

El fideicomiso de garantía del derecho venezolano

Alfredo Morles Hernández*

Introducción. I. El fideicomiso en general. I. 1 Los antecedentes del fideicomiso venezolano. I. 2 Naturaleza, definición y esencia del fideicomiso venezolano. II. El fideicomiso de garantía en el derecho comparado. III. El fideicomiso de garantía del derecho venezolano. A. La caracterización de las notas esenciales del contrato de fideicomiso para definir su compatibilidad con las figuras contractuales de garantía. B. El alcance del principio de la autonomía de la voluntad del fideicomitente para modular o estructurar la garantía. C. El tipo de garantía que se puede configurar contractualmente por voluntad del fiduciario (real, personal, atípica). D. La legalidad de la supresión de las vías jurisdiccionales para la ejecución de la garantía y su sustitución por la autoliquidación o la ejecución extrajudicial de la garantía. E. El mantenimiento del contrato dentro de los límites del equilibrio contractual. IV. Algunos supuestos específicos de fideicomiso del derecho venezolano. IV. 1 El fideicomiso laboral. IV. 2. Los fideicomisos del mercado de capitales. IV. 3 Los fideicomisos bancarios. IV. 4 El fideicomiso de garantía del mercado de opciones y futuros. IV. 5 Las formas fiduciarias de los fondos del mercado de capitales y del mercado monetario. A. Los fondos mutuales. B. Los fondos del mercado monetario. Conclusiones.

***Individuo de número y ex Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Profesor de Derecho Mercantil y ex Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello**

Introducción

Una tendencia que se observa en el derecho de las garantías es la de pasar de una concepción de protección del crédito por medio de una figura accesoria y subsidiaria a la deuda a una noción de autonomía y de abstracción de la garantía; a un alejamiento de las ejecuciones judiciales a favor de las garantías autoliquidables; y al reforzamiento del principio de la autonomía de la voluntad para permitir la construcción de un instrumento de garantía adaptado a la situación concreta, es decir, una garantía a la medida. Este fenómeno tiene variados orígenes: (i) la complejidad creciente de los proyectos de desarrollo públicos y privados; (ii) el carácter esencialmente riesgoso de algunas operaciones y la necesidad de su inmediata liquidación, tal como ocurre con las negociaciones de futuros y productos derivados; (iii) el cambio continuo que las tecnologías de la información y de las comunicaciones produce en el ámbito de las relaciones económicas, espacio en el cual la velocidad sustituye a la lentitud, la información sustituye a la ignorancia y la transparencia sustituye a la opacidad; (iv) la regulación simultánea de toda clase de operaciones de crédito que obliga al intérprete a efectuar distinciones que son indispensables para una correcta aplicación de las normas jurídicas sobre las garantías. El equilibrio de las relaciones jurídicas es indispensable para el éxito de la economía de mercado frente a un mayor número de intercambios. El derecho de la economía de mercado, con los contratos de adhesión en un extremo para atender los actos en masa y con los instrumentos de resguardo de los consumidores y usuarios en el otro para asegurar un intercambio equitativo, mantiene en revisión constante las fórmulas de garantía para dar a los contratantes la mayor libertad posible y simultáneamente asegurar el cumplimiento de las obligaciones recíprocas. Esta protección no es incompatible con una interpretación diferenciada de las reglas de la autonomía de la voluntad en los contratos entre grandes empresarios o entre inversionistas advertidos para quienes el más alto grado de riesgo resulta natural y propio de ciertos negocios; ni tampoco con el respeto que se debe a la riqueza acumulada que representan los capitales destinados al crédito, digno de la tutela que el sistema jurídico acuerda al ahorro público.

De acuerdo a la teoría de los riesgos de la contratación, el acreedor enfrenta el riesgo de insolvencia de su deudor en las obligaciones de dar, el

riesgo de incumplimiento del contrato en las obligaciones de hacer y el riesgo de la ejecución de la garantía en ambos casos. Por ello, la palabra *garantía* tiene diversos significados. El que interesa aquí es el concepto restringido conforme al cual *“la garantía es una norma de derecho o un precepto de autonomía privada que viene a añadir al crédito algo que éste no tiene por sí mismo, de forma tal que esa adición o yuxtaposición refuerza al acreedor la seguridad de que ha de ver realizado su derecho”*¹.

El derecho de las garantías muestra un movimiento de renovación importante en diversos países, un esfuerzo dirigido a la construcción de un conjunto de reglas generales o teoría general aplicable al común de las distintas figuras y un intercambio de experiencias entre distintos ordenamientos jurídicos que incluye la incorporación del concepto de *security interest* del *Uniform Commercial Code* norteamericano a la legislación de varios países europeos, como Bulgaria, Hungría, Polonia y la República Checa; y de varios países americanos, entre los cuales se encuentran México, Perú y Guatemala². El fideicomiso de raigambre angloamericana, progresivamente incorporado en la legislación latinoamericana a lo largo del siglo XX (Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, Puerto Rico, Uruguay y Venezuela) forma parte de los instrumentos que se encuentran en ese proceso de renovación, en unos casos por ajustes de sus reglas y en otros casos por el descubrimiento de nuevas posibilidades de utilización. Conocer su estructura y sus posibilidades resulta esencial.

I. El fideicomiso en general

El fideicomiso de la legislación venezolana es un negocio de causa genérica, un negocio cuya causa constante se individualiza en la *transferencia* de un bien o derecho para la creación de un patrimonio separado, esquema causal incompleto que se integra con una causa específica y variable, una destinación que permite coordinar la transmisión del bien o derecho con el principio de la causalidad de la destinación. De este modo, el fideicomiso, al

¹ BUERES, Alberto J. y MAYO, Jorge A.: *“Lineamientos generales sobre las garantías de la obligación en el derecho privado”*; en *“Garantías”*, Nº 2 Revista de Derecho Privado y Comunitario, Buenos Aires, pág. 16.

² MORLES HERNANDEZ, Alfredo: *“Garantías Mercantiles”*; UCAB, Caracas 2007, *passim*.

igual que otros negocios genéricos, como la enajenación o la cesión de crédito, puede servir de molde a cualquier relación contractual que persiga una función lícita, como la función de garantía.

Cuando se efectúa una clasificación de las garantías en directas e indirectas, el fideicomiso es colocado corrientemente entre los negocios jurídicos indirectos. Como se trata de un contrato que puede tener múltiples finalidades, el mismo puede ser destinado directamente por la ley a cumplir una finalidad de garantía o ser utilizado convencionalmente para tal propósito. La clasificación de los fideicomisos, bien en universales o particulares, formales y no formales, onerosos y gratuitos, puros o condicionales, de administración o garantía puros o impuros; o bien en categorías más amplias y generales, como fideicomisos de inversión, de administración, de garantía y mixtos, no agota sus posibilidades. Más bien, la mayoría adopta una cualidad mixta que incorpora matices que corresponden a la genérica o a la específica finalidad que se desea cumplir con su estructura negocial³. Tal como lo señalan varios autores, es prácticamente imposible enunciar la variedad de relaciones jurídicas que se pueden incorporar en el fideicomiso. Su carácter flexible permite emplearlo con cualquier propósito lícito.

I. 1 Los antecedentes del fideicomiso venezolano

Roberto Goldschmidt, el redactor de la ley de fideicomiso venezolana⁴, estaba muy bien informado de los antecedentes romanos, germánicos, ingleses y angloamericanos del fideicomiso y de la evolución legislativa y doctrinal de la figura en el ámbito de los modernos ordenamientos⁵. Según él, las legislaciones latinoamericanas se inspiraban en el *express trust* del derecho angloamericano, el trust creado expresamente, por contraste con el trust creado por ministerio del derecho, el cual puede ser o un *resulting trust* o un *constructive trust*, según se tome como punto de partida una intención presunta o así resulte por razones de *fairness*, con independencia de la intención de las

³ RODRIGUEZ AZUERO, Sergio: “*Contratos Bancarios*”, segunda edición; Felaban, Bogotá 1979, recoge clasificaciones más extensas que las que han sido citadas.

⁴ Ley de Fideicomisos de 23 de julio de 1956. Gaceta Oficial N° 496 extraordinario de 17 de agosto de 1956.

⁵ Ver, especialmente, GOLDSCHMIDT, Roberto: “*Trust, fiducia y simulación*”, en “*Estudios de Derecho Comparado*”, Facultad de Derecho UCV, Caracas 1958, págs. 380 a 396.

partes⁶. El proyecto que el jurista panameño Ricardo J. Alfaro, autor de la ley panameña, propuso para su incorporación legislativa en los diversos países americanos estaba inspirado en el *trust*⁷. La ley panameña, junto con las regulaciones mexicana y colombiana, han sido identificadas como manifestaciones del fideicomiso latinoamericano, “*una aproximación del derecho civil de raigambre romana al trust angloamericano, en una tentativa de asimilarlo por las ventajas económicas y jurídicas que ofrece su aplicación: facilita ciertas transmisiones de patrimonios a través de un intermediario, posibilita mejorar la administración y gestión de bienes o empresas a través del fiduciario, garantiza el crédito y contribuye a incrementarlo, permite la organización de fondos comunes de inversión o de créditos, etcétera*”⁸. Simultáneamente, en los países de derecho continental, ante el avance teórico y práctico del *trust*, desde hace un cierto tiempo se han reanudado los debates en torno a la figura de la fiducia romana en sus manifestaciones de *fiducia cum creditore* y *fiducia cum amico*, y de las figuras germánicas de la transferencia fiduciaria bajo condición resolutoria y de la autorización fiduciaria. Todas estas discusiones se sumaron a las dificultades para comprender la institución angloamericana del *trust*, que a diferencia del negocio fiduciario, ni siquiera necesita, a los fines de su constitución, un acuerdo de voluntades; y aún en el caso de que se constituya en forma de un *agreement* no se le aplican las reglas de los contratos y, en particular, la necesidad de una *valuable consideration* (causa) tal como lo subraya Goldschmidt⁹.

Después de su promulgación, el autor de la ley venezolana explicó sus características fundamentales¹⁰: que el logro de fines análogos a los que dentro del sistema angloamericano pueden obtenerse con el *trust* no podía ser satisfecho adecuadamente sino con legislación sobre la materia, “*debido a la ausencia de principios legales de carácter general relativos a la transferencia fiduciaria de bienes que excluyen toda duda sobre la validez de las*

⁶ GOLDSCHMIDT, Roberto: *op. cit.*, pág. 380 y nota 1, quien anota que cierto número de leyes de países americanos de derecho continental se inspiran en las ideas del derecho angloamericano, entre las cuales se destacan las de Panamá, Puerto Rico y Méjico. Pág. 381.

⁷ GOLDSCHMIDT, Roberto: *op. cit.*, pág. 381.

⁸ FERRER, Francisco A.M.: “*Fideicomiso testamentario y derecho sucesorio*”; Abeledo-Perrot, Buenos Aires 2000, pág. 8.

⁹ GOLDSCHMIDT, Roberto: *op. cit.*, págs. 395 y 396.

¹⁰ GOLDSCHMIDT, Roberto: “*El fideicomiso en la reciente legislación venezolana*”, *op. cit.* págs. 401 a 426.

transferencias de bienes hechas a una persona con el objeto de que ésta quede obligada a utilizarlas a favor de otra persona, sea del transferente, sea de un tercero"; que a falta de disposiciones legales expresas, "no ha sido posible encontrar una base firme para el desarrollo de los negocios fiduciarios translativos de dominio, ante una doctrina muy difundida –aunque en nuestro concepto errónea- según la cual no sólo habría un "numerus clausus" de derechos reales, sino incluso un "numerus clausus" de títulos suficientes para transferir el dominio, entre los cuales no estarían incluidos los contratos innominados que se propusieran realizar transferencias fiduciarias"; que la doctrina latina, cuando intervienen tres personas en el contrato de fiducia, ha tratado de resolver los problemas jurídicos con la teoría del prestanombre, pero no siempre ha distinguido bien entre la interposición real y la interposición ficticia; que "aún admitida la validez de la transferencia fiduciaria, dado que el negocio fiduciario de origen romano, sea cum amico sea cum creditore, sólo tomaba en consideración dos personas, el transferente (fiduciante) y el adquirente (fiduciario), es lo cierto que dentro de los esquemas jurídicos tradicionales, los derechos de un tercero a favor de quien deban utilizarse los bienes transferidos (beneficiario), sólo pueden fundamentarse en la aplicación de los principios relativos a la estipulación en nombre propio hecha a favor de terceros, institución que ni tiene la amplitud necesaria ni ha sido regulada en el detalle indispensable para permitir el logro de los mismos fines que pueden alcanzarse mediante el trust angloamericano". Concluye Goldschmidt diciendo que la ley no dio cabida al *public trust*, por considerar que los mismos fines de éste podían lograrse a través de las fundaciones, que tienen en el derecho venezolano suficiente flexibilidad¹¹.

