

# *Breve estudio del fideicomiso en la legislación bancaria venezolana*

Sol Carolina Ramírez Rojas\*

RVDM, Nro. 4, 2020. pp-169-195

**Resumen:** Un breve estudio que va desde el origen del fideicomiso en Venezuela hasta su actual regulación en la legislación bancaria. También puede ser calificado como un preciso recorrido, a través del cual la autora presenta los elementos esenciales del fideicomiso que han permitido su incorporación al catálogo de las llamadas “operaciones neutras” de los bancos, donde ocupa un rol importante, en conjunto con otros servicios prestados por éstos, tales como la tarjeta de débito, cajas de seguridad, depósitos en bóveda, transporte de valores, entre otros, donde la institución direcciona su infraestructura, y personal especializado, para cumplir con las obligaciones legales.

**Palabras clave:** Fideicomiso, Ley de Fideicomiso, Ley de Instituciones del Sector Bancario, Operaciones Neutras.

## *Brief study of the trust in Venezuelan banking legislation*

**Abstract:** *A brief study that goes from the origin of the trust in Venezuela to its current regulation in banking legislation. It can also be described as a precise route, through which the author presents the essential elements of the trust that have allowed her to join the catalog of the so-called “neutral operations” of banks, where it has an important role, in conjunction with other services, provided by them, such as the debit card, safe deposit boxes, vault deposits, transportation of securities, among others, where the institution directs its infrastructure, and specialized personnel, to comply with legal obligations.*

**Keywords:** *Trust, Trust Law, Banking Sector Institutions Law, Neutral Operations.*

---

\* Universidad Central de Venezuela, Abogada. Especialista en Derecho Mercantil.



# *Breve estudio del fideicomiso en la legislación bancaria venezolana*

Sol Carolina Ramírez Rojas\*

RVDM, Nro. 4, 2020. pp-169-195

## **SUMARIO:**

**INTRODUCCIÓN. 1. Origen del fideicomiso en Venezuela. 2. Naturaleza jurídica del fideicomiso: 2.1. Negocio fiduciario. 2.2. Negocio fiduciario y negocios indirectos. 2.3. Teoría del patrimonio de afectación en el fideicomiso. 2.4. Teoría del patrimonio separado. 3. La transferencia de propiedad y la constitución del patrimonio fideicometido. 4. Régimen jurídico del fideicomiso: 4.1. Antecedentes Legislativos. 4.1.1. Ley de Bancos de 1940. 4.1.2. Ley General de Bancos y Otros Institutos de Crédito de 1961. 4.1.3. Ley General de Bancos y Otros Institutos de Crédito de 1975. 4.1.4. Ley General de Bancos y Otros Institutos de Crédito de 1988. 4.1.5. Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras de 1994. 4.1.6 Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras de 2001. 4.2. Régimen jurídico de la Ley de Instituciones del Sector Bancario de 2010 y de la vigente de 2014. 5. Responsabilidad del fiduciario. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.**

## **INTRODUCCIÓN.**

El fideicomiso en Venezuela constituye uno de los contratos típicos bancarios, a su vez, se caracteriza por ser ícono de las operaciones bancarias neutras, por ello, es necesario hacer una introducción sobre la actividad de la banca en nuestro país.

La banca forma parte del sistema que componen las instituciones financieras, en conjunto con el sector asegurador y el mercado de valores; todos estos sujetos tienen en común realizar intermediación financiera. La intermediación puede definirse como la captación de recursos de un sector excedentario, para ser trasladado a un sector deficitario de la economía; específicamente la banca, de un lado capta o toma recursos del público a través de operaciones pasivas; recursos que, por otra parte, lleva al mercado para ser invertidos o destinados a créditos, lo que se denomina comúnmente “operaciones activas”.

---

\* Universidad Central de Venezuela, Abogada. Especialista en Derecho Mercantil.

En efecto, la clasificación tradicional de las operaciones bancarias, son primariamente las operaciones activas, donde la institución financiera asume el rol de colocador de los fondos captados, la institución actúa como acreedor al otorgar créditos o realizar inversiones, trasladando los recursos al sector deficitario; seguido están las operaciones pasivas, donde el banco procede a captar los recursos excedentarios de la economía, es decir, capta los recursos del público, y asume el rol de deudor por recibir en este caso crédito, destacando que estos fondos son pasivos reflejados en su balance.

Sobre estos dos tipos de operaciones bancarias, se pueden mencionar los contratos de crédito más comunes, como el mutuo en todas sus modalidades, descuento, anticipo, factoring, arrendamiento financiero, reporto, y por otra parte, los contratos típicos de las operaciones pasivas, tales como depósito, emisión de obligaciones, venta de títulos, entre otros. Con respecto a la venta de títulos, esta puede aplicar también como operación neutra, ya que un cliente puede solicitarle a la Institución la venta de determinados títulos.

Ahora bien, sumado a las operaciones bancarias ante citadas, que forman parte de la típica intermediación financiera, la banca realiza actividades de otro tipo denominadas complementarias, accesorias o neutras, el banco en estas operaciones no realiza intermediación crediticia, el banco presta un servicio, su ganancia no se encuentra en la diferencia entre la tasa activa y pasiva, en esta oportunidad cobra por sus servicios una comisión. Dichas comisiones están reguladas por el Banco Central de Venezuela (en lo sucesivo BCV) según Resolución Nro. 18-10-02 de fecha 16 de octubre de 2018, publicada en Gaceta Oficial Nro. 41.521 de fecha 09 de noviembre de 2018 y en Aviso Oficial de fecha 05 de diciembre de 2019 publicado en Gaceta Oficial Nro. 41.785 de fecha 19 de diciembre de 2019, mediante los cuales se establece que las instituciones bancarias solo podrán cobrar hasta los límites máximos de comisiones, tarifas o recargos por los conceptos establecidos por el Banco Central de Venezuela.

En las operaciones neutras el banco no recibe ni otorga créditos, los fondos fideicometidos recibidos no impactan el activo ni el pasivo del balance bancario, ya que son registrados en las cuentas de orden. Todo se centra en ofrecer el profesionalismo y experticia de la banca; como bien señala Ustáriz Forero<sup>1</sup> en estas operaciones se ofrece la experiencia y organización bancaria que cada día va innovando, prestando sus servicios en distintos campos que van desde la administración de sus capitales, servicios de caja de seguridad (siendo ésta en la actualidad una operación de poco uso), hasta el cobro o pago de servicios básicos, inclusive mediante diversas formas de mediación, como el mandato, la comisión, y no menos importante el fideicomiso.

---

<sup>1</sup> Nasly Ustáriz Forero, «Ideas en torno a la responsabilidad civil del fiduciario de los fideicomisos bancarios en Venezuela», en *Libro Homenaje a Clarisa Sanoja de Ochoa* (Caracas, Universidad Católica Andrés Bello 2013), 488.

La antigua Ley General de Banco y otras Instituciones Financieras de 1994, señalaba en su artículo 45, que los bancos (desglosando toda la banca especializada en su momento), podían realizar operaciones conexas a las bancarias, tales como:

Transferir fondos, aceptar la custodia de fondos, títulos y objetos de valor, prestar servicio de cajas de seguridad, actuar como fiduciarios y ejecutar mandatos, comisiones, y otros encargos de confianza; así como comprar y vender divisas y billetes extranjeros o importar oro amonedado o en barras, sin perjuicio de lo dispuesto sobre esta materia, en la Ley del Banco Central de Venezuela.

En la actualidad, de esta enumeración, el fideicomiso es la actividad que posee mayor vigencia y auge, tal como hemos destacado anteriormente al observar los balances generales publicados por la Superintendencia de Bancos (en lo sucesivo SUDEBAN),<sup>2</sup> específicamente las cifras referentes a fideicomiso, esto sumado al desarrollo regulatorio al respecto, la vigente Ley de Instituciones del Sector Bancario publicada en Gaceta Oficial Nro. 40.557 el 8 de diciembre de 2014 (en lo sucesivo LISB), dedica un capítulo exclusivamente a la figura del fideicomiso, enumerando primeramente las posibles actividades como mandatos, comisiones y otros encargos de confianza, para luego profundizar en las obligaciones y prohibiciones del fiduciario. De igual forma, la SUDEBAN ha desarrollado una normativa prudencial con mayor énfasis en esta figura.

