



**UNIVERSIDAD CENTROAMERICANA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS**

**Régimen Jurídico del Contrato de Fideicomiso en  
Nicaragua a la Luz del Derecho Comparado**

**Trabajo para obtener el Título de Licenciadas en Derecho**

**Autoras: Lizbeth María Morales Mena  
María Anielka Alemán Rocha  
Tutora Académica: Fanny Carolina Reyes Castillo**

**Managua, Nicaragua  
15 de Noviembre de 2012**

## **DEDICATORIA**

**Dedicamos esta Tesis, a nuestro Dios y Padre Celestial, por darnos la oportunidad de culminar nuestros estudios profesionales, por darnos la sabiduría y el entendimiento para lograr concluir con éxito.**

**Nuestro especial agradecimiento a nuestra familia, por el apoyo incondicional brindado y por sus palabras de aliento en los momentos más difíciles.**

# INDICE GENERAL

Páginas

## I. Categorías básicas del fideicomiso

### 1. Concepto de Fideicomiso

- 1.1 Etimología y significado gramatical
- 1.2 Concepto Doctrinal

### 2. Antecedentes históricos del fideicomiso

- 2.1 El Fideicomiso en el Derecho Romano
  - 2.1.1 La Fiducia
  - 2.1.2 Fiducia *cum creditore* o fiducia de garantía
  - 2.1.3 La fiducia *cum amico* o encargo de confianza
  - 2.1.4 *Fideicommissum*
- 2.2 El fideicomiso en el Derecho anglosajón
- 2.3 Diferencias entre el Fideicomiso romano y el *Trust* anglosajón
- 2.4 Distinción de algunas figuras jurídicas similares al fideicomiso
  - 2.4.1 Propiedad fiduciaria
  - 2.4.2 El *Trust*
  - 2.4.3 Negocios fiduciarios
  - 2.4.4 Encargos fiduciarios de confianza
  - 2.4.5 El fideicomiso o fiducia mercantil
- 2.5 Antecedes legales del Contrato de Fideicomiso en Nicaragua
- 2.6 El Contrato de Fideicomiso en la Actualidad

### 3. Naturaleza Jurídica del fideicomiso

- 3.1 Teoría del mandato irrevocable
- 3.2 Teoría del contrato y negocio fiduciario
- 3.3 Teoría del Acto Unilateral

