



CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES DEL SEMINARIO
SOBRE EL FIDEICOMISO BANCARIO Y SU UTILIZACION
COMO MECANISMO DE FINANCIAMIENTO DEL DESARROLLO,
QUE CON EL PATROCINIO DE LA ASOCIACION
LATINOAMERICANA DE INSTITUCIONES FINANCIERAS
DE DESARROLLO (ALIDE) Y DEL BANCO SANTAFESINO DE
INVERSION Y DESARROLLO, SE CELEBRO EN LA CIUDAD
DE ROSARIO, ARGENTINA DEL 6 AL 10 DE JUNIO DE 1983

CARLOS A. AROCHA MORTON

Me parece interesante dar a conocer los resultados de este Seminario al que asistí como expositor, porque incluyen algunas preocupaciones válidas para México que, no obstante ser el líder en latinoamérica —tanto en legislación como en experiencia— tiene sin embargo, importantes tareas que realizar en materia de fideicomiso, más aún considerando la nacionalización de la banca.

1. Es necesario conocer que difícilmente será posible alcanzar en los próximos años los niveles de crecimiento experimentados por América Latina en la década de los sesenta. El actual contexto económico plantea, desde algunos años atrás, un significativo endurecimiento de los flujos de recursos destinados a financiar proyectos y programas de desarrollo. A esa situación se agrega ahora el problema de la deuda externa y la crisis del sistema monetario y financiero internacional que afectan las corrientes de capitales privados, tanto en materia de préstamos como de inversiones directas.

2. En el plano nacional, los gobiernos han orientado sus políticas al manejo de los difíciles problemas del ajuste, frente a una preocupación predominante por continuar el impulso al desarrollo que se ve afectado por el entorno internacional en que les toca desenvolverse.

3. Es indudable que la Banca de Desarrollo en ese contexto no podrá actuar en la misma forma que en décadas pasadas, pues deberá intentar resolver sus operaciones ante el conflicto que se le plantea por la limitación en la cantidad y el costo de sus recursos y la necesidad de atender el financiamiento de programas de alta prioridad para el desarrollo social y el servicio a sujetos de crédito de capacidad económica limitada, como es el caso de las pequeñas y medianas empresas.

4. Para cumplir con esos objetivos y resolver en parte ese conflicto, la Banca de Desarrollo se encuentra ante la necesidad de adoptar políticas y estrategias nuevas, que no signifiquen desnaturalizar la función fundamen-

tal para la que fue creada, pero sí encontrando nuevas vías que sean practicable para alcanzar sus objetivos dentro de las limitaciones que se observan, muchas de las cuales se mantendrán todavía en el mediano y largo plazo con perspectivas muy modestas de cambios significativos.

5. Ante este reto que se plantea a la Banca de Desarrollo se deberá definir qué tarea le corresponde y cómo dar respuesta a los requerimientos actuales mediante una nueva función, un modelo distinto que supone una política explícita y exclusiva para la Banca de Desarrollo, a través de una integración y complementación global para: promover oportunidades de inversión, ser más selectivas en la financiación de los proyectos, buscar nuevas formas de movilización de recursos no ligados exclusivamente a su función de intermediación financiera en sentido estricto, reforzar las funciones y servicios no financieros tales como la asistencia técnica y las actividades de pre-inversión, y, en general, diversificando sus servicios para configurar un rol catalítico de estímulo al desarrollo a través de mecanismos, instrumentos y operaciones no ligadas necesaria ni exclusivamente al otorgamiento de tasas de interés subsidiadas.

6. Para no pocas de las acciones que será necesario cumplir dentro de este concepto nuevo de Banca de Desarrollo, la institución del Fideicomiso constituye un mecanismo e instrumento sumamente apropiado y flexible. La administración de recursos de origen oficial para fines específicos de desarrollo; la canalización del ahorro interno a finalidades de desarrollo; la movilización de inversiones externas en que se combinen aportes de capital y tecnología; la separación de porciones de cartera correspondiente a operaciones de naturaleza específica; el establecimiento de fórmulas de cooperación financiera horizontal en el ámbito de la banca pública y privada; el establecimiento de mecanismos de garantía que sustituyan a los de carácter convencional en los casos que estos últimos se hagan de difícil aplicación para viabilizar proyectos de inversión que merezcan una calificación favorable, a través del Fideicomiso, son, entre otras, algunas de las posibilidades que ofrece esta institución fiduciaria a la Banca de Desarrollo con mayor ventaja sobre otros mecanismos que no están dando respuestas adecuadas en los momentos actuales.