Dentro del catálogo de operaciones neutras, el fideicomiso ocupa un rol importante, en conjunto con otros servicios prestados por la banca, tales como la tarjeta de débito, cajas de seguridad, depósitos en bóveda, transporte de valores, entre otros, donde la institución direcciona su infraestructura, y personal especializado, para cumplir tales labores. La relevancia del fideicomiso sobre las otras operaciones neutras queda claro, ya que conforma un importante porcentaje de las operaciones financieras en el país, como lo demuestran las cifras de activos manejados en fiducia que ya se mencionó.

### ***1. Origen del fideicomiso en Venezuela.***

El fideicomiso en Venezuela inició como un contrato innominado, desarrollado únicamente a nivel doctrinal. Al respecto Mélich Orsini,<sup>3</sup> destaca que para la época hablar de fiducia (confianza), era construir una figura doctrinal que no poseía ninguna acción judicial para respaldar su fin, por lo que la posición de agregar al negocio indirecto la causa de fiducia (*causa fiduciae*), no constituía la creación de un instituto jurídico.

En nuestro país, como ha ocurrido en el resto del continente, el fideicomiso es

<sup>2</sup> “Activos de los Fideicomisos, total sector bancario Bs. 85.062.157.053.950.” Superintendencia de Instituciones del Sector Bancario. Balance General de Publicación al 30/04/2020.; acceso 06 de julio de 2020, <http://sudeban.gob.ve/>

<sup>3</sup> Ustáriz, «Ideas en torno a la responsabilidad...», 485 – 486.

una construcción o adaptación latinoamericana, con el antecedente remoto que encontramos en las instituciones romanas<sup>4</sup> y con la influencia mucho más cercana del trust anglosajón.

En su origen éste fue inicialmente un contrato innominado, Goldschmidt<sup>5</sup> aseveraba que a pesar de que existían normas en la legislación bancaria venezolana referentes al fideicomiso, las mismas no eran efectivas para incrementar su uso, ya que no se encontraban disposiciones ni principios que despejaran dudas u otorgaran claridad sobre la trasmisión de propiedad.

En ese mismo período, señala Vegas Rolando, que en América Latina ya se estaba gestando un movimiento para incorporar el *Trust* anglo-americano, específicamente en la década de 1920, cuando el gobierno de Estados Unidos envía una misión denominada Kemmerer, porque fue presidida por Edwin Walter Kemmerer, economista estadounidense, para visitar distintos países de Latinoamérica, con el propósito de exponer los beneficios del *Trust* a los distintos mandatarios de la época, y colaborar así con su inclusión en los diferentes ordenamientos jurídicos.<sup>6</sup>

Todo ello culmina en nuestro país con la promulgación de la Ley de Fideicomisos del 26 de julio de 1956 (en lo sucesivo LF), producto del proyecto de Roberto Goldschmidt, mediante la cual adquiere la fiducia un espacio con denominación y regulación propia dentro del derecho positivo venezolano.

Significa entonces que es regulada la transmisión de propiedad de manos del fideicomitente al fiduciario para el beneficio de un tercero (beneficiario), y que la transmisión de los bienes, también genera un efecto trascendental, sin el cual podría dudarse de la efectividad de la figura y es la constitución del patrimonio separado.

De aquí en adelante, el fideicomiso es mayormente conocido como un contrato bancario, el cual era usado como solución a distintos escenarios que no eran satisfechos bajo otras figuras jurídicas, dando cabida al uso de la herramienta como forma

<sup>4</sup> El Fideicomiso Testamentario era el acto por el cual una persona (testador) encargaba a otra (fiduciario) la transferencia de toda su herencia o de una parte de ella, a una tercera persona (fideicomisario); funcionaba en una especie de ruego que cumpliera con el encargo del de cujus de transmitir los bienes al beneficiario; Carregal señala que este encargo no era protegido por alguna acción, razón por la cual imperaba únicamente la buena fe, y esto permitió el abuso de la figura así como su consecuente desprestigio. Mario Carregal, *Fideicomiso, Teoría y Aplicación a los Negocios*. (Buenos Aires, Editorial Heliasta S.R.L., 2008), 37.

Además del fideicomiso testamentario, también encontramos como antecedente remoto a la *fiducia* (*Pactum Fiduciaie*), en esencia es un pacto por el cual, atada a la confianza, la persona que recibe el bien se obligaba a restituirlo, una vez cumplido el fin para el cual se transmitió, fundamentalmente se presentaba en dos modalidades: La *Fiducia Cum Amico Contracta*, ésta consistía propiamente en un encargo de confianza (administración), a través del cual una persona (fiduciante) transfería la propiedad de uno o más bienes a otra persona (fiduciario) para que los administrara en interés del fiduciante.

<sup>5</sup> Roberto Goldschmidt, *El Fideicomiso en la reciente legislación venezolana*. (Montevideo, 1957), 366.

<sup>6</sup> Nicolás Vegas Rolando, *El Fideicomiso en Venezuela*. (Caracas, Ediciones y Distribuciones Magon, 1979), 40.

de evasión de la normativa legal aplicable a los bancos para la época anterior a la crisis bancaria de 1994. En aquel entonces fue constante el uso del fideicomiso como forma de captación de fondos, evasión del encaje legal y distintos aportes, disfrazando así los depósitos bancarios, cuya consecuencia se denota en la incorporación de un conjunto de obligaciones y prohibiciones en la actuación del fiduciario, que realizó el Legislador en la normativa bancaria, regulación que se mantiene actualmente.

## ***2. Naturaleza jurídica del fideicomiso.***

Cuando se habla de la naturaleza jurídica de una figura, se estudia la esencia, el motor que permite distinguir la misma de otras, algunos autores pueden inclinarse en el análisis del fideicomiso como un contrato, y la determinación de su naturaleza en relación al negocio o finalidad del mismo, de allí quienes hablan de los negocios fiduciarios, de los negocios indirectos y de los negocios bancarios, otros autores se inclinan por afirmar que la naturaleza del fideicomiso recae en determinar la situación jurídica en que se encuentra el patrimonio fideicometido, en el elemento que permite la efectividad de la figura como la creación del patrimonio separado.

En principio puede concebirse como un contrato indirecto, en virtud, que su finalidad no es en sí la transferencia de propiedad, dicha transferencia es el medio que usan para cumplir un fin mayor, el fideicomiso resalta por ser un contrato finalístico, aplicándose como solución y comodín para aquellos escenarios en que el derecho no ha contemplado la construcción de una figura o herramienta que satisfaga esa necesidad de forma plena e idónea, de allí hacemos énfasis en la característica moldeable del Fideicomiso.

Por lo tanto, se debe resaltar que se trata, en efecto, de una trasmisión de propiedad plena de los bienes de parte del constituyente al fiduciario, los cuales salen de la esfera patrimonial de ese fideicomitente; y que esta transferencia, se hace con la finalidad que los bienes se habrán de usar en provecho de un beneficiario, que puede o no ser el mismo fideicomitente, por lo tanto, si el fiduciario se extralimita y no destina el fideicomiso a su finalidad, podría dar cabida a una acción de incumplimiento.

Asimismo, no hay cabida a confusión, puesto que al igual que en otras figuras, como el contrato de compraventa, el fiduciario resulta ser un propietario o titular en toda su amplitud: es una verdadera transferencia solo que no es perpetua, no lo es, porque está limitada al cumplimiento de un fin, y en ese marco sometida a un plazo o condición, o ambas.

Seguido, de afirmaciones de que el Fideicomiso se trata de un mandato irrevocable, superadas éstas, por el argumento de que en el mandato no existe transferencia de propiedad, por más carácter irrevocable que se desee agregar, recordando que el

fideicomiso permite ambas modalidades, irrevocable y revocable, si así se lo reserva el fideicomitente.

