trustee* de rendir cuentas de su gestión.

El convenio individualiza, como se ve, en la ley aplicable al *trust* los distintos aspectos relativos a la administración del *trust*, así como el rol jurídico de las partes intervinientes, procurando dar unanimidad al marco legal en que se desenvolverá el *trust*, aunque admite la posibilidad de un fraccionamiento de la ley aplicable sólo en aspectos concretos.

El *trust* en Europa. Un ejemplo de derecho comparado: Ordenamiento jurídico italiano

Así, el artículo 9 del CLATR reconoce que cualquier elemento del *trust* que sea separable podrá regirse por una ley distinta. Aunque este precepto delimita dicha posibilidad a asuntos relacionados con la administración, teniendo en cuenta que dentro del que hacer de la administración de un *trust* pueden sumergirse una variedad de actividades, el límite y justificación de la elección de otra ley aplicable sería la evidente necesidad de que la actividad sea regulada por otra ley y que tal actividad esté estrechamente vinculada con el *trust*.

En cuanto al reconocimiento del *trust*, según se define en el artículo 11 del CLATR, ello se subordina a que éste se rija por la ley aplicable designada en base al convenio. De manera que el reconocimiento del *trust* alude en realidad a los efectos de la ley aplicable, los cuales mínimamente son:

- que los bienes del *trust* sean distintos del patrimonio del *trustee*;
- que el *trustee* pueda actuar perfectamente frente a terceros;
- que los bienes del *trust* no sean afectados por los acreedores personales del *trustee* ni en caso de insolvencia o quiebra de éste;
- que tampoco formen parte del régimen patrimonial del matrimonio o sucesión del *trustee*; y
- la reivindicación de los bienes del *trust* en caso de confusión con los bienes del *trustee* o, cuando los haya enajenado en contradicción de lo dispuesto en el acto constitutivo.

De lo apuntado hasta aquí, vemos que el CLATR, en lugar de intentar insertar el *trust* en las categorías propias de los ordenamientos de tradición romanista, opta por reconocer el *trust* como tal. Para ello, por un lado, ofrece una descripción del *trust* que no se ciñe rigurosamente al *trust* angloamericano sino que abarca también a otras instituciones análogas y, por otro lado, recoge disposiciones que son guía útil para el operador jurídico que no conoce ni ha tratado la institución.

La elección de ratificar este instrumento dependerá de los intereses que tenga cada país, en el caso de Italia, como se verá seguidamente, ha sido

para legitimar la facultad de los ciudadanos italianos para instituir un *trust* y de elegir una ley extranjera aplicable a ese *trust*.

4. Reconocimiento y aplicabilidad del *trust* en Italia

Italia ha consentido el reconocimiento de la validez y eficacia de los efectos jurídicos del *trust* en el ordenamiento interno a partir de la adhesión y ratificación del CLATR mediante la Ley N° 364, de 16 de octubre de 1989, vigente desde 1 de enero de 1992⁸⁶¹.

⁸⁶¹ El reconocimiento del *trust* en Italia desde los primeros años ha sido objeto de debates en la doctrina por las dificultades surgidas en la normativa interna y por el recelo a la recepción de una institución con características propias de los países del *common law*. Sintetizando este proceso de debates podemos decir que, en un primer momento, la doctrina era reacia a la admisión del *trust* por la dificultad para dar una calificación al instituto del *trust* en el sistema jurídico interno, por la incompatibilidad del *trust* con algunos de los principios del derecho civil y por la falta de precisión de las disposiciones del CLATR. Sobre la dificultad de la calificación del *trust*, en la doctrina se mantenía que siendo el *trust* una institución desconocida en Italia no resultaba posible encontrar un esquema causal que justificara el vínculo sobre los bienes en *trust* y el traspaso al *trustee* (CONTALDI, Gianluca: *ob. cit.*, p. 39; DI LANDRO, Amalia C.: *ob. cit.*, p. 112). La jurisprudencia sostenía asimismo que “el *trust* con sus características de desdoblamiento de la propiedad entre dos sujetos que aparecen ambos propietarios no puede encontrar lugar en nuestro ordenamiento. Particularmente, esta actitud de cierre tenía origen en la dificultad de calificar la posición jurídica de los sujetos involucrados en el instituto del *trust*, especialmente, en aquella situación del beneficiario, cuya configuración como titular de una *equitable ownership* no podía dejar de suscitar perplejidad en el ordenamiento”(NERI, Arianna: *ob. cit.*, pp. 4 y 5). Estos criterios encontraban respaldo en sentencias anteriores que sentaron precedentes en la materia. Se seguía especialmente el pronunciamiento vertido por del Tribunal de Casale Monferrato y la sentencia del Tribunal de Oristano. Este último tribunal, ya en 1956 había determinado que “el instituto del *trust*, como lo entiende el derecho inglés, no puede encontrar sitio en nuestro ordenamiento, en el cual rige el principio que los derechos reales son un número cerrado a una estructura típica” (CALÒ, Emanuele: *ob. cit.*, pp. 75-7; LUPOLI, Maurizio: “Trust e sistema italiano: problemi e prospettive”, en DI CAMPIGLIO, Madonna (Coord.), *Fiducia, Trust, Mandato ed Agency*, Giuffrè Editore, Milano, 1991, p. 102).

Con el correr de los años, la admisibilidad del *trust* cobró espacio en la doctrina y jurisprudencia en virtud a que el reconocimiento del *trust* en Italia alcanza plena legitimidad con la ratificación del CLATR (RINALDI, Giulia C.: “Il riconoscimento del *trust* e i poteri del giudice: primi sforzi della giurisprudenza di legittimità”, en *Giustizia Civile*, núm. 5, 2011, p. 263). Ahora se habla que la disposición del artículo 2 del Convenio constituye una descripción suficientemente amplia para poder incluir o cubrir figuras pertenecientes a ordenamientos jurídicos ligados a tradiciones diferentes (NERI, Arianna: *ob. cit.*, p. 13). Se argumenta que la admisión del *trust* encuentra apoyo, aunque de manera indirecta, en algunos principios de la Constitución italiana. Se puntualiza así que no admitir el reconocimiento en el ordenamiento comportaría, primero, una violación del artículo 3 de la Constitución,

El *trust* en Europa. Un ejemplo de derecho comparado: Ordenamiento jurídico italiano

En este sentido, el reconocimiento del *trust* en el sistema jurídico italiano se realiza con base en las disposiciones del CLATR. Al pie del artículo 11 del convenio se reconoce válido el *trust* disciplinado por una ley extranjera que reúne los elementos que individualiza el artículo 2 del mismo convenio, los cuales son:

- los bienes del *trust* constituyen un fondo separado y no forman parte del patrimonio del *trustee*;
- el título sobre los bienes del *trust* se establece en nombre del *trustee* o de otra persona por cuenta del *trustee*; y
- el *trustee* tiene la facultad y la obligación, de las que debe rendir cuenta, de administrar, gestionar o disponer de los bienes según las condiciones del *trust* y las obligaciones particulares que la ley le imponga.

Siempre que el *trust* reúna los elementos citados podrá ser reconocido como válido ya que la norma es clara: el *trust* debe poseer estas características.

El *trust* que delinea el Convenio de la Haya, como se ha visto, sigue el modelo inglés pero con ciertas diferencias: no existe duplicidad de propiedades, sino que la transferencia de los bienes ha operado una transformación en patrimonio separado destinado exclusivamente para la consecución del fin y no puede ser agredido por los acreedores personales del constituyente ni del *trustee*; se reconocen efectos reales a los derechos del beneficiarios sobre los bienes del *trust*⁸⁶²; sólo se aborda el *express trust*,

por cuanto se prohibiría a los italianos hacer aquello que ya viene consentido a un extranjero y, segundo, una restricción del artículo 41 de la Constitución, en cuanto éste precepto protege la autonomía negocial como medio de aplicación de la más amplia libertad de iniciativa económica y protección, siendo el *trust*, indirectamente, una forma de expresión de dicha autonomía (ROTA, Flavio e BIASINI, Gino: *Il trust e gli istituti affini in Italia*, Giuffrè Editore, Milano, 2007, p. 32).

⁸⁶² Art. 11, inc. d), del CLATR.

Tesis Doctoral

constituido tanto *inter vivos* como *mortis causa*, que conste por escrito⁸⁶³; se admite el *trust* destinado a un finalidad⁸⁶⁴.

Se trata efectivamente de una versión del *trust* adaptada para los ordenamientos jurídicos ligados a tradiciones diferentes, como es Italia, y los países pertenecientes al *civil law*.

De esta manera, como efecto del reconocimiento del *trust* en el ordenamiento italiano los bienes que son transferidos al *trustee* constituyen un patrimonio separado. El *trustee* adquiere la titularidad plena de la propiedad de tales bienes, pero el ejercicio de tal derecho está limitado a la persecución de los fines indicados en el acto constitutivo y en interés de los beneficiarios⁸⁶⁵.

Una vez registrado el acto constitutivo del *trust* y disposición de la transferencia de los bienes en el registro inmobiliario correspondiente, los efectos jurídicos que emanan de la constitución del patrimonio separado del *trust* se traducen en los siguientes:

- no pueden ser afectados por acciones de acreedores personales del *trustee* ni del constituyente ni tampoco de los beneficiarios;
- no forman parte de la masa concursal en caso de liquidación del *trustee*;
- no concurren a la formación de la masa hereditaria del difunto en caso de muerte del *trustee*;
- no pueden ser utilizados para finalidades divergentes con respecto de aquéllos predeterminados en el acto instituyente del *trust*; y
- a la finalización del *trust*, los bienes remanentes son devueltos al beneficiario.

Debido a que el reconocimiento del *trust* ha alcanzado plena legitimidad con la ratificación del CLATR, la aplicación de esta institución por parte de los

⁸⁶³ Art. 3 del CLATR.

⁸⁶⁴ En el derecho inglés este tipo de *trust* (*purpose trust*) solamente es permitido si es constituido para fines de caridad.

⁸⁶⁵ ACIERNO, Rosanna: *ob. cit.*, p. 108.

El *trust* en Europa. Un ejemplo de derecho comparado: Ordenamiento jurídico italiano

ciudadanos italianos lógicamente ha ido ganando cada vez más espacio en la *praxis* negocial, tanto así que se habla propiamente del *trust* interno.

4.1. Noción general del *trust* interno

La expresión de “*trust* interno” es utilizada para indicar al *trust* conectado subjetivamente y objetivamente con el ordenamiento italiano, pero sobrepuesto a una ley extranjera. El primero que acuñó el término fue Maurizio Lupoi que, al analizar la admisibilidad del *trust* en Italia, popularizó en sus estudios el “*trust* interno” como un término apto para describir al *trust* constituido con elementos subjetivos y objetivos radicado en el territorio nacional⁸⁶⁶.

De manera que cuando se habla de *trust* interno en realidad se está haciendo referencia al *trust* que es constituido por uno o más ciudadanos italianos, que deciden transferir determinados bienes situados en Italia a otra persona, de nacionalidad italiana, para que en calidad de *trustee* los administre o cumpla con ellos una finalidad en favor de uno o más beneficiarios italianos, siendo el *trust* disciplinado por una ley extranjera⁸⁶⁷.

El *trust* interno por tanto no presenta elementos significativos de extranjería o contacto con ordenamientos extranjeros, por el contrario, los elementos objetivos y subjetivos están asentados en el país. El único elemento de internacionalidad está representado por la ley reguladora. Los ciudadanos italianos suelen elegir por lo general la ley sobre el *trust* de la República de San Marino ⁸⁶⁸.

⁸⁶⁶ LUPOI, Maurizio: “*La ratifica della...*”, *ob. cit.*, p. 17.

⁸⁶⁷ En este sentido también: DRAKE, M. e MAZZEI, F.: *ob. cit.*, p. 244; MARTIN SANTIESTEBAN, Sonia: “*El instituto del «Trust»...*”, *ob. cit.*, p. 230.

⁸⁶⁸ En palabras de Vettori la ratificación del CLATR y la admisión del *trust* interno “pone en evidencia que las actuales exigencias que plantea el mercado internacional a los ordenamientos, poco a poco va abriendo paso al esfuerzo de una construcción nueva de la noción de dominio absoluto, unitario y abstracto referible a una persona o entidad, para ingresar a una nueva cultura de legalidad que sepa coger la eficiencia de la destinación voluntaria legítima en los diversos sectores del ordenamiento”. VETTORI, G.: “L’atto di destinazione e trust (art. 2645 ter del código civile)”, en VETTORI, Giuseppe (coord.) *Atti di destinazione e trust: art. 2645 ter. Cod. Civ.*, Ed. Cedam, Padova, 2008, p. 6.

Esta República, muy dependiente de Italia, después haber ratificado el CLATR, en el 2005, mediante Ley N° 37 de 17 de marzo del mismo año, ha promulgado una ley sobre el *trust* recogiendo una de las regulaciones más recientes y completas del *trust*, que cuenta con un buen equilibrio entre los rasgos del *trust* oriundo del *common law* y las adaptaciones al entorno civilista⁸⁶⁹.

4.2. Límites al *trust* interno

La admisión y reconocimiento del *trust* interno no legitima obviamente eludir con este instrumento los límites generales de la autonomía negocial impuestos por el ordenamiento jurídico interno y los límites específicos fijados por el CLATR.

Considerando estos dos aspectos fundamentales podemos decir, siguiendo a Rota y Biasini⁸⁷⁰, que los límites del *trust* interno con carácter general y no taxativo están dados por el respeto de:

- a) Las normas de orden público del ordenamiento italiano. Esto es, las normas obligatorias que aparecen, al menos implícitamente, en los principios fundamentales que son la base del ordenamiento; este es también el límite que reconoce el artículo 18 del CLATR.
- b) Las normas italianas de aplicación necesaria. Que en derecho internacional privado son constituidos por aquellas disposiciones que deben siempre encontrar aplicación independientemente de la ley extranjera reguladora y cuya identificación ha de hacerse valorando el objeto y el fin; bajo este criterio se perfila también el artículo 16 del CLATR.
- c) Las normas obligatorias del ordenamiento sobre materias específicas. Dentro de ellas se encuentra las normas sobre protección de los incapacitados, efectos personales y patrimoniales del matrimonio,

⁸⁶⁹ CÁMARA LAPUENTE, Sergio: “*Breve Compendio...*”, *ob. cit.*, p. 41.

⁸⁷⁰ ROTA, Flavio e BIASINI, Gino: *ob. cit.*, p. 37.

El *trust* en Europa. Un ejemplo de derecho comparado: Ordenamiento jurídico italiano

testamento y devolución de bienes sucesorios (en particular de la legítima), transferencia de la propiedad y garantías reales, protección de los acreedores e insolvencia y protección por otros motivos a terceros que actúan de buena fe.

4.3. Tipologías del *trust* interno

Dado que el *trust* es un instrumento de amplia difusión en Italia por su versatilidad para ser adaptada a diferentes fines, objetivos y proyectos, sus aplicaciones son de lo más variados. Existen, por ejemplo, *trust* para la gestión de inmuebles, *trust* para la gestión de sociedades, *trust* comercial o de garantía, *trust* para la seguridad del patrimonio personal, *trust* por la sucesión generacional; *trust* a favor de personas minusválidos; *trust* para la liquidación de sociedades, entre otros.

Los autores hacen énfasis sobretodo en que el *trust* interno ha encontrado vasta aplicación en el campo familiar y que va ganando cada vez más espacio en el campo comercial y financiero por la idoneidad del instituto para realizar, asistir o facilitar las transacciones financieras⁸⁷¹.

Así, en el ámbito familiar, Monegat⁸⁷² alude que el *trust* interno constituye un instrumento idóneo para protección de los patrimonios de familia porque, sin violar las normas obligatorias, es el que permite realizar lo mejor posible el propósito deseado por la partes, unas veces, solo mediante la gestión en función del tiempo, otras veces, articulando lo beneficios en razón de los sujetos, sin lesionar los derechos de alguno.

⁸⁷¹ PANICO, Paolo.: “Il trust nel settore bancario e finanziario”, en MONEGAT, Mariagrazia e LEPORE, Giuseppe (Coords.), *Trust. Applicazioni nel diritto commerciale e azioni a tutela dei diritti in trust*, Ed. Giappichelli, Torino, 2008, p. 124; PETRULLI, Mario e RUBINO, Francesco: *Il trust. Nozione giuridica ed operatività nel sistema italiano*, Editrice Halley, Italia, 2006, p. 95; MACCARONE, Salvatore: “Trust e garanzie bancarie”, AAVV, *Il trust nella operatività delle banche italiane*, Bancaria Editrice, Roma, 1998, p. 62.

⁸⁷² MONEGAT, Mariagrazia: AAVV, *Il regime patrimoniale della familia, la comunione legale ed il trust*, Ed. Cedam, Padova, 2011, pp. 249 y 250.

Tesis Doctoral

En el ámbito comercial, Rota e Biasini⁸⁷³ afirman que el *trust* interno tiene aplicación práctica para garantizar obligaciones para con terceros. Mediante este tipo de *trust*, indican estos autores, se transfiere la propiedad de los títulos de crédito del deudor *settlor* al *trustee* a fin de constituir garantía a favor de un tercer financiador, para que en el caso de que el deudor constituyente cumpla su obligación, tales títulos que están en manos del *trustee* garante vuelvan a su patrimonio, de lo contrario, el financiador garantizado adquiere los títulos de créditos garantizados como medio de pago.

Por otra parte, el *trust* interno tiene aplicación para la compra y gestión de participaciones societarias. Así, Wolff⁸⁷⁴ indica que los sujetos interesados en la compra de participaciones societarias constituyen un *trust* asumiendo al mismo tiempo el rol de beneficiarios del mismo. La figura del *trustee* puede ser representada por una persona imparcial, como una fiduciaria o un *trust company* de un banco, pero también por una persona física nombrada de mutuo acuerdo. El *trustee* se convierte en propietario de las acciones a todos los efectos y, por tanto, titular de todos los derechos y obligaciones conexas. Sobre él recaerán las obligaciones de derecho civil y también los de derecho administrativo y fiscal.

En el ámbito financiero, el *trust* interno también muestra aplicaciones en la titulización de créditos. Siendo la titulización de créditos una forma de financiación garantizada a través de la cesión de créditos a una sociedad constituida para el fin de la titulización, el *trust* es constituido por parte del cedente para que cumpla funciones como la sociedad de titulización⁸⁷⁵.

A decir verdad, son varios los ejemplos aplicativos del *trust* interno en Italia porque es un instrumento que abre un espacio operativo muy interesante para el mundo financiero y bancario, por la transparencia y seguridad que brinda a las operaciones estructuradas a través de él. Eso mismo está influyendo para el crecimiento de su utilización.

⁸⁷³ ROTA, Flavio e BIASINI, Gino: *ob. cit.*, p. 88.

⁸⁷⁴ WOLFF, Josef: "Applicativa dei trust interni", en MOJA, Andrea (Dir.), *Il trust nel diritto civile e tributario*, 2ª Ed, Maggioli Editore, San Marino, 2009, p. 117.

⁸⁷⁵ *Ibid.*, p. 189.

El *trust* en Europa. Un ejemplo de derecho comparado: Ordenamiento jurídico italiano

Parece ser está razón la que ha llevado a Gallarati a decir que “la introducción de los *trust* ha determinado la reorganización de los patrimonios [...] que el instituto se está extendiendo situaciones económicas por las cuales han pasado modelos empresariales”⁸⁷⁶.

Sobre esta base y teniendo en cuenta que el *trust* se sustancia en una relación jurídica con una única causa fiduciaria que caracteriza todo el negocio del *trust* (desde la constitución, transferencia de los bienes, consecución del fin y devolución de los bienes), a continuación vamos a ver la tributación de esta institución.

4.4. Tributación del *trust*

4.4.1. Introducción

El régimen tributario del *trust* a los fines de los impuestos directos fue introducido por la Ley N° 296, de 27 de diciembre de 2006 (financiera 2007). Con la financiera 2007, el legislador italiano estableció el tratamiento impositivo del *trust* residente en Italia y no residente, del *trust* que tiene como objeto principal la actividad comercial y del *trust* que no tiene como objeto principal la actividad comercial.

De esta manera, la financiera 2007 ha asentado el régimen tributario del *trust* a los fines de los impuestos directos, pero no tanto así con respecto a los impuestos indirectos. Sin embargo, la imposición indirecta del *trust* viene siendo ampliamente definida por la interpretación que la jurisprudencia y la doctrina tributaria viene realizando sobre la base de las previsiones que contemplan las leyes reguladoras de los impuestos indirectos.

Se puede decir entonces que las disposiciones del régimen fiscal del *trust* se ven complementadas con circulares internas que son emitidas por parte de la Administración Financiera italiana (*Agenzia delle Entrate*) para realizar aclaraciones interpretativas de las disposiciones actuales.

⁸⁷⁶ GALLARATI, Alberto: *ob. cit.*, pp. 9 y 10.

La intervención por parte de esta autoridad fiscal, en realidad, no sólo se hecho necesario por la falta de disposiciones concretas respecto el *trust*, también la misma variedad de tipologías de *trust* que se practican —y que obviamente tienen evidentes connotaciones tributarias—, ha exigido reflexión y análisis de la normativa impositiva.

Por ello, no debe sorprender al lector encontrar en el análisis que seguidamente realizaremos la cita de aclaraciones interpretativas que ha efectuado la *Agenzia delle Entrate* sobre la imposición indirecta y directa del *trust*.

4.4.2. Impuesto indirectos

4.4.2.1. La tributación del acto constitutivo y de la transferencia de los bienes al *trustee*

a) El acto constitutivo

Atento a que con el acto constitutivo del *trust*, vía *inter vivos* o *mortis causa*, el constituyente expresa su voluntad de constituir el *trust* y de transferir ciertos bienes al *trustee* para que lo gestione en el interés del beneficiario, hemos de examinar si está o no sujeto al Impuesto de Registro, regulado por el Decreto del Presidente de la República (DPR) N° 131, de 26 de abril de 1986, por el cual se sanciona el Texto Único de las disposiciones concernientes al Impuesto de Registro.

El artículo 2 del mencionado texto legal establece que están sujetos al registro: «a) los actos mencionados en la tarifa si se forman por escrito en el territorio del estado; b) los contratos verbales mencionados en el párrafo 1, del artículo 3; inc. c) las operaciones de la sociedad y entidades extranjeras mencionadas en el artículo 4; inc. d) los actos formados en el extranjero, incluido los de los cónsules italianos, que comportan transferencia de la propiedad (...) o transferencia de otros derechos reales, también de garantía existente en el territorio del estado y aquellos que tienen por objeto el alquiler o el arrendamiento de tales bienes».

El *trust* en Europa. Un ejemplo de derecho comparado: Ordenamiento jurídico italiano

Acorde con esta disposición, el artículo 11 de la Tarifa, primera parte, de la misma norma determina que: «están sujetos a registro los actos públicos y escrituras privadas certificadas, excluidos los actos de poder, que no tienen por objeto prestaciones de contenido patrimonial».

A la luz de estos preceptos, el acto constitutivo con el cual el constituyente instituye el *trust*, redactado en acto público o escritura privada certificada, se encuentra sujeto al pago del Impuesto al Registro, a una tasa fija de 168 euros⁸⁷⁷.

Si en el acto constitutivo del *trust* no se hace constar el acto dispositivo de la transferencia de los bienes al *trustee*, el acto dispositivo que, en un momento sucesivo, realice el constituyente para disponer la transferencia de los bienes al *trustee* también se encontrará gravada por el Impuesto de Registro conforme al artículo 11 de la Tarifa, primera parte, del DPR N° 131/1986.

La decisión de constituir el *trust* haciendo coincidir en el mismo acto constitutivo el acto dispositivo de transferencia de los bienes, dependerá de las circunstancias e intereses que tengan las partes.

Al principio, la práctica del *trust* interno era orientada en este sentido, no se hacía coincidir el momento del acto constitutivo del *trust* con el acto dispositivo de los bienes a favor del *trustee*. Sin embargo, esta tendencia ha cambiado recientemente a fin de evitar el pago doble del Impuesto de Registro y ahora no es raro que el acto constitutivo contenga también la transferencia de los bienes inmuebles al *trustee*.

b) La transferencia de los bienes al *trustee*

El acto de transferencia de bienes que realiza el constituyente al *trustee* merece también ser analizado a la luz de otros impuestos indirectos que pueden tener cabida, como son: el Impuesto sobre el Valor Agregado (IVA),

⁸⁷⁷ Circular N° 44/E, de 7 de octubre de 2011.

el Impuesto Hipotecario y Catastral (IHC), y el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (ISD).

Dado que cada uno de estos impuestos tiene incidencia según como sea constituido el *trust* —*inter vivos* o *mortis causa*—, analizaremos, en primer lugar, el acto de disposición de transferencia de los bienes realizado por acto *inter vivos* y, en segundo lugar, el acto de disposición de la transferencia de los bienes instituido *mortis causa*, es decir por testamento.

b.1) Transferencia de bienes efectuada por el constituyente al *trustee* mediante acto público *inter vivos*

Si la transferencia de los bienes es realizado por una persona que es sujeto pasivo del IVA (sociedad, entidad comercial, profesional), dicha transferencia se sujeta a imposición en el IVA si tales bienes son destinados para una finalidad distinta a la actividad de la empresa o de su actividad profesional.

Así, el artículo 2.5 del DPR N° 633, de 26 de octubre de 1972, por el cual se expide el Texto Único del Impuesto sobre el Valor Agregado, grava, entre otros actos, la cesión de bienes destinados para fines ajenos a la actividad de la empresa.