3.4 Nuestra opinión sobre la Naturaleza Jurídica  
del Contrato de Fideicomiso

#### **4. Características generales y especiales del fideicomiso**

4.1 Características generales del fideicomiso

4.2 Características especiales del fideicomiso

## **II. Regulación Jurídica del Contrato de Fideicomiso en Nicaragua**

### **2. Presupuestos del contrato de fideicomiso**

2.1 Presupuesto Real

2.2 Presupuestos personales o naturales

2.2.1 Fideicomitente

2.2.2 Fiduciario

2.2.3 Fideicomisario

2.3 Elementos esenciales del contrato

2.3.1 Consentimiento

2.3.1.1 El objeto en el contrato de fideicomiso

2.3.2.2 El patrimonio Fideicometido

2.3.3 Causa

2.3.2.3 Teoría Clásica

2.3.2.4 Teoría subjetiva

2.3.2.5 Teoría Objetiva

2.3.2.6 Teoría Sincrética

2.3.3 Forma

2.3.4 Formalidades *ad substantiam* o  
*ad solemnitatem*

2.3.4.2 Formalidades *ad probationem*

2.3.4.2 La forma en el Código Civil  
Nicaragüense

2.4 Presupuestos accidentales: condición,  
Termino y modo

### **3 Teorías de la transmisión de la propiedad**

3.1 Derechos reales de la propiedad y la propiedad del fideicomiso<sup>1</sup>

3.2 El patrimonio autónomo del fideicomiso

#### **4 Obligaciones derivadas del contrato de fideicomiso**

4.1 Del Fideicomitente

4.2 Del fiduciario

4.3 Fideicomisario

#### **5. Modalidades del fideicomiso**

5.1 Fideicomiso de Administración

5.2 Fideicomiso de garantía

5.3 Fideicomiso de Seguro de Vida

5.4 Fideicomiso de Inversión

5.5 Fideicomiso de Pensiones y Jubilaciones

5.6 Fideicomiso testamentario

5.7 Fideicomisos de desarrollo

5.8 Fideicomiso inmobiliario

5.9 Fideicomiso del gobierno

### **III. Limitaciones Jurídicas del Contrato de Fideicomiso en Nicaragua**

#### **3.1 Prohibiciones de la empresa fiduciaria**

3.1.1 Negocios fiduciarios secretos

3.1.2 Fideicomisos sucesivos

3.1.3 Los celebrados a más de cierto tiempo

3.1.4 Otros tipos de fideicomisos prohibidos

#### **3.2 Nulidad del Fideicomiso**

**3.2.1** Nulidad absoluta de los contratos

3.2.1.1 Causas de Nulidad Absoluta

3.2.1.2 Causas de Nulidad Relativa o anulabilidad

3.2.1.3 Efectos de la declaración de nulidad y anulabilidad

3.3 Plazo de vigencia del fideicomiso

**Conclusiones**

**Recomendaciones**

**Referencias bibliográficas**

## **Glosario según la ley 741**

**FIDEICOMISO:** Operación en virtud de la cual el fideicomitente transmite la titularidad sobre un bien o conjunto de bienes o derechos determinados al fiduciario, quien se obliga a administrarlos a favor del beneficiario y transmitirlos al fideicomisario o al fideicomitente cuando se cumpla con un plazo, condición u otra causa de extinción de la obligación.

**FIDEICOMITENTE:** Persona que constituye el fideicomiso, la cual transmite o se obliga a transmitir los bienes o derechos necesarios para el cumplimiento de sus fines, transmitiendo su titularidad al fiduciario.

**FIDUCIARIO:** Persona natural o jurídica a la que se le transmite la titularidad de los bienes o derechos fideicometidos y se encarga de la ejecución de lo acordado en el contrato de fideicomiso para la consecución de sus fines.

**FIDEICOMISARIO:** También denominado beneficiario, es la persona a la que están destinados los derechos, frutos y beneficios obtenidos de la ejecución del fideicomiso.

**FIDUCIA:** En el Derecho Romano, contrato traslativo de la propiedad de una cosa al acreedor, por la mancipación o cesión judicial de la misma, con la promesa que el acreedor hacía de restituir la cosa luego que hubiere sido pagada.

**PERSONA:** Persona natural o jurídica, sea esta nacional o extranjera, privada, pública o mixta, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones respecto a la operación regulada por la presente Ley.

**SECURITIZACIÓN:** Consiste en la emisión de títulos valores (del inglés “*securities*”) para cuyo repago se han afectado créditos o bienes. El sistema permite movilizar créditos y activos, descontando al inicio (mediante la colocación

de los títulos emitidos) un flujo de fondos futuro, que se generará con la realización de los bienes –créditos o cosas- que constituyen el fondo afectado a la garantía.



## Introducción

Finalmente Nicaragua cuenta con una ley sobre el contrato de fideicomiso. Sin duda es una noticia merecedora de realizar énfasis, y sobre todo discutir. Indudablemente el fideicomiso es una herramienta económicamente útil y jurídicamente interesante que ratifica nuevas formas de inversión y promete introducir una dosis importante de dinamismo al obsoleto sistema de garantías nicaragüense; así como en la administración de patrimonios, procesos de privatizaciones estatales, canalización de inversiones públicas y privadas, solución de crisis empresariales, y, más recientemente, como securitización de carteras.

Si bien es cierto, antes que la Asamblea Nacional aprobara la ley No. 741 “Ley sobre el contrato de fideicomiso” en Noviembre de 2010, usted podía confiar sus bienes en fideicomiso a un tercero en virtud de la libertad contractual avalada por nuestro Código Civil, solo una legislación especial puede dar vida a los mecanismos que revisten al fideicomiso de sus características distintivas. Dentro de estas características destacamos la posibilidad de aislar bienes, flujos de fondos, negocios y derechos, ya sean estos presentes o futuros, en un patrimonio independiente y lejos del alcance de los acreedores del fideicomitente o del fideiduciario. Esta burbuja protectora alrededor de los bienes objeto del fideicomiso no podía tener efecto contra terceros antes de la aprobación de la ley No. 741.

Con el presente trabajo pretendemos dar a conocer, como estos contratos fueron concebidos para brindar seguridad a las partes; algunos otros, como el fideicomiso, nacieron de relaciones contractuales que tienen origen en la confianza de una parte con la otra; sin embargo lo que se pretendía, era encontrar mejores formas para desarrollar optimizadamente los beneficios que se pueden obtener de los negocios de capital, procurando adecuar esas nuevas formas de explotación comercial a las figuras jurídicas existentes.

El presente trabajo tiene como tema abordar el régimen jurídico del contrato de fideicomiso en nuestro país, para lo cual haremos uso del Derecho comparado. En base a esta finalidad estudiaremos otros presupuestos en relación al fideicomiso.