El fideicomiso como figura excéntrica y de alguna forma única, no puede ser abordado de la misma manera que las demás instituciones jurídicas, y así lo confirmaron expertos como Vegas Rolando<sup>7</sup> quien expresa que justo allí está el error que llega a generar confusión sobre sus verdaderos fines, cuando se pretende identificar el fideicomiso al buscar similitudes con el mandato irrevocable, la cesión de créditos, el depósito y el albaceazgo, por sus semejanzas, que no obstante, no permiten identificar asertivamente el fideicomiso.

### ***2.1. Negocio fiduciario.***

El fideicomiso es considerado una modalidad de negocio fiduciario, cuyo eje central es la transferencia de propiedad que en ella se realiza. La doctrina suele distinguir entre negocios fiduciarios puros e impuros, para separar, aquellos que nacen de la autonomía de la voluntad de las partes y sujetos únicamente a la confianza que exista entre las partes, de aquellos que nacen producto de una norma cuando son legalmente reconocidos, confiriendo así a las partes derechos y obligaciones.<sup>8</sup>

La esencia del negocio fiduciario para algunos es la confianza, sobre ello Rodríguez Azuero<sup>9</sup> luego del análisis de dos teorías, determina que existen dos elementos que permiten definir el negocio fiduciario, el primero es la incongruencia entre medio y fin, ejemplo de ello la transferencia de propiedad para garantizar un crédito, por una parte, y por otra la confianza que depositan en el fiduciario. Dicha confianza no es la habitual que se tiene entre contratantes en una relación jurídica, ésta es de un rango superior al normal, porque el fiduciario tiene la posibilidad de abusar con el poder que posee. Para ilustrar lo antes expuesto, Rodríguez Azuero, concluye que se trata del uso de un medio jurídico grande, para una finalidad económica chica o de menor entidad.

Garrigues Díaz<sup>10</sup> comenta que la afirmación de que el negocio fiduciario se distingue por la existencia de confianza, no podría verse de manera amplísima, ya que se incluirían como negocio fiduciario todos aquellos donde exista entre las relaciones un deber de lealtad hacia alguien, siendo entonces lo relevante distinguir entre la simple confianza en una relación jurídica y los negocios fiduciarios.

---

<sup>7</sup> Vegas, *El Fideicomiso...*, 44.

<sup>8</sup> Sergio Rodríguez Azuero, *Negocios Fiduciarios: Su Significación en América Latina* (Bogotá, Editorial Legis, 2005), 166-167.

<sup>9</sup> Rodríguez, *Negocios Fiduciarios:...*, 168.

<sup>10</sup> Rodríguez, *Negocios Fiduciarios:...*, 168.



Podrían entonces existir negocios de confianza como el mandato o el depósito, y aparte, otros negocios denominados fiduciarios. En los negocios fiduciarios se identificaría entonces como aspecto relevante no solo la confianza, sino además un estado de peligro o de posible abuso, por la titularidad o derechos que posee el fiduciario sobre los bienes recibidos. No obstante, en los negocios de confianza, Garrigues Díaz asevera que estamos en presencia de esa situación de peligro, pero lo relevante es que se trata de un negocio que concluye en interés ajeno, se recibe el bien para tenerlo o cuidarlo por cuenta de otro.

La confianza, es entonces el eje central del negocio fiduciario, comenzando por señalar que su nombre proviene del elemento (*fides*), que significa confianza. Según Guastavino<sup>11</sup> la confianza es el nervio del negocio fiduciario, sobre todo en aquellos países donde no está legislado esta figura.

Otro sector de la doctrina, rechaza la afirmación de caracterizar el negocio por la potestad de abuso del fiduciario y el amplio poder jurídico en contraste con la finalidad del fideicomiso. Kiper y Lisoprawski<sup>12</sup> comentan que no se produce la afirmada desproporción entre el medio jurídico aplicado y la finalidad buscada por las partes, porque las partes han deseado utilizar la transmisión del bien, sujeto a la finalidad o condición esperada, por ejemplo, transmitir un bien para garantizar el pago de la deuda, con las seguridades que ello implica, hasta que se cumpla la condición, es decir, el pago de la obligación; de allí que la propiedad en efecto es plena del fiduciario, por consentimiento del fideicomitente, y para los fines pactados, y justo en la ejecución del fin, se encuentra el verdadero límite que elimina la advertida desproporción. Además, la potestad de abuso, no solo existe en los negocios fiduciarios, esta potestad puede existir en los mandatos donde el mandatario posea facultades en exceso.

Ahora bien, ante la transferencia de la propiedad y la posibilidad de abuso de parte del fiduciario, el negocio pasa a ser complejo, porque combina dos elementos, uno real (la transmisión de la propiedad) y uno obligacional (la forma de regular y limitar la transmisión de la propiedad). El primer elemento se trata de un contrato real positivo donde se transfiere al fiduciario la plena propiedad de determinados bienes, y el segundo elemento es un contrato obligatorio negativo, para delimitar y establecer que el fiduciario solo puede hacer determinado uso de ese derecho adquirido, según la finalidad del negocio fiduciario.

Sobre la limitación que puede generar el elemento obligacional sobre el elemento real, la doctrina no es uniforme, hay quienes apoyan que desde el principio la trans-

<sup>11</sup> Claudio Kiper y Silvio Lisoprawski, *Teoría y Práctica del Fideicomiso* (Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1999), 16.

<sup>12</sup> Kiper y Lisoprawski, *Teoría y Práctica...*, 15.

misión se ve limitada por el cumplimiento de la finalidad, y que al nacer el derecho de propiedad de esa manera, no modifica su esencia. Asimismo, hay quienes indican que se trata de una transmisión plena y absoluta, denominándola fiduciaria.

Apoyamos el criterio de Rodríguez Azuero al respecto, quien señala que el elemento obligacional solo afecta a las partes, es decir, que el elemento real no se ve limitado, y para verse afectado requeriría ser objeto de limitaciones reales oponibles a terceros, lo cual no es el caso. El incumplimiento de parte del fiduciario solo generaría acciones personales en contra de aquél.

Por el contrario, lo antes señalado no llega a desvirtuar el hecho de que la propiedad fiduciaria es limitada y temporal, producto del acuerdo obligacional y que la titularidad durará lo que se haya pactado en el contrato, o hasta la consecución del fin. Siendo relevante también su estudio bajo los siguientes elementos:

- a) La transmisión al fiduciario de la propiedad de los bienes (no es solo un administrador, es el propietario)
- b) La afectación de los bienes, es decir, afectados a la finalidad y para el interés del beneficiario.
- c) La temporalidad de la fiducia, finalizado el tiempo pactado o alcanzado el fin, los bienes deberán ser entregados y a su vez rendir cuentas.<sup>13</sup>

## ***2.2. Negocio fiduciario y negocios indirectos:***

Los negocios indirectos son aquellos donde se busca un fin jurídico, haciendo uso de una vía oblicua, es decir, usan un negocio para obtener un fin distinto al típico o normal que naturalmente produce el mismo. En estos negocios se respeta la forma legal, pero se usan para la obtención de fines alejados a la intención del legislador que los reguló, aquí no da cabida a la simulación porque realmente se usa el medio jurídico existente.

La distinción radica en que el uso del negocio indirecto se limita a la estructura de la figura que se aplica, la cual una vez cumplida la finalidad queda plenamente sustituida. El uso del medio jurídico implica que en principio está sujeto a los efectos de ley plasmados para éste, en cambio el negocio fiduciario, solo está sostenido por la confianza, igualmente, en el negocio fiduciario siempre habrá una traslación de propiedad *erga omnes*, y en el negocio indirecto esta traslación podría faltar.

---

<sup>13</sup> Rodríguez, *Negocios Fiduciarios*:..., 171.

A pesar de ello, si se observa la figura del fideicomiso desde sus inicios, podría ser una especie de negocio indirecto, ya que la funcionalidad del Fideicomiso radica en permitir con éste, satisfacer necesidades que no están enmarcadas en otras figuras del ordenamiento jurídico.