I. 2 Naturaleza, definición y esencia del fideicomiso venezolano

El redactor de la ley venezolana afirma que al introducir una institución análoga al *privare trust* expreso norteamericano se hacía necesaria no una simple adaptación del *trust* al régimen jurídico, sino más bien la *estructuración de una nueva figura jurídica* cuyos principios rectores resulten de la combinación de los principios que rigen la mencionada institución

¹¹ GOLDSCHMIDT, Roberto: "El fideicomiso en la reciente legislación venezolana", *op. cit.*, págs. 402 a 404.

angloamericana, con otros principios del derecho civil. Fundamentalmente, dice Goldschmidt:

(i) debe abandonarse toda idea de conferir al beneficiario un *derecho real*, lo cual, por lo demás, se discute, incluso, en el derecho angloamericano;

(ii) inspirada en la estructuración del negocio fiduciario de origen romano, la ley acoge el principio de que el fiduciario es el *único dueño* de los bienes transferidos y de que sus deberes sólo constituyen obligaciones y no *gravámenes* fundados en el derecho de cosas;

(iii) el beneficiario tiene la facultad de atacar frente a los terceros de mala fe o que hayan adquirido a título gratuito, los actos del fiduciario efectuados en violación de sus obligaciones, así como el derecho de oponerse a medidas preventivas o de ejecución contra los bienes fideicometidos.

La fórmula descrita por Goldschmidt asimila la técnica anglosajona de la distinción entre la *legal ownership* (la propiedad legal referida al titular del dominio, propia del *common law*), y la *beneficial or equitable ownership* (propiedad equitativa reconocida por las reglas de equidad). En esta asimilación el dominio (derecho real) es atribuido al fiduciario y la utilidad económica de la propiedad es reconocida al beneficiario (derecho personal).

Respecto a la definición y a la esencia del fideicomiso, expresa el propio Goldschmidt:

“Conforme al Art. 1º, el fideicomiso es una relación jurídica por la cual una persona, llamada fideicomitente transfiere uno o más bienes a otra persona llamada fiduciario quien se obliga a utilizarlos a favor de aquél o de un tercero llamado beneficiario, mejor dicho, a favor de un beneficiario, que puede ser un tercero o el mismo fideicomitente. Como se desprende del Art. 6º, el término “bienes” comprende toda clase de éstos, salvo aquéllos que, conforme a la ley, sean estrictamente personales de su titular.- La definición del fideicomiso ha causado ciertas dificultades, lo mismo que en otros países, y no parece que la definición definitiva sea la más perfecta, ya que resulta discutible decir que se transfiere un bien por una relación jurídica. En el Proyecto del autor de este ensayo se dijo que el fideicomiso es una relación fiduciaria en virtud de la cual una persona llamada fiduciaria, titular de un bien que con tal objeto le transfiere un tercero llamado fideicomitente, queda obligado a utilizarlo en favor de otra persona llamada beneficiario. Este texto fue modificado en el Proyecto oficial al expresar que el fideicomiso es una relación fiduciaria en virtud de la cual una persona llamada fiduciario se obliga a utilizar en favor de un llamado beneficiario, el bien que con tal objeto le transfiere otra persona llamada fideicomitente. Dichas fórmulas destacaron la obligación del fiduciario, mientras que la redacción definitiva señala, ante todo, que el fideicomiso implica una transferencia de bienes. No conviene atribuir una importancia excesiva a este problema de la definición, pero observamos, de todos modos que, acaso, la mejor hubiera sido enunciar simplemente que el fideicomiso se constituye mediante—o consiste en—la transferencia de uno o mas bienes por parte de una persona llamada fideicomitente a

otra llamada fiduciario, y la obligación de este último a utilizarlos en favor de un beneficiario, que puede ser un tercero o el mismo fideicomitente.- Los bienes fideicometidos y los que sustituyan a éstos, denominados en la ley fideicometidos, no pertenecen a la prenda común de los acreedores del fiduciario, el cual sólo está sujeto a cumplir con dichos bienes las obligaciones, que derivan del fideicomiso o de su realización, salvo que la ley, en particular, en el aparte único del Art. 4º, diga otra cosa. Puede—y está obligado frente a los beneficiarios—oponerse a toda medida preventiva o de ejecución dictadas a solicitud de acreedores que procedan en virtud de créditos que no derivan del fideicomiso o de su realización. Los bienes fideicometidos constituyen, por lo tanto, un patrimonio separado del fiduciario. En caso de su quiebra, el sustituto y, en la hipótesis de la terminación del fideicomiso, los derechos habientes pueden exigir la transferencia de estos bienes. La jurisprudencia alemana, en materia de negocio fiduciario de origen romano, ha admitido, hasta sin norma explícita, un derecho de separación del fiduciante, y la legislación mexicana otorga al fideicomitente y al allí llamado fideicomisario, acción para obtener la separación de los bienes dados en fideicomiso, de la quiebra del fiduciario.”¹²

Al consagrar el patrimonio separado como nota esencial, el fideicomiso venezolano asegura el aislamiento de los bienes tanto del patrimonio del constituyente como del patrimonio del fiduciario y los sustrae de los riesgos de éstos frente a sus acreedores, tal como ocurre con las figuras del patrimonio autónomo, del patrimonio de afectación o de la universalidad jurídica. Tal fórmula hace del fideicomiso un instrumento ideal para los negocios de administración, inversión y garantía¹³.

Kiper y Lisoprawski reconocen que el fideicomiso argentino responde plenamente al llamado fideicomiso latinoamericano o fideicomiso con características latinoamericanas introducido en Panamá en 1920 sobre la base del Proyecto Alfaro¹⁴ y agrega que *“a partir del nombrado Alfaro se ha elaborado –principalmente los autores mejicanos- una doctrina del fideicomiso con concepción moderna, tal como está legislado en los países latinoamericanos (México, Colombia, Venezuela, Ecuador, Perú, Paraguay, etc.)”*, para concluir que la ley argentina 24.441 y las legislaciones que como ella tratan los bienes fideicometidos como patrimonios separados o autónomos, dejan a un lado la concepción clásica del patrimonio como atributo de la personalidad¹⁵. La cualidad de patrimonio separado del fideicomiso argentino

¹² GOLDSCHMIDT, Roberto: *op. cit.*, págs. 407 a 409.

¹³ BATIZA, Rodolfo: *“Principios básicos del fideicomiso y de la administración fiduciaria”*, segunda edición; Porrúa, México 1985, pág. 89 y nota 92, dice que esta clasificación fue originada por la práctica bancaria y luego reconocida por vía legal y administrativa.

¹⁴ KIPER, Claudio M.; LISOPRAWSKI, Silvio V.: *“Tratado de Fideicomiso”*, segunda edición; Lexis Nexis Depalma, Buenos Aires 2004, págs. 146 a 149.

¹⁵ KIPER, Claudio M.; LISOPRAWSKI, Silvio V.: *op. cit.*, págs. 149 y 150.

proviene de una declaración expresa de la ley 24.441 (artículo 14: “los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario y del fiduciante”). Esa declaración expresa no existe en la ley venezolana, pero la doctrina no ha dudado en estimarlo como tal. La teoría del patrimonio separado no es la única que ha sido formulada para explicar la especie diferenciada que conforman los bienes fideicomitidos, al contrario, hay otras teorías. Cada una de ellas acude a una explicación que guarda correspondencia con la idea que se tenga del patrimonio. *“Básicamente se plantean si esos bienes conforman o no una especie diferenciada dentro o fuera de él o si, en sí mismos, conforman o no un patrimonio como sujeto de derecho”*¹⁶.

Siendo el patrimonio separado esencia del fideicomiso venezolano es legítimo preguntar si es admisible el fideicomiso universal. Vegas Rolando piensa que es lícito, ya que la ley no lo prohíbe y, por otra parte, la Ley de Fideicomisos acepta que el fideicomiso se establezca por testamento, *“que no es sino una manera de disponer de la universalidad de bienes que constituyen el patrimonio del de cujus”*¹⁷, pero el fideicomiso únicamente se puede establecer sobre bienes *determinados*. Así lo recogió la precursora definición de Alfaro (aunque el artículo 3º de la ley panameña agrega que el fideicomiso se puede constituir sobre todo o parte de un patrimonio) y así lo disponen expresamente algunas leyes, como la argentina 24.441 en su artículo 1º. Igualmente la ley venezolana en su artículo 1º, al hablar de la transferencia de *uno o más bienes*. El fideicomiso se puede constituir sobre todos los bienes que en un momento dado se encuentren en el patrimonio de una persona, aún futuros, identificándolos, es decir, se pueden transmitir todos los elementos que constituyan un patrimonio, pero no se puede transferir la universalidad, porque el patrimonio es, en principio, inseparable de la persona. Si esta transferencia total afecta derechos o expectativas de terceros, el fideicomiso es fraudulento. Por ejemplo, una persona constituye un fideicomiso “universal”, al día siguiente causa daños extracontractuales catastróficos pilotando un avión o un automóvil

¹⁶ KIPER, Claudio M.; LISOPRAWOSKI, Silvio V.: *op. cit.*, págs. 149 a 166, quienes resumen y explican las teorías sobre el patrimonio fiduciario. Ver también BATIZA, Rodolfo: *op. cit.*, págs. 192 a 201, quien desarrolla la tesis de universalidad jurídica para aplicarla a la masa de bienes del fideicomiso. Entre esas *universitas iuris* se encontrarían, además, el acervo hereditario y el patrimonio de familia, que serían todas fracciones del patrimonio de una persona.

¹⁷ VEGAS ROLANDO, Nicolás: *“El fideicomiso en Venezuela”*; Ediciones Magón, Caracas s/f (¿1979?), pág. 51.

y cuando se va a ejecutar una medida cautelar o ejecutiva no se encuentran bienes en el patrimonio del culpable. ¿Habrán de aplicarse aquí principios generales relativos a las transmisiones fraudulentas de bienes o de insolvencia? ¿Si no se puede presumir fraude se podrá concluir que nadie que tenga bienes puede de la noche a la mañana transferir los riesgos de su actividad al resto de la sociedad, tal como ocurre con las sociedades infracapitalizadas? Estas ideas no son incompatibles con la posibilidad de aceptar la validez de la constitución de patrimonios separados. Una persona puede ser titular de varios patrimonios, pero no puede carecer de patrimonio, en el sentido de una universalidad abstracta que momentáneamente pudiera carecer de bienes concretos.

La naturaleza, la definición y la esencia del contrato de fideicomiso de la legislación venezolana –una figura genérica- no son incompatibles con su configuración como un negocio de garantía, institución específica no regulada en la Ley de Fideicomisos. La Ley de Fideicomisos venezolana no prescribe, como sí lo hace la ley mexicana, que el fideicomiso debe constituirse para la realización de *un fin lícito y determinado* (artículo 381 Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito) o como la ley panameña que declara que el fideicomiso puede constituirse para *cualesquiera fines que no contravengan a la moral, las leyes o el orden público* (artículo 5º Ley de 1984). Esta prescripción es innecesaria, porque el artículo 6º del Código Civil venezolano pronuncia la nulidad de las convenciones que sean contrarias al orden público y a las buenas costumbres, límites legales del principio de la autonomía de la voluntad.

II. El fideicomiso de garantía en el derecho comparado

Si se examinan los ordenamientos jurídicos latinoamericanos en los cuales ha sido introducido el trust angloamericano, se encontrará que en México no sólo existe un conjunto amplio de normas legales sobre el fideicomiso de garantía que ha experimentado cambios importantes el año 2003, sino que ha habido una extensa experiencia con la institución, enriquecida por la jurisprudencia y por la doctrina; que en Colombia está expresamente regulado el fideicomiso de garantía, de un modo que produjo en cierto momento debates ya apaciguados; que también está regulado

expresamente en la legislación peruana (Ley 26702); que en la República Argentina, aún cuando no hay regulación legal específica y ha habido controversia teórica sobre su legalidad animada por una doctrina ilustrada, el contrato es utilizado en el tráfico económico; y, por último, que ni en la ley panameña ni en la ley venezolana existe regulación específica sobre la figura.

El fideicomiso de garantía fue una de las primeras modalidades utilizadas en México, especialmente por las instituciones fiduciarias, para garantizarse a sí mismas los préstamos que otorgaban a su clientela, hasta que en 1933 se declaró nulo el fideicomiso que se constituyera a favor del fiduciario y luego, en 1971, la autoridad administrativa de control bancario ordenó a las instituciones fiduciarias que en los fideicomisos de garantía, para determinar el incumplimiento a cargo de los deudores y para vender, realizar o liquidar los bienes dados en garantía haciendo pago con su producto a los acreedores, se debía observar el procedimiento judicial sumario de ejecución¹⁸. Por la reforma de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de 1996 se dispuso que era nulo el fideicomiso que se constituyera en favor del fiduciario, salvo en los fideicomisos que al constituirse se transmitiera la propiedad de los bienes fideicometidos y que tuvieran por fin servir como instrumentos de pago de obligaciones incumplidas, en el caso de créditos otorgados por la propia institución para la realización de actividades empresariales. Esta reforma recibió críticas por acabar con la imparcialidad del fiduciario, referirse a la transmisión de la propiedad a la fiduciaria (idea contraria al fideicomiso mexicano en el cual la propiedad permanece en cabeza del fideicomitente) y constituirse en un retroceso legal¹⁹. En el año 2000 se introdujo formalmente la figura del fideicomiso de garantía en la legislación²⁰. En 2003 se produjo una importante reforma del fideicomiso mexicano para darle a éste una fisonomía contractual: por una parte, el fideicomitente, en lugar de *destinar* un bien a un propósito específico, *transmite* éste al fiduciario; y, por otra parte, dispuso que para la validez del fideicomiso es necesaria la aceptación del fiduciario²¹. En el

¹⁸ BATIZA, Rodolfo: op. cit., págs. 89 a 92.