La aplicación del IVA sobre la cesión de los bienes deberá ser determinada en observancia del Decreto Legislativo N° 223, de 4 de julio de 2006, debido a que este nuevo decreto en el artículo 35, apartado 10 quinto y 10 sexto ha introducido modificaciones en la transferencia inmobiliaria, enumerando una serie de supuestos que se encuentran exentos del IVA y sujetos al pago del impuesto.

Si la transferencia de los bienes al *trustee* es realizado por una persona que no es sujeto de IVA, tal transferencia, además del Impuesto de Registro, se sujeta a imposición en el IHC.

Precisamente, el artículo 1 del Decreto Legislativo N° 347, de 31 de octubre de 1990, que aprueba el Texto Único del Impuesto Hipotecario y Catastral,

El *trust* en Europa. Un ejemplo de derecho comparado: Ordenamiento jurídico italiano

determina que el hecho imponible del Impuesto Hipotecario grava la formalidad de la inscripción, modificación y anotación en el registro público inmobiliario de los actos que comportan la transferencia de bienes inmuebles o derecho reales; y el artículo 10 del mismo decreto, establece que el Impuesto Catastral grava la formalidad de la inscripción de los datos en el catastro inmobiliario de actos que implican la transferencia de bienes inmuebles o derechos reales sobre inmuebles también sujetos al Impuesto de Registro e ISD.

Por tanto, la transferencia de los bienes al *trustee*, vía acto *inter vivos*, se sujeta a imposición del IHC, con la alícuota proporcional del 2% y del 1% respectivamente, calculado sobre el valor de los bienes y derechos inmobiliarios⁸⁷⁸.

b.2) Transferencia de bienes efectuada por el constituyente al *trustee* mediante testamento (*mortis causa*)

La transferencia de los bienes al *trustee* instituido por testamento *mortis causa*, que se produce a la muerte del constituyente, se sujeta a imposición en el ISD y el IHC.

El artículo 2, apartado 47, del Decreto Legislativo N° 262, de 3 de octubre de 2006⁸⁷⁹ ha reintroducido el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones — que estuvo suprimida desde octubre de 2001— extendiendo el hecho imponible del impuesto a la constitución del vínculo de destinación.

Así, el citado precepto dispone: «Es instituido el impuesto sobre sucesiones y donaciones sobre transferencias de bienes y derechos por causa de muerte, por donación o a título gratuito y sobre la constitución de vínculos de destinación, según las disposiciones del texto único de las disposiciones concernientes al impuesto sobre sucesiones y donaciones, del cual el decreto legislativo N° 436, de 31 de octubre de 1990, en el texto vigente a la

⁸⁷⁸ Circular N° 3/E, de 22 de enero de 2008; artículo 21 del Decreto Legislativo N° 347/1990.

⁸⁷⁹ Modificado sucesivamente por Ley N° 286, de 24 de noviembre de 2007 (artículo 2, apartados 47 al 49).

fecha del 24 de octubre del 2001, hizo salvo cuanto lo previsto en los apartados 48 a 54».

Si bien el precepto no refiere expresamente al *trust*, en una interpretación amplia de este precepto, la *Agenzie delle Entrate*, mediante la Circular N° 48/E de 6 de enero de 2007 y Circular N° 3/E, de 22 de enero de 2008, ha aclarado que dentro del concepto de vinculación está inmerso el *trust*⁸⁸⁰.

De esta manera, la transferencia de los bienes está sujeta al pago del ISD. Considerando que el *trust* se sustancia en una relación jurídica compleja con una única causa a fiduciaria que caracteriza todos los hechos del *trust*, la *Agenzie delle Entrate* señala que esa unicidad de la causa hace que el ISD sea aplicado en el momento de la segregación del patrimonio, con la alícuota del 8%.

Esto procedería, por ejemplo, en el *trust* constituido en interés de sujetos que no son legalmente parientes del constituyente, en el *trust* gestionado para realizar un determinado bien sin indicación del beneficiario final, y en el *trust* constituido en el interés de sujetos genéricamente indicados y no identificables en relación al grado de parentela⁸⁸¹.

⁸⁸⁰ En la Circular N° 3/E, de 22 de enero de 2008, la *Agencia delle Entrate* indica, que por las características en que se sustancia el negocio jurídico del *trust*, éste es reconducible en la categoría de los vínculos de destinación. No obstante ello, reconoce al mismo tiempo que el *trust* presenta diferencias con los vínculos de destinación. Así, señala que «el *trust* se diferencia de otros vínculos de destinación, en cuanto comporta la segregación de los bienes respecto del patrimonio personal del disponente y del *trustee*». Concluye en este sentido que «dichos bienes constituyen un patrimonio separado en sí mismo, del cual resulta propietario el *trustee* (artículo 12 de la Convención de La Haya) y que ya no pertenece al patrimonio del fideicomitente (que ha constituido sobre ellos el vínculo) ni al patrimonio del mismo *trustee* (que puede disponer limitadamente en su gestión). En esencia, los bienes en *trust* constituyen un patrimonio con una específica autonomía jurídica respecto al patrimonio del disponente y de *trustee*. Esto revela una característica típica del *trust*, no común en otros casos de constitución de vínculo de destinación».

⁸⁸¹ Esta tesis que mantiene la *Agenzia delle Entrate* en la Circular N° 48/E, de 6 de agosto de 2007 y Circular N° 3/E, de 22 de enero de 2008, ha sido contrastada por la Commissione Tributaria prov. Bologna (Sentencia N° 120, de 30 octubre de 2009) y la Commissione Tributaria prov. Firenze (Sentencia N° 30 de 12 de febrero de 2009), en tanto que consideran que el ISD no se aplica en el momento del acto de institución o dotación de los bienes del *trust*, sino en el momento de la efectiva atribución de los bienes al beneficiario, ya que ahí es cuando se integra la

El *trust* en Europa. Un ejemplo de derecho comparado: Ordenamiento jurídico italiano

No se aplica esta alícuota en el caso del *trust* constituido en interés de uno o más beneficiarios finales en el cual la relación de parentela con el constituyente es determinada. En este tipo de *trust*, la alícuota del impuesto se ha determinar aplicando los coeficientes que correspondan en función del grado de parentesco entre el constituyente —causante de la sucesión o donación— y el beneficiario, y no entre constituyente y el *trustee*; así:

- en la transferencia de bienes que realice el *trustee* a los parientes en línea recta, se aplicará la alícuota del 4%⁸⁸²;
- en la transferencia de los bienes que realice el *trustee* a otros parientes hasta el cuarto grado, se aplicará la alícuota del 6%⁸⁸³; y
- en la transferencia de los bienes que realice el *trustee* a otros sujetos, la alícuota del 8%⁸⁸⁴.

Si los bienes del *trust* está formado por cuotas sociales, acciones o empresas, en aplicación del apartado 4-ter del artículo 3 del Decreto Legislativo N° 346, de 31 de octubre 1990, introducido por el apartado 78 de artículo 1 de la financiera 2007, la transferencia de tales bienes en *trust* a favor de los descendientes del constituyente no está sujeto al ISD.

Cabe tener en cuenta, por último, que el ISD no solo tiene incidencia en la transferencia de los bienes instituido *mortis causa*, también tiene alcance sobre la transferencia dispuesta mediante acto *inter vivos*, en este último caso, la transferencia de los bienes que efectúa el constituyente al *trustee* está sujeta al pago del ISD a una tasa fija⁸⁸⁵.

El ISD se aplica igualmente en el *trust* autodeclarado —en el cual el constituyente asume al mismo tiempo la función de *trustee* y en virtud de ello se autotransfiere bienes que ya formaban parte de su patrimonio—, por

transferencia del bien a favor de un sujeto tercero y se verifica el correspondiente enriquecimiento. De esta forma, contradicen lo afirmado por la *Agenzia* sobre el principio de la “imposición anticipada” de los bienes objeto del *trust*.

⁸⁸² Art. 2, apartado 48, inc. a), del Decreto Legislativo N° 262/2006.

⁸⁸³ Art. 2, apartado 48, inc. b), del Decreto Legislativo N° 262/2006.

⁸⁸⁴ Art. 2, apartado 48, inc. c), del Decreto Legislativo N° 262/2006.

⁸⁸⁵ Circular N° 48/E, de 6 de agosto de 2007.

la formalidad de los efectos traslativos que se sustancia al interior de su patrimonio.

Hemos de reconocer que sobre la aplicación del ISD al *trust* autodeclarado, coincidimos con los autores que consideran que someter a imposición esta transferencia resulta siendo exagerado, ya que en este tipo de *trust* los bienes no salen de la esfera jurídica del constituyente porque el constituyente es al mismo tiempo el *trustee*, en el fondo, no se produce una efectiva transferencia de los bienes, los bienes no pasan de una persona a otra⁸⁸⁶. De modo que someter a imposición esta transferencia no parece ser una medida del todo acertada, pues la segregación patrimonial es, en gran parte, meramente instrumental.

En lo concerniente al IHC, indicar que la transferencia de los bienes que opera el constituyente al *trustee* por acto *mortis causa*, se sujeta a imposición del IHC, por cuanto este impuesto grava formalidad de la transcripción de los actos que comportan la transferencia de bienes inmuebles o derecho reales, así como el registro de la referencia catastral. La alícuota a aplicar es proporcional del 2% y 1% respectivamente, calculado sobre el valor de los bienes y derechos inmobiliarios.

4.4.2.2. La tributación de las operaciones efectuadas por el *trustee*, de la sustitución del *trustee* y de la transferencia de los bienes al beneficiario

a) Las operaciones efectuadas por el *trustee*

Las operaciones de gestión del patrimonio que realice el *trustee* en el desarrollo de la finalidad del *trust* se sujeta a autónoma imposición, según la naturaleza y los efectos jurídicos que produzcan. Veamos dos ejemplos:

⁸⁸⁶ BANCONE, Vincenzo e LA BARBIERA, Manfredi: “Imposta di successione e donazione sugli atti di destinazione e i trusts: una partita ancora aperta”, en *Corriere Tributario*, núm. 24, 2001, p. 1983; GUFFANTI, Fabio: “I trust nelle imposte indirette alla luce delle indicazioni dell’Agenzia delle entrate”, en *Corriere Tributario*, núm. 47, 2007, p. 3836; MURITANO, Daniele: “Trust per l’adempimento di un contratto preliminare di vendita di quote di S.R.L.”, en *Il Fisco*, núm. 1, 2009, p. 362.

El *trust* en Europa. Un ejemplo de derecho comparado: Ordenamiento jurídico italiano

- 1) el acto público de venta de los bienes vinculados al *trust* que realice el *trustee* con terceros se sujetará a imposición en el Impuesto de Registro, en virtud del artículo 11 de la Tarifa, primera parte, del DPR N° 131/1986, a una tasa fija de 168 euros.
- 2) este mismo acto público de venta se sujetará a imposición en el IHC, a tenor de los artículos 1 y 10 del Decreto Legislativo N° 347/1990, en medida proporcional, con la alícuota proporcional del 1% y del 2% respectivamente.

b) La sustitución del *trustee*

Dada la diversidad de situaciones y circunstancias que pueden tener lugar en el desarrollo del *trust* (disconformidad con la gestión, conflicto de intereses, muerte del *trustee*, etc.) es posible que en un determinado momento el *trustee* sea sustituido por otro y con tal motivo se vuelva a transferir los bienes que son objeto del *trust* al nuevo *trustee*.

En este supuesto, nos encontramos en presencia de los presupuestos que establece el artículo 11 de la Tarifa, primera parte, del DPR N° 131/1986 para el gravamen del Impuesto de Registro, en cuanto el acto público por el que se establezca la transferencia de los bienes deberá ser registrada ante el registro correspondiente, según la naturaleza de los bienes, para surtir efectos *erga omnes*. Por tanto, el acto de transferencia de los bienes del *trust* por sustitución del *trustee* se sujeta a imposición en el Impuesto de Registro, con la tasa fija de 168 euros.

c) La transferencia de los bienes al beneficiario

El *trustee* normalmente por voluntad del constituyente devolverá los bienes del *trust* a los beneficiarios una vez cumplido la finalidad del *trust* o en el término fijado en el acto constitutivo.

La devolución de los bienes remanentes del *trust* a los beneficiarios no suponen un presupuesto impositivo ulterior a efectos del artículo 2, apartado 47 del Decreto Ley N° 262/2006 para el Impuesto sobre las

Donaciones debido a que los bienes ya han abonado el impuesto al momento de la segregación los bienes en el *trust*⁸⁸⁷.

No obstante, el acto público por el cual el *trustee* retransfiere los bienes al beneficiario se sujeta a imposición, por un lado, en el Impuesto de Registro en virtud del artículo 11 de la Tarifa, primera parte, del DPR N° 131/1986, a una tasa fija de 168 euros; y por otro lado, en el IHC a tenor de los artículos 1 y 10 del Decreto Legislativo N° 347/1990, con la alícuota proporcional del 2% y 1%, respectivamente, con exclusiva referencia a los actos con efecto traslativo.

4.4.3. Impuestos directos

Antes de adentrarnos en la tributación del *trust* a la luz de los impuestos directos, hemos de empezar la exposición haciendo una referencia a la Financiera 2007 (Ley N° 297, de 27 de diciembre de 2006) en consideración a que esta norma, como hemos adelantado, ha introducido por primera vez disposiciones específicas para la disciplina fiscal del *trust*.

4.4.3.1. Financiera 2007

El apartado 74 del artículo único de la financiera 2007 ha introducido disposiciones en materia del *trust* en el artículo 73.1 del Decreto Legislativo N° 917, de 22 de diciembre de 1986, por el que se aprueba el Texto Único del Impuesto sobre las Rentas (TUIR), en base al cual están incluidos entre los sujetos pasivos del Impuesto sobre la Renta de la Sociedad (IRES) el *trust*:

- residente en el territorio del Estado, que tiene por objeto exclusivo o principal el ejercicio de actividad comercial;

⁸⁸⁷ Circular N° 48/E, de 6 de agosto de 2007. Sobre la transferencia de los bienes a los beneficiarios, Moja entiende que el *trustee* gana en mérito la obligación de transferir los bienes en virtud del acto constitutivo del *trust* y no por espíritu de liberalidad, por consiguiente, la naturaleza del acto podría ser considerada de liberalidad indirecta. MOJA, Andrea: “I profili tributari del *trust* in Italia”, en MOJA, Andrea (Dir.), *Il trust nel diritto civile e tributario*, 2ª Ed, Maggioli Editore, San Marino, 2009, p. 371.

El *trust* en Europa. Un ejemplo de derecho comparado: Ordenamiento jurídico italiano

- residente en el territorio del Estado, que no tiene por objeto exclusivo o principal el ejercicio de actividad comercial; y
- no residente en el territorio del Estado, con o sin personalidad jurídica.

De manera que, bajo la consideración de sujeto pasivo del IRES, el *trust* puede ser calificado como:

- ente comercial residente, conforme al artículo 73.1, inc. b) del TUIR;
- ente no comercial residente, conforme al artículo 73.1, inc. c) del TUIR; y
- ente no residente, con o sin objeto exclusivo o principal del ejercicio de la actividad comercial, conforme al artículo 73.1, inc. d) del TUIR.

El *trust*, en este sentido, como sujeto pasivo del IRES, deberá de cumplir las específicas obligaciones previstas para los sujetos del IRES⁸⁸⁸.

Así, el *trust* tendrá que dotarse de un código fiscal; presentar la declaración anual de las rentas en el modo y en el tiempo establecido; si ejercita una actividad comercial obtener la correspondiente partida del IVA e inscribirse en el registro de empresa; cumplir todas las obligaciones formales y sustanciales relativas al IRAP previsto en el Decreto Legislativo N° 446, de 15 de diciembre de 1997; y tener la contabilidad según las previsiones del DPR N° 600, de 29 de septiembre de 1973 (el *trustee* por norma tiene también un libro de los eventos para poder registrar la gestión desarrollada). Todas las obligaciones tributarias son asumidas por el *trustee*⁸⁸⁹.

Para imposición de las rentas, la financiera 2007 ha individualizado también, en el apartado 2 del artículo 73 del TUIR, el *trust* transparente, en

⁸⁸⁸ Algunos autores critican que el legislador haya incluido el *trust* entre otras entidades sin definir concretamente la clase de entidad que es, comercial o no comercial, residente o no residente. En este sentido: FRANSONI, Guglielmo: “La disciplina del *trust* nelle imposte dirette”, en *Rivista di diritto tributario*, 2007/3, p. 231; “La tassazione degli atti di destinazione e dei *trust* nelle imposte indirette”, *Consejo Nacional del Notariado, Estudio tributario*, núm. 58-2010/T, p. 17.

⁸⁸⁹ Circular N° 48/E, de 6 de agosto de 2007.

el cual las rentas vienen imputadas por transparencia a los beneficiarios en proporción a la cuota de participación individualizada en el acto de constitución del *trust* o en otro documento sucesivo.

De otra parte, la financiera 2007, a los fines de la determinación de la residencia fiscal del *trust*, ha ampliado los criterios ya previstos en el apartado 3 del artículo 73 del TUIR, insertando en tal precepto dos criterios de presunción de residencia fiscal del *trust* constituido en un país con el cual Italia no tiene acordado el intercambio de información, conforme el Decreto del Ministro de economía y finanzas de 4 de septiembre de 1996 “*white list*”, en base a los cuales el *trust* se considera residente en Italia.

A decir verdad, con la financiera 2007, el legislador tributario ha agregado importantes modificaciones en el régimen impositivo del *trust*, brindando de esta manera mayor claridad en la imposición indirecta y directa del *trust*, poniendo así fin a la postura seguida y debatida en la doctrina en materia tributaria; y tratando, por otro lado, de contrastar posibles fenómenos de ficticia localización de los *trusts* en el extranjero, con finalidades elusivas⁸⁹⁰.

⁸⁹⁰ Para mayor profundización sobre el régimen fiscal del *trust* a la luz de la financiera 2007 puede verse: BELLUZO, Luigi e BELLUZO, Alessandro U.: “I trust e il Fisco in Italia alla luce della finanziaria 2007”, en *Fiscalità Internazionale*, núm. 1, 2007, pp. 7-16; COSCARELLI, Alessandro e CORSANO, Emiliano: “Discrezionalità del trustee e trasparenza del trust”, en *Il Fisco*, núm. 4, 2009, pp. 537-539; COSCARELLI, Alessandro e CORSANO, Emiliano: “Aspetti fiscali del trasferimento di partecipazioni societarie in trust”, en *Il Fisco*, núm. 45, 2008, pp. 8090-8094; FERRARETTI, Paolo e PIAZZA, Marco: “Novità in materia di trust. Prime possibili interpretazioni pratiche Imposte dirette e imposta di donazione”, en *Il Fisco*, núm. 17, 2007, pp. 2438-2441; MAURO, Anita: “Qualificazione del trust ai fini delle imposte sui redditi”, en *Il Fisco*, núm. 11, 2008, pp. 2024-2026; PORPORA, Francesco: “Prime osservazioni in tema tassazione dei trusts (liberali) nella ‘resuscita’ imposta sulle successioni e donazione”, en *Il Fisco*, núm. 9, 2007, pp. 1270-1272; RIGHINI, Alberto: “Partecipazioni in trust. Un’interessante alternativa alla holding di gestione”, en *Il Fisco*, núm. 31, 2008, pp. 5584-5596; SACCARO, Marta: “Gli enti non commerciali nel Mod. Unico 2008”, en *Corriere Tributario*, núm. 26, 2008, pp. 2093-2094; y VICARI, Andrea: “La soggettività passiva del trust nelle imposte dirette tra interposizione fittizia, simulazione e riqualificazione - parte I”, en *Trusts e attività fiduciarie*, núm. 5, 2011, pp. 472-474.

El *trust* en Europa. Un ejemplo de derecho comparado: Ordenamiento jurídico italiano

4.4.3.2. La tributación de las rentas en cabeza del *trust*

Las rentas generadas en el *trust* como consecuencia del desarrollo de actividades conexas a su objeto o finalidad se sujetan a imposición en el IRES.

El TUIR distingue dos modalidades para la imposición de tales rentas: la imputación de las rentas en cabeza del *trust* y la imputación de las rentas en los beneficiarios. Vamos a analizar la tributación de las rentas bajo la primera modalidad.

Como decíamos precedentemente, el artículo 73, apartado 1, incs. b), c) y d), del TUIR establece que son sujetos pasivos del IRES:

- el *trust* residente en el territorio del Estado que tiene por objeto exclusivo o principal el ejercicio de actividades comerciales (entidad comercial);
- el *trust* residente en el territorio del Estado que no tiene por objeto exclusivo o principal el ejercicio de actividades comerciales (entidad no comercial); y
- el *trust* no residente, por las rentas producidas en el territorio del Estado (entidad no residente).

En concordancia con ello, y a fines de la imposición de la renta, el apartado 2 del mismo precepto indica que: «en los casos en que los beneficiarios del *trust* sean individualizados, las rentas conseguidas por el *trust* son imputados en cada caso a los beneficiarios en proporción a la cuota de participación individualizada en el acto de constitución del *trust* o en otros documentos sucesivos, y en falta de ello, en partes iguales».

Aclarando el alcance de ésta previsión, en la Circular N° 48/E, de 6 de agosto de 2007, la *Agenzia delle Entrate* ha señalado que el artículo 73 del TUIR, a los fines de la imposición del impuesto, ha establecido dos principales tipologías de *trust*:

- 1) el *trust* con beneficiarios de renta individualizada, cuyas rentas son imputadas por transparencia a los beneficiarios (*trust* transparente);
y
- 2) el *trust* sin beneficiarios de renta individualizada, cuyas rentas son atribuidas directamente al *trust* mismo (*trust* opaco).

La puntualización que hace la *Agenzia delle Entrate* es clara: en el *trust* opaco (*trust* sin beneficiarios de renta individualizada) las rentas se gravan en cabeza mismo del *trust* y no en los beneficiarios.

Por consiguiente, cuando las rentas atribuibles a los beneficiarios no han sido individualizadas puntualmente en el acto constitutivo del *trust* o en sucesivos documentos, las rentas se sujetan a imposición en el IRES en cabeza del *trust*.

El *trust* se configura como autónomo sujeto pasivo de impuesto y se le aplican las mismas disposiciones dictadas para las entidades y sociedades. El método de cálculo de la renta, en consecuencia, dependerá de la aplicación de las normas relativas a la tipología de ente a la que pertenezca el *trust* (comercial residente, no comercial residente, y no residente).

En el caso del *trust* residente en territorio italiano que tenga por objeto exclusivo o principal el ejercicio de la actividad comercial⁸⁹¹, las rentas generadas por las actividades comerciales realizadas con los bienes del *trust* se sujetan a imposición en el IRES, bajo la categoría de renta de empresa,

⁸⁹¹ Por ejercicio de empresa comercial, según el artículo 55 del TUIR, se entiende «el ejercicio por profesión habitual, así como exclusiva de las actividades comerciales que recoge el artículo 2195 del c.c. [...] también si no están organizadas en forma de empresa, así como el ejercicio de la actividad, organizada en forma de empresa, directa a la prestación de servicios que no entran dentro el artículo 2195 del c.c.». Atendiendo este aspecto en la Resolución N° 425/E, de 5 de noviembre de 2008, la *Agenzia delle Entrate* señala que si en el *trust* se desarrolla una actividad atribuible entre aquéllos enumerados en el artículo 2195 del código civil, el carácter comercial de la actividad se verifica aún cuando se prescinda de la existencia de una organización de empresa.

A nivel doctrinal, se viene puntualizando que el acto constitutivo deberá ser valorado a los fines de determinar la comercialidad, resultará necesario que de ello emerja de la finalidad del *trust* o de la actividad que aparece funcional al logro del objetivo principal u exclusivo. “Osservazioni sulla disciplina fiscale del trust nell'imposizione diretta (alla luce della finanziaria 2007)”, *Consejo Nacional del Notariado*, Estudio núm. 22-2007/T, aprobado el 12 de octubre de 2007, p. 3.

El *trust* en Europa. Un ejemplo de derecho comparado: Ordenamiento jurídico italiano

según las disposiciones establecidas para tal renta, con la alícuota del 27.5%⁸⁹²

En el caso del *trust* residente en territorio italiano que no tiene por objeto principal la actividad comercial, las rentas de capital de diversa naturaleza financiera que puedan obtener los bienes vinculados al *trust* se sujetan a imposición dentro de las categorías de rentas que corresponda: rentas inmobiliarias, rentas de capital, rentas de empresa (arts. 143 y ss.). La alícuota aplicable a las rentas de capital y las demás rentas de naturaleza financiera es del 20%⁸⁹³.

A título de ejemplo, un *trust* que no practica actividad comercial, incluido, por lo tanto, entre los sujetos del artículo 73.1, inc. c) del TUIR, que tiene por objeto títulos comprendidos en las disposiciones del Decreto Legislativo N° 239, de 1 de abril de 1996, los intereses y otros frutos derivados de dichos títulos, según el artículo 2 del mismo decreto están sujetan a imposición del impuesto sustitutivo, así como las rentas provenientes de las obligaciones y títulos similares indicados en el artículo 26, inc. 1, del DPR N° 600/1973.

4.4.3.3. La tributación de las rentas en los beneficiarios

Esta es la segunda modalidad de la imposición de las rentas del *trust* en el IRES. Su aplicación procede cuando las rentas del beneficiario del *trust* han sido individualizadas, de manera puntual, en el acto de constitución del *trust* o en documentos sucesivos.