### ***2.3. Teoría del patrimonio de afectación en el fideicomiso.***

Es sostenida por autores como Pierre Lepaulle, quien afirma que el fideicomiso es una institución jurídica que consiste en un patrimonio autónomo de todo sujeto de derecho. Rojas<sup>14</sup> comenta que el Código Civil de Quebec (Canadá), acoge esta teoría al señalar que el fideicomiso constituye un patrimonio de afectación autónomo y distinto del patrimonio del constituyente, del fiduciario y del beneficiario, sobre el cual ninguno tiene un derecho real. Asimismo, quienes apoyan esta teoría establecen que la afectación es la base de la constitución del fideicomiso, sin ello sería una simple donación.

Si bien es cierto que se crea un patrimonio aislado, esta situación proviene de la esfera que blindo los bienes de las acciones de terceros acreedores del fiduciario y del fideicomitente, no obstante, existe una titularidad sobre el bien o bienes, que posee el fiduciario, y un derecho por parte del beneficiario que acepta, derecho que será desarrollado en el contrato, todo esto sujeto al negocio fiduciario.

Esta teoría, desplaza que la esencia de la figura es el encargo de confianza, el cual limita la titularidad del fiduciario o su derecho de disposición de los bienes fideicomitados, y cuya importancia se centra en que debe cumplirse. El encargo en conjunto con la transmisión del bien es lo que produce una afectación de los bienes a dicho negocio fiduciario.

### ***2.4. Teoría del patrimonio separado.***

Es la teoría más acogida por la doctrina venezolana, para explicar la transferencia de bienes en fideicomiso y asegurar el aislamiento de los bienes, es común por los autores civilistas citar el fideicomiso, como ejemplo de la excepción del patrimonio separado.

El patrimonio comprende un conjunto de relaciones, de derechos y obligaciones con un titular vinculado a este conjunto, bajo la regla general de que existe un patrimonio por persona, salvo las excepciones de ley, porque el individuo no puede separar su patrimonio bajo su propio arbitrio. En Venezuela, la teoría del patrimonio es enlazada a la personalidad, permite solo por excepción el patrimonio separado, comprendido éste en dos o más masas singulares atadas a un mismo sujeto.

---

<sup>14</sup> Atilio Santos Rojas, *El Fideicomiso, Fiducia o Trust en América* (Caracas Ediciones Libra), 34.

Está implícito en la constitución del fideicomiso, la afectación de los bienes transferidos a una finalidad en específico, propósito de esta figura, esta afectación es parte de la creación del fideicomiso, más no el eje central del mismo, existen actos previos a la afectación, como la manifestación de voluntad de las partes y la seguida transferencia de los bienes que conformarán el fondo fideicometido, acto necesario para la constitución del fideicomiso, y muestra del encargo de confianza.

El patrimonio en fideicomiso será el conjunto de bienes que constituyen una universalidad afectada a un destino conforme al acto de constitución del fideicomiso.

### ***3. La transferencia de propiedad y la constitución del patrimonio fideicometido.***

El entonces proyectista Roberto Goldschmidt<sup>15</sup> señalaba que múltiples son las ventajas de crear una figura que permita la transferencia de propiedad de bienes en provecho de una persona distinta al adquirente (fiduciario): ejemplo, el traspaso al pródigo de las rentas que produzca la transmisión hereditaria cuando hay menores de edad, la cesión de un establecimiento mercantil en garantía, entre otras.

Asimismo, Goldschmidt al explicar cómo se estructuró la definición del fideicomiso, indica que la figura implica una transferencia de bienes, estos últimos de toda clase, según lo expuesto en el artículo 6 de la LF.<sup>16</sup>

Una vez clara la transferencia, el principal efecto de haber normado el fideicomiso, fue la constitución de un patrimonio separado, es decir, los bienes que transfiere el fideicomitente al fiduciario conforman un patrimonio separado. Por ello la mayoría de la doctrina nacional apoya la noción de que la naturaleza jurídica del fideicomiso coincide con la tesis del patrimonio separado.

Dicho patrimonio no debe entenderse como un patrimonio sin titular, lo que sí es prudente resaltar es que el mismo conforma un patrimonio distinto al del fideicomitente por haber éste transferido los bienes, y distinto del correspondiente al beneficiario, quien, aún no los recibe; incluso es un patrimonio aparte del propio del fiduciario, quien, aun ostentando el carácter de titular, dicho patrimonio no forma parte de la prenda común de sus acreedores.

Sobre cómo debe entenderse ese patrimonio separado, apoyamos la definición de Turuhpial, quien afirma que se trata de un conjunto de derechos y obligaciones y no de objetos, y que corresponde a cada persona un patrimonio, no siendo libre éste de separar

---

<sup>15</sup> Goldschmidt, *El Fideicomiso en la reciente...*, 368.

<sup>16</sup> Roberto Goldschmidt, *Proyecto de la Ley de Fideicomisos con su Exposición de Motivos*, (Caracas, 1956), 15.

o sustraer masas de bienes de su patrimonio, creando diversas masas patrimoniales, de ser posible ello podría defraudar a sus acreedores.<sup>17</sup>

La LF no hace una mención textual o expresa sobre la constitución de este patrimonio, sin embargo, se puede desprender de ciertas disposiciones de la ley, que en efecto se trata de un patrimonio separado la noción que más se apegaría al concepto asumido por el legislador venezolano.

El artículo 2 de la LF establece que los bienes fideicometidos no forman parte de la prenda común de los acreedores del fiduciario, y solo se dispondrá de ellos para obligaciones derivadas del propio fideicomiso. En efecto, no menciona al fideicomitente, porque éste último ya no es más propietario del bien, y en el caso del beneficiario, tendría que cumplirse la finalidad del fideicomiso y ser a éste a quien se haya estipulado transferir los bienes, para entender que los bienes que conforman el fondo fiduciario ya le pertenecen.

En el artículo 14 numeral 1 y artículo 26 numeral 1 de la LF se evidencia la afectación de los bienes a la finalidad del fideicomiso.

Además, en el artículo 24 numeral 3 *eiusdem*, se ve reflejada la intención del legislador de constituir el patrimonio separado, porque otorga al beneficiario el derecho a oponerse a toda medida preventiva o de ejecución tomada contra los bienes por obligaciones que no los afecten, entrelazado con lo antes señalado, el fiduciario solo estará obligado a cumplir las obligaciones que deriven del mismo, es decir de su propia ejecución.

El propósito del patrimonio separado en el fideicomiso, es garantizar que los bienes sean destinados a la finalidad pactada, y no se vean afectados por las obligaciones personales del fiduciario. Cobra más sentido, cuando el fideicomitente al observar que en sus manos los bienes no pueden estar seguros, o que no posee las cualidades de un administrador diligente, los transfiere a un fiduciario, para que ejecute un determinado encargo. Sumado a ello, se crea una esfera protectora sobre los mismos, quedando, fuera de la prenda común de éste último; todo lo anterior evidencia que el fideicomiso es un contrato finalístico.

#### **4. Régimen jurídico del fideicomiso en Venezuela.**

Al contrato de fideicomiso le es aplicable además de la LF, la LISB por mención expresa de su disposición derogatoria primera. En principio, ambos textos regulan el fideicomiso en forma general, aunque la LISB se concentra, como es propio de su ámbito, en la actuación del fiduciario bancario.

---

<sup>17</sup> Héctor Turuhpial Cariello, «El Fideicomiso», *Contratos Bancarios* Volumen I. (Caracas, 1999), 110.

Además de las disposiciones sobre la materia plasmadas en la LISB, el fideicomiso se encuentra sujeto a las normas prudenciales correspondientes, emitidas por la SUDEBAN. Cuando se tratase de fideicomisos donde una empresa de seguro actúa como fiduciario, se le aplicará la LF, y la norma prudencial emitida por la Superintendencia de la Actividad Aseguradora, actualmente regulado en la normativa prudencial titulada “Normas que Regulan la Relación Contractual en la Actividad Aseguradora”, publicada en Gaceta Oficial Nro. 40.793, de fecha 24 de agosto de 2016, específicamente en los artículos 161 y siguientes.