¹⁹ DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge Alfredo: “*Dos aspectos de la esencia del fideicomiso mexicano*”, tercera edición; Porrúa, México 2000, págs. 178 a 181.

²⁰ LOPEZ-ELIAS, Pedro: “*El fideicomiso como actividad propia de las instituciones financieras en México*”, en N° 110 Revista de Derecho Bancario y Bursátil, Madrid abril-junio 2008, pág. 176.

²¹ DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge Alfredo: “*El fideicomiso*”, décimo tercera edición; Porrúa, México 2006, pág. 53.

caso del fideicomiso de garantía, se ha objetado su validez por equipararlo a un pacto comisorio celebrado en perjuicio del deudor. A esta objeción, la propia doctrina mexicana responde diciendo que *“no es aceptable esta crítica, pues el fideicomiso de garantía se viene celebrando en la práctica con sujeción a determinadas reglas que establece el procedimiento de venta a que debe sujetarse el fiduciario, para la realización del patrimonio del fideicomiso. Existirá el pacto comisorio en aquellos fideicomisos que se establezca que en caso de incumplimiento del fideicomitente deudor, los bienes o derechos fideicomitados se transmitan sin más trámite, al propio fideicomisario”*²². La ley establece que en el fideicomiso de garantía las partes podrán convenir la forma en que la institución fiduciaria procederá a enajenar extrajudicialmente, a título oneroso, los bienes o derechos en fideicomiso siempre que se hagan unos pactos mínimos, que incluyen la recepción de un aviso por parte del fiduciario acerca del incumplimiento antes del inicio del procedimiento; que se notifique por escrito al fideicomitente, quien sólo podrá oponerse a la enajenación si exhibe el importe del adeudo, acredita el cumplimiento de la obligación o presenta un documento de prórroga del plazo o de novación de la obligación. Si no ocurre ninguna de estas alternativas, se podrá proceder a la ejecución en los plazos señalados convencionalmente²³.

En Colombia, las normas fundamentales sobre el fideicomiso aparecen en los artículos 1226 y 1227 del Código de Comercio, los cuales disponen lo siguiente:

“Art. 1226. Concepto de la fiducia mercantil. La fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario.-Una persona puede ser al mismo tiempo fiduciante y beneficiario.-Sólo los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias, especialmente autorizados por la Superintendencia Bancaria, podrán tener la calidad de fiduciarios.”

“Art. 1227.Obligaciones garantizadas con los bienes entregados en fideicomiso. Los bienes objetos de la fiducia no forman parte de la garantía general de los acreedores

²² VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel; *“Doctrina general del fideicomiso”*, cuarta edición; Porrúa, México 2003, pág. 227. Los procedimientos de venta de los bienes dados en fideicomiso que se pacten en los propios contratos tienen su fundamento legal en el artículo 1051 del Código de Comercio mexicano, que permite el establecimiento de procedimientos convencionales de ejecución con carácter preferente.

²³ Esta forma de ejecución ha sido tomada de la Ley Modelo Interamericana de Garantías Mobiliarias.

del fiduciario y sólo garantizan las obligaciones contraídas en el cumplimiento de la finalidad perseguida.”

Doctrina calificada sostiene que *“mediante la fiducia en garantía una persona, normalmente el deudor, transfiere uno o más bienes al fiduciario con el propósito de que los administre y que proceda a venderlos para el pago de las obligaciones que con ellos se garanticen, de no ser éstas satisfechas en su oportunidad...no se trata por su propia naturaleza de una garantía real, pues no recae directamente sobre los bienes constitutivos del patrimonio autónomo que se conforma o de los que se entreguen en mera tenencia, si ese fuere el caso, sino de un derecho de crédito o personal contra el patrimonio fideicomitado, cuyo titular, el fiduciario, debe proceder de conformidad”*²⁴. La Superintendencia bancaria colombiana llegó a considerar el contrato de fideicomiso de garantía como ilícito por ser contrario a normas imperativas, al orden público y a las buenas costumbres. Los argumentos centrales que soportaron la oposición fueron que con su ejecución se vulneraba el derecho de defensa del deudor y que la consagración del mecanismo legitimaba la práctica prohibida del pacto comisorio en los negocios de garantía²⁵. La doctrina colombiana desechó estas objeciones, sosteniendo que la venta o dación en pago de los bienes dados en garantía resultan del cumplimiento de las instrucciones dadas expresamente por el deudor; que teniendo en cuenta que se trata, entonces, de una decisión dispositiva de carácter patrimonial, ella es vinculante sin que pueda plantearse en su cuestionamiento un tema de defensa o ausencia de la misma²⁶. Ante el argumento de que el problema radicaba en que el bien del deudor se sacaba a remate, como lo haría un juez, sin audiencia del demandado, se respondió que el argumento es un sofisma porque el fiduciario no es ni puede fungir como juez para calificar el incumplimiento de una obligación y proceder por ende a ordenar la venta del bien en pública subasta, si así actúa el fiduciario es porque el mismo deudor lo ha instruido irrevocablemente. Con respecto al alegato de pacto comisorio, la doctrina observó que es el deudor quien ha dado instrucciones al fiduciario de

²⁴ RODRIGUEZ AZUERO, Sergio: *“Negocios fiduciarios”*, 1ª edición; Legis, Bogotá 2005, pág. 464.

²⁵ RODRIGUEZ AZUERO, Sergio: *op. cit.*, págs. 468 y 469.

²⁶ RODRIGUEZ AZUERO, Sergio: *op. cit.*, pág. 469.

entregar el bien al acreedor²⁷. Las objeciones que hacía la Superintendencia Bancaria colombiana fueron retiradas en 1981 y luego el reconocimiento de la legitimidad del fideicomiso de garantía fue incorporado a normas específicas²⁸.

En el Perú, el fideicomiso de garantía está regulado por la Ley 26702 de 1996. El artículo 274 de la citada Ley dispone que la empresa que otorgue créditos con una garantía fiduciaria constituida con una tercera empresa fiduciaria se resarcirá del crédito incumplido con el resultado que se obtenga de la ejecución del patrimonio fideicomitado, en la forma prevista en el contrato o con el propio patrimonio fideicomitado cuando éste se encuentre integrado por dinero, dando cuenta, en este último caso a la superintendencia. Agrega el artículo que son excluyentes la calidad de fiduciario y acreedor. Por su parte, los artículos 15 y 16 de la Resolución SBS 1010-99, establecen:

Artículo 15. Finalidad. En el fideicomiso en garantía los bienes integrados en el patrimonio fideicomitado 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.

Art. 16..Aspectos contractuales. El acto constitutivo del fideicomiso en garantía deberá contener disposiciones relativas a los aspectos siguientes:

- a) Determinación de las obligaciones que serán respaldadas con el patrimonio fideicomitado o, en su defecto, los criterios que permitan determinar dichas obligaciones;
- b) Indicación sobre la revocabilidad o irrevocabilidad del fideicomiso. A falta de tal indicación, el fideicomiso se considerará irrevocable;
- c) Procedimiento y demás condiciones que se aplicarán en la enajenación de los bienes que integran el patrimonio fideicomitado cuando ocurra el incumplimiento de las obligaciones;
- d) Valor de enajenación de los bienes que integran el patrimonio fideicomitado o, en su defecto, los criterios para la determinación de dicho valor;
- e) Porcentaje o monto del patrimonio fideicomitado que estará destinado para respaldar el cumplimiento de obligaciones; y,
- f) En el caso de fideicomisos constituidos con más de un bien, deberá establecerse el criterio de selección de los bienes a ser enajenados para cumplir con la obligación u obligaciones respaldadas.

En Costa Rica, los bancos pueden participar en contratos de fideicomiso y el último párrafo del artículo 648 del Código de Comercio establece:

²⁷ RODRIGUEZ AZUERO, Sergio: *op. cit.*, págs. 468 a 472.

²⁸ RODRIGUEZ AZUERO, Sergio: *op. cit.*, págs. 472 a 475.

“Puede constituirse un fideicomiso sobre bienes o derechos en garantía de una obligación del fideicomitente con el fideicomisario. En tal caso, el fiduciario puede proceder a la venta o remate de los bienes en caso incumplimiento, todo de acuerdo con lo dispuesto en el contrato.”

III. El fideicomiso de garantía del derecho venezolano

La complejidad de las relaciones económicas y la insuficiencia cada vez más frecuente de las fórmulas tradicionales de garantía ha conducido a una revalorización del fideicomiso como molde dentro del cual se puede configurar un instrumento de garantía a la medida.

El fideicomiso es un negocio jurídico que sirve, en primer lugar, de instrumento para llevar a cabo la separación o división de un patrimonio. El acto o contrato, sin embargo, no se agota en el acto de separación, la separación no es sino el mecanismo imprescindible, el paso previo necesario para la realización del objeto del acto o contrato. En este sentido se puede admitir que *todo negocio fiduciario es indirecto*, que los negocios indirectos son el género y los fiduciarios una especie²⁹, aunque la doctrina, si bien reconoce las semejanzas, pone cuidado en resaltar las diferencias³⁰, como que no hay una equivalencia total entre negocio fiduciario y negocio indirecto. Nuestra doctrina admite la cualidad de negocio indirecto del fideicomiso³¹. Como el negocio de fideicomiso comporta una sustracción de bienes o derechos del patrimonio de su constituyente para afectarlos a una finalidad específica, pasando tales bienes o derechos a integrar un patrimonio separado, la persona que realiza el acto de separación no puede afectar derechos o expectativas de terceros sobre el patrimonio que es objeto de la división³². Una maniobra dirigida a separar fraudulentamente un patrimonio y burlar a los acreedores o afectar los derechos de terceros es nula. Así lo ha reconocido la propia doctrina venezolana, al afirmar que *el acto fiduciario puede constituir, en el caso concreto, un fraude a la ley y ser, por consiguiente, ilícito y nulo*³³. Las

²⁹ DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge Alfredo: “*El fideicomiso ante la teoría general del negocio jurídico*”, tercera edición; Editorial Porrúa, México 1982, pág. 185.

³⁰ KIPER, Claudio M.; LISOPRAWSKI, Silvio V.: *op. cit.*, pág. 18.

³¹ MELICH ORSINI, José: *El fideicomiso en Venezuela*, en Boletín de la Academia de >Ciencias Políticas y Sociales, N° 142, Caracas 2004, págs. 435 a 436.

³² La cualidad de patrimonio separado del fideicomiso es tesis no discutida de nuestra doctrina: KUMMEROW, Gert: “*Compendio de Bienes y Derechos Reales*”, tercera edición; Magón, Caracas 1980, págs.19 a 23; EGAÑA, Manuel Simón: “*Bienes y Derechos Reales*”; Madrid 1983, pág. 45.

³³ GOLDSCHMIDT, Roberto: “*El fideicomiso en los países de América Latina*”; Universidad Central de Venezuela, Caracas 1961, pág. 12.

situaciones de ilegalidad de una división patrimonial se pueden presentar en una variedad de casos que corresponden a diferentes tipos de fideicomiso. Por ejemplo:

(i) El fideicomiso hereditario, institución ampliamente utilizada en el ámbito del *common law*, es un instrumento valioso para disponer sobre la administración y disposición de los bienes hereditarios, sobre todo cuando existen herederos requeridos de protección especial³⁴. Sin embargo, un fideicomiso hereditario que afecte la legítima del cónyuge, de los descendientes o de los ascendientes del fideicomitente es un acto impugnabile por contrariar el artículo 883 del Código Civil, consagratorio del sistema legitimario que según nuestra doctrina *constituye un límite o una restricción de fondo al ejercicio del derecho de testar*³⁵, o es la regla general sucesoria, por oposición al sistema de la libertad de testar³⁶, sistema este último que se vale, precisamente, de los fideicomisos y de los mayorazgos para la inmovilización de la propiedad³⁷. Un fideicomiso hereditario en tales condiciones sería una paradoja, puesto que una de las explicaciones de la legítima, reserva o sucesión necesaria o forzosa es la de considerar ésta como un *fideicomiso tácito*, “que se explica en razón de que el patrimonio del causante también está parcialmente integrado por relaciones jurídicas de contenido económico que él, a su vez, hubo por causa de muerte de familiares que lo precedieron”³⁸. De acuerdo con la ley venezolana, los fideicomisos hereditarios pueden ser constituidos sobre la legítima o sobre parte de ella (artículo 10 Ley de Fideicomisos), cuando el heredero legitimario haya realizado reiteradamente actos de prodigalidad o se encuentre de tal manera insolvente que sus futuras adquisiciones se vean seriamente amenazadas. También se puede establecer el fideicomiso hereditario a favor de los incapaces por el tiempo que dure su incapacidad, incluso sobre la legítima de ellos (artículo 11 de la misma Ley). Por último, según el artículo 30 de la Ley sobre el Derecho de Autor, el autor puede constituir por testamento un fideicomiso sobre tal derecho por todo el término

³⁴ GOLDSCHMIDT, Roberto: *op. cit.*, pág. 7.