Así, el artículo 73, apartado 2, del TUIR establece «en los casos en que los beneficiarios del *trust* sean individualizados, las rentas conseguidas por el *trust* son imputados en cada caso a los beneficiarios en proporción a la

⁸⁹² Arts. 81.1 y 77 del TUIR.

⁸⁹³ Esta alícuota del 20% es aplicable desde enero de 2012. Con el artículo 2, párrafos 6 al 34 del Decreto Legislativo N° 138, de 13 de agosto de 2011, convertido en Ley N° 148, de 14 de septiembre de 2011, se ha unificado en una alícuota única (20%) las anteriores alícuotas del 12,50%, 50% y 27% sobre tales rentas, salvo para excepciones previstas para los títulos emitidos por el Estado en cuyo caso se mantiene la alícuota del 12, 50%.

Tesis Doctoral

cuota de participación individualizada en el acto de constitución del *trust* o en otros documentos sucesivos, y en falta de ello, en partes iguales».

Por “beneficiario individualizado” debe entenderse al beneficiario de «renta» individualizada, vale decir, el sujeto que expresa con respecto de aquella renta una capacidad contributiva actual. Además, es necesario que el beneficiario no sólo sea individualizado puntualmente, también debe resultar titular del derecho a pretender del *trustee* la asignación de aquella parte de renta que le es imputada por transparencia. Estos son los presupuestos esenciales que la *Agenzia delle Entrate* precisa para la imposición de las rentas en esta segunda modalidad (*trust* transparente).

En este sentido, cuando las rentas de los beneficiarios del *trust* han sido individualizadas puntualmente, con indicación del porcentaje o parte que corresponde a cada uno de ellos y el término en que va percibir, las rentas se imputan por transparencia a los beneficiarios individualizados.

Puesto que el artículo 44.1 *g-sexies* del TUIR determina que son rentas de capital «las rentas imputadas al beneficiario del *trust* a tenor del artículo 73.2 del TUIR, también si no son residentes», la determinación de la renta atribuida al beneficiario se realizará según lo previsto para las rentas de capital, con aplicación de la alícuota del 20%.

En el caso de beneficiarios no residentes, las rentas que perciban del *trust* italiano transparente o mixto se sujetan a imposición en el IRES sólo por las rentas producidas en Italia, conforme el artículo 23 del TUIR⁸⁹⁴. Estas rentas entran dentro de la categoría de rentas de capital y se aplican también la alícuota del 20%.

Se habla de *trust* mixto debido a que, por la flexibilidad del *trust*, es posible que esta tipología de *trust* pueda resultar cuando el acto constitutivo del *trust* se prevea que una parte de las rentas obtenidas serán destinadas al

⁸⁹⁴ Circular N° 61/E, de 27 de diciembre de 2010.

El *trust* en Europa. Un ejemplo de derecho comparado: Ordenamiento jurídico italiano

capital del *trust* y otra parte a los beneficiarios⁸⁹⁵. En este supuesto, la parte destinada al *trust* vendrá impuesta en cabeza del *trust*, sujeto al IRES, y la otra parte de la renta atribuida al beneficiario vendrá imputada por transparencia al mismo⁸⁹⁶.

Finalmente, hay que indicar que en el caso de que las rentas ya hayan sido sometidas a imposición en cabeza del *trust* — a título del impuesto o de impuesto sustitutivo— antes de la individualización de los beneficiarios (cuando el *trust* era opaco), las rentas no podrán volver a ser sujetas a imposición⁸⁹⁷. A este fin, tiene efectos la disposición del artículo 163 del TUIR que prohíbe la doble imposición, estableciendo que un mismo impuesto no puede ser aplicado más veces en razón del mismo presupuesto, tampoco respecto a sujetos diferentes.

⁸⁹⁵ Cuestiones sobre el tratamiento aplicable a este tipo de *trust* ya se ha planteado ante las autoridades fiscales. En una consulta sobre un *trust* en cuyo acto constitutivo se especifica la indicación del beneficiario de la renta y de los fondos mismos, la *Agenzia delle Entrate*, en Resolución N° 425/E, de 5 de noviembre de 2008, indica que «cuando el acto constitutivo individualiza un beneficiario de las rentas del *trust* y al mismo tiempo prevé que tales rentas deben ser acumulados en el *trust* hasta un determinado término, a los cuales las mismas rentas serán devueltas al beneficiario, es evidente que, a los fines del impuesto sobre las rentas, dicho beneficiario no puede ser considerado “beneficiario de renta individualizada”, por tanto, en el periodo del impuesto la renta generada recae en cabeza del *trust*». En sentido similar también sostuvo en una consulta anterior. Respecto la constitución de un *trust* creado con la finalidad de que a la muerte del constituyente se asista económicamente a descendientes en línea recta al cumplimiento de los 30 años de edad, para lo cual el constituyente transferirá al *trust* sus propias cuotas de participación en diversas sociedades para que el *trustee* las administre, bajo vigilancia de un protector; la *Agenzia delle Entrate*, en la Resolución N° 81/E, de 7 de marzo 2008, sostiene que ese *trust* configura una hipótesis de *trust* sin beneficiarios individualizados (*trust* mixto), autónomo sujeto de impuestos conforme al artículo 73 del TUIR, que la renta destinada al capital de mismo *trust* es imputada directamente en cabeza del *trust*, mientras que la renta esperada al beneficiario será imputada directamente en cabeza de este último por transparencia y, después de su muerte, en cabeza de los herederos.

⁸⁹⁶ MIGNARRI, Enzo: “Annotazioni sulla disciplina fiscale dei trust nelle imposte dirette”, en *Il Fisco*, núm. 14, 2011, p. 2190; LUPOI, Maurizio: *Trust e attività fiduciarie. La giurisprudenza italiana sui trust: dal 1899 al 2009*, AAVV, LUPOI, Maurizio (Dir.), 3ª Ed., Ed. Grupo Wolters Kluwer, Italia, 2009, pp. 184-185.

⁸⁹⁷ ARQUILLA, Norberto: “Il quadro RL del modelo UNICO 2009”, en *Corriere Tributario*, núm. 17, 2009, p. 1358; ARQUILLA, Norberto: “Natura finanziaria dei redditi imputati al beneficiario del trust”, en *Corriere Tributario*, núm. 7, 2007, p. 537; ARMENTO, Ana: *Manuale fiscale del private banker*, Editore Franco Angeli, Milano, 2010, p. 234.

4.4.3.4. La transferencia de los bienes al *trust*

La transferencia de los bienes en el *trust* tiene un tratamiento diferenciado según el sujeto que lo efectúa (empresario o no empresario) y de la clase de los bienes que son transferidos.

Cuando la transferencia comprende bienes relativos a la empresa (bienes económicos “mercancías”, bienes instrumentales, bienes patrimoniales), el empresario constituyente consigue el componente positivo de renta sujeto a imposición según las disposiciones del TUIR, y también del IVA⁸⁹⁸ si los bienes en cuestión —siendo destinados a una finalidad extraña de la empresa— salen de la disponibilidad del constituyente empresario.

En particular, la transferencia de bienes económicos “mercancías” comporta el conseguimiento de utilidad económica de ejercicio a tenor del artículo 85.2 del TUIR, el cual deberá ser cuantificado sobre la base del valor normal conforme la disposición del artículo 9.3 del TUIR.

La transferencia de bienes diversos de aquellos que generan utilidad económica (bienes instrumentales, bienes patrimoniales de la empresa), por el cambio, generan plusvalía o minusvalía relevantes a los fines de la determinación de la renta de la empresa de conformidad con los artículos 58, 86 y 87 del TUIR; el cálculo de la plusvalía, en este caso, también deberá ser efectuado tomando como base el valor normal de los bienes, según el artículo 9.3 del TUIR.

En el caso de la transferencia de una empresa, el tratamiento fiscal va individualizado según lo dispuesto en el artículo 58.1 del TUIR. En base a este precepto no se tiene plusvalía en la transferencia por causa de muerte o por acto gratuito, por lo que en este caso la empresa es asumida a los mismos valores fiscalmente reconocidos respecto el constituyente. De manera que hay neutralidad fiscal a condición de que el *trustee* asuma la empresa a los mismos valores fiscalmente reconocidos en cabeza del constituyente.

⁸⁹⁸ Art. 2.2, párrafo 5, del DPR N° 633/1972.

El *trust* en Europa. Un ejemplo de derecho comparado: Ordenamiento jurídico italiano

Para bienes distintos de aquellos de la empresa, la transferencia al *trust*, no genera materia imponible a los bienes del impuesto sobre la renta, ni en cabeza de constituyente empresario ni en cabeza del *trust*.

Ahora bien, si la transferencia de bienes al *trust* comprende títulos de participación, el *trustee* adquiere el último costo fiscalmente reconocido de la participación en régimen de neutralidad fiscal.

Este último régimen no puede ser aplicado, según la *Agenzia delle Entrate*, en caso de que los títulos sean poseídos en el ámbito de una relación administrativa conforme al artículo 6 del Decreto Legislativo N° 461, de 21 de noviembre de 1997. Para tal caso, la transferencia de los títulos de la cuenta del constituyente a la cuenta del *trust* (siendo a favor de una cuenta a nombre de un sujeto diferente del aquel de procedencia), se considera como cesión a título oneroso en virtud del artículo 6.6 del mencionado decreto, por lo tanto, el intermediario deberá aplicar el impuesto debido.

4.4.4. Residencia fiscal del *trust*

La residencia es particularmente relevante para el *trust* ya que en el *trust* residente todas las rentas son imponibles en Italia, mientras que para el *trust* no residente solamente se sujetan a imposición las rentas producidas en el territorio del Estado, conforme lo dispuesto en el artículo 23 del TUIR.

Para determinar la residencia del *trust* se aplican, en primer lugar, los criterios generales que establece el artículo 73.3 del TUIR para los sujetos pasivos del IRES.

Este mencionado precepto, con el objeto de determinar la residencia en el territorio nacional de las sociedades y entidades, establece que las sociedades y entidades son residentes en Italia cuando, por la mayor parte del periodo del impuesto, tienen, al menos, la sede legal, la sede de administración, o el objeto principal de la actividad en el territorio nacional.

Dadas las características del *trust*, los criterios de residencia aplicables al *trust* son la sede de administración y el objeto principal de la actividad. La

Tesis Doctoral

sede de administración resulta aplicable a los *trusts* que se valen, en la consecución de su objetivo, de una adecuada estructura organizativa (ambientes, locales, etc.), en falta de ello, la sede de la administración tenderá a coincidir con el domicilio fiscal del *trustee*⁸⁹⁹.

El objetivo principal está estrechamente ligado con la tipología de *trust*, por lo que si el objeto del *trust* son bienes situados en Italia, la residencia del *trust* será obviamente en Italia; si por el cambio, los bienes están situados en países distintos, se atenderá entonces al criterio de prevalencia. Para la aplicación de este criterio, se debe considerar el valor de los inmuebles o el número. En el caso del patrimonio mobiliario o mixto, el objeto principal de la actividad desarrollada deberá verificarse en base a la actividad efectivamente realizada⁹⁰⁰.

Para evitar posibles fenómenos de doble imposición, la *Agencia delle Entrate* indica que en la individualización de la residencia también se puede, según sea el caso, atender a los Convenios internacionales. En este caso, el *trust*, cuando no se encuentra mencionado en el convenio concreto, va considerado como “una persona diversa de una persona física” a tenor del artículo 4.3 del Modelo de Convenio Fiscal de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE)⁹⁰¹.

Por otra parte, el artículo 73.3 del TUIR establece dos presunciones *iuris tantum*, con finalidad antielusiva, por el que el *trust* ha de considerarse, salvo prueba en contrario, residente en el territorio del Estado, a saber:

⁸⁹⁹ Circular N° 48/E, de 6 de agosto de 2007.

⁹⁰⁰ MIGNARRI, Enzo: *ob. cit.*, p. 2188; RENZIS SONNINO, Nicola: “La nozione di trust trasparente secondo l’Agenzie delle entrate”, en *Corriere Tributario*, núm. 4, 2009, p. 313; GUFFANTI, Fabio: “L’imposizione indiretta del reddito e l’identificazione dei beneficiari individuati del trust”, en *Corriere Tributario*, núm. 29, 2007, p. 2384.

⁹⁰¹ La mención expresa del *trust* «como otro sujeto al cual se aplica el convenio» se encuentra establecida solamente en el Convenio para evitar la doble imposición suscrita entre Italia y Estados Unidos.

El *trust* en Europa. Un ejemplo de derecho comparado: Ordenamiento jurídico italiano

- el *trust* e instituciones de análogo contenido constituidos en Estados distintos de los comprendidos en la *white list*⁹⁰², cuando al menos uno de los constituyentes o uno de los beneficiarios del *trust* sean fiscalmente residentes en el territorio del Estado italiano; y
- el *trust* constituido en un Estado diverso de los comprendidos en la *white list* cuando, sucesivamente a la constitución, un sujeto residente en Italia efectúe, a favor del *trust*, una atribución que comporta la transferencia de la propiedad de bienes inmuebles o la constitución o transferencia de derechos reales inmobiliarios, también por cuotas, así como vínculos de destinación sobre los mismos.

A tal efecto, la residencia fiscal del constituyente, en atención de la naturaleza instantánea del acto de disposición, se detecta en el periodo de impuesto en el cual ha efectuado el acto de disposición a favor del *trust*. Por tanto, un eventual cambio de residencia del constituyente en un periodo del impuesto diverso es irrelevante⁹⁰³.

Con relación al beneficiario, la residencia fiscal del beneficiario individualizado atrae en Italia la residencia del *trust* aunque ésta se verifica en un periodo de impuesto sucesivo a aquel en el cual el constituyente ha establecido el *trust* a su favor.

⁹⁰² La “*white list*”, aprobada el 4 de septiembre de 1996 mediante Decreto del Ministerio de las Finanzas, comprende a los países con los que Italia ha acordado el intercambio de información fiscal, con el objeto de contrastar aquellos comportamientos dirigidos a trasladar las rentas a países extranjeros a fin de evitar el pago de los impuestos. Actualmente en la *white list* están comprendidos los siguientes países: Albania, Algeria, Argentina, Australia, Austria, Azerbaijan; Bangladesh; Bélgica; Bielorrusia; Brasil; Bulgaria; Canadá; China; Corea del Sud; Costa de Marfil; Croacia; Dinamarca; Ecuador; Egipto; Emiratos Arabes Unidos; Estonia; Federación Rusa; Filipinas; Finlandia; Francia; Alemania; Japón; Grecia; India; Indonesia; Irlanda; Israel; Yugoslavia; Kazajistán; Kuwait; Lituania; Luxemburgo; Macedonia; Malta; Marruecos; República de Mauricio; México; Noruega; Nueva Zelanda; Países Bajos; Pakistán; Polonia; Portugal; Reino Unido; República Checa; República Eslovaca; Romania; Singapur; Eslovenia; España; Sri Lanka; Estados Unidos; Sud África; Suecia; Tanzania; Tailandia; Trinidad y Tobago; Tunicia; Turquía; Ucrania; Hungría; Venezuela; Vietnam; y Zambia.

⁹⁰³ Circular N° 48/E, de 6 de agosto de 2007.

Resulta evidente, sin lugar a dudas, que la finalidad de las mencionadas disposiciones no es otra cosa que evitar el mal uso de la figura a través de una colocación ficticia del *trust* en países que no consienten el intercambio de información (países catalogados como paraísos fiscales).

Esto explica también que las autoridades fiscales admitan la aplicación al *trust* de las disposiciones del artículo 73, apartados 5-*bis* y 5-*ter* del TUIR, en particular, a aquellos que son constituidos en países comprendidos en la *white list*, para los cuales no encuentra aplicación específica la presunción de residencia que refiere el artículo 73.3 del TUIR⁹⁰⁴.

En definitiva, la intención perseguida por el legislador italiano es que el *trust* venga sujeto a imposición análogamente al *trust* interno, en particular, a los *trusts* opacos por las rentas producidas en Italia e imputables al *trust* mismo. De todas maneras, en el *trust* no residente, como dijimos, la imposición es solamente por las rentas producidas en Italia y se imputan a los beneficiarios por transparencia, en la categoría de rentas de capital conforme a los artículos 73.2 y 44.1 inc. g-*sexies*) del TUIR⁹⁰⁵.

4.4.5. Perspectivas futuras sobre el régimen tributario del *trust*

Si bien es cierto que con la financiera 2007 se han asentado las bases principales del régimen tributario del *trust* en Italia, los autores nacionales coinciden en que la variedad de tipologías de *trust* que actualmente existen en la *praxis* comercial demuestra que la regulación establecida no es absoluta ni completa, más al contrario, por las características variantes que presenta cada clase de *trust* la normativa fiscal requiere ser complementada y revisada periódicamente.

Se habla, en este sentido, de que a la luz de la multiplicidad de los fines para los cuales el *trust* puede ser utilizado, no es posible identificar la

⁹⁰⁴ BELLUZO, Luigi e BELLUZO, Alessandro U.: *ob. cit.*, p. 13; MIGNARRI, Enzo: *ob. cit.*, p. 2189.

⁹⁰⁵ En este sentido BELLUZO, Luigi e VIAL, Ennio: "La tassazione in Italia dei trust non residente", en *Fiscalità Internazionale*, núm. 6, 2008, p. 483.

El *trust* en Europa. Un ejemplo de derecho comparado: Ordenamiento jurídico italiano

solución impositiva más adecuada y correcta sobre la base de una categorización apriorística de este instrumento. Ello hace que el régimen tributario aplicable al *trust* deba ser oportunamente individualizado, de tiempo en tiempo, de acuerdo a cada especie de este *genus* jurídico, evitando someter el instituto del *trust* a reglas uniformes de los impuestos⁹⁰⁶.

Esta necesidad no sólo es observada desde la perspectiva de los autores, sino también desde la propia óptica de las autoridades fiscales. La *Agenzia delle Entrate*, tomando conciencia de esa necesidad ha reconocido que el régimen tributario del *trust* debe ser revisado caso por caso.

Así, en Resolución N° 110/E, de 23 de abril de 2009 textualmente indica «el *trust* puede ser utilizado para una multiplicidad de fines. Eso impide *a priori* categorizar absolutamente cualquier propuesta interpretativa unitaria. Considerando la posibilidad de adaptar el *trust* a las múltiples exigencias del constituyente, la aplicación a los mismos de las disposiciones dictadas en materia fiscal requieren ser valoradas caso por caso, teniendo en cuenta el contenido del negocio resultante de la ley reguladora del *trust* y de las cláusulas contractuales contenidas en ellas».

De esta manera se puede afirmar que el operador jurídico italiano aspira ir construyendo gradualmente el régimen tributario del *trust* según las diferentes clases de *trust*, tal como ocurre ya en los países del *common law* (Canadá, Reino Unido, Estados Unidos), donde hay diferentes normas fiscales en función de los distintos tipos de *trust* que se practican⁹⁰⁷.

No cabe duda que con esta labor, progresivamente, se permitirá que los *trusts* se desenvuelvan dentro de un régimen tributario coherente y objetivo porque la implicación activa por parte de las autoridades fiscales es fundamental para la revisión y el control permanente de la imposición de

⁹⁰⁶ MAURITANO, Daniele: “Le condizioni dell’Agenzia delle entrate per la rilevanza fiscale dei trust interni: osservazioni critiche”, en *Trust e attività fiduciarie*, núm. 3, 2011, pp. 263-271; MOJA, Andrea: *ob. cit.*, p. 354; RENZIS SONNINO, Nicola: “L’imposizione indietta del trust: gli ultimi orientamenti di giurisprudenza e prassi”, en *Corriere Tributario*, núm. 25, 2009, p. 2032.

⁹⁰⁷ En este sentido también MOJA, Andrea: *ob. cit.*, pp. 351-352.

los *trusts*; hecho que cobra mayor importancia si tenemos presente, como indica Coppa, que “en el sistema tributario no viene nunca a faltar un estrecho enlace entre las posiciones del sujeto activo y el sujeto pasivo”⁹⁰⁸.

Finalmente, antes de concluir este capítulo abordaremos, desde un punto de vista muy general, las figuras italianas que presentan la particular característica de la segregación patrimonial —que como se ha visto está también presente en el *trust*, en los negocios fiduciarios y desde luego en los fideicomisos que se aplica en los países de la Comunidad Andina—, con el fin de poder conocer mejor las características propias que poseen y el modo en que se desarrollan.

5. Otras figuras con algunos elementos fiduciarios

Como hemos señalado al comienzo, el sistema jurídico italiano abraza un conjunto de instituciones que presentan la característica de la separación o fragmentación patrimonial, con el objeto de respaldar la consecución de un fin o propósito específico que las partes pretenden alcanzar a través de ese medio legal.

Entre estas instituciones podemos citar, por ejemplo, los siguientes:

1) Los patrimonios separados en el ámbito de la sociedad para el funcionamiento de las estructuras, que presenta la separación patrimonial entre el patrimonio general de la sociedad y el patrimonio destinado a una operación de financiación (artículo 8.4 del D.L. N° 63, de 15 de abril de 2002, convertido en Ley N° 112, de 15 de junio de 2002).

2) Los patrimonios separados en el ámbito de los seguros privados, donde se prevé la separación respecto al patrimonio del intermediario y del patrimonio integrado por las primas pagadas y sumas destinadas al resarcimiento y de los pagos debidos a la empresa de seguros (artículo 117 del D.L. N° 209, de 7 de septiembre de 2005).

⁹⁰⁸ COPPA, Daria: *La prescrizione del credito tributario*, Giappichelli Editore, Torino, 2005, p. 40.

El *trust* en Europa. Un ejemplo de derecho comparado: Ordenamiento jurídico italiano

3) El patrimonio destinado a un negocio, que presentan un patrimonio separado entre el patrimonio general de la sociedad y el patrimonio destinado al negocio (artículos 2447-*bis* a 2447-*decies* del CCvI).

4) Los patrimonios separados de la titulización de créditos, donde los créditos relativos a la operación de la titulización constituyen un patrimonio separado del patrimonio social de la sociedad cesionaria (artículo 3.2 de la Ley N° 130, de 30 de abril de 1999).

5) Los actos de destinación, en los que se produce la separación del patrimonio general de la sociedad constituyente y el patrimonio destinado al cumplimiento de fines con intereses digno de protección (artículo 2645-*ter* del CCvI).

6) El fondo patrimonial, que presenta un patrimonio separado entre el patrimonio general de la familia y el patrimonio del fondo patrimonial constituido para las necesidades de la familia (artículos 167-171 del CCvI).

7) Los fondos de pensiones, que presentan un patrimonio separado respecto del patrimonio de la institución de seguridad que ha promocionado su constitución y el patrimonio destinado para el fondo de pensiones (artículo 4 del D.L. N° 124, de 21 de abril de 1993)⁹⁰⁹.

8) Los fondos especiales constituidos para la seguridad y asistencia de los trabajadores, donde se prevé la separación del patrimonio de la empresa y el patrimonio del fondo especial (artículo 2117 del CCvI).

La atribución de esta característica tan particular en las instituciones indicadas, en realidad, obedece a criterios de operatividad y seguridad jurídica de la operación. De ahí que en algunos casos la segregación patrimonial cumple el rol operativo de permitir que la sociedad pueda llevar a cabo una actividad, limitando el riesgo del patrimonio, de tal forma que el patrimonio afectado al fin buscado quede aislado de las acciones de terceros y sólo responda por las obligaciones adquiridas en el desarrollo del fin.

⁹⁰⁹ Modificado últimamente por el D.L. N° 78, de 31 de mayo de 2010, convertido en la Ley N° 122, de 30 de julio de 2010, y Ley N° 111, de 15 de julio de 2011.

Tesis Doctoral

Y en otros casos, la separación patrimonial cumple un rol funcional, dado que facilita que el particular, una entidad o sociedad, realice un propósito o un negocio específico, explícitamente determinado por la ley, empleando todo o una parte sus bienes o, mediante la financiación de terceros.

De esta manera, podemos decir que si bien es cierto que estas instituciones presentan el elemento de la segregación o separación patrimonial, también es cierto que dichas instituciones tienen otros elementos que son variantes con los de una fiducia o de un fideicomiso propiamente dicho⁹¹⁰, y por lo mismo, no se puede decir que son fiduciarias sino tan sólo que presentan ciertos elementos de tipo fiduciario.

En realidad, todas estas especies segregativas son de carácter limitado, como bien ha indicado Lupoi, si se compara a estas con el *trust*, es evidente que éste último representa un mecanismo general de segregación mucho más flexible y con efectos ulteriores⁹¹¹.

Veamos ahora, a modo ejemplificativo, dos de las instituciones que hemos indicado líneas arriba: los actos de destinados y los patrimonios destinados a un negocio, para conocer y apreciar sus propias características. La elección de estas dos instituciones y no de otras es a razón de que los análisis recientes de la doctrina, en relación al primero, hablan de que esta institución habría sido introducida como una figura de adaptación del *trust*

⁹¹⁰ Es importante aclarar que la figura del fideicomiso en Italia actualmente está circunscrito únicamente al ámbito sucesorio. Así, el CCvI regula el fideicomiso sucesorio italiano, caracterizándolo sustancialmente por una función asistencial, en cuanto el testador instituye como heredero a una persona interdicta por causa de enfermedad mental, imponiéndole la obligación de conservar y restituir la herencia, a su muerte, a la persona o entidad que se ha hecho cargo de su cuidado. Puede consultarse: AMATO, Fabrizio e MARINARO, Gabriele: *La nuova sostituzione fedecommissaria*, Ed. Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1979, p. 16; DI MARZIO, Mauro e THELLUNG, C. Benedetta: *Voluntaria giurisdizione e successione mortis causa*, Ed. Cedam, Padova, 2000, p. 551; MARINI, Giovanni: *Sulla sostituzione fedecommissaria a favore di una fondazione non ancora costituita: «utilità sociale» e disposizione testamentaria*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1987, p. 13; PIRAS, Salvatore: *La sostituzione fedecommissaria nel progetto di riforma del Codice Civile*, Ed. Istituto Giurídico della Università, Torino, 1938, p. 18.