#### ***4.1. Antecedentes de la regulación***

Las normas contempladas actualmente en la LISB van destinadas principalmente a regular al fiduciario, más allá de extenderse en la figura amplia del fideicomiso y sus otras aristas. No obstante, afecta directa y decisivamente los límites del contrato y las obligaciones de las partes.

Si retrocedemos a las primeras apariciones del fideicomiso en la Ley de Bancos, podemos observar su evolución, y de cierta forma la justificación de su regulación actual, como ya hicimos mención, enfocada a las obligaciones y prohibiciones del fiduciario como banco. Afirman, expertos como Crazut,<sup>18</sup> que la experiencia histórica ha formado parte fundamental en el desarrollo normativo de la actividad bancaria, los grandes cambios en las legislaciones bancarias, vienen sujetos o influenciados, por los colapsos bancarios que han traído como resultado, normas más rigurosas, para la creación y funcionamiento de las instituciones financieras, así como avances para una supervisión más eficaz y con mayores herramientas.

##### ***4.1.1. Ley de Bancos de 1940.<sup>19</sup>***

Destino un capítulo a las operaciones de fideicomiso, compuesto de ocho artículos, que van desde la autorización que otorgará el Ejecutivo Nacional con opinión de la Superintendencia de Bancos para actuar como fiduciarios, estableciendo una garantía de Bs. 50.000 en efectivo o valores depositada por el banco fiduciario en una cuenta en el BCV, para garantizar la fiel ejecución de los fideicomisos del respectivo banco. Además, estableció la obligación de la contabilidad de los fondos recibidos en fideicomiso, por separado de sus demás cuentas.

---

<sup>18</sup> Ramón Crazut, *La Legislación Financiera Venezolana y la Crisis Bancaria de 1994* (Caracas, Academia Nacional de Ciencias Económicas, 2000), 54.

<sup>19</sup> Ley de Bancos de 24 de enero de 1940 reformada parcialmente por la Ley de Bancos del 30 de julio de 1942.

Es relevante acotar qué para esa fecha, se estableció en la ley los fondos fideicometidos temporalmente como depósitos ordinarios, hasta el momento que se hiciera la inversión de los mismos.

Sobre las prohibiciones los bancos no podían invertir los fondos de fideicomisos en sus propias acciones, ni tampoco en bienes de su propiedad. Para esta época no se había promulgado aún la LF.

#### ***4.1.2. Ley General de Bancos y Otros Institutos de Crédito de 1961.<sup>20</sup>***

Contemplaba un artículo para citar algunas actividades que podía realizar la banca, definidas como operaciones conexas, entre ellas el fideicomiso. Los bancos comerciales, hipotecarios y las sociedades financieras, podían actuar como fiduciarios con la respectiva autorización. Igualmente, destinaba un capítulo en la norma para las operaciones de fideicomiso y otras operaciones de confianza, contentivo de diez artículos.

Se mantuvo la debida autorización para ejercer como fiduciario, el depósito en el BCV por Bs. 50.000, agregando otro depósito por el tres por ciento del valor de los bienes que se mantuvieron en fideicomiso, para los mismos fines, y se establecieron las siguientes obligaciones: i) Envío mensual a la Superintendencia de Bancos de una relación detallada de los bienes recibidos en Fideicomiso.; ii) Creación de un departamento de fideicomiso y todas sus operaciones se contabilizarían y se publicarían en el balance en un rubro aparte.

Con respecto a las prohibiciones, se mantuvo la prohibición de invertir en sus propias acciones, obligaciones y bienes, extendiéndose al caso de no poder invertir en las obligaciones, acciones o bienes de empresas en las cuales tenga participación, o en las cuales sus directivos tengan participación como socios, directivos o como asesores o consejeros.

La rendición de cuentas al fideicomitente y beneficiario se regía por la LF. Se eliminó la disposición que obligaba a considerar temporalmente los fondos fideicometidos como depósitos ordinarios hasta el momento que se hiciera su inversión.

#### ***4.1.3. Ley General de Bancos y Otros Institutos de Crédito de 1975.<sup>21</sup>***

Su mayor propósito fue limitar la participación del capital extranjero en la actividad bancaria. En materia de Fideicomiso se mantuvo lo establecido en la Ley

---

<sup>20</sup> Gaceta Oficial N° 676 Extraordinario del 11 de marzo de 1961, (reformada a su vez parcialmente en 1970 y 1974).

<sup>21</sup> Gaceta Oficial N° 1.742 Extraordinario del 22 de mayo de 1975.

de Bancos de 1961, salvo los siguientes aspectos: i) distingue el depósito en BCV que debe realizar el banco como fiduciario, elevado a Bs. 3.000.000, al que deben realizar por otros encargos de confianza; ii) Los aspectos contables serán regulados por instrucciones de la Superintendencia de Bancos; iii) La obligación de rendir cuentas del fiduciario a sus fideicomitentes, es por lo mínimo semestral; iv) Hace mención a la aplicación de la LF con respecto a los fondos fideicometidos.

#### ***4.1.4. Ley General de Bancos y Otros Institutos de Crédito de 1988.*<sup>22</sup>**

Se incorporaron nuevas prácticas creadas por la evolución de la banca en el país, tales como los fondos de activos líquidos, las mesas de dinero y los arrendamientos financieros; fortaleció las funciones de la Superintendencia de Bancos, en su sistema de supervisión, incorporación de sanciones penales. Además, inicia la tendencia de incorporar doctrina, definiendo cada una de las operaciones que realiza la banca.

La modificación más relevante en materia de Fideicomisos, fue la creación de una prohibición por política monetaria, donde el BCV podía prohibir o limitar la inversión de los fondos fideicometidos que se realizara en el exterior, así como la que se efectuara en el país, en divisas o en títulos denominados en moneda extranjera, conforme a la normativa que se autorizaba dictar.

Esta prohibición se creó bajo los antecedentes del desplome del Banco de los Trabajadores de Venezuela, la intervención del Banco de Comercio, y el cerco que limitaba la inversión extranjera, sucesos del ámbito financiero que acrecentaron la desconfianza en el público.

#### ***4.1.5. Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras de 1994.*<sup>23</sup>**

Promulgada en pleno escenario de la crisis financiera más importante de Venezuela, con la caída de importantes instituciones como el Banco Latino, Banco Venezuela y Banco Consolidado, así como cuatro grupos financieros (Grupo Latinoamericano – Progreso – República, Grupo Principal, Grupo Ítalo Venezolano – Profesional).

La doctrina ha desarrollado ampliamente los cambios notables en esta Ley de Bancos, desde la eliminación de la banca especializada, el nuevo rol otorgado a la Superintendencia de Bancos que hasta la ley de 1994, era una simple dirección del Ministerio de Hacienda, sin herramientas para ejercer su función de control y supervisión,

---

<sup>22</sup> Gaceta Oficial N° 4.021 Extraordinario del 04 de febrero de 1988.

<sup>23</sup> Gaceta Oficial N° 4.641 Extraordinario del 2 de noviembre de 1993 (comenzó a regir a partir del 1° de enero de 1994).



incluso sin tener capacidad legal para emitir regulaciones prudenciales, que sirvieran de reglas referenciales para las instituciones financieras, lo cual fue incorporado en la citada Ley; así como los mecanismos de auxilios financieros e intervención, y sobre todo esto, se puede dedicar una investigación sin escatimar contenido, no obstante, nos limitaremos a reflejar los cambios en materia de fideicomisos.

Específicamente en materia de fideicomiso, se incorporaron las siguientes novedades:

- i) La Superintendencia previa opinión del BCV podía dictar normas en materia de información financiera, registros contables y control de las operaciones de fideicomiso.
- ii) El remanente de los fondos fideicometidos debían mantenerse depositados en caja o depositarlos en cuenta especial.