Nuestro trabajo se encuentra estructurado en tres capítulos; en el primer capítulo, abordamos las “Categorías básicas del fideicomiso”, esto nos permite tener un conocimiento cierto acerca de esta figura, que para nuestro entender es nueva, no solo como figura jurídica sino también como una forma de explotación del comercio nacional. Y para eso, es importante hacer una pequeña reseña de sus antecedentes históricos, mismos que se originan en Roma, para luego hacer una breve comparación entre el fideicomiso Romano y el *Trust* Anglosajón. Además, abordamos algunas figuras que son afines al fideicomiso, distinción entre ambas figuras, así también estudiaremos las teorías relacionadas a la naturaleza jurídica del fideicomiso para así poder emitir nuestro criterio en relación al mismo..

En el segundo capítulo con el tema: La Regulación Jurídica del Contrato de Fideicomiso en Nicaragua, que con la aprobación de la norma que lo regula ha permitido el desarrollo de nuevos negocios jurídicos en el país, de manera tal, que abordaremos los presupuestos legales; teorías de transmisión de la propiedad, obligaciones derivadas del contrato de fideicomiso y culminando este capítulo con la mención y conceptualización de los diferentes tipos de fideicomisos que se pueden realizar en nuestro país.

Posteriormente, en el capítulo tercero nos ocuparemos de las limitaciones que tiene esta figura para que pueda desarrollarse plenamente, abordaremos las diferentes obligaciones que surgen del contrato de fideicomiso, sus prohibiciones, así como las causales de nulidad de dicho contrato como negocio jurídico.

Este trabajo constituye un aporte a las ciencias jurídicas, ya que haremos un breve análisis jurídico sobre una figura poco conocida en nuestro derecho. La investigación se centra, en la Regulación Jurídica de este tipo de contrato de

fideicomiso, y para eso realizamos el método de argumentación, lectura crítica de Leyes, códigos, las normativas vigentes que regulan el contrato de fideicomiso, así como, doctrina y jurisprudencia de países Latinoamericanos.

## **Justificación de la relevancia del problema escogido**

El fideicomiso en Latinoamérica ha demostrado ser de gran utilidad, sobre todo en lo concerniente a la administración de patrimonios, procesos de privatizaciones estatales, canalización de inversiones públicas y privadas, solución de crisis empresariales, constitución de garantías y, más recientemente, como secularización de carteras.

El fideicomiso en nuestro país es relativamente nuevo y por lo tanto poco conocido o practicado en la actualidad. Su regulación la encontramos en la ley 741, denominada “Ley sobre el contrato de fideicomiso”, aprobada el cuatro de noviembre de 2010 y publicada en La Gaceta, Diario Oficial, el 19 de enero de 2011.

Para entender claramente la figura del fideicomiso es necesario determinar su naturaleza jurídica y por ello nos hemos planteado hacer un análisis de esta institución jurídica que parece ser muy flexible, pues tiene una amplia variedad de objetivos, tales como permitir la conservación del patrimonio en las familias, propiciar la circulación de la riqueza a través de diferentes medios, como son el dinero, títulos valores, bienes muebles e inmuebles, así como derechos y la constitución de garantías cubiertas por hipoteca.

## **Objetivos generales**

Analizar las normas vigentes que regulan el contrato de fideicomiso en Nicaragua y ámbito de aplicación.

Evaluar los diferentes factores que han restringido el desarrollo del fideicomiso en Nicaragua para hacer nuevos planteamientos en aras de maximizar esta figura jurídica en el desarrollo de negocios jurídicos con inversiones nacionales y extranjeras.

## **Objetivos específicos**

- Analizar el contrato de fideicomiso en la legislación nicaragüense, doctrina y derecho comparado.
- Determinar la regulación jurídica del Contrato de Fideicomiso en Nicaragua
- Detectar las limitaciones que afectan al contrato de Fideicomiso en Nicaragua.
- Analizar las ventajas que ha representado el fideicomiso en otras legislaciones.

## **Marco conceptual o marco teórico**

La figura del fideicomiso en Nicaragua ha tenido poco desarrollo, tanto así que no existe doctrina, ni jurisprudencia que haga relación al tema. Esto se debe a que esta institución legal es de reciente data (Ley 741 aprobada el 4 de noviembre de 2010 y publicada el 19 de enero de 2011; Reglamento de la ley 741, Decreto 69-2011, aprobado el 16 de diciembre de 2011 y publicado el 18 de enero de 2012).

El fideicomiso latinoamericano encuentra su raíz más próxima en el *trust* desarrollado en los Estados Unidos de América. Al respecto Roberto Goldschmidt (1958) en su obra "Fideicomiso Comparado" destaca que "la contribución más

característica y más valiosa proporcionada por el derecho angloamericano a la teoría general del derecho, ha sido el fideicomiso (*trust*).”