⁹¹¹ LUPOI, Maurizio: “*L’atto istitutivo...*”, *ob. cit.*, pp. 4-8.

El trust en Europa. Un ejemplo de derecho comparado: Ordenamiento jurídico italiano

en Italia⁹¹², y en relación al segundo, porque es destacable el esquema operativo en que se desarrolla.

a) Actos de destinación (artículo 2645-ter CCvI)

Los actos de destinación, conocidos también como negocios de destinación⁹¹³, fueron introducidos en Italia mediante la Ley N° 51 de 23 de febrero de 2006, con el propósito de implementar en el sistema jurídico un medio legal que permita realizar fines con intereses dignos de protección.

La regulación de esta institución viene recogida concretamente en el artículo 2645-ter del CCvI, bajo el título de transcripción de actos de destinación para la realización de los intereses dignos de protección de personas con discapacidad, administraciones públicas u otras entidades o individuos.

Conforme la definición que da el artículo 2645-ter del CCvI, por el acto de destinación una persona, denominado conferente, puede separar uno o más bienes inmuebles o muebles inscritos en un registro público pertenecientes a su patrimonio, para la realización de fines con intereses dignos de protección, a favor de personas con discapacidad, administraciones públicas y otras persona físicas.

Para este fin, a continuación agrega el citado precepto que los bienes transferidos y los frutos que se deriven de ellos permanecen separados y sólo pueden ser objeto de ejecución por las deudas contraídas en el desarrollo de ese fin.

⁹¹² En consideración a que las disposiciones del CLATR no pueden ser consideradas de aplicación inmediata y que por lo mismo necesitan de normas de adaptación, algunos autores indican que el artículo 2645 *ter* c.c. podría ser considerado como una norma de adaptación del Convenio. Consultar: DRAKE, M. e MAZZEI, F.: *ob. cit.*, p. 235; FORTUNATO, Giusi: *ob. cit.*, p. 112.

⁹¹³ FRANCESCHINI, Barbara: "Atti di destinazioni (art.2645-ter c.c.) e trust", en MONEGAT, Mariagrazia y LEPORE, Giuseppe (Coords.), *Trust. Applicazioni nel diritto commerciale e azioni a tutela dei diritti in trust*, Ed. Giappichelli, Torino, 2008, p. 252.

Tesis Doctoral

A la vista de estas disposiciones, podemos decir que el acto de destinación es el medio por el cual puede destinarse todo o una parte del patrimonio de una persona a la realización de fines lícitos de protección en favor de uno o más beneficiarios (persona físicas con discapacidad o cualquier otra persona, e incluso a entidades públicas), para cuyo efecto se produce la separación patrimonial a fin de precautelar el desarrollo del fin perseguido.

Franceschini indica, en similares términos, que en virtud del acto de destinación “un sujeto (conferente) puede destinar uno o más bienes raíces o bienes muebles registrados en los registros públicos pertenecientes a su patrimonio a la garantía patrimonial en virtud del artículo 2740 CCvI, imprimiendo en ellos un vínculo de destinación funcional al cumplimiento de los intereses dignos de protección en favor de determinados beneficiarios, a favor de los cuales tales bienes y sus frutos deben ser empleados”⁹¹⁴.

El acto de destinación, en consecuencia, está caracterizado:

- por ser un negocio jurídico unilateral, debido a que el conferente vincula ciertos bienes de su propiedad delegando sobre su persona misma las obligaciones de gestión para realizar el fin, sin transferir dichos bienes a un tercero;
- su finalidad debe ser dirigida a la realización de intereses digno de protección, conforme al artículo 1322 del CCvI⁹¹⁵;
- su efecto principal es la separación del patrimonio, el conferente pierde la disponibilidad de los bienes que ha vinculado al fin, los cuales

⁹¹⁴ *Ibid.*, pp. 252-253.

⁹¹⁵ En la doctrina no existe una postura unánime sobre el tema de la finalidad que debe seguirse con el acto de destinación ya que, por un lado, una tesis restrictiva, defiende que el vínculo se justifica solo si viene perseguido de un fin de utilidad social, por tanto, los intereses perseguidos deben girar en torno a principios de carácter solidario y, por otro lado, la tesis opuesta, que actualmente tiene un mayor número de sostenedores, considera que el requisitos de la protección es satisfecho cuando el fin perseguido sea lícito, no contrario a las normas imperativas, al orden público y a las buenas costumbres. FRANCESCHINI, Barbara: *ob. cit.*, pp. 254 y ss.

El trust en Europa. Un ejemplo de derecho comparado: Ordenamiento jurídico italiano

permanecen separados para realizar el fin y sólo responden por las obligaciones adquiridas en desarrollo del fin⁹¹⁶; y

- el acto es oponible *inter partes* y frente a terceros desde el momento de la inscripción en el registro público⁹¹⁷.

Es evidente que con la introducción de los actos de destinación el legislador italiano ha dado una específica relevancia a los actos negociales de destino, ya que efectivamente incorpora esta figura con un particular elemento como es la segregación patrimonial, donde la destinación del bien es vinculado a un fin y tal destinación tiene en cualquier modo una relevancia real⁹¹⁸.

b) Patrimonios destinados a un negocio (artículo 2447-bis CCvI)

Los patrimonios destinados a un negocio representan una de las novedades introducidas en el artículo 2447-bis a 2447-decies del CCvI por el D.L. N° 6, de 17 de enero de 2003, el cual ha modificado sustancialmente el derecho societario, en particular, la disciplina de la sociedad de capital y las cooperativas⁹¹⁹.

⁹¹⁶ DI RAIMO, Raffaele: “L’atto di destinazione dell’art. 2645 ter: Considerazione sulla fattispecie”, en VETTORI, Giuseppe (Coord.), *Atti di destinazione e trust: art. 2645 ter. Cod. Civ.*, Ed. Cedam, Padova, 2008, p. 50; LENZI, Raffaele: “Le destinazioni tipiche e l’art. 2645 ter c.c.”, en VETTORI, Giuseppe (Coord.) *Atti di destinazione e trust: art. 2645 ter. Cod. Civ.*, Ed. Cedam, Padova, 2008, pp. 197.

⁹¹⁷ ZACCARIA, Alessio e TROIANO, Stefano: “La pubblicità degli atti di destinazione e del trust”, en ZOPPINI, Andrea (Coord.), *Diritto Civile*, Vol. 3, Giuffrè Editore, Padova, 2009, p. 68.

⁹¹⁸ En este sentido también SANTORO, Laura: *Il trust in Italia*, 2ª Ed., Giuffrè Editore, Milano, 2009, p. 278. Para profundizar sobre el tema puede consultarse BIANCA, Mirzia: “Atto negoziale di destinazione e separazione”, en VETTORI, Giuseppe (Coord.), *Atti di destinazione e trust: art. 2645 ter. Cod. Civ.*, Ed. Cedam, Padova, 2008, pp. 28 y ss.

⁹¹⁹ Sobre los precedentes legislativos de esta institución, Davigo señala que la génesis del instituto va probablemente escondida en la Directiva 89/667/CEE, de 21 de diciembre de 1989 (Duodécima Directiva) sobre materia de derecho de sociedades, relativas a las sociedades de responsabilidad limitada con único socio, en cuyo artículo 7 se dispone: «Un Estado miembro podrá no permitir la sociedad unipersonal cuando su legislación prevea, para los empresarios individuales, la posibilidad de constituir empresas de responsabilidad limitada al patrimonio afectado a una actividad determinada, siempre y cuando se prevean, con respecto a estas empresas, unas garantías equivalentes a las impuestas en la presente Directiva, así como en las demás disposiciones comunitarias que se aplican a las sociedades mencionadas en el artículo 1». DAVIGO, Daniele: “Patrimoni destinati e trust” en MONEGAT, Mariagrazia e LEPORE, Giuseppe (Coords.), *Trust. Applicazioni*

Tesis Doctoral

De la disposición del artículo 2447-*bis* del CCvI, que establece una sociedad puede «a) *constituir uno o más patrimonios cada uno de los cuales es en vía exclusiva para un específico negocio, y b) acordar en el contrato relativo a la financiación de un específico que la devolución total o parcial de la financiación es con los mismos ingresos del negocio, o parte de él*», emergen concretamente dos tipos de patrimonios: el patrimonio destinado operativo y el patrimonio destinado financiero.

El primer patrimonio nace en virtud del inc. a) del artículo 2447-*bis* del CCvI. Así, el patrimonio destinado operativo es constituido a través de la individualización de los bienes y relaciones patrimoniales de la sociedad⁹²⁰, separados de la actividad general, los cuales son destinados a un específico negocio de la sociedad, para lo cual quedan sustraídos de las acciones ejecutivas de los acreedores sociales⁹²¹.

Es la sociedad la que interviene de forma principal en la constitución del patrimonio destinado operativo. La sociedad, que obviamente agrupa a los socios y el órgano de administración, puede constituir también el patrimonio con la participación de terceras personas que efectúan aportes para la realización del negocio. Según se emita o no instrumentos financieros, intervienen los inversionistas⁹²².

Si el patrimonio destinado operativo es constituido de forma íntegra por la sociedad, en cabeza de ésta recae al mismo tiempo la condición de constituyente y beneficiario. Si, por el cambio, en la constitución interviene terceros aportantes y se emiten instrumentos financieros a tenor del artículo 2447-*octies* del CCvI, junto con la sociedad son también beneficiarios los inversionistas.

nel diritto commerciale e azioni a tutela dei diritti in trust, Ed. Giappichelli, Torino, 2008, p. 63.

⁹²⁰ Art. 2447-*ter*, inc. b), del CCvI.

⁹²¹ En este mismo sentido DELL'ATTI, Alberto: *I patrimoni destinati ad uno specifico affare*, Ed. Cacucci, Bari, 2005, p. 24.

⁹²² Art. 2447-*ter*, inc. d); Art. 2447-*ter*, inc. e); Art. 2447-*octies*, apartado 2, del CCvI, respectivamente.

El trust en Europa. Un ejemplo de derecho comparado: Ordenamiento jurídico italiano

En una y otra forma de constitución, la sociedad en ningún momento transfiere los bienes seleccionados para la actividad o negocio a otra persona, por el contrario, tales bienes, que en su totalidad no pueden superar el 10% del patrimonio neto de la sociedad, continúan siendo gestionado por el mismo órgano de administración de la sociedad después de la constitución del patrimonio destinado.

En este sentido, las características más relevantes del patrimonio destinado operativo se concretan en los siguientes:

- posee un esquema diseñado para la persecución de un objetivo con riesgo elevado que la sociedad no está dispuesta a afrontar, excepto en la medida de los recursos destinados al fin⁹²³;
- la finalidad del patrimonio es para la realización de un negocio específico y no para el ejercicio de negocios reservados por las leyes especiales⁹²⁴;
- el efecto principal de la constitución del patrimonio es la segregación patrimonial, de forma que en cabeza de la sociedad subsisten dos tipos de patrimonios: el patrimonio general de la sociedad (compuesto por los bienes y relaciones jurídicas de la sociedad) y el patrimonio destinado operativo (integrado por los bienes destinados al negocio, con inclusión de las ganancias que se obtengan)⁹²⁵;

⁹²³ BOZZA, Giuseppe: “Art. 2447-bis c.c. Patrimoni destinati ad uno specifico affare”, en LO CASCIO, Giovanni (Coord.), *Patrimoni Destinati, Partecipazioni Statali, S.A.A.*, Giuffrè Editore, Milano, 2003, p. 10.

⁹²⁴ En virtud a que el artículo 2447-bis del CCvI textualmente dispone “*la società può costituire uno o più patrimoni ciascuno dei quali destinato in via esclusiva ad uno specifico affare*” sin dar una definición o precisar la naturaleza del término «*affare*», se señala que el término *affare*, que nace y se difunde en la práctica comercial y generalmente se lo asocia a cada iniciativa económica tomada para una función de tipo productivo y de gestión, puede ser trazado al concepto de actividad de empresa, pudiendo haber casos en que consista en una rama específica de la actividad o un sector de la empresa. ANGELONINI, Silvia: *I patrimoni destinati ad uno specifico affare*, Ed. Giappichelli, Torino, 2005, pp. 99-103.

⁹²⁵ De conformidad con el artículo 2447-sexies del CCvI, los administradores del patrimonio destinado operativo están obligados a llevar libros y registros contables separados del correspondiente patrimonio general de la sociedad. Si se emiten instrumentos financieros igualmente deben llevar un libro contable indicando las características de éstos, la cantidad de los emitidos y de los extintos, los datos generales de los propietarios de los instrumentos y las transferencias.

Tesis Doctoral

- el patrimonio destinado operativo permanece aislado de la garantía patrimonial genérica de los acreedores sociales porque constituye garantía exclusiva de los acreedores del negocio⁹²⁶; y
- la segregación de los bienes de la sociedad y el del patrimonio destinado operativo se perfecciona a partir de la inscripción del acto de constitución en el registro de la empresa⁹²⁷ y surte con efectos *erga omnes* desde aquel momento.

Con relación al patrimonio destinado financiero, indicar que éste patrimonio nace a tenor del inc. b) del artículo 2447-*bis* del CCvI. Su constitución parte de la celebración de un contrato de financiación para la realización de un específico negocio o actividad de la sociedad, para cuyo efecto las ganancias derivadas del negocio son resguardadas para destinarlos, en todo o en parte, a la satisfacción de los financiadores.

De esta manera, en la constitución de este patrimonio financiero intervienen la sociedad y los terceros que financian todo o parte del negocio que lleva a cabo la sociedad; accesoriamente, pueden intervenir las personas delegadas por los financiadores para el control del negocio específico⁹²⁸.

Al igual como sucede en el patrimonio destinado operativo, en la constitución del patrimonio destinando financiero la sociedad no transfiere los bienes a un tercero para que se haga cargo de realizar el fin perseguido. La misma sociedad conserva la titularidad del nuevo patrimonio.

Los elementos particulares del patrimonio destinado financiero en este sentido pueden esquematizarse de la siguiente manera:

- ostenta un esquema apto para realizar un objetivo a costo elevado que la sociedad no puede afrontar sin aportes financieros de terceros;
- el efecto esencial de la constitución del patrimonio es la segregación patrimonial, de forma que la sociedad administra el patrimonio general

⁹²⁶ Art. 2447-*quinquies* del CCvI.

⁹²⁷ Art. 2447-*quater* del CCvI.

⁹²⁸ Art. 2447-*decies*, inc. e), del CCvI.

El *trust* en Europa. Un ejemplo de derecho comparado: Ordenamiento jurídico italiano

de la sociedad y al mismo tiempo el patrimonio destinado financiero; éste último está representado por las ganancias derivadas del negocio para cuya realización la sociedad ha obtenido una financiación de terceros⁹²⁹; y

- la separación de los bienes de la sociedad y del patrimonio destinado financiero se perfecciona con la inscripción del contrato de financiación en el registro de la empresa, y desde aquel momento es oponible ante los acreedores sociales y terceros.

Analizando comparativamente cada uno de estos patrimonios queda claro que el elemento común en ambos patrimonios es la segregación patrimonial de los bienes de la sociedad y la gestión por la misma sociedad constituyente del negocio o finalidad perseguida con el patrimonio de destinación.

La división del patrimonio de la sociedad y el patrimonio destinado a un negocio, como se ha visto, es precisamente para facilitar la consecución del negocio perseguido. Por ello, en el patrimonio destinado operativo la segregación cumple una función de tipo productivo-operativo que permite a la sociedad llevar a cabo una actividad limitando el riesgo, y en el patrimonio destinado financiero, la separación cumple un rol funcional, exclusivamente de financiación, en cuanto facilita que la sociedad realice un negocio o actividad específica con financiación de terceros.

No queda duda, por tanto, que en ambos modelos de patrimonio el fin objetivo que se propone el legislador es ofrecer instrumentos que “agilicen el funcionamiento de las empresas a través de la participación de aquellos sujetos no interesados en realizar una actividad común, pero que están dispuestos a invertir su propio capital en individuales operaciones, sea bajo forma de financiación reembolsable con el producto del negocio o bajo forma de aporte participativo al riesgo del individual negocio”⁹³⁰.

⁹²⁹ Art. 2447-*dicies*, inc. h), del CCvI.

⁹³⁰ BOZZA, Giuseppe: *ob. cit.*, p. 10.

En definitiva, se trata de instrumentos financieros que contribuyen al derecho de participar en un determinado negocio o actividad de elevado riesgo económico que la sociedad no está dispuesta a ejecutar si no hay límites de los recursos destinados, y por otra parte, para realizar objetivos que requieren inversiones elevadas que la sociedad no puede afrontar sin financiación de terceras personas.

6. Consideraciones finales

1. La institución del *trust* en Italia fue reconocido a partir de la ratificación del Convenio de la Haya de 1985. Este convenio internacional tiene como objetivo principal permitir el reconocimiento de los efectos jurídicos del *trust* en el interior de los ordenamientos que desconocen la institución para eliminar o, al menos, simplificar los problemas derivados del desconocimiento del *trust*. Ese es el caso de Italia.

2. Con fundamento en los artículos 11 y 2 del Convenio de la Haya, el ordenamiento italiano, desde 1992, reconoce la validez y eficacia del *trust* constituido en un Estado extranjero cuyo sistema regula la institución, que posee los siguientes elementos esenciales:

- que los bienes del *trust* permanezcan separados del patrimonio del constituyente, del *trustee* y del beneficiario;
- que la titularidad de los bienes del *trust* recaiga en el *trustee*;
- que el *trustee* ostente facultades y poderes para administrar y gestionar los bienes según las instrucciones del *trust* y las normas legales; y
- que sea creado voluntariamente y conste por escrito.

3. Como efecto del reconocimiento de la eficacia del *trust* en Italia, los bienes y derechos que componen el patrimonio del *trust* permanecen separados del patrimonio personal de cada una de las partes y quedan afectados sólo y únicamente para el logro del propósito para el cual fue constituido. Esta es la característica principal y particular de la institución, frente a otras figuras análogas que abraza el sistema jurídico italiano.

El *trust* en Europa. Un ejemplo de derecho comparado: Ordenamiento jurídico italiano

4. El elemento de extranjería en el *trust* interno, en realidad, estriba solamente en la ley extranjera que disciplina el *trust*, pues el *trust* interno es constituido por ciudadanos italianos, que deciden transferir determinados bienes situados en Italia a otra persona, de nacionalidad italiana, para que en calidad de *trustee* los administre o cumpla con ellos una finalidad en favor de uno o más beneficiarios italianos.

5. Por la evidente autonomía jurídica que tiene el *trust* para operar en el tráfico jurídico, sus plasmaciones en Italia son cada vez más crecientes. Así, el *trust* ha encontrado notoria aplicación en el campo familiar y va expandiendo sus plasmaciones en el campo comercial y financiero por su idoneidad para realizar y facilitar las operaciones financieras

6. Si bien el *trust* no tiene personalidad jurídica en el ámbito civil, a efectos fiscales, esta institución puede ser considerado sujeto autónomo de impuestos. A través de la financiera 2007, el legislador tributario ha dotado de autonomía subjetiva tributaria al *trust* tras incluirlo entre las entidades y sociedades sujetas al Impuesto sobre la Renta de la Sociedad (IRES).

7. Considerando que el *trust* se sustancia dentro una relación jurídica compleja que distingue fases diferenciadas —constitución, transferencia de los bienes, gestión y consecución del fin, y devolución de los bienes—, la tributación de la institución dentro de los impuestos indirectos se materializa de la siguiente manera:

- El acto de constitución del *trust inter vivos* y el acto dispositivo de la transferencia de los bienes al *trustee*, se sujeta a imposición en el Impuesto de registro, con la tasa fija de 168 euros, y también en el IHC, con la alícuota del 2% y 1%, respectivamente.
- El acto de constitución del *trust mortis causa* y disposición de la transferencia de los bienes al *trustee*, se sujeta a imposición en el ISD, con la alícuota del 8%, 6%, y 4%, en función del grado de parentela entre el constituyente y el beneficiario. La transferencia de los bienes asimismo se sujeta a imposición en el Impuesto de Registro, con la tasa

fija de 168 euros, y también en el IHC, con la alícuota del 2% y 1%, respectivamente.

- Los actos y operaciones que realiza el *trustee* en el desarrollo de la finalidad del *trust* se someten a imposición autónoma, según la naturaleza de los actos.
- La devolución de los bienes que el *trustee* efectúa a los beneficiarios a la finalización del *trust* se sujeta a imposición en el Impuesto de Registro, con la tasa fija de 168 euros, y también en el IHC, con la alícuota del 2% y 1%, respectivamente. No sujeta a imposición en el ISD porque el impuesto ya se ha abonado al momento de la constitución del *trust*.

8. A los fines de la imposición indirecta, la renta obtenida por los bienes del *trust* se sujeta a imposición en el IRES según la calificación que el *trust* tenga de acuerdo con el artículo 73 del TUIR. A tenor de esta disposición, la tributación de las rentas derivadas del *trust* se concreta de la siguiente forma:

- En el *trust* residente en Italia que tiene por objeto la actividad comercial, con beneficiarios individualizados, las rentas derivadas del *trust* se imputan a los beneficiarios, según la parte o porcentaje de la renta percibida, como renta capital, con la alícuota del 20%.
- En el *trust* residente en Italia que tiene por objeto la actividad comercial, sin beneficiarios individualizados, las rentas derivadas del *trust* se imputan en cabeza del *trust* mismo, como rentas de empresa, con la alícuota del 27.5%.
- En el *trust* residente en Italia que no ejerce la actividad comercial, las rentas que se obtengan de los bienes del *trust* se sujetan a imposición dentro de las categorías de rentas que corresponda (renta capital, rentas de diversa naturaleza financiera).
- En el *trust* no residente sólo se someten a imposición en Italia las rentas producidas en el territorio nacional de conformidad con el artículo 23 del TUIR. Las rentas se imputan a los beneficiarios, como rentas de capital, con la alícuota del 20%.

El *trust* en Europa. Un ejemplo de derecho comparado: Ordenamiento jurídico italiano

9. La residencia fiscal del *trust* en Italia se determina atendiendo, en primer lugar, a los criterios generales que recoge el artículo 73.3 del TUIR. De los tres criterios que recoge este precepto dos son aplicables al *trust*: la sede administrativa y el objeto principal de la actividad. En virtud de ello, el *trust* es residente en territorio italiano cuando la sede de su administración o su objetivo principal se encuentra situado en el territorio del Estado durante la mayor parte del período impositivo.

Este mismo precepto, con el fin de evitar la elusión fiscal, agrega dos presunciones *iuris tantum* sobre la residencia del *trust*, en base al cual se consideran también residentes en Italia, salvo prueba en contrario, los *trusts* constituidos en los países no comprendidos en la “*white list*” cuando uno de sus constituyentes o beneficiarios tiene su residencia fiscal en territorio italiano, o cuando en un momento sucesivo a la constitución del *trust*, un residente italiano transfiere a favor del *trust* bienes inmuebles o derechos reales inmobiliarios.

10. Son varias las instituciones italianas que presentan la característica particular de la segregación patrimonial con el fin de destinar en forma exclusiva ciertos bienes a la realización de una finalidad o negocio, maximizando de esta manera la seguridad y transparencia de la operación.

Concretamente, los actos de destinación y los patrimonios destinados a un negocio permiten desarrollar funciones análogas al *trust*, pero con carácter limitado.

CONCLUSIONES

El estudio comparado del fideicomiso en los países de la Comunidad Andina muestra que ésta institución jurídica fue introducida en las jurisdicciones latinoamericanas como un contrato bancario por el cual se transfiere la propiedad de bienes con el objeto de cumplir con ella un determinado propósito.

Su objeto principal se centra en que los bienes, cuya titularidad se ha traspasado, pase a formar un patrimonio autónomo que será administrado por el fiduciario con arreglo a las instrucciones que haya recibido del fideicomitente y las normas legales.

Pese a que la estructura del fideicomiso en Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú comparte esta base común, por las adaptaciones que ha recibido el fideicomiso en cada ordenamiento, se contemplan matices diferenciadores entre ellos, por lo que dependiendo del país en que nos encontremos veremos que el fideicomiso tiene mayores aplicaciones jurídicas, frente a otros.

Las excepciones, limitaciones y prohibiciones que recoge cada legislación agregan más variantes entre ellos y, con ello, su complejidad ya que se trata de una institución sumamente amplia en cuanto a sus posibilidades de configuración, en la que se privilegia la autonomía de la voluntad de las partes.

Con base en estas puntualizaciones, manteniendo la estructura y la metodología inicial del presente trabajo, consideramos conveniente exponer las conclusiones en cinco partes, las cuales guardan relación con el estudio del fideicomiso en cada país.

Primera parte: El fideicomiso en Bolivia

PRIMERA: El presente trabajo nos ha permitido constatar que las bases legales que sentaron el Código de Comercio de 1977 y el respectivo Reglamento para el fideicomiso son aptas para que este contrato sea utilizado como instrumento legal para conseguir diversos negocios, sin

Conclusiones

embargo, el crecimiento de estas operaciones muestra la necesidad de introducir actualizaciones en la normativa para propiciar un mejor desarrollo de los fideicomisos.