#### ***4.1.6 Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras de 2001.*<sup>24</sup>**

En la exposición de motivos de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras, el legislador justifica la potestad de la SUDEBAN para crear normativa prudencial, en:

De este modo, se enfatiza la importancia de la normativa prudencial que dicta la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras, y cuyo obligatorio cumplimiento por parte de los entes regulados permite establecer un adecuado control sobre las operaciones que realiza el sector bancario, logrando con ello: evitar un eventual deterioro de la cartera de crédito o la de inversiones; evitar la desviación del objeto de los Fideicomisos; la debida aplicación contable de los ingresos generados y los efectivamente cobrados; la utilización de criterios especiales para calificar las operaciones de la banca destinada al sector micro-financiero; implementar controles para evitar riesgos de liquidez; determinar la información que debe ser suministrada regularmente; y evaluar los indicadores financieros, entre otros aspectos de similar importancia.

Lo antes citado, reafirma que el legislador ha actuado no solo ampliando y atacando los vacíos de ley, sino en respuesta a las crisis financieras y a las prácticas inadecuadas de las instituciones financieras.

---

<sup>24</sup> Gaceta Oficial Nº 5.555 Extraordinario del 13 de noviembre de 2001.

Entre los cambios de la Ley General de Bancos, en materia de fideicomiso, se cita:

- i) La SUDEBAN dictará las normas prudenciales de carácter general, mediante las cuales se regularán las operaciones fideicomiso, sin la previa opinión del BCV, a través de las mismas podrá regular limitar o prohibir operaciones de fideicomiso.
- ii) El fiduciario no podrá asumir riesgos financieros, en las operaciones que actúe como fiduciario, así como tampoco podrá garantizar capital ni rendimientos de los fondos dados o recibidos en fideicomiso. Sobre ello es menester comentar la mala práctica fiduciaria que inducía al cliente a contratar los servicios de un Fideicomiso y no una cuenta de ahorro o corriente, cuando no ameritaba el uso de tal figura, ofreciendo mayor rentabilidad y a los fines de eludir los costos del encaje legal y otros aportes.
- iii) La totalidad de los fondos fideicometidos no podía exceder cinco (5) veces el patrimonio de la institución fiduciaria, esto nace producto de la experiencia de las crisis financieras que reflejaban bancos que poseían mayor cantidad de dinero en fideicomiso, que en operaciones pasivas, como ya sabemos esquivando la supervisión de la Superintendencia de Instituciones del Sector Bancario, así como los costos del encaje legal y aportes a la SUDEBAN y al Fondo de Protección Social de los Depósitos Bancarios (FOGADE).
- iv) La Superintendencia de Bancos podría, mediante normas de carácter particular, establecer los límites y condiciones de los fondos fiduciarios.
- v) El fiduciario debía mantener el remanente de los fondos fideicometidos depositados en cuenta especial remunerada en la misma institución financiera.

Por otra parte, las prohibiciones fueron ampliadas por el legislador, producto de corregir los abusos y desviaciones, así como las malas prácticas de las instituciones financieras, entre las más relevantes:

- i) Otorgar créditos, salvo que se otorguen a los beneficiarios, o cuando se trate de aquellos fideicomisos con recursos provenientes del sector público, siempre que no contravengan las limitaciones establecidas en la citada Ley.

Esta prohibición es consecuencia de las prácticas crediticias inadecuadas, que consistían en dirigir un gran volumen de créditos hacia las empresas relacionadas o vinculadas, realizando la apertura de fideicomisos, para la práctica de los denominados

fideicomisos crediticios. Asimismo, al poseer la mayoría de los fondos de la institución aparcados en fideicomisos, por la evasión de costos y supervisión, se realizaban las operaciones crediticias a través de éstos, desvirtuando la figura.

Es prudente recordar, que el Banco Latino, ocupaba el primer lugar tanto en la captación de ahorros como en el manejo de fideicomisos, siendo lamentables los sucesos de la crisis, donde el público con sus ahorros en fideicomisos, no poseían las mismas posibilidades de recuperación que un depósito bancario, ya que dichos fondos fideicometidos no se encontraban dentro de la protección y atención del Fondo de Garantía de Depósitos.

Otra de las prohibiciones establecidas, fue participar en proyectos, créditos, o cualquier otra operación activa o pasiva que lleven a cabo instituciones que formen parte del mismo grupo financiero, o aquellas empresas relacionadas o promovidas por el fiduciario. Como ya hemos hecho referencia, la legislación anterior no contemplaba los problemas derivados de las prácticas de los grupos financieros, esto permitió acciones imprudentes, desmedidas y poco transparentes, que incluían autopréstamos.

- ii) Realizar operaciones de reporto, con los títulos emitidos por el fondo fiduciario, en un porcentaje mayor al establecido por la Superintendencia de Bancos.

El estudio de las precedentes Leyes de Bancos, nos permite observar que la normativa en materia bancaria no fue obstáculo, cuando el fideicomiso obtuvo su mayor auge producto de la economía y necesidades de la época, la figura se expandió abarcando todo tipo de negocios (públicos y privados), en los cuales el legislador venezolano no había dado respuesta. Además, es importante aclarar que las prohibiciones que vemos desarrollarse a partir de la Ley de Bancos de 2001, son solo producto de la mala práctica fiduciaria, y esto no puede desalentar ni mitigar el uso de la figura, que desde tiempos remotos ha sido una respuesta flexible a la necesidad de aplacar la rigidez de ciertas normas.

#### ***4.2. Régimen jurídico de la Ley de Instituciones del Sector Bancario de 2010<sup>25</sup> y de la vigente de 2014.<sup>26</sup>***

El legislador a través de la LISB publicada en diciembre de 2010,<sup>27</sup> hizo un

---

<sup>25</sup> Gaceta Oficial Nº 6.015 Extraordinario del 28 de diciembre de 2010.

<sup>26</sup> Decreto Nº 1.402 de fecha 13 de noviembre de 2014, con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Instituciones del Sector Bancario, publicado en la Gaceta Oficial Nº 6.154 Extraordinario del 19 de noviembre de 2014, reimpresso por fallas en los originales en la Gaceta Oficial Nº 40.557 del 8 de diciembre de 2014.

<sup>27</sup> Decreto Ley que derogó a la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras, publicada en la Gaceta Oficial Nº 39.491 del 19 de agosto de ese mismo año.

listado extensivo de obligaciones en el artículo 74 de la referida ley, ampliando así lo contemplado en la LF, y colocando en evidencia, esa afirmación que sostuvimos anteriormente de que el eje central del fideicomiso es el fiduciario, al punto de ejercer el Estado un amplio control sobre éste, más del habitual por tratarse de una institución financiera.

Esta manera de normar la actividad del Banco como fiduciario se mantiene en la actual LISB publicada el 08 de diciembre de 2014, ubicando el extensivo listado de obligaciones en su artículo 72.

Las obligaciones del Fiduciario deben ser estudiadas revisando de forma conjunta la LF y la LISB del 2014. Existen obligaciones expuestas en ambas normas que van desde realizar todos los actos que sean necesarios para la consecución del fin del fideicomiso; mantener los bienes fideicometidos debidamente separados de sus demás bienes y de los correspondientes a otros; y rendir cuentas de la gestión al beneficiario por lo menos una vez al año; ésta obligación debe ser entendida de manera mucho más amplia que la expresada en la LF, en virtud de que en paralelo habría que revisar la regulación contenida en la LISB de 2014.

La LISB de 2014 establece un conjunto de obligaciones adicionales o de mayor entidad a cargo del fiduciario en su artículo 72, entre ellas dar cuenta a los fideicomitentes, por lo menos semestralmente, elaborar balances y estados financieros de forma mensual, así como un informe o memoria semestral, el cual colocará a disposición del fideicomitente.