³⁵ LOPEZ HERRERA, Francisco: “*Derecho de Sucesiones*”, cuarta edición, Tomo I; Banco Exterior, Caracas 2006, pág. 218

³⁶ HADDAD S., Jean Ch.: “*La legítima en el Código Civil Venezolano*”; Ediciones Fabretón, Caracas 1973, pág. 29.

³⁷ HADDAD S., Jean Ch.: *op. cit.*, pág. 24.

³⁸ LOPEZ HERRERA, Francisco: *op. cit.*, pág. 218.

de su duración o parte del mismo³⁹, con independencia de que sea el único bien del patrimonio del constituyente, como parece desprenderse de la naturaleza del derecho de autor y de la redacción del texto legal⁴⁰;

(ii) Un fideicomiso de administración o de inversión pudiera llegar a ser considerado como un mecanismo para desnaturalizar el principio de la nominatividad obligatoria de las acciones de las sociedades anónimas, es decir, un fraude al artículo 292 del Código de Comercio. Las acciones de las sociedades anónimas no pueden ser acciones al portador, de modo que cuando se realiza una transferencia fiduciaria de ellas es necesario indicar en el Libro de Accionistas, además del nombre del titular del dominio (el fiduciario), el nombre del constituyente del fideicomiso y el nombre del beneficiario de éste. El contrato ha de especificar el sujeto a quien corresponderán los derechos y obligaciones de accionista y el patrimonio al cual se atribuirá la responsabilidad que deriva de tal cualidad, cuando se extinga el fideicomiso, el fideicomiso sea revocado o el patrimonio separado se agote. Esta indicación complementaria es necesaria por varias razones: (a) si bien el fideicomiso que tenga por objeto acciones de sociedades se constituye sobre los bienes, el mismo extiende sus efectos a la cualidad personal de accionista, razón por la cual la titularidad que corresponde al fiduciario resulta plenamente satisfactoria mientras no haya necesidad de imputar responsabilidad a un patrimonio distinto del patrimonio del fideicomiso; (b) dado que el fideicomiso del derecho venezolano carece de personalidad jurídica y como no se puede aceptar la existencia de patrimonios sin titular, la inscripción registral no puede aparecer a nombre del fideicomiso (un patrimonio), sino a nombre del fiduciario (un sujeto); (c) la titularidad del fiduciario es plena y se basta a sí misma, pero no es una titularidad definitiva, puesto que la misma puede desaparecer por voluntad del fideicomitente si el fideicomiso es revocable, en caso de fraude o cuando se cumpla la voluntad contractual. Así como ha sido rechazada la idea de que los derechos objeto del *trust* o fideicomiso no se encuentran en el patrimonio de nadie⁴¹, así mismo debe abandonarse la idea de la desvinculación absoluta y definitiva del patrimonio

³⁹ LOPEZ HERRERA, Francisco: *op. cit.*, págs. 227 y 228.

⁴⁰ En algunos países, como Panamá, la propia Ley dispone (art. 3º), que el fideicomiso se puede establecer sobre bienes determinados o sobre *todo* o parte del patrimonio.

⁴¹ GOLDSCHMIDT, Roberto: *op. cit.*, pág. 9.

fideicometido de su titular original, aunque se acepte la tesis del patrimonio separado para el caso del fideicomiso, porque ambas ideas no son incompatibles. En forma más radical, la doctrina venezolana ha sostenido con respecto a la relación del fideicomitente con los bienes aportados al fideicomiso que *su derecho real de propiedad frente a la posición atinente al fiduciario se ve limitado en los poderes y las facultades atribuidas por este derecho, pero la nuda propiedad sobre la cosa permanece en cabeza del fideicomitente*⁴²; que *el fideicomitente mantiene la propiedad plena de los bienes fideicometidos pero en estado "latente", pues por lo general se reserva ciertos derechos sobre los bienes fideicometidos; que el fideicomitente de cualquier forma se reserva la nuda propiedad, que representa el derecho de disposición que se tiene sobre la cosa, ya que ésta no se enajena*⁴³. Esta posición de la doctrina venezolana es similar a la interpretación que fue mantenida en México sobre la base de la ambigüedad de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. La Suprema Corte de ese país, sin embargo, rechazó posteriormente tal interpretación y reconoció la transmisión de la propiedad al fiduciario⁴⁴. Una concepción similar es la de la legislación argentina sobre el *dominio fiduciario*, una forma de dominio imperfecto, presente también en la legislación peruana⁴⁵. En efecto, de conformidad con el artículo 2.662 del Código Civil argentino, *dominio fiduciario es el que se adquiere con razón de un fideicomiso constituido por contrato o por testamento, y está sometido a durar solamente hasta la extinción del fideicomiso, para el efecto de entregar la cosa a quien corresponda según el contrato, el testamento o la ley*. Este punto de vista parte de la idea del fideicomiso como un tipo específico de dominio o como un desdoblamiento del derecho de propiedad, por virtud del cual concurren sobre una misma cosa dos derechos con efectos reales, el del fiduciario sin contenido económico y el del beneficiario con contenido económico, con tendencia –por su relación entre sí y por su temporalidad- a confundirse y a revertir en el

⁴² MAS PAVAN, Roberto: "La propiedad sobre los bienes fideicometidos", en "Centenario del Código de Comercio Venezolano de 1904", Tomo II; Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2004, pág. 1338.

⁴³ MAS PAVAN, Roberto: *op. cit.*, pág. 1343.

⁴⁴ KIPER, Claudio M.; LISOPRAWSKI, Silvio V.: *op. cit.*, pág. 156.

⁴⁵ RODRIGUEZ AZUERO, Sergio: "La responsabilidad del fiduciario"; Díké, Medellín 1997, págs. 25 y 26.

derecho de propiedad originario⁴⁶. Es más, aunque se acepte la tesis de que la transmisión fiduciaria es una transmisión plena, con sus alternativas de que el bien transmitido está *afectado* a una finalidad definida contractualmente o de que el bien está *destinado* a un fin que debe realizar el fiduciario, también es necesario indicar en el acto registral (en el Libro de Accionistas) los nombres del fideicomitente y del beneficiario, sobre cuyos patrimonios pueden recaer eventualmente las vicisitudes del fideicomiso;

(iii) Un fideicomiso de garantía constituido por el deudor a favor de uno de sus acreedores después de haber comenzado la cesación de pagos o en el período sospechoso (artículo 945 del Código de Comercio) se configura como una *causa de preferencia en el pago* nula y sin efecto respecto de los acreedores del concurso.

En conclusión, la separación patrimonial inherente a todas las modalidades de fideicomiso no debe contrariar reglas de orden público ni configurarse como un fraude de ley o un fraude de terceros.

La constitución del fideicomiso de garantía se enfrenta a dificultades propias, que han dado lugar a controversias teóricas en distintos países, especialmente en Colombia⁴⁷, en México⁴⁸ y en Argentina⁴⁹. Las principales dificultades giran en torno a los siguientes asuntos:

A. La caracterización de las notas esenciales del contrato de fideicomiso para definir su compatibilidad con las figuras contractuales de garantía;

B. El alcance del principio de la autonomía de la voluntad del fideicomitente para modular o estructurar la garantía;

C. El tipo de garantía que se puede configurar contractualmente por voluntad del fiduciario (real, personal, atípica);

D. La legalidad de la supresión de las vías jurisdiccionales para la ejecución de la garantía y su sustitución por la autoliquidación o la ejecución extrajudicial de la garantía; y

⁴⁶ DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge Alfredo: *op. cit.*, pág. 156.

⁴⁷ RODRIGUEZ AZUERO, Sergio: “*Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina*”; Legis, Bogotá, edición 2005, págs. 461 a 497. Informa el autor que los debates académicos sobre el asunto fueron ricos y acalorados.

⁴⁸ BATIZA, Rodolfo: *op. cit.*, págs. 89 a 93, después de informar que esta variedad de fideicomiso fue probablemente la primera en practicarse en México, da cuenta del intento de la administración pública de someter la ejecución de la garantía fiduciaria al régimen judicial.

⁴⁹ KIPER, Claudio M.; LISOPRAWSKI, Silvio V.: *op. cit.*, págs. 469 a 486 resumen las críticas de “una doctrina aislada” y dan respuesta a ellas.

E. El mantenimiento del contrato dentro de los límites del equilibrio contractual.

La discusión relacionada con estas materias no discurre por un cauce sereno, todo lo contrario. En la República Argentina, por ejemplo, en un extremo están quienes piensan que el fideicomiso de garantía, entre otras cosas, es un intento de fraude contra la regla del *numerus clausus* en materia de derechos reales⁵⁰; y en el otro, en México, quienes afirman que los adversarios del fideicomiso de garantía son juristas con torpes prejuicios desconocedores de la naturaleza del fideicomiso⁵¹. En un término medio se hallan quienes sostienen la tesis de la compatibilidad del contrato de fideicomiso con el derecho común de las garantías, tendencia que se puede considerar predominante⁵². En todo caso, resulta fácil coincidir con quienes afirman que *lo cierto es que el fideicomiso de garantía ya era conocido y utilizado en el derecho romano (fiducia cum creditore) de modo que ni siquiera se puede afirmar que sea una institución novedosa*⁵³. Los debates reseñados no han tenido repercusión en Venezuela y el fideicomiso de garantía se utiliza sin contratiempos.

A. Caracterización de las notas esenciales del contrato de fideicomiso para definir su compatibilidad con las figuras contractuales de garantía

El fideicomiso es definido por la ley venezolana como una relación jurídica por la cual una persona llamada fideicomitente *transfiere* un bien a otra persona llamada fiduciario, *quien se obliga a utilizarlo a favor de aquél o de un tercero llamado beneficiario* (artículo 1º). El fiduciario está sujeto a cumplir con el bien las obligaciones que deriven del fideicomiso o de su realización (artículo 2º). La definición venezolana engloba las ideas de *mandato* y de *afectación* de

⁵⁰ PERALTA MARISCAL, Leopoldo L.: “*Tratado de Derecho Hipotecario*”, Tomo I; Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires 2007, págs. 85 y siguientes: “*se busca encubrir el carácter ilícito de una garantía real prohibida bajo la apariencia de otra personal permitida*”.

⁵¹ SUAYFETA OZAETA, Juan: “*La institución jurídica del fideicomiso en caída libre. En proceso nuevas reformas a las leyes que lo regulan*”; Revista de Derecho Privado, nueva época, Año II N° 6; México 2003, págs. 85 a 106.

⁵² ITURBIDE, Graciela A.: “*El fideicomiso de garantía*”; Hammurabi, Buenos Aires 2007, pág. 459 y nota 58, cita la vasta bibliografía argentina favorable a la figura; TORRES CAVALLLO, Javier: “*Fideicomiso de garantía*”, en “*Tratado teórico práctico de fideicomiso*” dirigido por Beatriz Alicia MAURY y Daniel Alejandro GRZONA, volumen I, pág. 329, informa que la abrumadora mayoría de la doctrina se inclina por la existencia y validez de la figura.

⁵³ KIPER, Claudio M.; LISOPRAWOSKI, Silvio V.: *op. cit.*, págs. 473 y 474.

un bien a un fin determinado como las características esenciales de la figura, conciliando las tesis contrapuestas que según el inspirador de la redacción de las normas se manifiestan en la legislación latinoamericana⁵⁴. Las normas legales tienen la suficiente amplitud para admitir que el bien fideicometido puede ser destinado a cualquier fin lícito, definido por el fideicomitente en el acto de fideicomiso. Uno de esos fines puede ser el de dar el patrimonio separado (en su conjunto o parcialmente) en garantía de obligaciones del fideicomitente o del beneficiario, puesto que el otorgamiento de una garantía es *una utilización del bien a favor de éstos*, concepto genérico que delimita el ámbito del fideicomiso. Aparte de la concepción legislativa del fideicomiso, amplia y genérica, la intención del legislador es un elemento favorable a la compatibilidad de la figura del fideicomiso con la función de garantía. Así ha sido expresamente reconocido⁵⁵. La doctrina venezolana admite que la garantía puede ser una de las finalidades de la constitución del fideicomiso⁵⁶, poniendo de relieve, además, que *es en la figura del contrato de fideicomiso de garantía, donde se denota con más claridad y donde cobra más fuerza la tesis que sostiene que en el fideicomiso no existe en realidad un traspaso pleno de los bienes aportados al fideicomiso*⁵⁷; y recordando, de paso, que la fiducia romana, lejano antecedente del fideicomiso, *tuvo por objeto principal dar una garantía real al acreedor (fiducia cum creditore), pero pudo ser utilizada incluso para otros fines (fiducia cum amico)*⁵⁸. Desconocer la función de garantía que puede cumplir el fideicomiso sería crear una prohibición expresa o virtual que no existe y olvidar su cualidad de híbrido jurídico extraído del *common law*, destinado a cumplir funciones análogas al *trust* norteamericano, dentro de un movimiento que *responde fundamentalmente al deseo de dar al derecho privado nacional la flexibilidad necesaria para que permita alcanzar fines de imposible o difícil realización dentro de los esquemas nacionales*⁵⁹.