Para actualizar la normativa existen dos posibilidades: a) sancionar una nueva ley del fideicomiso que regule integralmente los fideicomisos públicos y los fideicomisos privados y dé un campo más amplio de actuación del fideicomiso permitiendo que sea un conducto para llevar a cabo la titularización, como sucede en Colombia, Ecuador y Perú; o b) incorporar al Código de Comercio y su reglamento nuevas disposiciones sobre los fideicomisos mencionados.

En ambos casos, será fundamental establecer con especificidad las particularidades de cada tipo de fideicomiso, sus alcances y los límites de su operatividad para evitar vacíos legales que den paso a distintas interpretaciones. Para esta labor legislativa sirve de ejemplo las disposiciones previstas en la ley del fideicomiso en Perú, con respecto al fideicomiso de garantía y el fideicomiso testamentario, asimismo los preceptos de la ley del fideicomiso en Ecuador y la fiducia mercantil en Colombia, en lo concerniente al fideicomiso de inversión, ya que son más específicas en relación a Bolivia.

SEGUNDA: La atención que el legislador boliviano ha prestado al panorama impositivo de los fideicomisos es verdaderamente escasa. Las pronunciaciões que hasta el momento han referido las normas fiscales, no terminan por aclarar el exacto tratamiento fiscal que asiste a los fideicomisos, tampoco absuelven las confusiones que con anterioridad ya se habían planteado en torno a ellos, por cuanto continúan perdurando las incertidumbres inherentes a su tratamiento impositivo.

La problemática de la tributaci3n o no de los fideicomisos se centra en que los artículos 23.3 y 28.3 del Código Tributario est3n en contradicci3n. De la literalidad e interpretaci3n de estos preceptos se extrae, por un lado, que el patrimonio del fideicomiso no debe tributar, y por otro, que se encuentra sujeto a imposici3n. Al margen de ello, en la Ley 843 de 1826 se plantean

más dudas sobre la imposición directa e indirecta del fideicomiso por la falta de disposiciones expresas.

Esto lleva a reclamar la urgente incorporación de una ley específica del régimen fiscal de los fideicomisos públicos y privados que determine con precisión el tratamiento aplicable a cada tipo de fideicomiso.

Es evidente que no resulta fácil establecer *a priori* reglas específicas para todos los fideicomisos, por la variedad de fideicomisos que existen y se crean, pero a la hora de establecer su tratamiento fiscal es importante tener en cuenta varios aspectos de este contrato, fundamentalmente, que en él tienen lugar dos transferencias de propiedad de bienes que se efectúan en distintos momentos, siendo la primera de carácter temporal.

Segunda parte: El fideicomiso en Perú

TERCERA: A diferencia de las primeras leyes bancarias de 1931 y 1993, la LGSF, y su respectivo reglamento, proporciona un campo de actuación más amplio al fideicomiso gracias a que recoge una regulación actualizada y completa de la figura. Esta ley no sólo ha venido a ampliar la utilización del fideicomiso para estructurar procesos de titulización, sino también el tipo de empresas y entidades que pueden gestionar fideicomisos.

La ampliación del permiso de las entidades que pueden gestionar fideicomisos ha sido efectivamente una medida adecuada y conveniente para el desarrollo de la actividad fiduciaria en Perú, pues como gestores del fideicomiso, las entidades fiduciarias constituyen un elemento básico para la marcha de los fideicomisos.

Lo mismo se puede decir de la regulación del fideicomiso de titularización, ya que supone un valor añadido a la figura porque muestra su capacidad para llevar a cabo negocios de grande envergadura que entrañan varios negocios y contratos coordinados como tiene lugar en una titularización (con activos que incluso pueden ser futuros) a objeto de otorgar liquidez inmediata a las empresas. De ahí que no descartamos que la experiencia de este tipo de fideicomiso resulte útil para Bolivia porque constituye un buen

Conclusiones

ejemplo para regular el fideicomiso como una vía jurídica para realizar la titulación.

La normativa peruana ciertamente es mucho más específica sobre los caracteres de cada tipo de fideicomiso y otros aspectos de vital importancia para su práctica, pero resulta siendo insuficiente en cuanto al fideicomiso público. El artículo 242 de la LGSF sólo se limita a facultar a COFIDE como fiduciaria sin prever los mecanismos de control y seguimiento del fideicomiso público, ni las reglas para evitar cualquier distorsión en su creación y ejecución, con lo cual, es necesario atender a ello.

CUARTA: La aplicación e interpretación de las normas tributarias que regulan los aspectos fiscales del fideicomiso nos deja constancia que su tratamiento impositivo va adquiriendo mayor claridad, pero no está completamente definido en todos los impuestos. Aunque la LIR es precisa al determinar la tributación de las rentas derivadas de los fideicomisos para evitar que el fideicomiso sea utilizado para convertir rentas de la tercera categoría en rentas de la segunda categoría (en las que incide una menor imposición). Las leyes reguladoras de otros impuestos no obran así.

Como hemos tenido la ocasión de ver, las carencias normativas se centran en las leyes del IA, ITAN, IGV, las cuales por falta de disposiciones explícitas no permiten determinar: a) si las transferencias de bienes inmuebles en fideicomiso está gravada o no por el IA (excepto para la municipalidad de Lima); b) si los activos netos que componen el patrimonio del fideicomiso están gravados o no por el ITAN; y c) si la transferencia fiduciaria de bienes muebles está gravado o no por el IGV.

Pese a estas debilidades normativas, que seguramente no tardarán en ser atendidas por la relevancia que van adquiriendo los fideicomisos en Perú, es destacable la posición adoptada por la normativa sobre el reconocimiento de la capacidad tributaria del fideicomiso a pesar de no tener personalidad jurídica puesto que esto evita que el fideicomiso sea visto como un medio para evadir el pago de impuestos.

Así también lo es la atribución al fiduciario de la calidad de agente de retención y responsable tributario del fideicomiso. Ello particularmente porque en un fideicomiso hay que considerar y resolver una serie de aspectos para dar cumplimiento a las obligaciones tributarias dada la variedad de tipos de sujetos que pueden llegar a participar y los actos que pueden realizarse con el patrimonio autónomo.

Tercera parte: La fiducia mercantil en Colombia

QUINTA: Es evidente que el proceso normativo que gradualmente se ha ido gestando en la regulación de la fiducia mercantil en Colombia ha sentado las bases legales para que la fiducia se constituya en un instrumento de enorme importancia a la hora de emprender variados fines y financiar actividades productivas tanto del sector público como del sector privado.

De sus múltiples aplicaciones, la fiducia de titularización deja certeza de que la fiducia es un verdadero instrumento que sirve para la realización de otros negocios que le son subyacentes y que pueden ser de la más variada naturaleza dentro del campo de lo lícito, aprovechando cada vez mejores y más perfectas maneras de optimizar el uso de activos presentes o futuros, a objeto de facilitar la financiación.

Aún cuando el mismo desarrollo de los negocios fiduciarios en Colombia ha llevado al legislador a ampliar el concepto de negocio fiduciario para agrupar, junto con la fiducia mercantil, la fiducia pública, los encargos fiduciarios públicos y los encargos fiduciarios privados; en el fondo, son contratos que difieren entre sí.

De la comparación y estudio de las cuatro figuras, se puede concluir que para calificar como contrato de fiducia mercantil es necesaria la concurrencia de dos presupuestos fundamentales: el acto de la transferencia del bien y la conformación de un patrimonio autónomo. Esta diferenciación es particularmente importante para el encargo fiduciario privado ya que, por las escasas disposiciones que lo regulan, le son aplicables también las normas de la fiducia mercantil.

Conclusiones

Pero indudablemente, la situación más delicada y controvertida estriba en el caso de la fiducia pública ya que, tal como está regulada, acarrea dos consecuencias peligrosas: por un lado, derivar más confusión con el concepto de la fiducia mercantil; y por otro, conducir a la desuniformidad en el régimen de la contratación estatal ya que la excepción fijada para la titularización está dando lugar a la existencia de numerosas leyes que autorizan el manejo de recursos públicos mediante contratos de fiducia mercantil.

En definitiva, para una mejor aplicación de la fiducia pública dentro del sector público se habría de regular la fiducia pública manteniendo las características esenciales de la fiducia mercantil tradicional, creando al mismo tiempo una dependencia o secretaría, compuesta por especialistas en materia fiduciaria, que se encargue del control centralizado de todos los fideicomisos públicos.

SEXTA: En la disciplina fiscal de la fiducia mercantil la introducción del artículo 102 del ETNC ha sido y es de un significado muy especial porque ha aportado una base sólida para el tratamiento impositivo de las rentas obtenidas por la fiducia mercantil, al establecer reglas diferenciadas para la tributación de las rentas en el IR y el IGO: en cabeza del beneficiario, en cabeza del patrimonio autónomo, y en cabeza del cedente.

La regla prevista para el caso de la tributación de la renta en cabeza del patrimonio autónomo, en particular, resultará útil al operador jurídico a la hora de identificar a los beneficiarios de las rentas en fiducias sometidas a condiciones suspensivas, resolutorias u otras circunstancias que, de una u otra manera, podrían llegar a dificultar la identificación de los beneficiarios.

Si bien es verdad que el régimen impositivo de la fiducia es avanzado en términos normativos en torno al IR e IGO y el Impuesto de Registro, no se aprecia la misma situación en otros impuestos como el ITN y el ISV, puesto que el ETNC contempla escasas referencias sobre estos impuestos, los cuales necesariamente deben ser complementadas para su efectiva aplicación.

Especialmente en el ISV habría de aclararse la incidencia o no del impuesto en la transferencia de bienes efectuada en la fiducia mercantil, ya que por las disposiciones previstas en el artículo 402 del ETNC, de alguna manera la fiducia queda comprendida dentro del ámbito de este impuesto aún cuando no esté prevista específicamente como uno de los sujetos pasivos del impuesto.

Ello es importante ya que la sola materialización del hecho generador del impuesto no es suficiente para someter a imposición a la fiducia mercantil, es fundamental que la propia ley lo establezca.

Una mayor especificación en la normativa evitará volver a tropezar con los problemas de interpretación que se vivieron en algunos distritos locales, pero sobretodo permitirá que estos negocios se desarrollen dentro un sistema fiscal más eficiente en el campo de su imposición, en el que las partes conozcan previamente todos los impuestos que deberán pagar si lo utilizan.

Cuarta parte: El fideicomiso mercantil en Ecuador

SÉPTIMA: El estudio del fideicomiso mercantil en Ecuador permite sostener que el legislador se ha propuesto establecer un marco legal más flexible para el fideicomiso con el fin de que sea una herramienta que contribuya al desarrollo de la inversión y productividad económica del país, y con ello, atender exigencias de los mercados financieros internacionales, cada vez más evolucionados y cambiantes.

Este objetivo queda reflejado en que el fideicomiso mercantil ecuatoriano, que a diferencia de los fideicomisos del resto de los países de Latinoamérica está dotado de personalidad jurídica, además de ser un medio legal para realizar diversos negocios y operaciones, constituye una vía jurídica para estructurar procesos de titularización de activos y para crear fondos colectivos de inversión y fondos colectivos de titularización.

La práctica de estos fideicomisos y fondos colectivos están mostrando que estos instrumentos financieros cumplen una función económica importante

Conclusiones

en el país porque facilitan la financiación de las empresas mediante la emisión de valores y favorecen a la vez al mercado de valores, ya que por la mayor diversificación de títulos valores que se emiten, se ofrecen nuevas oportunidades para los distintos perfiles de los inversores nacionales y extranjeros. La decisión de ampliar la aplicación del fideicomiso para la titularización y los fondos colectivos por lo tanto ha sido una medida adecuada y positiva para el ordenamiento ecuatoriano.

En la tesis hemos visto que en Bolivia, Perú y Colombia se ha dado un tratamiento dispar a los fondos de inversión, pero indiscutiblemente la regulación dada al fideicomiso mercantil en Ecuador constata que la utilización efectiva del fideicomiso depende, principalmente, del contexto jurídico y económico dentro del cual se lo aplique, pues un fideicomiso regulado adecuadamente puede resultar muy útil a todo sistema jurídico.

OCTAVA: De la literalidad e interpretación de las normas tributarias en su conjunto emana el principio general que el fideicomiso mercantil, para todos los efectos tributarios, es considerado como una sociedad, y bajo la condición de sociedad, el fideicomiso, según el impuesto que se trate, adquiere el carácter de contribuyente y al mismo tiempo de agente de retención del impuesto.

En virtud de lo anterior, las leyes de los impuestos nacionales e impuestos municipales, conjuntamente con la LMVE, han recogido una regulación armonizada de los efectos fiscales que produce el fideicomiso en sí como también de las partes, aportando claridad en su tratamiento impositivo, pero todavía cabe tomar en consideración a algunos aspectos que han salido a la luz de este estudio.

Si bien la LORTI ha establecido recientemente que las rentas de los fideicomisos tributan según provengan o no del desarrollo de actividades empresariales o negocios en marcha, por la variedad de fideicomisos que existen se hace necesario precisar qué tipos de fideicomisos no deberían ser considerados como ejercientes de actividad económica, puesto que muchas veces en un fideicomiso se emprenden negocios específicos que no tienen un carácter permanente.

Similar es la necesidad que se observa en la LMVE y el COOTAD. A pesar de que la LMVE ha fijado una medida esencial para el tratamiento fiscal de la transferencia de los bienes al fideicomiso, ya que en virtud a que es una transferencia fiduciaria que no genera beneficios económicos para el fiduciario ni para el constituyente beneficia la misma con la exención del IA, IVA e IUPUP; su artículo 113, de un lado, y el artículo 536 del COOTAD, por otro, precisan de una mayor especificación.

Ello especialmente porque, en la primera, se supedita ciertas exenciones al requisito de que “los bienes sean restituidos en las mismas condiciones”, sin concretar lo que debe entenderse por esta expresión; y en la segunda, se establecen exenciones con un carácter sumamente general.

Quinta parte: El *trust* en Europa. El ejemplo de Italia

NOVENA: El reconocimiento y circulación de los *trusts* foráneos en el sistema jurídico italiano confirma una vez más que, en un entorno globalizado como el actual, el uso de figuras capaces de afrontar las exigencias actuales, como el *trust*, llaman la atención de los legisladores de todas partes del mundo.

Efectivamente la aplicación y reconocimiento de los *trusts* extranjeros y los *trusts* internos en Italia, que viene desarrollándose con base en el CLTR, es un ejemplo vivo del cumplimiento del objetivo principal del CLTR: permitir el reconocimiento de los efectos jurídicos típicos del *trust* en el interior de los ordenamientos continentales europeos y los hispanoamericanos que no han regulado la institución.

En este ordenamiento europeo, como se ha analizado, aún cuando no se dispone de una ley interna de la figura, al amparo de los artículos 2 y 11 del CLTR se reconoce la validez y eficacia de los *trusts* cuyas características, son las que reúnen también los fideicomisos latinoamericanos, ya que en ellos se dan las características descritas para el *trust* en el artículo 2 del CLTR.

Conclusiones

En virtud de ello, podemos concluir que el fideicomiso latinoamericano es una institución semejante al *trust* internacional que consagra el CLTR, tanto en su esquema operativo como en sus efectos posteriores. En consecuencia, la importancia de conocer el tratamiento normativo y jurisprudencial que tiene el *trust* en los países desarrollados, como Italia, radica en que de ello puede extraerse elementos que ayuden a mejorar la *praxis* negocial del fideicomiso, sin dejar de considerar sus características ni la realidad social del país donde está regulado.

DECIMA: El trabajo demuestra que legislador tributario italiano ha abordado el tratamiento fiscal del *trust* teniendo en cuenta que el *trust* se sustancia en una relación jurídica con una única causa fiduciaria que caracteriza todo el negocio del *trust*: desde su constitución, transferencia de la propiedad de los bienes, consecución de la finalidad del *trust*, y devolución de los bienes.

Así, en el análisis de su régimen tributario hemos comprobado que, a diferencia de las legislaciones de los países de la Comunidad Andina, la legislación italiana ha incidido tanto en la imposición directa del *trust*, asimilando el *trust* para todos los efectos tributarios como una sociedad aún cuando no posee personalidad jurídica, como también en la imposición indirecta, abarcando todas las fases en que se sustancia en *trust*, desde su constitución hasta el momento de su conclusión.

De los criterios adoptados en la imposición directa del *trust* podemos extraer, como principios orientadores, las reglas previstas para la imposición de las rentas en cabeza del beneficiario, que exigen la individualización de los beneficiarios del *trust* con indicación del porcentaje del beneficio y término en que debe ser atribuible; como también las reglas establecidas para determinar la residencia fiscal de un *trust* extranjero, con base en la sede de administración del *trust* y el objeto principal del *trust*.

Estas últimas reglas indudablemente resultan de suma utilidad y guía para los países andinos no sólo porque no cuentan con disposiciones relativas a los fideicomisos extranjeros, sino también porque la residencia es un

aspecto relevante para el fideicomiso al momento de someter a imposición las rentas.

De igual forma, el estudio del tratamiento previsto en la imposición indirecta del *trust*, junto con el análisis global de este trabajo, nos deja claro que el legislador debe de establecer un régimen impositivo diferenciado para los fideicomisos, según como sean constituidos *inter vivos* o *mortis causa*, y teniendo en cuenta que está ante una institución jurídica que se desarrolla en fases diferenciadas:

a) 1ª fase: en el cual se constituye el fideicomiso y se transfiere la propiedad del bien al fiduciario; donde debería establecerse qué tipos de impuestos (a la propiedad, al registro, a los activos netos, etc.) gravan la transferencia, y si la transferencia que el fiduciario realice a un nuevo fiduciario por causa de su sustitución o remoción del fideicomiso estará gravada nuevamente.

b) 2ª fase: en el cual el fiduciario como titular de los bienes realiza el fin del fideicomiso; donde habría de especificarse las obligaciones formales y materiales que atañen al fiduciario, al fideicomitente y al beneficiario.

c) 3ª fase: en el cual a la conclusión del fideicomiso el fiduciario devuelve los bienes remanentes al beneficiario; donde debería establecerse si la transferencia restitutiva de los bienes al fideicomitente está gravada o no, y cuál sería el régimen aplicable cuando la transferencia se efectúe a los herederos del fideicomitente o a terceros beneficiarios sin vínculos de parentesco con el fideicomitente.

Más allá de los aspectos que puedan agregarse, será fundamental reflexionar en que no sólo se trata de establecer el tipo de impuestos que van a gravar al fideicomiso, sino también de valorar que su régimen tributario sea ecuánime y objetivo, especialmente, en lo que concierne a la imposición de la transferencia de la propiedad de los bienes ya que la misma es meramente instrumental: el fideicomitente transfiere los bienes al fiduciario solamente a objeto de ponerle en condiciones de realizar el propósito que le ha sido encomendado en el contrato de fideicomiso.

Conclusiones

Se trata innegablemente de una labor que requiere una participación activa por parte de las autoridades fiscales debido a que el fideicomiso, como vimos, no es un contrato uniforme, sino que va generando nuevos fideicomisos que si bien no pueden resultar novedosos en su concepción original, si lo son en tanto que permiten generar nuevas fórmulas para llevar a cabo negocios tradicionales, y en consecuencia, se hace necesario que las autoridades deban analizar los fideicomisos caso por caso.

Estamos convencidos de que atender mejor al régimen tributario del fideicomiso no sólo permitirá continuar con la potenciación máxima de la figura dentro un marco jurídico fiscal coherente, también facilitará que los particulares tengan un conocimiento cabal de los impuestos que habrán de pagar cuando constituyan un fideicomiso, hecho que les permitirá valorar las ventajas o desventajas fiscales que les supone este contrato.

CONCLUSIONI

Lo studio comparato del fedecommesso nei paesi della Comunità Andina mostra che questa istituzione giuridica fu introdotta nelle giurisdizioni latinoamericane come un contratto bancario per il quale si trasferisce la proprietà di beni con l'oggetto di compiere con esse un determinato proposito.

Il suo oggetto principale si incentra in che i beni, il cui proprietà è stata trasferita, passi a formare un patrimonio autonomo che sarà amministrato dal fiduciario in conformità alle istruzioni che abbia ricevuto dal fedecommittente e le norme legali.

Nonostante che la struttura del fedecommesso in Bolivia, Colombia, Ecuador e Perù condivide questa base comune, per gli adattamenti che ha ricevuto il fedecommesso in ogni ordinamento, si contemplano sfumature differenzianti tra essi, per quello che dipendere dal paese in che ci troviamo vedremo che il fedecommesso ha maggiori applicazioni giuridiche, di fronte ad altri.

Le eccezioni, limitazioni e proibizioni che contiene ogni legislazione aggregano più varianti tra di essi e, con ciò, la sua complessità poiché si tratta di un'istituzione sommamente ampia in quanto alle sue possibilità di configurazione, nella che si privilegia l'autonomia della volontà delle parti.

Sulla base a queste precisazioni, mantenendo la struttura e la metodologia iniziale del presente lavoro, consideriamo conveniente esporre le conclusioni in cinque parti, le quali conservano relazione con lo studio del fedecommesso in ogni paese.

Prima parte: Il fedecommesso in Bolivia

PRIMA: Il presente lavoro ci ha permesso di constatare che le basi legali che sedettero il Codice di Commercio di 1977 ed il rispettivo Regolamento per il fedecommesso sono adatte affinché questo contratto sia utilizzato come strumento legale per ottenere diversi negozi, tuttavia, la crescita di queste

Conclusioni

operazioni mostra la necessità di introdurre aggiornamenti nella normativa per propiziare un migliore sviluppo dei fedecommessi.

Per aggiornare la normativa esistono due possibilità: a) sanzionare una nuova legge del fedecommesso che regoli integralmente i fedecommessi pubblici ed i fedecommessi privati e dare un campo più ampio di attuazione del fedecommesso permettendo che sia un condotto per portare a termine la cartolarizzazione, come succede in Colombia, Ecuador e Perù; o b) incorporare al Codice di Commercio ed il suo regolamento nuove disposizioni sui fedecommessi menzionati.

In entrambi i casi, sarà fondamentale stabilire con specificità le particolarità di ogni tipo di fedecommesso, le sue portate ed i limiti della sua operatività per evitare vuoti legali che cedano passo a distinte interpretazioni. Per questo lavoro legislativo serve da esempio le disposizioni previste nella legge del fedecommesso in Perù, rispetto al fedecommesso di garanzia ed il fedecommesso testamentario, anche i precetti della legge del fedecommesso in Ecuador e la fiducia mercantile in Colombia, per quanto riguarda al fedecommesso di investimento, poiché sono più specifiche in relazione alla Bolivia.

SECONDA: L'attenzione che il legislatore boliviano ha prestato al panorama impositivo dei fedecommessi è davvero scarsa. Le pronunce che fino al momento hanno riferito le norme fiscali, non finiscono per chiarire l'esatto trattamento fiscale che assiste ai fedecommessi, neanche assolvono le confusioni che in precedenza si erano porsì già intorno ad essi, per quanto continuano perdurando le incertezze inerenti al suo trattamento impositivo.

La problematica della tassazione o non dei fedecommessi si incentra in che gli articoli 23.3 e 28.3 del Codice Tributario stanno in contraddizione. Della letteralità ed interpretazione di questi precetti si estrae, da una parte, che il patrimonio del fedecommesso non dovrebbe pagare le tasse, e per un altro, che si trova soggetto ad imposizione. Al margine di ciò, nella Legge 843 di 1826 si porsì più dubbi sull'imposta diretta e indiretta del fedecommesso per la mancanza di disposizioni esplicite.

Questo porta a reclamare l'urgente incorporazione di una legge specifica del regime fiscale dei fedecommessi pubblici e privati che determini con precisione il trattamento applicabile ad ogni tipo di fedecommesso.

È evidente che non risulta facile stabilire a *priori* regole specifiche per tutti i fedecommessi, per la varietà di fedecommessi che esistono e si creano, ma nel momento di stabilire il suo trattamento fiscale è importante tenere in conto vari aspetti di questo contratto, fundamentalmente, che in lui si svolge due trasferimenti di beni che si effettuano in distinti momenti, essendo la prima di carattere temporaneo.

Seconda parte: Il fedecommesso in Perú

TERZA: A differenza delle prime leggi bancarie di 1931 e 1993, la LGSF, ed il suo rispettivo regolamento, proporziona un campo di attuazione più ampio al fedecommesso grazie a che raccoglie una regolazione aggiornata e completa della figura. Questa legge non è venuta solo ad ampliare l'utilizzo del fedecommesso per strutturare processi di cartolarizzazione, ma anche il tipo di imprese ed entità che possono gestire fedecommessi.

L'ampliamento del permesso delle entità che possono gestire fedecommessi è stata effettivamente una misura adeguata e conveniente per lo sviluppo dell'attività fiduciaria in Perú, perché come gestori del fedecommesso, le entità fiduciarie costituiscono un elemento basilare per la marcia dei fedecommessi.

La stessa cosa si può dire della regolazione del fedecommesso di cartolarizzazione, poiché suppone un valore aggiunto alla figura perché mostra la sua capacità per portare a termine negozi di grande apertura che coinvolge vari negozi e contratti coordinati come ha luogo in una cartolarizzazione (con attivi che possono essere perfino futuri) ad oggetto di concedere liquidità immediata alle imprese. Dunque, non scartiamo che l'esperienza di questo tipo di fedecommesso risulti utile per la Bolivia perché costituisce un buon esempio per regolare il fedecommesso come una via giuridica per realizzare la cartolarizzazione.