7. El Fideicomiso es una institución jurídica que supone la transferencia de un conjunto de bienes, derechos o recursos hecha por el "Fideicomitente" con el propósito que el "Fiduciario" cumpla una determinada finalidad, en beneficio del mismo constituyente o de un tercero.

8. La llamada "Propiedad o dominio fiduciario" se constituye con determinados bienes y se caracteriza por ser un patrimonio afectado exclusivamente al cumplimiento de una finalidad lícita determinada por el Fideicomitente. Esta particularidad, que es natural del Fideicomiso, hace que los bienes se sustraigan a las vicisitudes propias de las actividades de los intervinientes. La estructura finalista de este negocio o acto jurídico hace que todo se oriente a la consecución del objetivo señalado, y la especial titularidad de los derechos que tiene el Fiduciario, permiten que, en la práctica, no sólo se tenga certeza sobre la obtención de los fines, sino que ellos puedan lograrse a

través de medidas de gran elasticidad, en el marco del ordenamiento jurídico vigente o innovándolo.

9. El Fideicomiso, de acuerdo a las experiencias examinadas, ha servido de soporte para la realización de los más variados fines, públicos o privados. En el campo financiero, incluye la administración de fondos de desarrollo, tales como los manejados por entidades internacionales, Bancos centrales, organismos especializados de fomento o la banca comercial. Países como Colombia, México y Venezuela, muestran numerosas y comprobadas experiencias positivas en su realización, por lo que es aconsejable promover la adopción del Fideicomiso Bancario en los demás países latinoamericanos, para contribuir a afrontar en mejores condiciones el manejo de recursos necesarios para nuestro desarrollo.

10. Como cualquier otra institución jurídica, la utilización del Fideicomiso bancario puede tener resultados positivos o negativos, de acuerdo a su aplicación. Operado eficientemente, tiene efectos dinamizantes sobre los sistemas financieros, al incorporar un nuevo mecanismo de captación y colocación de recursos con la finalidad de impulsar sectores prioritarios de la economía. En todo caso, los respectivos mecanismos de supervisión y control deberán velar para que no se generen, directa o indirectamente, distorsiones que atenten contra los fines predeterminados y el logro de la estabilidad económica del país.

11. Para cumplir con la recomendación de elaborar un proyecto uniforme de Ley sobre Fideicomiso bancario que preparará ALIDE, respetando los ordenamientos legales de cada país, será necesario se contemplen, entre otros, los siguientes aspectos:

- a) *Caracterización del instituto*, atribuyéndole naturaleza contractual, como Fideicomiso "expreso", para diferenciarlo del "trust".
- b) *Partes intervinientes*, con la clara indicación de que el Fiduciario debe ser un Banco o entidad financiera calificada y autorizada para tal efecto, sometidos a un especial control estatal.
- c) *Naturaleza de patrimonio especial vinculado directamente a un sujeto* y atribuida a los bienes afectados al cumplimiento de la finalidad y los efectos de su creación frente a terceros.
- d) *Forma de celebración* que ha de ser por escrito y solemne, cuando la naturaleza de los bienes lo exija, así como con los requisitos de publicidad que, sin violentar el secreto bancario, noticien adecuadamente a los terceros sobre su constitución, naturaleza y cuantía de los negocios realizados.
- e) *Determinación del plazo del negocio*, consagrando excepciones que permitan la constitución de fideicomisos sin plazo para finalidades de utilidad pública o de interés común.
- f) *Causales de finalización* del negocio y normas sobre renovación o modificación.
- g) *Responsabilidad del Fiduciario* frente al Fideicomitente, a los Fideicomisarios y a los terceros con los cuales contrate.