⁵⁴ GOLDSCHMIDT, Roberto: *op. cit.*, págs. 9 y 10. Se refiere GOLDSCHMIDT, el inspirador de la redacción, a la tesis del *mandato* contenida en la ley panameña redactada por Ricardo J. ALFARO y a la tesis de la *afectación* del derecho mexicano, criticada por su proximidad a la noción de gravamen.

⁵⁵ GOLSDCHMIDT, Roberto: *op. cit.*, pág. 7.

⁵⁶ VEGAS ROLANDO, Nicolás: “*El fideicomiso en Venezuela*”; Magón, Caracas s/f, págs. 62 a 64; MAS PAVAN, Roberto: *op. cit.*, págs. 1332, 1334 y 1335.

⁵⁷ MAS PAVAN, Roberto: *op. cit.*, pág. 1335. Es la tesis controversial abandonada en México.

⁵⁸ GOLSDCHMIDT, Roberto: *op. cit.*, pág. 11.

⁵⁹ GOLDSCHMIDT, Roberto: “*El fideicomiso en la reciente legislación venezolana*”; Revista de la Facultad de Derecho UCV, N° 12, texto reproducido en Estudios de Derecho Comparado, UCV, Caracas 1958, pág. 401.

B. Alcance del principio de la autonomía de la voluntad del fideicomitente para modular o estructurar la garantía

Si se parte de la premisa según la cual el fideicomiso puede tener una finalidad de garantía, la siguiente cuestión a resolver es la de determinar los límites que existen para el funcionamiento de la regla legal de la autonomía de la voluntad en esta materia. No existe en la Ley de Fideicomisos ninguna prohibición expresa ni virtual relacionada con la adaptación de los negocios jurídicos, especialmente los contractuales, al fideicomiso. Por lo tanto, las únicas limitaciones para el constituyente del fideicomiso son las que provienen del derecho común, esto es, el respeto del orden público y de las buenas costumbres. El tipo de garantía que se puede configurar contractualmente a través del pacto fiduciario se puede asemejar a la hipoteca, a la prenda, a la anticresis, o puede separarse radicalmente de tales figuras, para cumplir el rol asignado a la garantía. El empleo del fideicomiso ha sustituido en gran medida a las garantías clásicas en los países en donde ha sido establecido, precisamente por su flexibilidad, aparte del hecho de que los bienes sobre los que recae la garantía son sustraídos del patrimonio del deudor, cosa que no ocurre ni en la hipoteca ni en la prenda, en que los bienes permanecen en el patrimonio de éste y están expuestos a la agresión de los acreedores. El constituyente del fideicomiso podrá proceder, en consecuencia, a modular, diseñar o estructurar la garantía del modo que resulte más conveniente para la situación concreta. Por ejemplo, se podrá instruir al fiduciario para que en ejecución de la garantía genérica constituida proceda al vencimiento del plazo de la obligación a la realización de los bienes –en la forma establecida en el contrato o en ejercicio de su buen juicio- para pagar con el producto de la realización al acreedor; se podrá pactar que al mismo vencimiento los bienes sean entregados al acreedor, bien en pago, efectuando una compensación entre el crédito, sus intereses y sus gastos y el precio de la cosa, con referencia a un mercado o a un avalúo, o bien que los bienes sean entregados como medio de pago (el acreedor cobra los frutos y los imputa a su acreencia); se podrá convenir que el acreedor tiene el derecho de exigir al fiduciario la entrega de una cantidad de dinero, de uno o varios bienes determinados o del bien fideicometido cuando lo estime oportuno o cuando presuma que ha

ocurrido un acontecimiento (garantía a primer requerimiento). Podrá el constituyente efectuar alguna de las siguientes declaraciones: a) que el *objeto del fideicomiso* es el de servir de *garantía* de la operación genérica o de las operaciones específicas que se identifiquen en el texto del contrato, a cuyo efecto el *patrimonio fideicometido* en su totalidad queda destinado a cumplir esta función; b) que el bien o los bienes inmuebles que componen el patrimonio separado quedan afectados en garantía de la misma manera y con los mismos efectos de la hipoteca inmobiliaria, o de una manera distinta y con efectos diferentes, indicándolos; c) que el bien o los bienes muebles que integran el patrimonio fideicometido quedan afectados en garantía de la misma manera y con los mismos efectos de la hipoteca mobiliaria, de la prenda posesoria o de la prenda sin desplazamiento de posesión, o de una manera distinta y con efectos diferentes; d) que el propósito de garantía del fideicomiso es otro, distinto de los anteriores supuestos, y cuyo alcance, duración, efectos, solución y demás aspectos se especifiquen en el acto de constitución; e) que el fiduciario queda encargado de la ejecución de las disposiciones contenidas en el contrato. Existen dos fórmulas de fideicomiso de garantía de las cuales dan razón los textos relacionados con la práctica⁶⁰: por la primera, el constituyente entrega un bien en fideicomiso al fiduciario con instrucciones de que al vencimiento de una obligación propia o de un tercero (existente o por contraer) proceda a entregar el bien al acreedor (beneficiario), o en su lugar, que realice el bien en la forma que se estipule y con el producto le pague al acreedor; por la segunda, el constituyente asume determinados compromisos con un acreedor y simultáneamente entrega en fideicomiso un conjunto de bienes al fiduciario; al mismo tiempo y en el mismo acto el fiduciario garantiza hasta el límite del valor de los bienes fideicometidos las obligaciones del constituyente (fideicomitente). En esta segunda fórmula existen tres obligaciones diferenciadas: la relación acreedor-deudor entre el beneficiario y el constituyente y la relación garante-acreedor entre el fiduciario y el beneficiario, además de la relación entre fideicomitente y fiduciario. En algunas situaciones en que no existen inicialmente bienes que aportar, sino flujos futuros de fondos que son el resultado de financiación de proyectos de inversión (*project finance*),

⁶⁰ HERRERO PONS, Jorge: “*Práctica. Contrato de fideicomiso*”; Ediciones Jurídicas, Buenos Aires 2006, págs. 144 y 145.

el fideicomiso de inversión puede resultar un mecanismo adecuado⁶¹. Otros textos reseñan algunas variedades que puede adoptar el fideicomiso de garantía⁶²: fideicomiso en garantía de una única obligación, fideicomiso en garantía de varias obligaciones con relación a un mismo acreedor, fideicomiso en garantía de varias obligaciones con relación a diversos acreedores, fideicomiso en garantía con administración de los bienes fideicomitados.

Las objeciones más frecuentes que se formulan a la interpretación de la existencia de amplias facultades en cabeza del fideicomitente para moldear la garantía son la de la regla *numerus clausus* en materia de derechos reales; la prohibición del *pacto comisorio* en las garantías reales que debería entenderse aplicable al fideicomiso; la violación del derecho a la defensa en juicio; y la violación del principio de equilibrio contractual que prohíbe que las partes obtengan ventajas patrimoniales desproporcionadas y sin justificación en un contrato⁶³.

Por virtud del fideicomiso no se crea ningún *nuevo derecho real* sobre los bienes fideicomitados, sino que se efectúa su transmisión a un tercero (el fiduciario) con instrucciones de realizar sobre ellos determinados actos que se especifican en el contrato. Tal como ha sido puesto de relieve, “*el solo hecho de que los bienes se encuentren en poder de un tercero, y fuera de la acción de los acreedores del deudor, de su garante, o del fiduciario, constituye una garantía en favor del acreedor, sin necesidad de que se constituya ningún derecho real a su favor*”⁶⁴.

En el derecho venezolano no existe prescripción legislativa que consagre expresamente el sistema del *numerus clausus* en materia de derechos reales, como sí ocurre en otros ordenamientos jurídicos⁶⁵. Por ello, la doctrina civil venezolana, después de analizar los argumentos a favor y en contra, afirma que *sin que pueda tenerse certeza absoluta al respecto, parece*

⁶¹ RIVA, Jorge Luis y ALVAREZ AGUDO, Graciela: “*Garantías Modernas*”; LexisNexis, Buenos Aires 2007, pág. 1. Los autores mencionan también a las cesiones de derechos en garantía.

⁶² CLUSELLAS, Eduardo Gabriel; ORMAECHEA, Carolina: “*Contratos con garantía fiduciaria*”, segunda edición; La Ley, Buenos Aires 2007, págs. 121 a 123.

⁶³ En la doctrina argentina el principal sostenedor de estas objeciones es PERALTA MARISCAL, Leopoldo L.: *op.cit.*, págs. 85 a 145.

⁶⁴ FAVIER-DUBOIS Eduardo M.: “*Fideicomiso de garantía ¿sí o no?*”, en *Doctrina Societaria*, N° 165, agosto 2001; Errepar, Buenos Aires (texto en Internet del sitio Legalmania.com).

⁶⁵ En la República Argentina, por ejemplo, el art. 2502 del Código Civil dispone que los derechos reales sólo pueden ser creados por la ley. PERALTA MARISCAL, Leopoldo L. afirma que el fideicomiso de garantía es un fraude a la ley.

*preferible adherir a la tesis de que el Derecho venezolano acoge el sistema de "numerus clausus", pero que se debe tener en cuenta que muchas de las normas dictadas para regular los derechos reales son interpretativas o supletorias, de modo que no limitan la autonomía de la voluntad de los particulares quienes podrán regular las materias correspondientes en la forma que mejor convenga a sus intereses y que el marco de algunos derechos reales regulados por la ley es tan amplio que dentro de él tendrán cabida casi siempre las estipulaciones que puedan requerir los intereses de los particulares*⁶⁶. Goldschmidt, además, afirma que en el derecho moderno existe un *numerus clausus* de los derechos reales, pero no existe un *numerus clausus* de los títulos susceptibles de transmitir la propiedad o de justificar esta transmisión⁶⁷. Asimismo, se ha sostenido que estos fideicomisos *no constituyen un nuevo derecho real de garantía, sino que son un sistema contractual que genera como único derecho real derivado, el dominio o la propiedad fiduciaria en cabeza del fiduciario*⁶⁸. Por último, la esencia del contrato de fideicomiso venezolano, definido legalmente, tiene como consecuencia la creación de una excepción a la regla del *numerus clausus* en materia de derechos reales, de existir ésta.

La prohibición del pacto comisorio es una institución de muy vieja raigambre que ha venido cediendo terreno legislativa y jurisprudencialmente. En el derecho venezolano es una cláusula prohibitiva que por existir únicamente en materia de hipoteca (artículo 1878 del Código Civil), de prenda (artículo 1844 eiusdem y artículo 542 del Código de Comercio) y de anticresis (artículo 1858 del Código Civil) no puede ser extendida a otros supuestos, por más analogía que exista entre ellos. Para que haya pacto comisorio se requiere que exista un deudor débil coaccionado moralmente en el momento del perfeccionamiento del contrato y una franca desproporción de valores entre el bien apropiado o dispuesto por el acreedor y la deuda que se trata de extinguir. Además, si existiera una regla general prohibitiva en relación con los derechos reales, como el fideicomiso no es un derecho real de garantía, no le serían aplicables las normas relacionadas con el pacto comisorio. Las disposiciones

⁶⁶ AGUILAR GORRONDONA, José Luis: "*Cosas, Bienes y Derechos Reales*"; UCAB, Caracas 1989, págs. 94 a 96.

⁶⁷ GOLDSCHMIDT, Roberto: *op. cit.*, pág. 12.

⁶⁸ CLUSELLAS, Eduardo Gabriel; ORMAECHEA, Carolina: *op. cit.*, pág. 117.

legales que consagran estas prohibiciones son incompatibles con la naturaleza del negocio fiduciario del derecho venezolano, el cual participa concurrentemente del carácter del mandato y de la idea de afectación. Por virtud del mandato, el fiduciario está obligado a cumplir el encargo definido contractualmente, lo cual incluye el acatamiento de las órdenes del fideicomitente respecto al uso o destino del bien fideicometido cuando se cumplan los términos y condiciones establecidos. Por virtud de la afectación *el fideicomiso es un negocio jurídico que se constituye mediante declaración unilateral de voluntad de un sujeto llamado fideicomitente, por virtud de la cual, éste destina ciertos bienes o derechos a un fin lícito y determinado y la ejecución de los actos que tiendan al logro de este fin, deberá realizarse por la institución fiduciaria que se hubiere obligado contractualmente a ello*⁶⁹. Se ha señalado que si se observa cuidadosamente cuales son los desplazamientos patrimoniales de los bienes, se podrá advertir que éstos van del patrimonio del deudor al patrimonio de afectación en cabeza del fiduciario y que éste, poniendo en marcha el procedimiento de realización de bienes pactado, tendrá a su cargo la enajenación onerosa para que con su producto se cancele la deuda garantizada. *No hay pacto comisorio porque los bienes no pasan del deudor al acreedor. En todo caso, ni siquiera se daría este supuesto cuando el acreedor recibiera la propiedad a título de dación en pago, ya que en este caso, quien transfiere la propiedad no es el deudor sino un tercero, el fiduciario*⁷⁰.