Conclusioni

La normativa peruviana certamente è molto più specifica sui caratteri di ogni tipo di fedecommesso ed altri aspetti di vitale importanza per la sua pratica, ma è ancora insufficiente in quanto al fedecommesso pubblico. L'articolo 242 della LGSF si limita solo ad autorizzare a COFIDE come fiduciaria senza prevedere i meccanismi di controllo ed inseguimento del fedecommesso pubblico, né le regole per evitare qualunque distorsione nella sua creazione ed esecuzione, pertanto è necessario attendere ciò.

QUARTA: L'applicazione ed interpretazione delle norme tributarie che regolano gli aspetti fiscali del fedecommesso ci lascia costanza che il suo trattamento impositivo continua ad acquisire maggiore chiarezza, ma non è completamente definito in tutte le imposte. Benché la LIR è accurato nel determinare la tassazione dei redditi derivati dei fedecommessi per evitare che il fedecommesso sia utilizzato per trasformare redditi della terza categoria in redditi della seconda categoria, nelle quali incide una minore imposizione. Le leggi regolatrici di altre imposte non operano così.

Come abbiamo avuto l'occasione di vedere, le carenze normative si incentrano nelle leggi dell'IA, IP, IGV, le quali per mancanza di disposizioni esplicite non permettono di determinare: a) se il trasferimento dei beni in fedecommesso sta gravata o non per l'IA (eccetto per la municipalità di Lima); b) se il trasferimento di proprietà rustiche in fedecommesso sono gravati o non per l'IP; e c) se il trasferimento fiduciario di beni mobili è gravato o non per l'IGV.

A dispetto di queste debolezze normative, che sicuramente non tarderanno in essere soddisfatte per la rilevanza che continuano ad acquisire i fedecommessi in Perù, è sottolineabile la posizione adottata per la normativa sul riconoscimento della capacità tributaria del fedecommesso benché non avere personalità giuridica dato che questo evita che il fedecommesso sia visto come un mezzo per evadere il pagamento di imposte.

Così pure lo è l'attribuzione al fiduciario della qualità di agente di ritenzione e responsabile tributario del fedecommesso. Ciò particolarmente perché in un fedecommesso bisogna considerare e risolvere una serie di aspetti per

dare compimento agli obblighi tributari data la varietà di tipi di individui che possono arrivare a partecipare ed atti che possono realizzarsi con il patrimonio autonomo.

Terza parte: La fiducia mercantile in Colombia

QUINTA: È evidente che il processo normativo che gradualmente si è andato gestando nella regolazione della fiducia mercantile in Colombia ha posto le basi legali affinché la fiducia si costituisca in un strumento di enorme importanza nel momento di intraprendere varie scopi e finanziare attività produttive tanto del settore pubblico come del settore privato.

Delle sue multiple applicazioni, la fiducia di cartolarizzazione lascia certezza che la fiducia è un vero strumento che serve per la realizzazione da altri negozi che gli sono soggiacenti e che possono essere della più varia natura dentro il campo della cosa lecita, approfittando di ogni volta migliori e più perfette maniere di ottimizzare l'uso di attivi presenti o futuri, ad oggetto di facilitare il finanziamento.

Ancora quando lo stesso sviluppo dei negozi fiduciari in Colombia ha portato al legislatore ad ampliare il concetto di negozi fiduciario per raggruppare, insieme alla fiducia mercantile, la fiducia pubblica, gli incarichi fiduciari pubblici e gli incarichi fiduciari privati; in fondo, sono contratti che differiscono tra sé.

Del paragone e studio delle quattro figure, si può concludere che per qualificare come contratto di fiducia mercantile è necessario il concorso di due presupposti fondamentali: l'atto di trasferimento della proprietà del bene e la conformazione di un patrimonio autonomo. Questa differenziazione è particolarmente importante per l'incarico fiduciario privato poiché, per le scarse disposizioni che lo regolano, gli sono applicabili anche le norme della fiducia mercantile.

Ma indubbiamente, la situazione più delicata e controversa poggia sul caso della fiducia pubblica poiché, come è regolata, trasporta due conseguenze pericolose: da una parte, derivare più confusione con il concetto dalla

Conclusioni

fiducia mercantile; e per un altro, condurre alla desuniformità nel regime della contrattazione statale poiché l'eccezione fissata per la cartolarizzazione sta dando luogo all'esistenza di numerose leggi che autorizzano il maneggio di risorse pubbliche mediante contratti di fiducia mercantile.

In definitiva, per una migliore applicazione della fiducia pubblica dentro il settore pubblico dovrebbe regolare la fiducia pubblica mantenendo le caratteristiche essenziali della fiducia mercantile tradizionale, creando allo stesso tempo una dipendenza o segreteria, composta per specialisti in materia fiduciaria che si occupa del controllo centralizzato di tutti i fedecommessi pubblici.

SESTA: Nella disciplina fiscale della fiducia mercantile l'introduzione dell'articolo 102 dell'ETNC è stata ed è di un significato molto speciale perché ha apportato una base solida per il trattamento impositivo dei redditi ottenuti per la fiducia mercantile, stabilendo regole differenziate per la tassazione dei redditi in IR e il IGO: in testa del beneficiario, in testa del patrimonio autonomo, ed in testa del cedente.

La regola prevista per il caso di tassazione del reddito in testa del patrimonio autonomo, particolarmente, risulterà utile all'operatore giuridico nel momento di identificare i beneficiari dei redditi in fiducias sommessi a condizioni sospensive, risolutive o altre circostanze che, di un o un'altra maniera, potrebbero arrivare ad ostacolare l'identificazione dei beneficiari.

Sebbene è verità che il regime impositivo della fiducia è avanzato in termini normativi intorno all'IR ed IGO e l'Imposta di Registro, non si apprezza la stessa situazione in altre imposte come l'ITN e l'ISV, dato che l'ETNC contempla scarsi riferimenti su queste imposte, i quali necessariamente devono essere completati per la sua effettiva applicazione.

In particolare, nell'ISV dovrebbe chiarire l'incidenza o non dell'imposta nel trasferimento di beni effettuato nella fiducia mercantile, poiché per le disposizioni previste nell'articolo 402 dell'ETNC, in qualche modo la fiducia rimane compresa dentro l'ambito di questa imposta ancora quando non stia prevista specificamente come uno dei contribuenti.

Ciò è importante poiché la sola materializzazione del fatto generatore dell'imposta non è sufficiente per sottomettere ad imposizione alla fiducia mercantile, è fondamentale che la propria legge lo stabilisca.

Una maggiore specificazione nella normativa eviterà di tornare ad imbattersi nei problemi di interpretazione che si vissero in alcuni distretti locali, ma soprattutto permetterà che questi negozi si sviluppino dentro un sistema fiscale più efficiente nel campo dalla sua imposizione, nel quale le parti conoscano previamente tutte le imposte che dovranno pagare se l'utilizzano.

Quarta parte: Il fedecommesso mercantile in Ecuador

SÉPTIMA: Lo studio del fedecommesso mercantile in Ecuador permette di sostenere che il legislatore si è proposto stabilire un quadro legale più flessibile per il fedecommesso affinché sia uno strumento che contribuisca allo sviluppo dell'investimento e produttività economica del paese, e con ciò, rispondere ad esigenze dei mercati finanziari internazionali, sempre di più evoluti e cangianti.

Questo obiettivo rimane specchiato in cui il fedecommesso mercantile ecuadoriano, che a differenza dei fedecommissi del resto dei paesi dell'America latina sta dotato di personalità giuridica, oltre ad essere un mezzo legale per realizzare diversi negozi ed operazioni, costituisce una via giuridica per strutturare processi di cartolarizzazione di attivo e per creare fondi collettivi di investimento e fondi collettivi di cartolarizzazione.

La pratica di questi fedecommissi e fondi collettivi stanno mostrando che questi strumenti finanziari compiono una funzione economica importante nel paese perché facilitano il finanziamento delle imprese mediante l'emissione di valori e favoriscono contemporaneamente alla borsa valori, poiché per la maggiore diversificazione di titoli valori che si emettono, si offrono nuove opportunità per i distinti profili degli investitori nazionali e stranieri. La decisione di ampliare l'applicazione del fedecommesso per la cartolarizzazione ed i fondi collettivi pertanto è stata una misura adeguata e positiva per l'ordinamento ecuadoriano.

Conclusioni

Nella tesi abbiamo visto che in Bolivia, Perù e Colombia si è data un trattamento disuguale ai fondi di investimento, ma indiscutibilmente la regolazione data al fedecommesso mercantile in Ecuador constata che l'utilizzo effettivo del fedecommesso dipende, principalmente, del contesto giuridico ed economico dentro il quale si applica, perché un fedecommesso adeguatamente regolato può risultare molto utile ad ogni sistema giuridico.

OTTAVA: Della letteralità ed interpretazione delle norme tributarie nel suo insieme emana il principio generale che il fedecommesso mercantile, per tutti gli effetti tributari, è considerato come una società, e basso la condizione di società, il fedecommesso, secondo l'imposta che si tratti, acquisisce il carattere di contribuente e contemporaneamente di agente di ritenzione dell'imposta.

In virtù dello anteriore, le leggi delle imposte nazionali ed imposte municipali, congiuntamente con la LMVE, hanno raccolto una regolazione armonizzata degli effetti fiscali che produce il fedecommesso in sé così come delle parti, apportando chiarezza nel suo trattamento impositivo, ma ancora deve prendere in considerazione ad alcuni aspetti che sono usciti alla luce di questo studio.

Sebbene la LORTI ha stabilito recentemente che i redditi dei fedecommessi sono tassati come provengano o non dello sviluppo di attività imprenditoriali o negozi in marcia, per la varietà di fedecommessi che esistono si fa necessario precisare che tipi di fedecommessi non dovrebbero essere considerati come esercenti di attività economica, dato che molte volte in un fedecommesso si intraprendono negozi specifici che non hanno un carattere permanente.

Simile è la necessità che si osserva nella LMVE ed il COOTAD. Malgrado la LMVE abbia fissato una misura essenziale per il trattamento fiscale del trasferimento dei beni al fedecommesso, poiché in virtù a che è un trasferimento fiduciario che non genera benefici economici per il fiduciario né per il costituente si avvantaggia la stessa con l'esenzione dell'IA, IVA ed IUPUP; il suo articolo 113, di un lato, e l'articolo 536 del COOTAD, per un altro, precisano di una maggiore specificazione.

Ciò specialmente perché, nella prima, si assoggetta certe esenzioni al requisito che "i beni siano restituiti nelle stesse condizioni", senza concretare quello che deve capirsi per questa espressione; e nella seconda, si stabiliscono esenzioni con un carattere sommamente generale.

Quinta parte: Il *trust* in Europa. L'esempio dell'Italia

NOVENA: Il riconoscimento e circolazione dei *trusts* forestieri nel sistema giuridico italiano conferma un'altra volta che, in un ambiente globalizado come l'attuale, l'uso di figure capaci di affrontare le esigenze attuali, come il *trust*, richiamano l'attenzione dei legislatori di tutte parti del mondo.

Effettivamente l'applicazione e riconoscimento dei *trusts* stranieri ed i *trusts* interni in Italia, che viene sviluppandosi in base al CLTR, è un esempio vivo del compimento dell'obiettivo principale del CLTR: permettere il riconoscimento degli effetti giuridici tipici del *trust* all'interno degli ordinamenti continentali europei e gli ispano-americani che non hanno regolato l'istituzione.

In questo ordinamento europeo, come si è analizzato, ancora quando non si disporsi di una legge interna della figura, ai sensi degli articoli 2 e 11 del CLTR si riconosce la validità ed efficacia dei *trusts* i cui caratteristiche, sono quelle che riuniscono anche i fedecommessi latinoamericani, poiché in essi si danno le caratteristiche descritte per il *trust* nell'articolo 2 del CLTR.

In virtù di ciò, possiamo concludere che il fedecommesso latinoamericano è un'istituzione simile al *trust* internazionale che consacra il CLTR, tanto nel suo schema operativo come nei suoi effetti posteriori. In conseguenza, l'importanza di conoscere il trattamento normativo e giurisprudencial che ha il *trust* nei paesi sviluppati, come Italia, radica in che di ciò può essere estratto elementi che aiutino a migliorare la *praxis* negocial del fedecommesso, senza smettere di considerare le sue caratteristiche né la realtà sociale del paese dove è regolato.

DECIMA: Il lavoro dimostra che legislatore tributario italiano ha affrontato il trattamento fiscale del *trust* tenendo in conto che il *trust* si sostanzia in

Conclusioni

una relazione giuridica con un'unica causa fiduciaria che caratterizza tutto il negozio del *trust*: dalla sua costituzione, trasferimento della proprietà dei beni, conseguimento della finalità del *trust*, e devoluzione dei beni.

Così, nell'analisi del suo regime tributario abbiamo comprovato che, a differenza delle legislazioni dei paesi della Comunità Andina, la legislazione italiana ha inciso tanto sull'imposta diretta del *trust*, assimilando il *trust* per tutti gli effetti tributari come una società ancora quando non possiede personalità giuridica, così come nell'imposta indiretta, abbracciando tutte le fasi in che si compendia in *trust*, dalla sua costituzione fino al momento della sua conclusione.

Dei criteri adottati nell'imposta diretta del *trust* possiamo estrarre, come principi guida, le regole previste per l'imposizione dei redditi in testa del beneficiario che esigono l'individualizzazione dei beneficiari del *trust* con indicazione della percentuale del beneficio e termine in cui deve essere attribuibile; così come le regole stabilite per determinare la residenza fiscale di un *trust* straniero, in base alla sede di amministrazione del *trust* e l'oggetto principale del *trust*.

Questi ultime regole indubbiamente risultano da somma utilità e guida per i paesi andini non solo perché non contano su disposizioni relative ai fedecommessi stranieri, ma anche perché la residenza è un aspetto rilevante per il fedecommesso al momento di sottomettere ad imposizione i redditi.

Di uguale forma, lo studio del trattamento previsto nell'imposta indiretta del *trust*, insieme all'analisi globale di questo lavoro, ci lascia chiaro che il legislatore deve stabilire un regime impositivo differenziato per i fedecommessi, secondo come sono costituiti *inter vivos* o *mortis causa*, e tenendo in conto che sta davanti ad un'istituzione giuridica che si sviluppa in fasi differenziate:

a) 1^a fase: nel quale si costituisce il fedecommesso e si trasferisce la proprietà del bene al fiduciario; dove dovrebbe stabilirsi che tipi di imposte (alla proprietà, al registro, agli attivi netti, etc.) gravano il trasferimento, e se

Tesis Doctoral

il trasferimento che il fiduciario realizzi un nuovo fiduciario per causa della sua sostituzione o rimozione del fedecommesso sarà gravata nuovamente.

b) 2ª fase: nel quale il fiduciario come titolare dei beni realizza il fine del fedecommesso; dove dovrebbe specificarsi gli obblighi formali e materiali che concernono al fiduciario, al fedecommittente ed il beneficiario.

c) 3ª fase: nel quale alla conclusione del fedecommesso il fiduciario restituisce i beni rimanenti al beneficiario; dove dovrebbe stabilirsi se il trasferimento di restauro dei beni al fedecommittente è gravata o no, e quale il regime applicabile sarebbe quando il trasferimento si effettui agli eredi del fedecommittente o a terzi beneficiari senza vincoli di parentela con il fedecommittente.

Oltre gli aspetti che possano aggregarsi, sarà fondamentale riflettere in che non solo si tratta di stabilire il tipo di imposte che gravano al fedecommesso, ma anche di stimare che il suo regime tributario sia equanime ed obiettivo, specialmente, per quel che riguarda l'imposizione del trasferimento della proprietà dei beni poiché la stessa è puramente strumentale: il fedecommittente trasferisce i beni al fiduciario solamente ad oggetto di mettergli in condizioni di realizzare lo scopo che gli è stato raccomandato nel contratto di fedecommesso.

Si tratta innegabilmente di un lavoro che richiede una partecipazione attiva da parte delle autorità fiscali poiché il fedecommesso, come abbiamo visto, non è un contratto uniforme, ma continua a generare nuovi fedecommissi che sebbene non possono risultare innovativi nella sua concezione originale, se lo sono in quanto permettono generare nuove formule per portare a termine commerci tradizionali, ed in conseguenza, diventa necessario che le autorità debbano analizzare il fedecommissi caso per caso.

Siamo convinti che affrontare meglio il regime tributario del fedecommesso non solo permetterà continuare con il potenziamento della figura all'interno di un quadro giuridico fiscale coerente, anche faciliterà che le persone abbiano una conoscenza esatta delle imposte che pagheranno quando

Conclusioni

costituiscano un fedecommesso, fatto che permetterà loro di valutare i vantaggi o svantaggi fiscali che li suppone questo contratto.

BIBLIOGRAFÍA

- ABECIA VALDIVIESO, Valentín: *Derecho Tributario. Crítica y Comentario del Código Tributario Boliviano*, Ed. Letras, La Paz, Bolivia, 1971.
- ACIERNO, Rosanna: “Trust. Esperienze internazionali a confronto”, en *Il Fisco*, núm. 1, 2007.
- ACOSTA ROMERO, Miguel: “Naturaleza Jurídica del Fideicomiso”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 191-192, Septiembre-Diciembre de 1993.
- AGUIRRE TORRES, César: “Algunos Criterios sobre: Instrumentos Jurídicos de Conservación Privada”, Fundación Podocarpus, Ecuador, 2005.
- ALBADALEJO GARCÍA, Manuel: *Curso de Derecho Civil. Derecho de Sucesiones*, 8ª Ed., Ed. Edisofer, Madrid, 2004.
- ALCARAZ VARÓ, Enrique y HUGHES, Brian: *Diccionario de Términos Jurídicos*, 5ª Ed., Ed. Ariel, Barcelona, 2000.
- ALCÁZAR UZÁTEGUI, Rafael: “La titulización de activos en el Perú”, *Ius et Veritas*, núm. 15, Perú, 1997.
- ALMOÑO, Hugo y CALCAGNO, Gabriel: *Los fideicomisos en la República Argentina. Mecanismo alternativo a la financiación tradicional*, Ed. CEO Argentina, núm. 6, 2007.
- ALONSO ROJAS, Edgar: “La titularización ganadera en Colombia”, *Microfinance Management Institute*. [Fecha de consulta: 16 de marzo de 2011]. Disponible en: «<http://www.portalmicrofinanzas.org/>».
- ALPINIANO GARCÍA-MUÑOZ, José: *Derecho económico de los contratos*, Ed. Librería del Profesional, Bogotá, 2001.
- ALVARADO ESQUIVEL, Miquel de Jesús: “El fideicomiso en Méjico”, en URQUIZU CAVALLÉ, Ángel (Dir.), *El Fideicomiso en Latinoamérica. Integración jurídico-financiera*, Ed. Marcial Pons (Madrid, Barcelona, Buenos Aires), 2010.
- AMATO, Fabrizio e MARINARO, Gabriele: *La nuova sostituzione fedecommissaria*, Ed. Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1979.

Bibliografía

- AMBRAM, Jorge: *Fideicomiso y operaciones fiduciarias*, Ed. Instituto Boliviano de Mercado de Capitales. Cuaderno financiero, núm. 10, La Paz, Bolivia, 1995.
- “Análisis y Recopilación referente al tema de los Fideicomisos Públicos”, CEFP/025/2005, Centro de Estudios de las Finanzas Públicas, a través de la Dirección de Estudios de Presupuesto y Gasto Público, julio de 2005.
- ANDRADE, Rubén D.: *Legislación económica del Ecuador*, 7ª Ed., Ed. Abya-Yala, Quito, 2003.
- ANEIROS PEREIRA, Jaime: *Las sanciones tributarias*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2005.
- ANGELONINI, Silvia: *I patrimoni destinati ad uno specifico affare*, Ed. Giappichelli, Torino, 2005.
- ANNIBALI, Mirko: “Il regime civilistico e fiscale del trust”, en *Il Fisco*, núm. 16, 2009.
- ARESPACOCCHAGA, Joaquín: *El trust, la fiducia y figuras afines*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2000.
- ARIAS GARCÍA, Fernando: “El fiduciario en la legislación mercantil colombiana”, *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, núm. 20, julio- diciembre, Colombia 2007. [Fecha de consulta: 1 de marzo de 2011]. Disponible en: «<http://www.ripj.com>».
- ARIAS, Verónica: *El fideicomiso de conservación. La experiencia en Ecuador*, The Nature Conservancy, Quito, 2006.
- ARMENTO, Ana: *Manuale fiscale del private banker*, Editore Franco Angeli, Milano, 2010.
- ARQUILLA, Norberto: “Il quadro RL del modelo UNICO 2009”, en *Corriere Tributario*, núm. 17, 2009.
- ARQUILLA, Norberto: “Natura finanziaria dei redditi imputati al beneficiario del trust”, en *Corriere Tributario*, núm. 7, 2007.
- ARROYO I AMAYUELAS, Esther: “Dos principios básicos para la incorporación del trust en España: el patrimonio de destino y la limitación de la responsabilidad”, en *El patrimonio, familiar, profesional, y empresarial. Sus protocolos*, VVAA, Tomo III, Ed. Bosch, Barcelona, 2005.

- ASTETE MIRANDA, Humberto: “Los agentes de retención: Hacia un nuevo sistema de imputación de responsabilidad”, IX Jornadas Nacionales de Derecho Tributario, Instituto Peruano de Derecho Tributario, 14 de noviembre, Lima, 2006.
- BÁEZ MORENO, Andrés: *Los negocios fiduciarios en la Imposición sobre la Renta*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2009.
- BANCO CENTRAL DE RESERVAS DEL PERÚ: “La Misión Kememerer y su importancia para el Banco Central”, *Revista Moneda*, núm. 132, 2006.
- BANCONE, Vincenzo e LA BARBIERA, Manfredi: “Imposta di successione e donazione sugli atti di destinazione e i trusts: una partita ancora aperta”, en *Corriere Tributario*, núm. 24, 2001.
- BARBOSA, Luis G, y CASTAÑO, Marlene: *Contratos Bancarios*, Ed. Temis, Bogotá, 1978.
- BARRADA ORELLANA, Reyes: “La responsabilidad del trustee en el trust inglés. En particular, las llamadas tracing rules”, en GARRIDO MELERO, Martín y NASARRE AZNAR, Sergio (Coords.), *Los Patrimonios Fiduciarios y el Trust*, III Congreso de Derecho Civil Catalán, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2006.
- BATIZA, Rodolfo: “La adopción de instituciones jurídicas ajenas y el derecho comparado. El caso especial del fideicomiso en México”, *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, núm. 23, 1994.
- BATIZA, Rodolfo: “Tres estudios sobre el fideicomiso”, *Instituto Nacional de Derecho Comparado de la Universidad Autónoma de México*, México, 1954.
- BATIZA, Rodolfo: *El fideicomiso*, Ed. Porrúa, México, 1976.
- BATIZA, Rodolfo: *Principios básicos del fideicomiso y la administración fiduciaria*, Ed. Porrúa, México, 1977.
- BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo y CASTELLARES AGUILAR, Rolando: “Comentarios a la Nueva Ley de Títulos Valores”, *Gaceta Jurídica*, Lima, 2000.

Bibliografía

- BELLUZO, Luigi e BELLUZO, Alessandro U.: “I trust e il Fisco in Italia alla luce della finanziaria 2007”, en *Fiscalità Internazionale*, núm. 1, 2007.
- BELLUZO, Luigi e VIAL, Ennio: “La tassazione in Italia dei trust non residente”, en *Fiscalità Internazionale*, núm. 6, 2008.
- BENÉLBAZ, Héctor Á. y COLL, Oswaldo W.: *Sistema Bancario Moderno. Manual de Derecho Bancario*. Tomo I, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1994.
- BENTANCOURT, Fernando: *Derecho Romano Clásico*, 2ª Ed., Ed. Publicaciones Universidad de Sevilla, Sevilla, 2002.
- BERASTEGUI, Laureano: *Orígenes, beneficios y estructuras de la securitización*, Ed. Comunicarte, Argentina, 1994.
- BERNARDINI, M. e MASTROMATTEO, A.: “Il trust”, en ARCERI, A. e BERNARDINI, M. (Coords.), *Trust e altre tutele del patrimonio familiare*, Editore Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2010.
- BETTI, Emilio: *Teoria general del negocio jurídico*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1943.
- BIANCA, Mirzia: “Atto negoziale di destinazione e separazione”, en VETTORI, Giuseppe (Coord.), *Atti di destinazione e trust: art. 2645 ter. Cod. Civ.*, Ed. Cedam, Padova, 2008.
- BOBES SÁNCHEZ, M. José: *La Teoría del Dominio Público y el Derecho de carreteras*, Ed. Iustel, Madrid, 2007.
- BOSCH CARRERA, Antoni: “La admisión en nuestro derecho de patrimonios sin titular (la fiducia, el trust y los fideicomisos)”, en GARRIDO MELERO, Martín y FUGARDO ESTIVILL, Josep M. (Coords.), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus Protocolos*, Tomo III, Ed. Bosch, Barcelona, 2005.
- BOZZA, Giuseppe: “Art. 2447-bis c.c. Patrimoni destinati ad uno specifico affare”, en LO CASCIO, Giovanni (Coord.), *Patrimoni Destinati, Partecipazioni Statali, S.A.A.*, Giuffrè Editore, Milano, 2003.
- BRAVO ARTEAGA, Rafael: *Derecho Tributario. Escritos y reflexiones*, Ed. Universidad del Rosario, Bogotá, 2008.
- CALÒ, Emanuele: *Dal probate al family trust. Riflessi ed ipotesi applicative in diritto italiano*, Editore Giuffrè, Milano, 1996.