Por otra parte, amplía las prohibiciones aplicables al fiduciario, de lo cual podemos realizar un breve listado, enunciando las que consideramos más relevantes, a continuación:

- i) Otorgar créditos, salvo que se concedan a los beneficiarios o beneficiarías, o cuando se trate de aquellos fideicomisos con recursos provenientes del sector público, siempre que no contravengan las limitaciones establecidas en la citada Ley de Bancos;
- ii) La institución financiera no actuará como fiduciario o fideicomitente con personas naturales o jurídicas vinculadas a la respectiva institución bancaria;
- iii) Otorgar garantías, dar en prenda o establecer cualquier otro tipo de gravamen sobre el fondo fiduciario, sin la expresa autorización del fideicomitente o beneficiario según el caso;
- iv) Emitir títulos, certificados o participaciones con cargo a un fondo fiduciario. Lo que destaca la prohibición de la actividad de titularización;

- v) Adquirir o invertir en obligaciones, acciones o bienes de instituciones con las cuales hayan acordado mecanismos de inversión recíproca;
- vi) Realizar, con recursos provenientes de fondos fiduciarios operaciones de reporto, contratos de mutuos, futuros y derivados;
- vii) Realizar operaciones con empresas o instituciones situadas o domiciliadas en los países de baja imposición fiscal;
- viii) Invertir recursos en otros fideicomisos;
- ix) Suscribir o renovar contratos de fideicomisos con empresas de seguros y/o reaseguros.

En cuanto a la SUDEBAN, de acuerdo con lo que expresamente prevé la Ley, ella puede regular los distintos tipos de negocios fiduciarios, el proceso de constitución, los límites máximos de la totalidad de los fondos fideicometidos con base en el patrimonio del banco fiduciario, auditorías, registros contables, supervisión y control.

Con respecto a la actividad y pronunciamiento de la SUDEBAN en materia de Fideicomiso, encontramos dentro de las Normas que Regulan las Operaciones de Fideicomisos, dictadas por esa misma Superintendencia de Instituciones del Sector Bancario, la Resolución Nro. 083.12 de fecha 31 de mayo de 2012, allí es fijado el límite de fondos fideicometidos en cinco veces el patrimonio del fiduciario, que en nuestro criterio y también el de autores de la doctrina nacional como Morles Hernández<sup>28</sup> en nada colabora con el buen manejo de los fondos fideicometidos, así como tampoco contribuye en proteger los bienes o garantizar que no se vean afectados por el fiduciario, en virtud, de que ya en presencia de un patrimonio separado, los bienes se encuentran aislados, incluso, como ya se hizo mención estos fondos fideicometidos no están reflejados en el balance del fiduciario como activos o pasivo, sino separados en las denominadas cuentas de orden.

Resulta importante que la Superintendencia de Bancos dedique parte de la normativa prudencial en regular con mayor profundidad el uso de las distintas modalidades de fideicomiso, como ejemplo, el fideicomiso de garantía, estableciendo un procedimiento de cumplimiento aplicable de manera supletoria, y el contenido específico que debe presentar el contrato de fideicomiso de garantía, lo cual colaborará en generar mayor confianza en la figura y ayudará a mitigar los posibles riesgos.

---

<sup>28</sup> “El error se extiende hasta el punto de considerar que existe una vinculación proporcional entre el volumen del fondos fideicometidos y el patrimonio separado que tiene el fideicomiso.” Alfredo Morles Hernández, *La Banca* (Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, Primera Edición, 2011), 174.

En lo que respecta al contenido específico de la citada Resolución N° 083.12 de fecha 31 de mayo de 2012, en dicha norma se regulan los siguientes aspectos:

- i) La autorización para actuar como fiduciario, recaudos que deben ser consignados, y exigencias específicas en cuanto al personal y el sistema a usar;
- ii) El contenido de los contratos de fideicomiso, remisión para su evaluación y aprobación, formalidades, aclaración de que el fiduciario no asume riesgo alguno y no podrá garantizar rendimiento, entre otros aspectos;
- iii) Regula las operaciones que debe realizar el fiduciario, además de las establecidas en el contrato, que va desde el monitoreo constante de los riesgos inherentes a cada fideicomiso, optimización de rendimientos, registro y control de los títulos valores, contabilidad sujeta al manual emitido por la SUDEBAN, entre otros;
- iv) Las responsabilidades del fiduciario y las respectivas prohibiciones.

### ***5. Responsabilidad del fiduciario:***

Es menester centrarse en la figura del fiduciario al hablar de fideicomiso, éste se cataloga como figura central al poseer el carácter de propietario de los bienes y la carga obligacional de administrarlos, en principio, hasta llegar a tener el poder de enajenarlos si así se concibió en el fideicomiso.

El fiduciario posee un conjunto de obligaciones, detalladas en la LF y ampliadas en la LISB, en ésta última con más ahínco se consagran tres consideradas las más relevantes del contrato:

- i) Realizar todos los actos que sean necesarios para la consecución del fin del fideicomiso, incluye principalmente la administración y conservación de los bienes, y pueden derivarse de ésta otras actuaciones por parte del fiduciario, las cuales dependerán del propósito del contrato;
- ii) Mantener los bienes fideicometidos debidamente separados de sus demás bienes y de los correspondientes a otros; ya se hizo mención previa de que los bienes fideicometidos no afectan el balance del fiduciario puesto que son contabilizados en las denominadas cuentas de orden. Esta obligación va de la mano con ello, y se reafirma en la LISB, que establece la obligación de llevar una contabilidad separada por cada fideicomiso;
- iii) Según la LF debe rendir cuentas de la gestión al beneficiario por lo menos una vez al año; ésta obligación debe ser entendida de manera mucho más amplia que la expresada en la ley especial, en virtud de que en paralelo

habría que revisar la regulación contenida en la LISB, donde se establece que debe dar cuenta a los fideicomitentes, por lo menos semestralmente, y elaborar balances y estados financieros de forma mensual, así como un informe o memoria semestral, el cual colocará a disposición del fideicomitente.

Por otro lado, el fiduciario es también sujeto de derechos, el primero de ellos está relacionado con su remuneración, como ya se mencionó, el fideicomiso es un contrato oneroso por excelencia, debe entonces ser remunerado, así lo señala el artículo 19 de la LF, que expresa que todo fideicomiso será remunerado, y cuando no se pacte la cantidad o forma de cálculo, lo hará el juez competente no excediendo del quince por ciento de la renta líquida de los bienes fideicometidos.

Además del derecho a la remuneración, en concordancia con el deber del fideicomitente de reembolsar los gastos producto del fideicomiso, es indudable el derecho del fiduciario a que le retribuyan los gastos en que haya incurrido producto de la gestión del fideicomiso. Puede establecerse en el contrato que los gastos serán pagados con el producto de los bienes fideicometidos, y en caso de que éstos no sean suficientes, el remanente será pagado por el fideicomitente.

Esto que podría llamarse un exceso de facultades, propio del negocio fiduciario, donde predomina la confianza, nos lleva a la afirmación que es posible que el fiduciario abuse de su posición, a pesar de las sanciones jurídicas existentes y del encargo de confianza.

A partir de esta afirmación, autores como Ustáriz Forero<sup>29</sup> explican que el sistema jurídico de América Latina, y concretamente en Venezuela, ha establecido lo que la doctrina denomina “cargas de conducta” para el fiduciario, las cuales generarán a su cargo una eventual responsabilidad civil.

Ese poder de administración y disposición sobre los bienes en manos del fiduciario, limitado por un aspecto obligacional, que es la relación contractual entre éste, el fideicomitente y el beneficiario, expone la existencia de responsabilidad civil de parte del fiduciario, al momento de incumplir una obligación legal o contractual que cause un daño. Esta responsabilidad civil en principio es de culpa leve, bajo la premisa que el fiduciario debe actuar como un buen padre de familia, este tipo de responsabilidad exige de manos del obligado una actuación con diligencia y cuidado que los hombres emplearían ordinariamente en sus negocios propios.

Ustáriz Forero<sup>30</sup> desarrolla que la responsabilidad civil puede provenir del in-

<sup>29</sup> Ustáriz, «Ideas en torno a la responsabilidad...», 481.

<sup>30</sup> Ustáriz, «Ideas en torno a la responsabilidad...», 492-493.

cumplimiento de las obligaciones preexistentes o dentro del marco contractual del fideicomiso, o producto de alguna modalidad de incumplimiento delictual o extracontractual, es decir, no solo hablamos del incumplimiento de obligaciones propias del contrato que constituye el fideicomiso, sino además, de la existencia de obligaciones de ley, que siendo incumplidas hacen recaer sobre el fiduciario responsabilidad civil.