En conclusión, el marco regulatorio de las garantías fiduciarias sólo tiene como límite el respeto del orden público y de las buenas costumbres (artículo 6º del Código Civil), categorías de las cuales quedan proscritas las reglas de *numerus clausus* de los derechos reales y de prohibición de *pacto comisorio* por la naturaleza propia del contrato de fideicomiso.

C. El tipo de garantía que se puede configurar contractualmente por voluntad del fiduciario (real, personal, atípica)

El fiduciario podría ser el ejecutor del negocio de garantía definido por el fideicomitente; podría tener facultades para diseñar él mismo la garantía o

⁶⁹ DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge Alfredo: *op. cit.*, pág. 188.

⁷⁰ CLUSELLAS, Eduardo Gabriel; ORMAECHEA, Carolina: “*Contratos con garantía fiduciaria*”, segunda edición; La Ley, Buenos Aires 2007, pág. 117.

tener autorización para dar en garantía el patrimonio fiduciario en su integridad o dar los bienes, individualmente, en garantía; podría, por último, asumir un conjunto de obligaciones con respecto a los bienes que integran el patrimonio separado. En estos supuestos se podría cuestionar la aptitud del fiduciario para constituir la garantía, en base al argumento de que si el fiduciario no tiene el dominio absoluto del bien, sino un dominio fiduciario, ¿cómo puede constituir una garantía que puede concluir en la transferencia del dominio pleno al acreedor para satisfacerlo? Aparte del hecho de que en el ordenamiento jurídico venezolano no existe el *dominio fiduciario* en los términos que tal concepto ha sido definido legislativamente en la República Argentina, sino un dominio pleno en cabeza del fiduciario, se podría responder que cuando se constituye un fideicomiso de garantía se sobreentiende que se ha transferido un dominio fiduciario que se puede transformar en dominio absoluto, por la naturaleza propia del contrato de garantía.

D. La legalidad de la supresión de las vías jurisdiccionales para la ejecución de la garantía y su sustitución por la autoliquidación o la ejecución extrajudicial de la garantía.

Con frecuencia el esquema previsto contractualmente en el fideicomiso de garantía concluye en la atribución de potestades al fiduciario para transferir el bien o para realizarlo, con el encargo de pagar al acreedor con el producto de la liquidación o realización, sin mediación de un proceso. El fiduciario no tiene atribuidas funciones jurisdiccionales, no actúa como juez ni dirime conflictos. La exigencia legal de la ejecución judicial de la hipoteca y de la prenda ha sido tomada como pretexto para construir un supuesto precepto según el cual la subasta judicial tendría como finalidad proteger al deudor garante, dándole ocasión de obtener el mejor precio posible para el bien que debe ser rematado a fin de satisfacer al acreedor. Esta exigencia ha sido a veces elevada a la categoría de derecho sustancial del deudor o, por lo menos, a la condición de cláusula de *favor debitoris* en todas las garantías. La realidad es contraria a los supuestos beneficios de la subasta judicial porque los hechos demuestran que ésta envilece los precios de las cosas, no crea un escenario atractivo para las ofertas y no suministra transparencia y agilidad, todo lo contrario, a los procedimientos. Cuando se hace un avalúo o tasación de los

bienes, generalmente se indica el *valor de mercado* por contraste con el *valor de remate*, siempre inferior. Por otra parte, la supuesta obligatoriedad de la ejecución judicial es contraria a la naturaleza propia del fideicomiso de garantía. Tal como ha sido sostenido en la doctrina argentina, *el fideicomiso de garantía es una operación autoliquidable, ya que el fiduciario no tiene necesidad de ejecutar los bienes, sino simplemente de realizarlos en la forma establecida; no se requiere la subasta judicial, y como consecuencia los trámites son más breves y baratos*⁷¹. No puede haber lesión del derecho de defensa si no ha habido juicio y el fideicomiso evita o suprime el procedimiento judicial. En caso de abuso o de otra anomalía proveniente del cumplimiento del contrato, queda abierta la instancia jurisdiccional⁷².

El establecimiento de un mecanismo convencional para la realización de la garantía, en lugar de la ejecución judicial, no lesiona necesariamente el patrimonio del deudor ni significa la negación de ningún derecho fundamental de éste. En materia patrimonial se pueden establecer modalidades de autoliquidación o de atribución de funciones de realización a un tercero (el fiduciario) que no coliden con ningún principio de orden público. Así ocurre, por ejemplo, con la liquidación del bono de prenda, de conformidad con los artículos 20, 21 y 25 de la Ley de Almacenes Generales de Depósito. Aquí no se está frente a un atentado al principio constitucional del debido proceso, ni ante un fraude de ley, sino ante un mecanismo convencional por medio del cual se deciden adjudicaciones patrimoniales cuando se cumplan condiciones previstas. Otra cosa es que en el caso del fideicomiso de garantía desaparezca la utilización de los juicios por los deudores maliciosos o por sus garantes como mecanismos para impedir o retardar la ejecución de las garantías y la cobranza de los créditos y no como medios de realización de la justicia.

En todo caso, como se indicó en el punto I.2 del Capítulo I de mi libro *Garantías Mercantiles, la determinación de los linderos de la autonomía contractual en materia de garantías en Venezuela está sujeta a la reinterpretación de los textos legislativos, al desarrollo de la doctrina y a la*

⁷¹ FAVIER-DUBOIS, Eduardo M.: *op. cit.* Conforme: ALEGRIA, Héctor: "Las garantías autoliquidables", págs.153, 160 y 161.

⁷² CLUSELLAS, Eduardo Gabriel; ORMAECHEA, Carolina: *op. cit.*, págs. 119 y 120.

construcción jurisprudencial. Ese desarrollo debería concluir, entre otras cosas, en el reconocimiento de que las modalidades de realización propias del fideicomiso no contrarían el principio constitucional de debido proceso.

E. El mantenimiento del contrato dentro de los límites del equilibrio contractual (la teoría de la lesión)

En la doctrina argentina se ha invocado la teoría de la lesión, que tiene expresa formulación en su legislación civil⁷³, para negarle validez al fideicomiso de garantía⁷⁴. Esta es la más débil de las objeciones que se han utilizado doctrinalmente, no sólo porque es incierto que de suyo el fideicomiso de garantía lleve envuelta una situación de lesión, sino porque este vicio puede estar presente en cualquier otro negocio patrimonial. La lesión es entendida por la doctrina venezolana como *“la situación perjudicial que sufre un contratante como consecuencia de la considerable y manifiesta desproporción de las contraprestaciones que median entre las partes del contrato”*⁷⁵. La rescisión por causa de lesión no puede intentarse, en el derecho venezolano, sino en los casos y bajo las condiciones especialmente expresadas en la Ley (artículo 1350 del Código Civil). Tal como lo ha puesto de relieve la doctrina venezolana, *“la ley no nos suministra ni los casos ni las condiciones bajo las cuales se ha de ejercitar la acción, por lo cual entendemos que se ha de adoptar una visión restrictiva de la figura, tanto en lo que respecta a los casos en que procede, como en cuanto a sus condiciones de ejercicio, es decir, solamente habrá de admitirse para el caso de lesión y cuando el perjudicado carezca de cualquier otro recurso para obtener la reparación de dicha lesión”*⁷⁶.

IV. Algunos supuestos específicos de fideicomiso del derecho venezolano

⁷³ Artículo 954 del Código Civil argentino: *“También podrá demandarse la nulidad o la modificación de los actos jurídicos cuando una de las partes explotando la necesidad, ligereza o inexperiencia de la otra, obtuviera por medio de ellos una ventaja evidentemente desproporcionada y sin justificación. Se presume, salvo prueba en contrario, que existe tal explotación en caso de notable desproporción en las prestaciones”*.

⁷⁴ PERALTA MARISCAL, Leopoldo L.: *op. cit.* págs.125 a 131.

⁷⁵ BERNAD MAINAR, Rafael: *“Derecho Civil Patrimonial. Obligaciones”*, Tomo II; UCV, Caracas 2006, pág. 316.

⁷⁶ BERNAD MAINAR, Rafael: *op. cit.*, Tomo II, págs. 315 y 316. El autor afirma que sólo encontramos testigos del mandato legal en sede de partición hereditaria (artículos 1120-1125 y 1077 del Código Civil) y legislación especial de consumidores y usuarios.

La Ley de Fideicomisos no menciona el fideicomiso de garantía, es más, la palabra garantía no es utilizada ni una sola vez en ese texto legal. En realidad, la Ley no menciona ni regula modalidad específica alguna de fideicomiso, apenas si dispone que el fideicomiso puede ser constituido por testamento o por acto entre vivos (artículos 3, 4, 5 y 30, principalmente). La modalidad de fideicomiso de garantía es utilizada en la práctica venezolana de los negocios, los bancos fiduciarios suelen hacerle publicidad a esta variedad de la figura y algunas leyes han creado tipos o especies de fideicomiso, tal como ocurre con la Ley Orgánica del Trabajo, la Ley de Mercado de Capitales y la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras. El examen de estas especies se impone para determinar si se está frente a modalidades de fideicomiso de garantía.

IV. 1 El fideicomiso laboral

El artículo 108 de la Ley Orgánica del Trabajo, después de consagrar la antigüedad como una prestación que el patrono debe al trabajador por cada año de trabajo, la cual debe ser pagada al término de la relación laboral, dispone que esta prestación, a requerimiento del trabajador, se *depositará y liquidará mensualmente, en forma definitiva*, en un fideicomiso individual o en un Fondo de Prestaciones de Antigüedad. Alternativamente, se *acreditará* mensualmente a su nombre, en la contabilidad de la empresa. El trabajador tiene derecho al anticipo hasta de un setenta y cinco por ciento (75%) de lo acreditado o depositado para satisfacer obligaciones derivadas de situaciones específicas: a) la construcción, adquisición, mejora o reparación de vivienda para él y su familia; b) la liberación de hipoteca o de cualquier otro gravamen sobre vivienda de su propiedad; c) las pensiones escolares para él, su cónyuge, hijos o con quien haga vida marital; y d) los gastos por atención médica y hospitalaria de las personas indicadas en el literal anterior. Si la prestación de antigüedad estuviere acreditada en la contabilidad de la empresa, el patrono deberá otorgar al trabajador *crédito o aval*, en los supuestos indicados, hasta el monto del saldo a su favor. Si optare por avalar será a su cargo la diferencia de intereses que pudiere resultar en perjuicio del trabajador. Si la prestación de antigüedad estuviere depositada en una entidad

financiera o un Fondo de Prestaciones de Antigüedad, el trabajador podrá *garantizar con ese capital* las obligaciones contraídas para los fines previstos.

En el primer supuesto, cuando la prestación esté acreditada en la contabilidad de la empresa y ésta otorgue crédito (entregue los fondos) al trabajador, el trabajador puede efectuar una cesión del crédito que tiene contra el patrono por la prestación de antigüedad a favor del patrono mismo. La garantía que se constituye sobre este derecho de crédito es una cesión de crédito en garantía. Tal garantía, sin embargo, resulta redundante, porque el patrono tiene el derecho a compensar su crédito contra el crédito del trabajador cuando éste tenga la plena disponibilidad de su prestación por antigüedad, es decir, a la terminación de la relación laboral. Normas incorporadas en distintas leyes permiten a los trabajadores constituir esta garantía a favor de su patrono para destinar los fondos a los propósitos permitidos por la Ley Orgánica del Trabajo. En este sentido, se pueden citar la Ley General de Bancos, artículo 185, número 1, letra b; y 185, número 2, letra c; así como la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros de 2.001, artículo 97. Cuando el patrono preste aval por cuenta de su trabajador a favor de un tercero concedente de crédito a éste, también puede el patrono recibir una cesión en garantía, pero, tal como ocurre en la oportunidad anterior, esta garantía resulta superflua. Nada impide que en lugar del aval del patrono, el trabajador pueda ofrecer al tercero concedente del crédito la cesión en garantía de su crédito por la prestación de antigüedad. Esta operación simplifica la relación triangular y es más favorable para el tercero acreedor.

En el segundo supuesto, cuando la prestación de antigüedad haya sido depositada en un fideicomiso individual a nombre del trabajador, la Ley habla de los rendimientos que produzca el fideicomiso y establece que éstos deben ser entregados anualmente al trabajador. En este fideicomiso el beneficiario es el trabajador, el fideicomitente es el patrono y el fiduciario cualquiera de los entes autorizados para ejercer tal función. La colocación de estos fondos en fideicomiso tiene como propósito principal, mediante la separación patrimonial, asegurar que el pago anticipado de la prestación hecho por el patrono al trabajador esté resguardado. El dinero depositado en el fideicomiso es un pago hecho por el patrono, no una garantía del pago de la prestación de antigüedad hecha por éste. No hay, pues, fideicomiso en garantía del pago de la obligación

del patrono, sino fideicomiso de administración o inversión de un patrimonio del trabajador disponible en el futuro. Los pormenores del fideicomiso han de ser definidos en el contrato correspondiente, con la anuencia del trabajador-beneficiario si es que éste no prefiere ser el fideicomitente-beneficiario en el contrato, pues el dueño de los fondos entregados en fideicomiso es el trabajador, con la particularidad de que no puede disponer de los fondos fideicometidos sino cuando se extinga la relación laboral.