- CALVO ORTEGA, Rafael: *Curso de Derecho Financiero. I. Derecho Tributario*, 11ª Ed., Ed. Thomson, Navarra, 2007.
- CAMACHO EVANGELISTA, Fermín: *Curso de Derecho Romano*, Ed. Impredisur, Granada, 1990.
- CÁMARA LAPUENTE, Sergio: “Breve Compendio Geo-Conceptual sobre Trust”, en GARRIDO MELERO, Martín y NASARRE AZNAR, Sergio (Coords.), *Los Patrimonios Fiduciarios y el Trust*, III Congreso de Derecho Civil Catalán, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2006.
- CÁMARA LAPUENTE, Sergio: “Elementos para una regulación del trust”, en GARRIDO MELERO, Martín y FUGARDO ESTIVILL, Josep M. (Coords.), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus Protocolos*, Tomo III, Ed. Bosch, Barcelona, 2005.
- CÁMARA LAPUENTE, Sergio: “La fiducia de garantía en Navarra”, *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 14, julio-diciembre de 1992.
- CÁMARA DE COMERCIO DE CALÍ: “Fiducia Mercantil”, [Fecha de consulta: 4 de marzo de 2011]. Disponible en: «<http://www.ccc.org.co/servicios/registro-públicos>».
- CAMARGO MARIN, Víctor: *Derecho Comercial Boliviano*, 3ª Ed., actualizada Gráficas Thunupa, La Paz, Bolivia, 2007.
- CAMARGO MARIN, Víctor: *Derecho Comercial Boliviano*, Ed. Gráficas Thunupa, La Paz, Bolivia, 1998.
- CARCABA FERNANDEZ, María: *La simulación en los negocios jurídicos*, Ed. Boch, Barcelona, 1986.
- CÁRDENAS Z., Álvaro: “El Fideicomiso de Titularización de flujos futuros como sujeto pasivo del Impuesto a la Renta”, en *Revista Novedades Jurídicas*, núm. 66, diciembre de 2011.
- CARRERAS MALDONADO, María: “Naturaleza jurídica de los derechos de la Institución Fiduciaria y el llamado Fideicomiso Testamentario”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 2, mayo-agosto de 1990.
- CASAS SANZ DE SANTAMARÍA, Eduardo: *Del trust anglosajón a la fiducia en Colombia*, 3ª Ed., Ed. Temis, Bogotá, 2004.

Bibliografía

- CAZORLA PRIETO, Luis M.: *Derecho Financiero y Tributario*, 10ª Ed., Ed. Aranzadi, Navarra, 2009.
- CEDIEL DE PEÑA, Martha: “La Fiducia en la Contratación Estatal”, *Revista Jurisconsulta*, núm. 2, marzo 1999, Bogotá.
- CHECA MARTÍNEZ, Miguel: *El trust angloamericano en el Derecho español*, Ed. McGrawHill, Madrid, 1998.
- CHEVALIER CHESHIRE, Geoffrey: *Il concetto del “trust” secondo la Common Law inglese*, Ed. Giappichelli, Torino, 1998.
- CICERO, Cristiano: “Riflessioni su trust e categorie civilistiche”, en *Rivista Giurisprudenza Commerciale*, núm. 6, Vol. 37, 2010.
- CLADERA, J. José: *Fideicomiso*, Ed. Documentos de la Asociación Bancaria de Uruguay, octubre de 2003.
- COMISIÓN NACIONAL SUPERVISORA DE EMPRESAS Y VALORES: “Crecimiento y desarrollo de los Fondos Mutuos y Fondos de Inversión”, *Revista de la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores*, núm. 50, diciembre de 2007.
- COMISIÓN NACIONAL SUPERVISORA DE EMPRESAS Y VALORES: “Una mirada a los cambios del nuevo marco legal de los Fondos de Inversión”, *Revista de la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores*, núm. 52, octubre de 2008.
- COMITRE BERRY, Paulo: “La responsabilidad fiduciaria”, *La Fiduciaria*, Boletín de octubre, Lima, 2008.
- COMITRE BERRY, Paulo: “La Responsabilidad y Obligaciones del Fideicomitente”, *La fiducia*, Boletín de marzo, Lima, 2009.
- COMITRE BERRY, Paulo: “Proyección 2010”, *La fiduciaria*, Boletín de diciembre, Lima, 2009.
- COMITRE BERRY, Paulo: “Reseña del fideicomiso en Perú”, *La fiduciaria*, Boletín de julio, Lima, 2008.
- CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO: “La tassazione degli atti di destinazione e dei trust nelle imposte indirette”, Approvato dalla Commissione studi tributari il 21 gennaio 2011, *Studio tributario*, núm. 58-2010/T. [Fecha de consulta: 20 de enero de 2012]. Disponible en:

«<http://www.notariato.it/en/highlights/news/archive/pdf-news/58-10-t.pdf>».

CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO: “Osservazioni sulla disciplina fiscale del trust nell’imposizione diretta (alla luce della finanziaria 2007)”, *Estudio tributario*, núm. 22-2007/T, aprobado el 12 de octubre de 2007. [Fecha de consulta: 25 de enero de 2012]. Disponible en:

«<http://www.notariato.it/it/primo-piano/studi-materiali/studi-materiali/diritto-tributario-in-genere/22-07.pdf>».

CONTALDI, Gianluca: *Il Trust nel Diritto Internazionale Privato Italiano*, Giuffrè Editore, Milano, 2001.

COPPA, Daria: *La prescrizione del credito tributario*, Giappichelli Editore, Torino, 2005.

CORES FERRADAS, Roberto: “Breves apuntes sobre la responsabilidad de los fiduciarios bancarios para efectos del impuesto a la renta”, IX Jornadas Nacionales de Derecho Tributario, Instituto Peruano de Derecho Tributario, 15 de noviembre, Lima, 2006.

CORNEJO HEINRICH, Carlos: “Fideicomiso inmobiliario. (2da. Parte)”, *Mundo fiduciario*. [Fecha de consulta: 6 de junio de 2011]. Disponible en: «<http://www.mundofiduciario.com/index.php>».

CORSO, Elena: *Trustee e gestione dei beni in trust*, Giuffrè Editore, Milano, 2000.

CORTÉS GARCÍA, Francisco J.: *La Titulización de Activos. Oportunidades de la titulización ante la nueva economía*, VVAA, Ed. Caja Rural de Almería, Almería, 2000.

COSCARELLI, Alessandro e CORSANO, Emiliano: “Aspetti fiscali del trasferimento di partecipazioni societarie in trust”, en *Il Fisco*, núm. 45, 2008.

COSCARELLI, Alessandro e CORSANO, Emiliano: “Discrezionalità del trustee e trasparenza del trust”, en *Il Fisco*, núm. 4, 2009.

COTO, P. Jorge: *Aspectos Tributarios del Fideicomiso*, La Ley, Buenos Aires, Argentina, 2007.

Bibliografía

- D'ORS: *Derecho romano privado*, 10ª Ed., Ed. Ediciones Universidad de Navarra, Navarra, 2004.
- DÁVALOS MEJÍA, Carlos Felipe: *Derecho Bancario y Contratos de Crédito*, 2ª Ed. Tomo II, Ed. Harla, México 1992.
- DAVIGO, Daniele: "Patrimoni destinati e trust" en MONEGAT, Mariagrazia e LEPORE, Giuseppe (Coords.), *Trust. Applicazioni nel diritto commerciale e azioni a tutela dei diritti in trust*, Ed. Giappichelli, Torino, 2008.
- DE ANGULO RODRÍGUEZ, Luis: *La financiación de empresas mediante tipos especiales de obligaciones*, Real Colegio de España en Bolonia, Bolonia, 1968.
- DE CASTRO y BRAVO, Federico: *El negocio jurídico*, Ed. Civitas, Madrid, 1985.
- DE LA FLOR MATOS, Manuel: *El fideicomiso: modalidades y tratamiento legislativo en el Perú*, Fondo editorial -PUCP, Lima, 1999.
- DE LA FUENTE HONTAÑÓN, Rosario: "El fideicomiso testamentario bancario: Posibilidad de gravar la legítima como medio de protección del menor y del incapaz", *Revista Jurídica Virtual Aequitas de la Corte Superior de Justicia de Piura*, núm. 2, agosto de 2010. [Fecha de consulta: 21 de septiembre de 2010]. Disponible en: «<http://www.pj.gob.perevista/csjpgi.php>».
- DE LA FUENTE HONTAÑÓN, Rosario: *Recepción del fideicomiso de herencia en el Derecho castellano y su expansión a Hispanoamérica*, Anuario Mexicano de Historia del Derecho, Volumen XXII, 2010.
- DE LA FUENTE HORTAÑÓN, Rosario: "Una relectio del jurista peruano Baquijano y Carrillo sobre Legados y Fideicomisos", *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, Volumen XVI, 2004.
- DEFERRARI, David José: "«Trusts» y fideicomisos: un paradigma de las dificultades del uso de préstamos, calcos y neologismos en la traducción jurídica al español", *Actas del Congreso de Almagro*, edición 2001.

- DELL'ATTI, Alberto: *I patrimoni destinati ad uno specifico affare*, Ed. Cacucci, Bari, 2005.
- DI LANDRO, Amalia C.: *Trust e separazione patrimoniale nei rapporti familiari e personali*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 2010.
- DI MAIO, Federico: "Trusts e rapporti bancari", AAVV, en *Il trust nella operatività delle banche italiane*, Bancaria Editrice, Roma, 1998.
- DI MARZIO, Mauro e THELLUNG, C. Benedetta: *Voluntaria giurisdizione e successione mortis causa*, Ed. Cedam, Padova, 2000.
- DI RAIMO, Raffaele: "L'atto di destinazione dell'art. 2645 ter: Considerazione sulla fattispecie", en VETTORI, Giuseppe (Coord.), *Atti di destinazione e trust: art. 2645 ter. Cod. Civ.*, Ed. Cedam, Padova, 2008.
- DÍAZ RAMÍREZ, Enrique: "Publicidad y Oponibilidad de la fiducia mercantil en Garantía", en VENEGAS FRANCO, Alejandro; CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo; y MANTILLA ESPINOZA, Fabricio (Dirs.), *Estudios de Derecho Privado: Liber Amicoum en homenaje a César Gómez Estrada*, Tomo I, Ed. Centro Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2009.
- DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio: *Instituciones de Derecho Civil. Introducción. Parte General. Derecho de la Persona*, Volumen I, 2ª Ed., Ed. Tecnos, Madrid, 1998.
- DÍEZ-PICAZO, Luis: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Tomo IV, Ed. Aranzadi, Navarra, 2010.
- DIPILOTTI, Adán G.; GUTIÉRREZ, Pablo y MALUMIÁN, Nicolás: *Fideicomiso y Securitización. Análisis Legal, Fiscal y Contable*, VVAA, 2ª Ed., Ed. La Ley, Buenos Aires, 2006.
- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo: "El fideicomiso en México", *Revista Podium Notarial*, núm. 32, diciembre de 2005.
- DRAKE, M. e MAZZEI, F.: "Il trust e le relazioni familiari di natura patrimoniale: Profili generali di diritto inglese ed internazionale", AAVV, *Il regime patrimoniale della familia, la comunione legale ed il trust*, Ed. Cedam, Padova, 2011.

Bibliografía

- DUPLÁ MARÍN, M. Teresa: “Fideicommissum hereditatis: hereditatis et fideicommissum (I). Algunas consideraciones sobre su naturaleza jurídica en el Derecho romano”, *La Notaría*, núm. 17, mayo 2005.
- DURÁN ROJO, Luis Alberto: “Reflexiones sobre el ámbito material del Impuesto Temporal a los Activos Netos”, en *Contabilidad y Negocio, Revista del Departamento Académico de Ciencias Administrativas*, núm. 3, Lima, 2007.
- DURÁN VINZACO, Ricardo: *Proyect finance y emisión de títulos. Dos alternativas de financiación*, Ed. Universidad Santo Tomas, Bogotá, 2006.
- EASTERBROOK, Frank H. y FISCHER, Daniel R.: “Contrato y Obligación fiduciaria”, *Revista Derecho & Sociedad*, núm. 17, 14 de junio de 2008.
- EGAS MINUCHE, Carlos M.; FAJARDO COMEZ, Esther E. y MÉNDEZ PRADO, Mariela: “Fideicomiso de Titularización de Flujos Futuros de un Restaurante de Comidas Rápidas”, Repositorio de la Escuela Superior Politécnica del Litoral. [Fecha de consulta: 5 de julio de 2011]. Disponible en «<http://www.dspace.espol.edu.ec/bitstream/123456789/1027>».
- EQUIPO ABT ASSOCIATES: “*Estudio del Mercado de Financiamiento para Vivienda: Bolivia*”, Original 8/96, rev. 12/96, 7/97.
- FEDERACIÓN LATINOAMERICANA DE BANCOS: “Señales de Alerta y Métodos para el Lavado de Activos”. [Fecha de consulta: 17 de junio de 2011]. Disponible en: «<http://www.felaban.com/coplaft/definicion07X.html>».
- FERNÁNDEZ CARTAGENA, Julio A.: “Reflexiones sobre el Impuesto Temporal a los Activos Netos”, *Análisis Tributario*, Vol. XVIII, núm. 207, Lima, 2005.
- FERNÁNDEZ de BUJÁN, Antonio: *Sistema Contractual Romano*, 3ª Ed., Ed. Dykinson, Madrid, 2007.
- FERNÁNDEZ, Julio C.: “Antecedentes históricos del fideicomiso”, en MAURY DE GONZÁLEZ, Beatriz (Dir.) *Tratado teórico práctico de fideicomiso*, 2ª Ed., Ed. Ad Hoc, Argentina, 2000.

- FERRARA, Francisco: *Teoría de las Personas Jurídicas*, traducida de la 2ª Ed. por Eduardo Ovejero y Maury, Ed. Comares, Granada, 2006.
- FERRARETTI, Paolo e PIAZZA, Marco: “Novità in materia di trust. Prime possibile interpretazioni pratiche Imposte dirette e imposta di donazione”, en *Il Fisco*, núm. 17, 2007.
- FERRO, Héctor Raúl: “Fideicomiso”, *Boletín de Lecturas Sociales y Económicas UCA*, núm. 13, Argentina, 1996.
- FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo: *El patrimonio*, 2ª Ed., Ed. Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1997.
- FIMMANÒ, Francesco: “Trust e diritto delle imprese in crisi”, en *Rivista del Notariato*, núm. 3. Vol. 65, 2011.
- FLORES ZAVALA, Ernesto: *Elementos de finanzas públicas mexicanas*, Ed. Porrúa, México, 1970.
- FLUME, Werner: *El negocio jurídico*, 4ª Ed., Tomo II, traducido por José María Miquel González, Ed. Fundación Cultural del Notariado, España, 1998.
- FORTUNATO, Giusi: *Il trust: comparazione tra “la proprietà civile” e la “proprietà” del trustee*, Editrice Le Fonti, Milano, 2008.
- FRANCESCHELLI, Remo: *Il trust nel diritto inglese*, Ed. Cedam, Padova, 1935.
- FRANCESCHINI, Barbara: “Atti di destinazioni (art.2645-ter c.c.) e trust”, en MONEGAT, Mariagrazia y LEPORE, Giuseppe (Coords.), *Trust. Applicazioni nel diritto commerciale e azioni a tutela dei diritti in trust*, Ed. Giappichelli, Torino, 2008.
- FRANSONI, Guglielmo: “La disciplina del trust nelle imposte dirette”, en *Rivista di diritto tributario*, 2007/3.
- FRITZ SCHULZ: *Derecho Romano Clásico*, Ed. Boch, Barcelona, 1960.
- FUENTESECA, P.: *Líneas generales de la fiducia cum creditore en Derecho romano de obligaciones*, Ed. Centro de estudios de Ramón Areces, Madrid, 1994.
- GALLARATI, Alberto: *Il trust come organizzazione complessa*, Giuffrè Editore, Milano, 2010.
- GAMBA VALEGA, César: “Sobre el ITAN y el principio de capacidad económica - Una conformidad difícil de comprender. A

Bibliografía

- propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 03797-2006-PA/TC”, *Revista Peruana de Derecho Tributario*, Universidad de San Martín de Porres, núm. 4, Lima, 2007. [Fecha de consulta: 16 de diciembre de 2010]. Disponible en: «http://www.derecho.usmp.edu.pe/cet/doctrina/4/ITAN_PRIN_CIPIO_CAPACIDAD_ECONOMICA.pdf».
- GARCÍA CALDERÓN, Francisco: *Diccionario de la Legislación Peruana*, Ed. Grijley, Tomo II, Lima, Perú, 2003.
- GARCÍA GARRIDO, Manuel J.: *Derecho Privado Romano*, 3ª Ed., Ed. Dinkinson, Madrid, 1985.
- GARCÍA SORIANO, Mónica: “Trust y fideicomiso”, *Revista Punto y Coma*, núm. 94, septiembre/octubre de 2005.
- GARCÍA-PITA y LASTRES, José Luis: “Operaciones bancarias neutras”, en OLIVENCIA, Manuel y FERNÁNDEZ-NOVOA, Carlos (Dir.), *Tratado de Derecho Mercantil*, Tomo XXXIX, Vol. 4, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2006.
- GAVIRIA-CADAVID, Fernando: *Moneda, Banca y Teoría Monetaria*, 7ª Ed., Fundación Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, Bogotá, 2006.
- GHERSI, Carlos y WEINGARTEN, Celia: *Fideicomiso*, Ed. Nova Tesis, Rosario, Argentina, 2007.
- GIMÉNEZ VILLAR, Fernando: “Dos modelos de fiducia en testamento mancomunado”, *Revista de Derecho Civil Aragonés*, núm. 2, Tarazona, 1999.
- GODOI, Marciano S.: *Fraude a la ley y conflicto en la aplicación de las leyes tributarias*, Ed. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2005.
- GOLDSCHIMDT, Roberto: “El fideicomiso en la reciente legislación venezolana”, *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, núm. 29, mayo-agosto de 1957.
- GÓMEZ BUENDÍA, M. Carmen: “La fiducia en el Derecho romano clásico y su posterior evolución”, en GARRIDO MELERO, Martín y NASARRE AZNAR, Sergio (Coords.), *Los Patrimonios Fiduciarios y el Trust*, III Congreso de Derecho Civil Catalán, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2006.

- GÓMEZ LARA, Cipriano: “Aspectos teóricos y prácticos de los fideicomisos”, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 85-86, enero-junio, 1972.
- GÓMEZ MATOS, Mateo: *El Registro de los Bienes Muebles*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2005.
- GONZALES ARRIETA, Gerardo M.: “El crédito hipotecario y el acceso a la vivienda para los hogares de menores ingresos en América Latina”, CEPAL, Santiago de Chile, 2002.
- GONZALES MENESES, Ingrid: “*El fideicomiso de inversión: Vía idónea para la implementación de procesos de titularización de activos en Guatemala*”. Tesis de licenciatura. Universidad Francisco Marroquin. Guatemala, 2001.
- GONZÁLEZ BEILFUSS, Cristina: *El Trust. La institución angloamericana y el derecho internacional privado español*, Ed. Boch, Barcelona, 1997.
- GONZÁLEZ GARCÍA, Eusebio: *La interpretación de las Normas Tributarias*, Ed. Aranzadi, Pamplona, España, 1997.
- GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V.: “Notas sobre el régimen general del dominio público”, en GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V. (Dir.), *Derecho de los Bienes Públicos*, 2ª Ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- GONZÁLEZ TORRE, Roberto: “El fideicomiso público”, *Revista Jurídica de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas*. Ed. 13, Tomo, 2. [Fecha de consulta: 9 de junio de 2011]. Disponible en: «<http://www.revistajuridicaonline.com>».
- GONZÁLEZ TORRE, Roberto: “Ley del Mercado de Valores: Breve estudio crítico del fideicomiso mercantil”, en *Revista Jurídica*, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas, Tomo 8. [Fecha de consulta: 6 de agosto de 2011]. Disponible en: «<http://www.revistajuridicaonline.com>».
- GOZZI, Eugenia y TAPPATÁ, Ricardo: “La Misión Kemmerer”, *Fit & Proper consulting*, noviembre, 2010. [Fecha de consulta: 20 de diciembre de 2010]. Disponible en: «http://www.fitproper.com/documentos/propios/Mision_Kemmerer.pdf».

Bibliografía

- GUERSI, Carlos: *La Responsabilidad de las Entidades Bancarias*, VVAA, Ed. Universidad, Buenos Aires, 2003.
- GUFFANTI, Fabio: “I trust nelle imposte indirette alla luce delle indicazioni dell’Agenzia delle entrate”, en *Corriere Tributario*, núm. 47, 2007.
- GUFFANTI, Fabio: “L’imposizione indiretta del reddito e l’identificazione dei beneficiari individuati del trust”, en *Corriere Tributario*, núm. 29, 2007.
- GUITART I GUIXE, Ramona: “Las sucesiones mortis causa en el Derecho catalán: Aspectos fiscales de los fideicomisos”, *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 1, Barcelona, 2010.
- GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter: *Derecho Constitucional de la Inversión*, Ed. Gaceta Jurídica, Lima, 2010.
- GUTIÉRREZ, Ricardo: *Derecho Romano*, 3ª Ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- HAYZUS, J. Roberto: *Fideicomiso. Finalidades en los ámbitos familiar y de negocios, funciones del fiduciario, patrimonios separados, protección de los beneficiarios, y administración*, Ed. Astrea, Buenos Aires, Argentina, 2001.
- HERNÁNDEZ-TEJERO, Francisco: *Lecciones de Derecho Romano*, 6ª Ed., Ed. Servicio de Publicaciones, Madrid, 1994.
- HERRANZ EMBID, Paloma: “Régimen general de las obras públicas”, en GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V. (Dir.), *Derecho de los Bienes Públicos*, 2ª Ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- HERZOG, Mirta: *El Fideicomiso y el Agro*, Ed. Buyatti, Buenos Aires, 2007.
- HOYOS RAMIREZ, Liliana: “Fiducia Mercantil”, Helisa, 27 de agosto de 2008, Colombia. [Fecha de consulta: 17 de enero de 2011]. Disponible en: «<http://www.gerencia.com/fiducia-mercantil.html>».
- HOYOS SALAZAR, César: *Consulta al Consejo de Estado*, de 23 de mayo de 2002.
- IBÁÑEZ FLORES, Javier: “La titulización”, Red Iberoamericana de Magistrados, Lima, 2008.

- IGLESIAS, Juan: *Derecho Romano*, 14^a Ed., Ed. Ariel, Barcelona, 2002.
- IGLESIAS, Román y MORINEAU, Marta: “La influencia del derecho romano en el derecho civil mexicano: los códigos civiles de 1870, 1884 y 1928”, *Revista de Derecho Privado*, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, núm. 7, México, 1992.
- IREGUI, Ana M.; MELO, Ligia y RAMOS, Jorge: “El impuesto predial en Colombia: evolución reciente, comportamiento de las tarifas y potencial de recaudo”, Banco de la República de Colombia, Bogotá, diciembre de 2003.
- IRIBARREN BLANCO, Miguel: *Responsabilidad civil por la información divulgada por las sociedades cotizadas. Su aplicación en los mercados secundarios de valores*, Ed. La Ley, Madrid, 2008.
- ITURRASPE MOSSET, Jorge: *Negocios Simulados, Fraudulentos y Fiduciarios*, Tomo II, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1975.
- JIMÉNEZ SANDOVAL, Humberto: *Derecho Bancario*, Ed. Universidad Estatal a Distancia, San José, Costa Rica, 2006.
- KAPLAN, M. Steven: *Legal Dictionary Englishspanish-Spanishenglish*, Ed. Wolters Kluwer, The Netherlands, 2008.
- KIPER, M. Claudio y LISOPRAWISKI, V. Silvio: *Tratado de Fideicomiso*, 2^a Ed., Ed. Despalma, Buenos Aires, 2005.
- “La Matrícula Mercantil, una Protección para su Empresa”, *Revista Acción*, núm. 35, abril de 2003, Cali. [Fecha de consulta: 10 de marzo de 2011]. Disponible en: «<http://www.ccc.org.co/archivo/revista-accion/035/a.html>».
- LACRUZ BERDEJO, José Luis: *Elementos de Derecho Civil. I Parte General. Personas*, VVAA, Volumen II, 6^a Ed., Ed. Dykinson, Madrid, 2010.
- “Las Inversiones en el Perú: Situación actual y perspectivas”, *Revista virtual Helios*, Lima, 2009.
- LASCALA, Jorge H.: *Práctica del Fideicomiso*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2003.
- LAWRENCE, M. Friedman: *A History of American Law*. Ed. Simon y Schuster, 1985.