Al momento del estudio de la responsabilidad civil, es importante hablar del alcance de las obligaciones del fiduciario, de la culpa contractual, la existencia de un daño y el nexo entre estos últimos dos elementos.

Partimos de la premisa de que las obligaciones del fiduciario son en líneas generales de medio, pero esto no es limitante, por lo tanto, también existirán algunas obligaciones de resultado, apoyado este criterio por Rodríguez Azuero<sup>31</sup> quien argumenta que las obligaciones son de medio, sosteniéndose de la prohibición del fiduciario de garantizar capital o rendimientos en los fideicomisos, tal como lo establece la LISB.

No obstante, dentro del catálogo de labores que debe realizar el fiduciario según lo pactado en el contrato, hay gestiones de administración, realización de pagos, y demás tareas, que intrínsecamente son obligaciones de resultado. Señala Ustáriz Forero<sup>32</sup> que esta distinción es relevante al momento de determinar el objeto de la prueba por parte de la víctima, a los fines de obtener su indemnización o resarcimiento, haciendo el siguiente desglose:

- i) Para las obligaciones de medio la víctima debe probar la negligencia, imprudencia o en general, una desviación de la conducta del fiduciario (insuficiencia de medios), según lo establecido en el artículo 1270 del Código Civil, en concordancia con el artículo 72 de la LISB;
- ii) Mientras en las obligaciones de resultado de conformidad con el artículo 1271 del Código Civil, bastaría con probar la no obtención del resultado prometido (ausencia de resultados).

Sobre la culpa contractual, ésta es necesaria para la responsabilidad contractual, partiendo del principio de que todo aquel que produce un daño tiene la obligación de repararlo. La doctrina es armónica en señalar que la responsabilidad es por culpa leve, y que basta que el fiduciario pruebe que ha actuado con diligencia y cuidado, como un buen padre de familia. En conjunto con la existencia de culpa, debe comprobarse

---

<sup>31</sup> “...No es menos cierto que numerosas obligaciones instrumentales o accesorias, como las de hacer inventario o rendir cuentas son de resultado, y que adicionalmente son muchos los negocios que, en la práctica, en especial en la denominada fiducia de administración, se traducen en claras obligaciones de resultado a cargo de los fiduciarios...” Sergio Rodríguez Azuero, *La Responsabilidad del Fiduciario* (Medellín, Biblioteca Jurídica Dike, 1997), 81.

<sup>32</sup> Ustáriz, «Ideas en torno a la responsabilidad...», 499.



el daño, y existir una relación de causalidad entre ambos, no basta con verificar que hubo incumplimiento de una obligación, sino que además, se hace necesario verificar si existió culpa en ello.

La esencia en la determinación de la responsabilidad civil del fiduciario parte inicialmente de comprender que la mayoría de las obligaciones en cabeza de éste, son de medio, que si bien existen servicios que calzan dentro de las llamadas obligaciones de resultado, en la vida del fideicomiso, la gestión del fiduciario va por el carril de las obligaciones de medio. Asimismo, coincide la doctrina en hablar del buen administrador o administrador diligente, a pesar del retroceso legislativo en la actual LISB, que hace alusión al concepto de buen padre de familia, cuando ya la LF había marcado un avance con el concepto de Administrador Diligente.

El concepto de buen padre de familia queda obsoleto para este caso, es decir, no se trata únicamente de las labores que emplea un hombre para cuidar sus negocios, la premisa es más amplia ya que estamos en presencia de un profesional con experticia en la administración de fondos, quien colocará en ello los conocimientos adquiridos en su principal actividad que es la intermediación financiera y demás servicios bancarios, en conclusión un buen administrador o administrador diligente, como ya estableció en su momento la LF.

Lo antes expuesto, debe tomarse en cuenta al momento de estudiar la existencia de culpa leve, el tipo de obligación sobre la cual pudo haber incurrido en incumplimiento el fiduciario, en su mayoría de medio o de resultado, estudiando la prueba que deberá mostrar la víctima, lo que nos conducirá a la evaluación y pronunciamiento de si estamos en presencia o no de responsabilidad civil por parte del fiduciario.

## **CONCLUSIONES**

Como mencionamos en la introducción y pudimos evidenciar a lo largo del presente artículo, el fideicomiso en nuestro país constituye uno de los contratos bancarios típicos, al ser un ícono de las operaciones bancarias neutras.

Una de las ventajas más notables del fideicomiso, se encuentra en la posibilidad de constituirse sobre toda clase de bienes, salvo aquellos que sean por disposición legal estrictamente personales del titular, esta expresión amplia incluye bienes tangibles o intangibles, bienes futuros, bienes inmateriales, tal es el caso de los derechos de autor, la clásica clasificación entre bienes muebles e inmuebles, así como acciones, facturas, fondos de comercio, obligaciones, bienes muebles por su naturaleza, todos aquellos que puedan tener un valor económico y puedan ser transferibles, de allí que sea uno de los contratos dentro de las operaciones neutras mayormente utilizadas por la banca en Venezuela.

Tal como se puede apreciar de la legislación vigente en nuestro país, el fideicomiso puede ser tenido como un traje a la medida, el cual se ajusta a cualquier tipo de circunstancias, hasta las más variadas y complejas.

Además, permite satisfacer un sinnúmero de necesidades que el legislador no ha atendido en otras figuras, fungiendo como molde de cualquier relación contractual lícita. Puede atender la necesidad de garantizar el pago de la educación de un familiar, la construcción de una obra, la realización de determinados pagos, la compra de un bien o conjunto de bienes siendo una opción distinta al uso del contrato de opción de compra venta, incluso ante la preocupación por la buena gestión del Estado, éste último utilizaba la herramienta del fideicomiso en los casos de construcción de obras públicas o adquisición de bienes para servicio público, permitiendo esta herramienta controlar el proyecto y evitando la no ejecución del presupuesto.

## BIBLIOGRAFÍA

- Carregal, Mario, *Fideicomiso, Teoría y Aplicación a los Negocios*. (Buenos Aires, Editorial Heliasta S.R.L., 2008).
- Crazut, Ramón, *La Legislación Financiera Venezolana y la Crisis Bancaria de 1994* (Caracas, Academia Nacional de Ciencias Económicas, 2000).
- Goldschmidt, Roberto, *El Fideicomiso en la reciente legislación venezolana*. (Montevideo, 1957).
- Goldschmidt, Roberto, *Proyecto de la Ley de Fideicomisos con su Exposición de Motivos*, (Caracas, 1956).
- Kiper, Claudio y Lisoprawski, Silvio, *Teoría y Práctica del Fideicomiso* (Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1999).
- Morles Hernández, Alfredo, *La Banca* (Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, Primera Edición, 2011).
- Rodríguez Azuero, Sergio, *La Responsabilidad del Fiduciario* (Medellín, Biblioteca Jurídica Dike, 1997).
- Rodríguez Azuero, Sergio, *Negocios Fiduciarios: Su Significación en América Latina* (Bogotá, Editorial Legis, 2005).
- Santos Rojas, Atilio, *El Fideicomiso, Fiducia o Trust en América* (Caracas Ediciones Libra).
- Turuhpial Cariello, Héctor, «El Fideicomiso», *Contratos Bancarios*, Volumen I. (Caracas, 1999).
- Ustáriz Forero, Nasly, «Ideas en torno a la responsabilidad civil del fiduciario de los fideicomisos bancarios en Venezuela», en Libro Homenaje a Clarisa Sanoja de Ochoa (Caracas, Universidad Católica Andrés Bello 2013).

Vegas Rolando, Nicolás, *El Fidecomiso en Venezuela*. (Caracas, Ediciones y Distribuciones Magon, 1979).

Superintendencia de Instituciones del Sector Bancario. *Balance General de Publicación al 30/04/2020*, acceso 06 de julio de 2020, <http://sudeban.gob.ve/>