- h) *Normas sobre la organización administrativa* y las particulares condiciones que deben llenar los funcionarios que se ocupen directamente del manejo de los fideicomisos, de cuya gestión, en todo caso, responderá siempre el Fiduciario.
- i) *Regulación de los efectos fiscales y laborales* que surgen, y puedan surgir de la existencia de un patrimonio especial.
- j) *Consagración de normas sobre la anulación e ineficacia del negocio* cuando llegare a producirse un fraude que afecte intereses de terceros.
- k) *Normas relativas al funcionamiento de comités técnicos*, delegados fiduciarios generales y especiales, y gerentes y directores de fideicomisos.
- l) *Normas y disposiciones sobre autovigilancia* y auditoría interna que permitan una información financiera periódica.
- m) *Límites al monto de las operaciones* que se considere conveniente establecer, ya sea por acciones derivadas o que sean objeto del Fideicomiso, en relación con el monto de las actividades, capital o patrimonio del propio Fideicomiso, o bien en relación con los programas, planes y presupuestos debidamente aprobados por los órganos de administración competentes.

12. De acuerdo a sus finalidades el Fideicomiso podrá ser:

- a) Fideicomiso oficial o público: si se realizan operaciones con recursos de origen oficial o que genera o avala el Estado. Las operaciones se podrán orientar, a través de Fideicomisos de inversión, Fideicomisos de fomento, etc.
- b) Fideicomiso privado: si las operaciones se efectúan exclusivamente entre particulares, de carácter bilateral o colectivo. Las operaciones se podrán efectuar mediante Fideicomisos de administración, Fideicomisos de garantía, Fideicomisos de inversión, testamentarios, etc.

13. El Fideicomiso Bancario, así descrito, ya sea público como privado, a través de los Fondos de Coinversión podría atenuar algunos de los efectos de la crisis mundial que nos afecta y adquirir especial significado por su efecto integrador. Al facilitar la asociación de inversionistas de diferentes países latinoamericanos y contribuir, a la larga, a una más amplia circulación de capitales dentro de la región, permitirá diversificar los riesgos como elemento clave para generar confianza y estimular la inversión de capitales de origen latinoamericano en la propia región, evitando la fuga de dichos capitales, integrando mercados e impulsando el comercio intrarregional.

14. Las experiencias realizadas tanto en Argentina como en otros países de la región cuyo ordenamiento legal responde a la misma raíz del derecho romano, indican que es posible utilizar el Fideicomiso bancario sin que sea necesario variar fundamentalmente el ordenamiento legal vigente, sino do-

tarlo de una mínima base legal que le conceda la seguridad jurídica requerida, especialmente con referencia al sujeto fiduciario y a la aplicación concreta de los objetivos del Fideicomiso.

15. De acuerdo a las experiencias expuestas sobre la aplicación del Fideicomiso bancario en la Argentina, se debe partir de la convicción que el Derecho debe ser interpretado para que esté al servicio de la Sociedad. Dicha interpretación deberá ser leal, buscando un fin lícito que permita una solución, que aunque no esté prevista por la ley sino se opone a ella ofrezca una salida a las limitaciones que estamos moralmente obligados a superar.

16. Por la constitución del Fideicomiso los bienes se independizan del patrimonio propio del Fideicomitente e ingresan por estatus especial al patrimonio del Fiduciario y lo resguardan de las vicisitudes que puedan afectarlo y su estructura finalista garantiza el cumplimiento de la voluntad del constituyente. Para ello, el Fiduciario tiene que ofrecer confianza y preservar el dominio del encargo que le fue confiado, sometiéndose a todos los controles que se consideren apropiados, ya que la transferencia del dominio que se le hizo no es de libre disposición.

17. Por esas consideraciones, se concluye que en el Fideicomiso el Fiduciario deberá ser un banco o institución financiera calificada y debidamente autorizada que garantice la administración del encargo en condiciones particularmente revestidas de seguridad y eficacia, como requisito indispensable para la cabal obtención de las finalidades que se persiguen.

18. Las indudables ventajas que ofrece el Fideicomiso, a la luz de las experiencias conocidas y de las dificultades que las limitaciones para su utilización plantean, como fue comprobado en el caso de COFIRENE, demuestran la urgencia de poner en práctica este mecanismo. A ese efecto, es de especial interés contar con un instrumento o dispositivo legal lo suficientemente amplio que resulte apropiado para el eficaz cumplimiento de la función que le corresponde a la Banca de Desarrollo en las actuales circunstancias.