Bibliografía

- LENZI, Raffaele: “Le destinazioni tipiche e l’art. 2645 ter c.c.”, en VETTORI, Giuseppe (Coord.) *Atti di destinazione e trust: art. 2645 ter. Cod. Civ.*, Ed. Cedam, Padova, 2008.
- LORENZETTI, Ricardo Luis: *Tratado de los Contratos*, Tomo III, Ed. Rubinzal y Culzoni, Buenos Aires, 2006.
- LUPOI, Maurizio: “La ratifica della Convenzione dell’Ajs e il trust in Italia: problema e prospettive”, AAVV, en *Il trust nella operatività delle banche italiane*, Bancaria Editrice, Roma, 1998.
- LUPOI, Maurizio: “Trust e sistema italiano: problemi e prospettive”, en DI CAMPIGLIO, Madonna (Coord.), *Fiducia, Trust, Mandato ed Agency*, Giuffrè Editore, Milano, 1991.
- LUPOI, Maurizio: *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, Ed. Cedam, Padova, 2008.
- LUPOI, Maurizio: *L’atto istitutivo di trust con un Formulario*, Giuffrè Editore, Milano, 2005.
- LUPOI, Maurizio: *Trust e attività fiduciarie. La giurisprudenza italiana sui trust: dal 1899 al 2009*, AAVV, LUPOI, Maurizio (Dir.), 3^a Ed., Ed. Grupo Wolters Kluwer, Italia, 2009.
- MACCARONE, Salvatore: “Trust e garanzie bancarie”, AAVV, *Il trust nella operatività delle banche italiane*, Bancaria Editrice, Roma, 1998.
- MALAGON PINZON, Miguel: *Teoría de la organización administrativa colombiana: una visión jurídico administrativa*, Ed. Universidad del Rosario, Bogotá, 2005.
- MANA, Guillermo G. y RICOTTO, Lorena: “Instrumentos financieros para el desarrollo. El Fideicomiso: Una visión general”, *Revista virtual de la Facultad de Ciencias Económicas*, Universidad Nacional del Rio Cuarto. [Fecha de consulta: 10 de enero de 2011]. Disponible en: «<http://www.eco.unrc.edu.ar>».
- MANRIQUE N., Carlos E.: “El patrimonio autónomo de la fiducia mercantil. Es natural en nuestro sistema legal”, *MANRIQUE & ASOCIADOS*. [Fecha de consulta: 15 de marzo de 2011]. Disponible en: «<http://www.mya.com.co/escritos.php>».

- MARINI, Giovanni: *Sulla sostituzione fedecommissaria a favore di una fondazione non ancora costituita: «utilità sociale» e disposizione testamentaria*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1987.
- MARTÍN MATO, Miguel A. y VILLEGAS BALAREZO, David: “Los Fideicomisos en el desarrollo de Infraestructura en el Perú” en *Infraestructura y Transportes*, Red de Expertos Iberoamericanos en Infraestructuras y Transporte, núm. 5, 1er semestre de 2010.
- MARTÍN MELÉNDEZ, María T.: *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de discapacitados*, Ed. Dykinson, Madrid, 2010.
- MARTÍN QUERALT, Juan: *Curso de Derecho Financiero y Tributario*, 18ª Ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2007.
- MARTÍN QUERALT, Juan: *Derecho Tributario*, en VVAA, 15ª Ed., Ed. Thomson Aranzadi, Navarra, 2010.
- MARTIN SANTIESTEBAN, Sonia: “La figura del trust en los Estados Unidos de América. Sus aplicaciones en el derecho de familia”, *Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2, Barcelona, 2008.
- MARTIN SANTIESTEBAN, Sonia: *El Instituto del «Trust» en los Sistemas Legales Continentales y su Compatibilidad con los Principios «Civil Law»*, Ed. Aranzadi, Navarra, España, 2005.
- MATOS BAZORLA, Alan Emilio: “Impuesto Temporal a los Activos Netos”, *Revista virtual Tributación & Contabilidad*, Colegio de Contadores Públicos de Lima, 2009. [Fecha de consulta: 15 de diciembre de 2010]. Disponible en: «<http://www.ccpl.org.pe/analisistributario.php>».
- MAURITANO, Daniele: “Le condizioni dell'Agenzia delle entrate per la rilevanza fiscale dei trust interni: osservazioni critiche”, en *Trust e attività fiduciarie*, núm. 3, 2011.
- MAURO, Anita: “La posizione giuridica del beneficiario di trust”, en *Il Fisco*, núm. 45, 2009.
- MAURO, Anita: “Qualificazione del trust ai fini delle imposte sui redditi”, en *Il Fisco*, núm. 11, 2008.

Bibliografía

- MEDINA PABÓN, Juan Enrique: *Derecho civil Aproximación al Derecho. Derecho de personas*, Ed. Centro Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2005.
- MEDINA PABÓN, Juan Enrique: *Derecho Civil. Derecho de Familia*, 2ª Ed., Ed. Universidad del Rosario, Bogotá, 2010.
- MERINO, José Luis: “La fiducia testamentaria”, *Ley actual*, núm. 10, Zaragoza, julio-agosto de 2009.
- MESÍA MARTINEZ, Carmenza: “Arbitraje en los contratos estatales. Una visión en Latinoamérica”, Congreso de Arbitraje ARBITAC, Curitiba, Brasil, 5 de junio de 2006.
- MEZA RIQUELME, Mauricio: “La Titulización como Alternativa al Financiamiento Empresarial”, *Revista Veritas*, núm. 5, Arequipa, 2010.
- MIGLIAZZA, A.: “Legge regolatrice delle successioni per causa di morte”, en CIAN, Giorgio e TRABUCCHI, Alberto (coords.), *Comentario al Diritto Italiano della Famiglia*, Vol. 1, Ed. Cedam, Padova, 1992.
- MIGNARRI, Enzo: “Annotazioni sulla disciplina fiscale dei trust nelle imposte dirette”, en *Il Fisco*, núm. 14, 2011.
- MISIÓN KEMMERER: “La Misión Kemmerer en Bolivia. Proyectos e Informes Presentados al Supremo Gobierno”, edición oficialmente autorizada por el Dr. Francisco Mendoza, Ed. Libreros Editores, La Paz, Bolivia, 1927.
- MOJA, Andrea: “I profili tributari del trust in Italia”, en MOJA, Andrea (Dir.), *Il trust nel diritto civile e tributario*, 2ª Ed, Maggioli Editore, San Marino, 2009.
- MOLINA PASQUEL, Roberto: “Conferencias sobre fideicomiso, ‘trust’ y ‘equity’”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 20, Octubre-Diciembre de 1955.
- MOLL, Isabel; ALBERTÍ, Antonia; y MOREY, Antonia: “Tierra de fideicomisos: Las consecuencias de la Ley de Desvinculaciones en Mallorca (1768-1865)”, *Revista de Ciencias Sociales*, núm. 15, Palma de Mallorca, 1993.
- MONEGAT, Mariagrazia: AAVV, *Il regime patrimoniale della famiglia, la comunione legale ed il trust*, Ed. Cedam, Padova, 2011.

- MORELLO, Umberto: “Fiducia e trust: due esperienze a confronto”, en *Fiducia, Trust, Mandato ed Agency*, Giuffrè Editore, Milano, 1991.
- MORINEAU, Marta: *Una introducción al Common Law*, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 1998.
- MUÑOZ, Oliver: “Offshore investment funds in Panamá”, en *Compilación de artículos sobre la Regulación y el Funcionamiento del Mercado de Valores en Panamá*, VVAA, Tomo II, Panamá, 2007.
- MURITANO, Daniele: “Trust per l’adempimento di un contratto preliminare di vendita di quote di S.R.L.”, en *Il Fisco*, núm. 1, 2009.
- NASARRE AZNAR, Sergio y RIVAS NIETO, M. Estela: “Trust e Instituciones Fiduciarias. Problemática Civil y Tratamiento Fiscal”, Doc. núm. 28/06, Instituto de estudios fiscales, Madrid, 2004.
- NASARRE AZNAR, Sergio: “La regulación de la fiducia como instrumento con utilidad financiera”, en GARRIDO MELERO, Martín y FUGARDO ESTIVILL, Josep M. (Coords.), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus Protocolos*, Tomo III, Ed. Bosch, Barcelona, 2005.
- NASARRE AZNAR, Sergio: *La garantía de los valores hipotecarios*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2003.
- NATERA HIDALGO, Rafael D.: *Fiscalidad de los Contratos Civiles y Mercantiles*, Ed. CISS, España, 2007.
- NAVARRO MARTORELL, Mariano: *La propiedad fiduciaria*, Ed. Bosch, Barcelona, 1950.
- NERI, Arianna: *Il trust e la tutela del beneficiario*, Ed. Cedam, Padova, 2005.
- ORMACHEA, Carolina: “El fideicomiso en la República Argentina a partir de la sanción de la Ley 24411. Un caso particular de patrimonio de afectación”, en GARRIDO MELERO, Martín y FUGARDO ESTIVILL, Josep M. (Coords.), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus Protocolos*, Tomo III, Ed. Bosch, Barcelona, 2005.

Bibliografía

- ORMACHEA, Carolina: “*La utilización del Contrato de Fideicomiso con Fines de Garantía*”, XXV Jornadas Notariales Argentinas, Buenos Aires, 30 de agosto de 2000.
- ORREGO, Fabrizio: “Autonomía del Banco Central del Perú: Una perspectiva histórica”, *Revista Moneda*, núm. 135, Perú, 2007.
- ORTEGA ILLINGWORTH, Gustavo y VEINTIMILLA, Ana C.: “La fiducia inmobiliaria: Un vehículo para inversores tributariamente atractivo”, *Documents & Resources for Small Businesses & Professionals*. [Fecha de consulta: 5 de junio de 2011]. Disponible en: «<http://www.docstoc.com/docs>».
- PAGÈS i GALTÉS, Joan: *Tributos sobre las aguas (estatales, autonómicos y locales)*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2005.
- PANERO GUTIÉRREZ, Ricardo: *Derecho Romano*, 3ª Ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- PANICO, Paolo.: “Il trust nel settore bancario e finanziario”, en MONEGAT, Mariagrazia e LEPORE, Giuseppe (Coords.), *Trust. Applicazioni nel diritto commerciale e azioni a tutela dei diritti in trust*, Ed. Giappichelli, Torino, 2008.
- PAOLANTONIO, Martín E.: *Fondos Comunes de Inversión*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1994.
- PEÑA CASTRILLÓN, Gilberto: *La fiducia en Colombia*, Ed. Temis, Bogotá, Colombia, 1986.
- PEÑA NOSSA, Lisandro: *De los contratos mercantiles. Nacionales e internacionales*, 2ª Ed., Ed. Universidad Católica de Colombia, Bogotá 2006.
- PERÉZ CONEJO, Lorenzo: *Lecciones de Dominio Público*, Ed. Universidad de Málaga, Málaga, 2004.
- PÉREZ ROYO, Fernando: *Derecho Financiero y Tributario. Parte General*, 20ª Ed., Ed. Thomson Civitas, Navarra, 2010.
- PETRULLI, Mario e RUBINO, Francesco: *Il trust. Nozione giuridica ed operatività nel sistema italiano*, Editrice Halley, Italia, 2006.
- PICCOLI, Paolo: “La Convenzione dell’Aja sulla legge aplicabile ai trust”, en DI CAMPIGLIO, Madonna (Coord.), *Fiducia, Trust, Mandato ed Agency*, Giuffrè Editore, Milano, 1991.

- PIRAS, Salvatore: *La sostituzione fedecommissaria nel progetto di riforma del Codice Civile*, Ed. Istituto Giurídico della Università, Torino, 1938.
- PITA GRANDAL, Ana M.^a: “Concepto de empresa familiar”, en PITA GRANDAL, Ana M.^a (Dir.), *Cuestiones tributarias de la empresa familiar*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2006.
- PORPORA, Francesco: “Prime osservazioni in tema tassazione dei trusts (liberali) nella ‘resuscita’ imposta sulle successioni e donazione”, en *Il Fisco*, núm. 9, 2007.
- PORRAS ZAMORA, Jorge: “Entrevista sobre el crecimiento del fideicomiso en Latinoamérica”, *Revista Mundo Fiduciario*. [Fecha de consulta: 17 de enero de 2011]. Disponible en: «<http://www.mundofiduciario.com/index.php>».
- RAMOS SÁNCHEZ, Pablo: *Crítica de la Reforma Tributaria*, Ed. Papiro, La Paz, Bolivia, 1986.
- RASCÓN, César: *Síntesis de historia e instituciones de Derecho romano*, 3^a Ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2008.
- REALI, Alessio: “Il trust nel diritto inglese en ella common law”, en MOJA, Andrea (Dir.), *Il trust nel diritto civile e tributario*, 2^a Ed, Maggioli Editore, San Marino, 2009.
- REALI, Alessio: “La Convenzione dell’Aja del 1º de luglio 1985 sui trust”, en MOJA, Andrea (Dir.), *Il trust nel diritto civile e tributario*, 2^a Ed., Maggioli Editore, San Marino, 2009.
- RENGIFO GARCÍA, Ernesto: *La fiducia mercantil y pública en Colombia*, 2^a Ed., Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.
- RENGIFO, Ramiro: *La fiducia: legislación nacional y derecho comparado*, 2^a Ed., Ed. Fondo Editorial Universidad EAFIT, Medellín, 2001.
- RENZIS SONNINO, Nicola: “L’imposizione indietta del trust: gli ultimi orientamenti di giurisprudenza e prassi”, en *Corriere Tributario*, núm. 25, 2009.
- RENZIS SONNINO, Nicola: “La nozione di trust trasparente secondo l’Agenzie delle entrate”, en *Corriere Tributario*, núm. 4, 2009.

Bibliografía

- RESTREPO MEDINA, Manuel Alberto: *El Régimen de los bienes incautados. Una aproximación desde el Derecho administrativo*, Ed. Universidad del Rosario, Bogotá, 2007.
- REY PAREDES, Virginia: *Guía Fiscal del Inversor*, en VVAA, Ed. Gabinete de Analistas Económico-Financieros, Madrid, 2004.
- RIGHINI, Alberto: “Partecipazioni in trust. Un’interessante alternativa alla holding di gestione”, en *Il Fisco*, núm. 31, 2008.
- RINALDI, Giulia C.: “Il riconoscimento del trust e i poteri del giudice: primi sforzi della giurisprudenza di legittimità”, en *Giustizia Civile*, núm. 5, 2011.
- ROCA, Jerónimo: “Tributación directa en Ecuador. Evasión, equidad y desafíos de diseño”, CEPAL-Serie macroeconomía del desarrollo, núm. 85, diciembre, Santiago de Chile, 2009.
- RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio: “*La obligación de reparar y la responsabilidad fiduciaria*”, Seminario internacional “Ecuador mercados y oportunidades”, Superintendencias de Compañías del Ecuador, abril de 2004.
- RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio: *Negocios Fiduciarios. Su significación en América Latina*, Ed. Legis, México, 2005.
- RODRÍGUEZ RUIZ, Raúl: *El fideicomiso y la organización contable fiduciaria*, Ed. Ediciones Contables y Administrativas, México, 1971.
- RODRÍGUEZ TAMAYO, Mauricio Fernando: *La acción ejecutiva ante la jurisdicción administrativa*, 2ª Ed., Ed. Universidad del Rosario, Bogotá, 2007.
- ROMERO PERÉZ, Jorge Enrique: “Underwriting: contrato financiero moderno”, en *Revista de Ciencias Jurídicas*, núm. 109, enero-abril de 2006. [Fecha de consulta: 15 de junio de 2011]. Disponible en: «<http://www.latindex.ucr.ac.cr/juridicas.php>».
- ROSEMBUJ, Tulio: *El Fraude de Ley, la Simulación, y el Abuso de las Formas en el Derecho Tributario*, 2ª Ed., Ed. Marcial Pons, Barcelona, 1999.
- ROTA, Flavio e BIASINI, Gino: *Il trust e gli istituti affini in Italia*, Giuffrè Editore, Milano, 2007.

- SAADE COTES, José Jairo: “Aspectos de tributación en la fiducia mercantil”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad de los Andes, núm. 42, diciembre, Bogotá, 2009.
- SACCARO, Marta: “Gli enti non commerciali nel Mod. Unico 2008”, en *Corriere Tributario*, núm. 26, 2008.
- SAINZ DE BUJANDA, F: *La capacidad jurídica tributaria de los entes colectivos no dotados de personalidad*, en “Hacienda y Derecho”, Ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1967.
- SALVADOR, Marcelo: “¿Que es el fideicomiso mercantil?”, *Cabezas & Wray*. [Fecha de consulta: 5 de junio de 2011]. Disponible en: «<http://www.cywlegal.com/inter.asp>».
- SÁNCHEZ CALERO, Fernando: *Principios de Derecho Mercantil*, 13ª Ed., Ed. Aranzadi, Navarra, 2008.
- SÁNCHEZ CALERO, Francisco Javier y SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, Blanca: *Manual de Derecho Inmobiliario Registral*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- SANDOVAL PERALTA, Carlos: “Análisis Crítico Acerca de la Acción de los Consejos Cantonales en Ecuador- Propuestas para su Modernización”, *Desarrollo Social, descentralización y participación*, núm. 10, 1994.
- SANSÓN RODRÍGUEZ, M. Victoria: *La Transmisión de la propiedad*, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 1998.
- SANTORO, Laura: *Il trust in Italia*, 2ª Ed., Giuffrè Editore, Milano, 2009.
- SANTOS, Néstor J.: *El negocio bancario*, Instituto de Investigación de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 2001.
- SCHIPANI, Sandro e TERRACINA, Giuseppe: *Leggi sul matrimonio, sulle adozioni, sulle successioni, sul trust, sulle garanzie delle obbligazioni*, Giappichelli Editore, Torino, 2003.
- SEMPERE ALIAGA, Jesús: *Aspectos fiscales del trust y de los patrimonios fiduciarios*, Ed. Bosch, Barcelona, 2007.
- SERRANO DE NICOLÁS, Ángel: “Estate planning: la planificación de la herencia al margen del testamento (will substitutes)”, en GARRIDO MELERO, Martín y FUGARDO ESTIVILL, Josep M.

Bibliografía

- (Coords.), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus Protocolos*, Tomo III, Ed. Bosch, Barcelona, 2005.
- SERRERA CONTRERAS, P. Luis: “El contrato de depósito mercantil”, en FERNÁNDEZ-NOVOA, Carlos y OLIVENCIA (Dirs.), *Tratado de derecho Mercantil*, Tomo XXXV, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2001.
- SIMÓN MORENO, Héctor: “El fideicomiso en Colombia”, en URQUIZU CAVALLÉ, Ángel (Dir.), *El Fideicomiso en Latinoamérica. Integración jurídico-financiera*, Ed. Marcial Pons (Madrid, Barcelona, Buenos Aires), 2010.
- SOLIZ MORATÓ, Sandro: “Fideicomiso Público y Privado en Bolivia”, Clear Advice, [Fecha de consulta: 20 de octubre de 2011]. Disponible en «<http://www.clearadviceco.com/blog/articulos-locales-fideicomiso-publico-y-privado-en-bolivia/>».
- SOTOMAYOR VÉRTIZ, Abdías: “El Contrato de Fideicomiso. Aspectos Tributarios y Civiles (Primera parte)”, *Análisis Tributario*, núm. 219, abril, Perú, 2006.
- SOTOMAYOR VÉRTIZ, Abdías: “El Contrato del Fideicomiso. Aspectos Tributarios y Civiles (Segunda parte)”, *Análisis Tributario*, núm. 220, septiembre, Perú, 2006.
- STEWART BALBUENA, Alberto: “El contrato de fideicomiso”, *Revista electrónica de Teleley*. [Fecha de consulta: 2 diciembre de 2010]. Disponible en: «<http://www.teleley.com/contenlegal.php>».
- STEWART BALBUENA, Alberto: *El fideicomiso como negocio fiduciario*, Ed. Grijley, Lima, 1996.
- SUAYFETA OZAETA, Juan: “La institución jurídica del fideicomiso en caída libre. En proceso nuevas reformas a las leyes que lo regulan”, *Revista Derecho Privado*, núm. 6, septiembre de 2003.
- SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS: “Tendencias del Mercado de Valores”, Boletín núm. 56, 2008. [Fecha de consulta: 15 de junio de 2011]. Disponible en: «<http://www.supercias.gov.ec>».

- SUPERINTENDENCIA DE VALORES: “La Titularización en Colombia: Una Ventana hacia la Modernización Financiera”, Bogotá, 1997.
- SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA: Boletín Jurídico, abril –junio de 2000. [Fecha de consulta: 22 de marzo de 2011]. Disponible en: «<http://www.superfinanciera.gov.co/juridico/bj0004-04.htm>».
- TAPIA HERMIDA, Alberto Javier: *Derecho de Mercado de Valores*, Ed. Boch, Barcelona 2000.
- TAPIA HERMIDA, Alberto Javier: *Sociedades y Fondos de Inversión y Fondos de Titulización*, Ed. Dykinson, Madrid, 1998.
- TORRALBA SORIANO, Vicente: *Lecciones de Derecho Civil*, Vol. 1, Ed. Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1984.
- TORTORELLA, César: “Fideicomisos productivos”, *Revista Leopyme del Instituto de la Pequeña y Mediana Empresa de la Asociación de Bancos Públicos y Privados de la República Argentina*, núm. 29, marzo de 2003.
- TUDELA TELLO, André C.: “Estudio sobre la capacidad Contributiva y su relación en el plano Constitucional con el Anticipo Adicional del Impuesto a la Renta y aproximaciones al Impuesto Temporal a los activos netos”, *Centro de Investigación Jurídica IURIS PER TÓTEM*, julio de 2007. [Fecha de consulta: 18 de diciembre de 2010]. Disponible en: «<http://www.iurispertottem.byethost7.com/>».
- URQUIZU CAVALLÉ, Ángel: “Análisis jurídico de la tributación de las rentas de los beneficios empresariales obtenidos en Ecuador”, en URQUIZU CAVALLÉ, Ángel (Dir.), *La tributación de los beneficios empresariales obtenidos en América Latina*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2012.
- URQUIZU CAVALLÉ, Ángel: “El fideicomiso en Ecuador”, en URQUIZU CAVALLÉ, Ángel (Dir.), *El Fideicomiso en Latinoamérica. Integración jurídico-financiera*, Ed. Marcial Pons (Madrid, Barcelona, Buenos Aires), 2010.
- URQUIZU CAVALLÉ, Ángel: “El fideicomiso inmobiliario en Argentina. Inversión y fiscalidad”, *Tribuna Fiscal*, núm. 207, 2008.

Bibliografía

- URQUIZU CAVALLÉ, Ángel: “Los patrimonios fiduciarios: aspectos tributarios”, en GARRIDO MELERO, Martín y NASARRE AZNAR, Sergio (Coords.), *Los Patrimonios Fiduciarios y el Trust*, III Congreso de Derecho Civil Catalán, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2006.
- URQUIZU CAVALLÉ, Ángel: “Tributación de las rentas derivadas de fideicomisos latinoamericanos cuando los beneficiarios sean residentes en España”, *Crónica tributaria*, núm. 136, 2010.
- VAQUER ALOY, Antoni: *La interpretación del Testamento*, Ed. Reus, Madrid, 2008.
- VARELA, Marcelo Gabriel: *Fideicomiso de garantía, de administración y financiero*, 2ª Ed., Ed. Aplicación Tributaria, Buenos Aires, 2008.
- VETTORI, G.: “L’atto di destinazione e trust (art. 2645 ter del código civile)”, en VETTORI, Giuseppe (coord.) *Atti di destinazione e trust: art. 2645 ter. Cod. Civ.*, Ed. Cedam, Padova, 2008.
- VICARI, Andrea: “La soggettività passiva del trust nelle imposte dirette tra interposizione fittizia, simulazione e riqualificazione - parte I”, en *Trusts e attività fiduciarie*, núm. 5, 2011.
- VIDAL RAMÍREZ, Fernando: *La Bolsa de Valores*, Ed. Cultural Cuzco, Lima, 1988.
- VIDAL VILLANUEVA, Julio A.: “Los procesos de titulación de activos”, *Ius Et Veritas*, núm. 5, Lima, 1994.
- VIDAL VILLANUEVA, Julio A.: “Titulación de activo y otras alternativas financieras”, *Revista electrónica de Teleley*. [Fecha de consulta: 25 de octubre de 2010]. Disponible en: «<http://www.teleley.com/contenlegal.php?idm=2569>».
- VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel: *Doctrina general del fideicomiso*, 2ª Ed., Ed. Porrúa, México, 1982.
- VILLANES VERGARA, Liz: “Fondos de inversión captan mayor interés en el Perú”, *Revista electrónica Actualidad Empresarial*, Boletín de 26 de junio de 2009. [Fecha de consulta: 17 de junio 2010]. Disponible en: «<http://www.aempresarial.com/informativo.php>».

Tesis Doctoral

- VILLEGAS LARA, René A.: *Derecho Mercantil Guatemalteco*, Tomo IV, Ed. Universitaria (USAC), Guatemala, 2002.
- VINCENZO, Salvatore: *Il trust. Profili di diritto internazionale e comparato*, Ed. Cedam, Padova, 1996.
- VIRGOS SORIANO, Miguel: *El Trust y el Derecho Español*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2006.
- WALKER DE TULER, M. Cristina: *Contratos Bancarios. Segunda Parte*, Ed. Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 2005.
- WOLFF, Josef: “Applicativa dei trust interni”, en MOJA, Andrea (Dir.), *Il trust nel diritto civile e tributario*, 2ª Ed, Maggioli Editore, San Marino, 2009.
- ZABALA RODRÍGUEZ, Carlos Juan: *Derecho de la Empresa*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1971.
- ZACCARIA, Alessio e TROIANO, Stefano: “La pubblicità degli atti di destinazione e del trust”, en ZOPPINI, Andrea (Coord.), *Diritto Civile*, Vol. 3, Giuffrè Editore, Padova, 2009.
- ZUNZUNEGUI, Fernando: *Derecho del Mercado Financiero*, 2ª Ed., Ed. Marcial Pons, Madrid, 2000.