IV. 2. Los fideicomisos del mercado de capitales

Normas reglamentarias de la Ley de Mercado de Capitales⁷⁷ dictadas por la Comisión Nacional de Valores obligan a la constitución de un *fideicomiso irrevocable* con la totalidad de las cuotas de participación patrimonial emitidas por las asociaciones o sociedades civiles a los fines de garantizar el debido uso de los fondos provenientes de la colocación pública de las cuotas de participación patrimonial (ordinal 3º, artículo 11 de las Normas). Este contrato ha de contener menciones obligatorias establecidas en el artículo 12 que se refieren a la recepción del precio de venta de las cuotas, la colocación de los fondos, la contratación del constructor de las obras e instalaciones, la entrega progresiva de fondos al fideicomitente, la entrega de las obras a la sociedad o asociación civil (primer beneficiario), la entrega del producto de la liquidación del proyecto, si tal cosa ocurriere, a los asociados (segundo beneficiario) y la entrega del saldo, una vez ejecutada la totalidad del proyecto, al fideicomitente (tercer beneficiario). Este es un fideicomiso de gestión o administración, no un fideicomiso de garantía. Cuando se dice que el fideicomiso, en este caso, está dirigido a garantizar la inversión de los participantes, se usa la palabra garantía en sentido amplio.

Otro sector del mercado de capitales en el cual la ley remite al empleo del fideicomiso es el de la segregación de activos y la titularización, reglamentada por la Comisión Nacional de Valores por medio de las Normas Relativas a la Oferta Pública sobre la Titularización de Activos, en desarrollo del artículo 52 de la Ley de Mercado de Capitales que autoriza la emisión de

⁷⁷ “Normas relativas a la oferta pública de cuotas de participación patrimonial emitidas por asociaciones o sociedades civiles”. Resolución N° 078.95 de la CNV de 23 de enero de 1995 publicada en la Gaceta Oficial N° extraordinario 4.859 de 22 de febrero de 1995.

productos derivados y de títulos o valores representativos de derechos de participación⁷⁸.

La titulización ha sido caracterizada como una nueva vía frente a las dos alternativas tradicionales para el financiamiento de la empresa o cualquier negocio de inversión en el mercado de capitales, la emisión de acciones o la colocación de obligaciones negociables. “Esta *tercera vía* consiste, básicamente, en financiarse mediante la enajenación de derechos de cobro, que a tal efecto son incorporados en valores mobiliarios que se colocan en el mercado en forma pública o privada”⁷⁹. “Pueden titulizarse tanto activos *reales* (inmuebles, recursos agrícolas y forestales, ganado, participaciones en proyectos de inversión, etc.) como activos *financieros* (derechos de cobro en general y valores negociables). Los derechos de cobro comprenden: a) *derechos creditorios*: provenientes de mutuos (sin garantías o con hipotecas o prendas), o del diferimiento del pago del precio de mercaderías o servicios (facturas comerciales, cupones de tarjetas de crédito, cheques de pago diferido) alquileres, leasing, valores negociables, etc.; y b) *derechos de cobro que no consisten en créditos*: peajes de obras públicas, entradas a espectáculos públicos, ventas al contado, etc.”⁸⁰

El precedente del sistema actual de titularización es el de la regulación de los títulos de participación en contratos de *fideicomiso de inversión*, que había merecido los siguientes comentarios:

“Esta figura parece una adaptación del *unit investment trust*, una especie del género de *investment companies* reguladas por la *Investment Company Act* de 1940. Generalmente, el titular de una participación en este tipo de fideicomiso tiene un derecho indiviso en un paquete de *securities* en poder de un *trustee* o de un depositario. No hay junta de administradores y la discrecionalidad en el manejo de la cartera no existe o está reducida a un mínimo, porque la mayor parte de las veces el único activo de estos fideicomisos es una participación en una *open end investment company*⁸¹.

Cuando un *interesado* ha constituido un *fideicomiso* al cual ha transferido en forma pura y simple todos los derechos sobre un *activo* libre de gravámenes, podrá ser

⁷⁸ “Normas relativas a la oferta pública sobre la titularización de activos” de 2 de agosto de 2.002. Gaceta Oficial N° 37.523 del 9 de septiembre de 2.002.

⁷⁹ KENNY, Mario Oscar: “*Titulización y fideicomiso financiero*”, segunda edición; Errepar, Buenos Aires 2005, pág. 1.

⁸⁰ KENNY, Mario Oscar: *op. cit.*, pág. 2

⁸¹ LOSS, Louis; SELIGMAN, Joel: “*Fundamentals of Securities Regulation*”; Aspen Law & Business, USA 1.988, pág. 36.

autorizado por la Comisión Nacional de Valores para hacer *oferta pública* de títulos de participación al portador, los cuales serán emitidos por el *fiduciario*⁸².

Los títulos de participación que emita el fiduciario deben representar la totalidad de los derechos sobre el activo, el cual es llamado activo subyacente y debe estar constituido por bienes tangibles (es decir, bienes físicos) o evidenciados por instrumentos. La redacción de esta norma no es muy feliz. Una interpretación literal significaría que al fideicomiso únicamente se pueden aportar bienes tangibles directamente o instrumentos que los evidencien o representen. Parece ser que lo que la disposición quiso expresar es que al fideicomiso se pueden aportar bienes tangibles o títulos valores, es decir, dos categorías distintas de bienes. Así lo corrobora el ordinal 3o. del art. 5o. de las "Normas", al prever que en el caso de que el activo "sea un título valor cuya oferta pública está regulada por la Comisión Nacional de Valores, deberá suministrarse la información requerida para el caso de que dicho título valor fuera objeto de oferta pública, etc..."; agregando el único aparte del mismo ordinal que si el activo "confiere algún derecho de voto a su propietario, o si del mismo se desprende la posibilidad que el propietario realice alguna elección", se deberá establecer la forma en que el fiduciario solicitará instrucciones a los tenedores de títulos de participación". Además, las "Normas" excluyeron (art. 2o.) la regulación de los certificados de participación que se hagan de conformidad con la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras, así como las participaciones "sobre los títulos valores que no estén sujetos a las normas sobre oferta pública de la Ley de Mercado de Capitales, de conformidad con el art. 1o. de la misma".

La oferta pública de títulos de participación en fideicomisos a los cuales se haya transferido activos constituídos por títulos de deuda pública, títulos emitidos conforme a la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras, títulos emitidos de acuerdo a la Ley del Banco Central de Venezuela o títulos de la Ley del Sistema Nacional de Ahorro y Préstamo, está excluida del régimen de las "Normas" sobre títulos de participación, así como está exenta de la aplicación de la Ley del Mercado de Capitales la oferta primaria o la colocación secundaria de los propios títulos antes identificados.

Para regular las relaciones entre los titulares de las participaciones en el fideicomiso, las "Normas" remiten a la figura del representante común de los obligacionistas y a la aplicación de las disposiciones pertinentes, en cuanto resulten aplicables, así como a la asamblea de tenedores de títulos para resolver los asuntos de interés común.

El *fiduciario* requerirá la aprobación de los tenedores de títulos de participación, en un porcentaje que represente mas del cincuenta por ciento (50%) de los derechos de participación, para ejecutar actos de disposición respecto del activo. En otras ocasiones, será el *interesado* quien necesitará la aprobación de la misma mayoría para: a. cambiar el fiduciario; o b. modificar los términos, modalidades o condiciones estipulados en el contrato de fideicomiso.

Las "Normas" no especifican si estas consultas deben ser consecuencia de la deliberación de una asamblea o el resultado de un referendun. Cualquier sistema es aceptable, pero el interesado deberá indicar en la solicitud de autorización cual ha escogido o si se utilizará uno u otro, indistintamente.

La naturaleza jurídica de los títulos de participación en fideicomiso se aproxima a la categoría de los títulos representativos de mercancías o títulos de tradición, similares a los certificados de depósito en almacén general, cuando el activo subyacente es un bien mueble o inmueble distinto a un título; a fracciones de títulos de participación propiamente dichos (categoría a la cual pertenecen las acciones de las sociedades anónimas) cuando el activo subyacente esté constituído por acciones; y a

⁸² "Normas relativas a la oferta pública de títulos de participación" del 19-2-91: Gaceta Oficial No. 34.680 del 21-3-91; sustituidas por "Normas" del mismo nombre de fecha 18 de noviembre de 1993: Gaceta Oficial N° 35.363 del 17 de diciembre de 1993.

fracciones de títulos obligacionales cuando el activo subyacente pertenezca a esta última clase de títulos. En todo caso y especialmente cuando haya activos subyacentes de diversas clases, se está frente a títulos atípicos.

Las participaciones en fideicomiso se representan en títulos al portador, circunstancia que favorece su negociabilidad y hace de este esquema de inversión un instrumento útil para algunos emprendimientos.”⁸³

El nuevo sistema de titularización está dirigido a regular la oferta pública de títulos de participación respaldados por un activo subyacente. El activo subyacente puede estar conformado por cualquier bien o conjunto de bienes que respalden la oferta pública de los títulos y que deben ser aportados a un *vehículo de propósito especializado*, una persona jurídica instrumental creada con el fin único de recibir el activo subyacente y emitir los respectivos títulos de participación.

La doctrina venezolana, aceptando que la titularización es un mecanismo del que pueden valerse las empresas para obtener financiación ajena mediante la emisión de valores, por la vía de segregar de su patrimonio un grupo de activos, con cuyos rendimientos se atenderá el servicio financiero de los nuevos valores que serán emitidos y que ese grupo de activos, es a su vez, la garantía básica del cumplimiento de las obligaciones de pago que se asumen con todo el proceso, ha hecho varias observaciones acertadas al esquema estructurado por las normas reguladoras del proceso de titularización⁸⁴: (i) las Normas dictadas por la Comisión Nacional de Valores tienen rango sub legal; (ii) la constitución de patrimonios separados es una potestad reservada a la Ley y vedada a los particulares por la aplicación, entre otras, de la regla *par conditio creditorum*; (iii) los bienes que conforman el activo subyacente han de ser realmente “aportados”, es decir, se debe realizar una cesión o venta perfecta, no sometida a condiciones o pactos que la desdibujen o desnaturalicen, y, sobre todo, que impida que la operación sea atacada por los acreedores del originador o interesado, por obligaciones incumplidas o procedimientos concursales; (iv) la ventaja innegable del fideicomiso, no en tanto institución de garantía, sino como esquema propio para llevar a cabo la titularización, pues el fideicomiso conforma un patrimonio separado por disposición de la Ley, y por tal virtud no forma parte de la prenda

⁸³ MORLES HERNANDEZ, Alfredo: “*Régimen legal del mercado de capitales*”, 1ª reimpresión de la segunda edición; UCAB, Caracas 2.002, págs. 372 a 374.

⁸⁴ USTÁRIZ FORERO, Nasly: *op. cit.*, pág.

común de los acreedores de las partes que en él intervienen; (v) cuando el activo subyacente está compuesto por una cartera de créditos se debe cumplir el requisito de notificación del deudor cedido, contenido en el artículo 1550 del Código Civil, y existe el peligro relacionado con el llamado “período de sospecha” previsto en el artículo 945 del Código de Comercio; (vi) con el mecanismo del vehículo de propósito especializado, es decir la sociedad de objeto único, no puede garantizarse de manera plena la desvinculación de los activos subyacentes de la suerte de esta compañía. La verdadera segregación o separación patrimonial ocurría con el fideicomiso.

El fideicomiso del sistema anterior no era un fideicomiso de garantía, sino un fideicomiso de inversión, mecanismo instrumental para lograr la segregación de activos, tal como lo observó la doctrina citada con anterioridad. El fideicomiso del cual hablan las normas del sistema actual, en cambio, sí es un fideicomiso de garantía, un negocio accesorio de otra relación jurídica que origina la obligación garantizada. Así aparece claramente expresado por el artículo 10 de las “Normas...”, según el cual la Comisión Nacional de Valores podrá solicitar al ente emisor que garantice el cumplimiento de sus obligaciones con un fideicomiso de garantía suscrito por una institución financiera debidamente autorizada. Los títulos de participación dispondrían, en tal caso, de dos patrimonios separados en garantía del pago: el representado por el activo subyacente y el del fideicomiso bancario. Nada impide que se acuda también a la utilización convencional del fideicomiso como instrumento de segregación del activo.

IV. 3 Los fideicomisos bancarios

Por *fideicomisos bancarios* se ha de entender aquellos fideicomisos en que los bancos actúan como fiduciarios y en que el patrimonio fideicometido está integrado por dinero (fondos los llama la Ley General de Bancos). No son fideicomisos bancarios aquellos en que el patrimonio fideicometido esté compuesto por bienes distintos al dinero aunque los bancos actúen como fiduciarios. Esta absurda diferenciación, implícita en la regulación de la ley bancaria, lo que hace es crear confusión en lugar de contribuir al perfeccionamiento de las reglas aplicables a esta figura jurídica. La misma Ley habla de fideicomisos con recursos provenientes del sector público (ordinal 1º,

artículo 53) y de fideicomisos de interés social (artículo 54) sin que tales categorías reciban tratamiento alguno.

El fideicomiso está ubicado por la Ley General de Bancos en el rubro de las *otras operaciones* que pueden realizar los bancos, específicamente en la categoría de *operaciones conexas* con las bancarias o crediticias. Esta Ley tiene como propósito regular la actividad bancaria, tanto desde el punto de vista de las operaciones que los bancos realizan como desde el punto de vista de los sujetos que las llevan a cabo. El fideicomiso no es una operación de crédito, de modo que su colocación en un grupo separado es correcta. Sin embargo, la ley bancaria le da un tratamiento de operación de crédito que no se corresponde con su naturaleza propia.

La Ley General de Bancos debería limitarse a proveer las normas relativas a los requisitos para que los bancos actúen como fiduciarios en todos los tipos de fideicomiso. Sin embargo, en un exceso normativo, el artículo 48 atribuye potestades a la Superintendencia para dictar *normas prudenciales* de carácter general mediante las cuales se regularán las operaciones de fideicomiso⁸⁵. En concordancia con esta norma, el artículo 63 agrega que la Superintendencia podrá dictar todas aquellas normas de carácter general, mediante las cuales se regularán, limitarán o prohibirán operaciones de fideicomiso desarrolladas por las instituciones autorizadas para actuar como tales, sin perjuicio de las competencias del Banco Central de Venezuela en materia de posiciones en moneda extranjera. Asimismo, la Superintendencia puede dictar normas prudenciales en materia de información financiera, auditorías, registro contable, supervisión y control de las operaciones de fideicomiso. Cuando surgiere una contradicción entre las instrucciones del cliente contenidas en el contrato y las normas prudenciales que dicte la Superintendencia, prevalecerán éstas (artículo 49). Por último, cuando se emitan títulos o certificados de participación, los modelos de contratos de fideicomiso deben ser aprobados por la Superintendencia (artículo 56). Todo este conjunto de normas está dirigido a la regulación de las operaciones de crédito que los bancos puedan realizar con los fondos fideicometidos (el

⁸⁵ Las normas prudenciales tienen como propósito, dentro del contexto de la regulación del patrimonio bancario y partiendo del riesgo propio de las operaciones de crédito, asegurar la solvencia y la liquidez de los bancos. Ver: MUCI FACCHIN, Gustavo; MARTIN PONTE, Rafael: “*Regulación Bancaria*”; Fundación Banco Mercantil-UCAB, Caracas 2004, págs. 177 a 250.

dinero). La Ley se ocupa más del comportamiento del banquero como intermediario de operaciones crediticias que de los deberes, los derechos y la responsabilidad del banco como fiduciario. La delicada situación creada por un conjunto de normas pensadas para regular las operaciones de crédito que los bancos puedan realizar con el patrimonio fiduciario, normas que se superponen a las de la Ley de Fideicomisos, con una indebida amplitud de potestades atribuidas a la Superintendencia de Bancos debería ser objeto de una interpretación lógica y razonable: a) en primer lugar, como regla general, se debe entender que las disposiciones de la Ley General de Bancos sólo son aplicables a los *fideicomisos bancarios*, es decir, a aquellas operaciones en las cuales el fideicomiso versa sobre la gestión, administración o inversión de cantidades de dinero encomendada a los bancos como fiduciarios, esto es, reglas aplicables a la recepción de fondos del público y a su correlativa colocación; b) en segundo lugar, debe respetarse el principio de la autonomía de la voluntad que preside la constitución del fideicomiso, en un todo de acuerdo a la Ley de Fideicomisos, especialmente en los casos en que el patrimonio fiduciario está constituido por bienes distintos al dinero. Por lo tanto, cuando en ejecución del contrato respectivo los bienes fideicometidos sean realizados y en el fondo fiduciario aparezcan cantidades de dinero, el banco fiduciario deberá proceder de conformidad con las instrucciones contenidas en el contrato de fideicomiso. En este caso no es aplicable la regla del artículo 49, según la cual cuando haya contradicción entre las instrucciones del “cliente” y las normas prudenciales prevalecerán éstas, porque la regla del artículo 49 solamente concierne a los *fideicomisos bancarios*; c) en tercer lugar, las normas prudenciales dictadas con posteridad a la celebración de los contratos de fideicomiso bancario no serán aplicables a los que se perfeccionaron con anterioridad, por estricto respeto al principio de la irretroactividad de la ley; d) en cuarto lugar, la normativa prudencial debe evitar desnaturalizar el contrato de fideicomiso y hacer énfasis en el buen desempeño de los bancos como fiduciarios y en la protección de los fondos fideicometidos, propiedad del público. No resulta comprensible que se adopten tan minuciosas medidas para cubrir el supuesto riesgo de las operaciones de fideicomiso y que el grado de diligencia del fiduciario termine siendo colocada al nivel de un buen padre de familia (artículo 58), por debajo de la diligencia que se exige al administrador de

cualquier sociedad y en contra de las tendencias doctrinales y jurisprudenciales que han hecho del *riesgo empresarial* y de la *responsabilidad objetiva* las doctrinas que se han consolidado en el ámbito financiero⁸⁶.

De la Ley General de Bancos deberían desaparecer las disposiciones que permiten el otorgamiento de créditos con los fondos fiduciarios y establecen límites, prohibiciones e inhabilidades para ser beneficiarios de los mismos. El contrato de fideicomiso es el que debe contener, conforme a las prescripciones del fideicomitente, propietario de los bienes fideicometidos (y no solamente de los fondos) la definición de lo que el banco fiduciario puede hacer y no hacer con éstos.

En todo caso, la Ley General de Bancos regula una modalidad de *fideicomiso de garantía*. De conformidad con el artículo 53, el fiduciario puede otorgar garantías, dar en prenda o establecer cualquier otro tipo de gravamen *sobre el fondo fiduciario* (integrado por los fondos recibidos en fideicomiso) con la autorización expresa del fideicomitente o del beneficiario. Además, cuando el patrimonio fiduciario esté integrado por bienes distintos al dinero, únicamente podrá el fiduciario constituir garantía sobre el mismo cuando así haya sido dispuesto en el contrato de fideicomiso.

Ninguna de las prescripciones de la Ley General de Bancos es aplicable a los fideicomisos en que el fiduciario sea una empresa de seguros.

IV. 4 El fideicomiso de garantía del mercado de opciones y futuros

Una modalidad de fideicomiso de garantía – peculiar por su esencial característica autoliquidatoria- es la prevista en la regulación del mercado de opciones y futuros que sólo estuvo funcionando en Venezuela por breve tiempo⁸⁷. La naturaleza de las operaciones de este mercado exige una rápida e inmediata liquidación que resulta incompatible con la ejecución judicial de cualquier garantía. Por ello, aunque las normas que regulan el funcionamiento del sistema permiten el otorgamiento de garantías distintas, la garantía por antonomasia es la del depósito de dinero. El fiduciario que recibe los depósitos

⁸⁶ TAPIA HERMIDA, Alberto Javier: “Responsabilidad por negligencia en la gestión de carteras de inversión”; N° 108 de la Revista de Derecho Bancario y Bursátil, Madrid octubre-diciembre 2007, pág. 257.

⁸⁷ “Normas relativas a la oferta pública de opciones y futuros” (Gaceta Oficial N° 36.199 de 6 de mayo de 1997); y “Reglamento Interno de la Cámara de Compensación de Opciones y Futuros” (Gaceta Oficial N° 36.186 de 16 de abril de 1997).

actúa en los contratos respectivos como un compensador entre los distintos acreedores y deudores, a quienes acredita y carga.

IV. 5 Las formas fiduciarias de los fondos del mercado de capitales y del mercado monetario

A. Los fondos mutuales

Los fondos mutuales, regulados por la Ley de Entidades de Inversión Colectiva y por Normas dictadas por la Comisión Nacional de Valores, instrumentos de inversión propios del mercado de capitales, pueden ser constituidos como sociedades anónimas o como fideicomisos. En la asamblea que debe ser convocada para la formación del ente siguiendo el proceso de oferta pública, los asistentes deben decidir si adquieren la cualidad de suscriptores de una sociedad anónima o de partes en un contrato de fideicomiso, a cuyo efecto deben aprobar o modificar los estatutos sociales o el texto del contrato de fideicomiso que forme parte del prospecto.

Los fondos mutuales de inversión, bien sean de capital abierto o de capital cerrado, no pueden dar en garantía los activos que conforman la cartera de inversiones. La prohibición no es expresa, sino virtual. Deriva del objeto de los fondos de inversión, que no es otro que la inversión en valores con arreglo al principio de distribución de riesgos. En el caso de las entidades de inversión de capital de riesgo existe una prohibición expresa de que los activos que conforman la cartera sean dados en garantía (artículo 63 Normas). Las entidades de inversión colectiva inmobiliaria pueden endeudarse con garantía hipotecaria para financiar la adquisición de inmuebles que integren su patrimonio, así como también se debe constituir a su favor hipoteca suficiente para garantizar las ventas de inmuebles a crédito que realice. Surgen dudas acerca de si las sociedades administradoras están autorizadas para otorgar garantías en nombre de sus administrados, considerando que pueden realizar cualquier actividad de administración y disposición de bienes y derechos de la entidad de inversión colectiva siguiendo los lineamientos emanados del Comité de Inversiones y de las Normas de la CNV (parágrafo único, artículo 84 Normas).

No existe, en consecuencia, posibilidad técnica o legal de que se configure un fideicomiso en garantía en los casos de los fondos mutuales de inversión o en los supuestos de entidades de inversión de capital de riesgo o inmobiliarias, a menos que adopte tal modalidad la garantía que deben prestar las sociedades administradoras de las entidades de inversión colectiva a éstas para asegurar la correcta gestión de la sociedad en la administración de su patrimonio (letra f del artículo 83 de las Normas).

B. Los fondos del mercado monetario

Los bancos habían institucionalizado una nueva forma de captación de recursos del público, los fondos de activos líquidos, a través de la cual habían recolectado importantes volúmenes de ahorros antes de que La Ley General de Bancos y otros Institutos de Crédito de 1987 procediera a regularla, exigiendo a tal efecto la constitución de una empresa financiera específica. La regulación ha continuado estando presente en las reformas de 1993 y 2001 de la Ley ahora llamada de Bancos y otras Instituciones Financieras. De acuerdo con esta legislación los fondos del mercado monetario deben adoptar la forma de sociedades anónimas de capital mínimo (artículo 127) y no pueden emitir derechos o participaciones sobre los rendimientos por cobrar o futuros de títulos o valores (artículo 131).

La Ley de 1987 llamaba genéricamente fondos del mercado monetario a las compañías anónimas que se dedicaran a vender al público títulos o valores, así como derechos o participaciones en fondos de activos líquidos, fondos fiduciarios u otros fondos o modalidades creados con tal finalidad (art. 86). Esta clara formulación fue sustituida por el artículo 126 de la reforma legal de 2001 que trata de decir lo mismo con una pésima redacción e introduce una importante modificación: los fondos del mercado monetario no pueden invertir en fondos fiduciarios. Aparentemente la prohibición está dirigida a prohibir la colocación de los fondos del mercado monetario en valores de escasa liquidez, pero esta es una prohibición implícita en la naturaleza de los instrumentos regulados (el mercado monetario es un mercado de corto plazo y los fondos de activos líquidos son activos fácilmente disponibles generalmente de corto plazo o de exigibilidad inmediata). Además, los fondos fiduciarios, figuras no definidas ni reguladas como tales, con excepción de los fondos mutuales

cuando adoptan forma de fideicomiso, no tienen porqué ser colocaciones ilíquidas. Legalmente, los fondos del mercado monetario sólo pueden efectuar colocaciones en instrumentos de renta fija u obligaciones (artículo 129), es decir, valores de alta liquidez (artículo 373). Los fondos del mercado monetario emiten títulos individuales, no títulos en serie o en masa, aunque la emisión de estos últimos no les está prohibida en forma expresa.

No existen previsiones relacionadas con el otorgamiento de garantías en general ni de fideicomisos de garantía en particular en materia de fondos del mercado monetario.

Conclusiones

1. La Ley de Fideicomisos no regula una figura específica de fideicomiso de garantía, pero la concepción del fideicomiso como transferencia de uno o varios bienes a un fiduciario para que los destine a un propósito definido en el contrato permite incluir la garantía entre esos fines.

2. Las objeciones que han sido formuladas doctrinalmente a la figura del fideicomiso de garantía son las siguientes: A. El fideicomiso es incompatible con las figuras contractuales de garantía; B. El fideicomiso de garantía, entre otras cosas, es un intento de fraude contra la regla del *numerus clausus* en materia de derechos reales y contra la prohibición del pacto comisorio; C. Convencionalmente no se pueden suprimir las vías jurisdiccionales para la ejecución de la garantías o sustituirlas por la autoliquidación o la ejecución extrajudicial de la garantía; y D. El fideicomiso de garantía se configura como un contrato nulo por lesión.

Estas objeciones han encontrado respuesta satisfactoria en el derecho comparado y la opinión predominante se inclina a aceptar la utilización del fideicomiso con fines de garantía.

3. El fideicomiso de garantía es empleado en el tráfico jurídico venezolano sin contratiempos.