La esencia del *trust* de significar una relación fiduciaria con respecto a bienes, sujetando a la persona que dispone de la posesión de los mismos a deberes y obligaciones de equidad para utilizarlos en beneficio de otra persona, lo cual surge como resultado de la manifestación de crearlo, ha complicado enormemente a los autores y abogados latinoamericanos. Y la situación obedece a la distinción conceptual anglosajona del “*legal ownership*” y “*equitable ownership*”, no encuentra un sustento en el derecho civil que es una herencia del derecho romano.

En América Latina, Alfaro, R. J. jurista y estadista panameño fue su principal propugnador. Alfaro fue el autor de la ley panameña de fideicomisos del año 1925, reformada en 1941. Se sostiene que su trabajo influyó notablemente en la introducción del fideicomiso en México en 1926, aunque uno de los redactores de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de México, que vendría luego en 1932, reconoce la influencia de las ideas de Pierre Lepaulle, quien fuera doctor en derecho y profesor de la Universidad de Harvard (Alfaro R. J. 1924).

Históricamente hablando, Panamá es el segundo país en haber adoptado una ley de fideicomiso, después de México, que fue la de 1925 sustentada en el proyecto preparado por Ricardo Alfaro. Posteriormente, en 1928, la institución sería recogida también por Puerto Rico. En Panamá, su ley vigente es la No. 1 del 5 de enero de 1984, promulgada en la Gaceta Oficial No. 19.971 del 10 de enero de 1984 (González, & Asociados, 1984)

Por su parte, la legislación hondureña recoge la institución del fideicomiso en su Código de Comercio, sub-sección cuarta (16 de febrero de 1950), sujetándose también a las resoluciones que expida el Banco Central de Honduras (Arto. 45 de la Ley del Sistema Financiero, DL No. 170-95 de 31 de octubre de 2005, vigente

desde el 16 de noviembre de 1995). Se atribuye al autor español (Rodríguez, 1838) la elaboración de la legislación de Honduras en materia de fideicomiso.

Por su parte Colombia ha sido un país que influyó notablemente en las legislaciones del cono sur. Los antecedentes de su legislación se encuentran en 1923, cuando a partir de la misión Kemmerer, se expidió la Ley 45 que preveía al igual que muchos otros países latinoamericanos las secciones de mandato o fiduciaria (Grohmann 1822-1833).

El fideicomiso es una figura compleja que combina un negocio real de transmisión de una cosa o bien, con un negocio obligacional cuyo fundamento es la atenuación de los efectos de aquella transmisión. Cada uno de estos diferentes negocios produce sus propios efectos. Nos hallamos pues, frente a un negocio complejo que resulta de la unión de otros dos negocios distintos que se vinculan entre sí antagónicamente, por un lado un contrato real (transmisión de la propiedad o del crédito de modo fiduciario) y por el otro un contrato obligatorio negativo *opactum fiduciae* (obligación del fiduciario de hacer sólo un uso limitado del bien adquirido, para restituirlo luego al transmitente o a un tercero por aquel indicado) (Grohmann 1822-1833).

Es de acuerdo a todo lo anteriormente relacionado que nos proponemos analizar las normas vigentes que regulan el contrato de fideicomiso en Nicaragua a la luz del derecho comparado, además determinar su naturaleza jurídica y ámbito de aplicación. También haremos una evaluación de los diferentes factores que han restringido el desarrollo del fideicomiso en Nicaragua para hacer nuevos planteamientos en aras de maximizar esta figura jurídica en el desarrollo de negocios jurídicos con inversiones nacionales y extranjeras.

## **Diseño metodológico de la investigación**

- a. Búsqueda, selección y lectura crítica de Leyes, códigos, normas sobre el Fideicomiso en Nicaragua.
- b. Comparación y consulta de doctrina y legislación internacional, principalmente en los países de México, Argentina, Colombia y Perú.
- c. Argumentación de criterios conclusivos y recomendaciones que pueden ser retomadas en la ley nacional en relación al fideicomiso.



## **I. Categorías básicas del fideicomiso**

### **1. Concepto básico del Fideicomiso**

#### *1.1. Etimología y significado gramatical*

En el origen de la palabra “fiduciario”, proviene del latín: fiducia, que español significa “confianza” y “fideicomiso”, su origen es también del latín “*fideicommissum*”: *fides*, “fe” y *commissum* “confiando” (Real Academia Española).

#### *1.2. Concepto Doctrinal*

La concepción más generalizada que se tiene sobre el Contrato de Fideicomiso corresponde al negocio jurídico en virtud del cual se transfieren a una persona llamada fiduciante o fideicomitente, uno o más bienes o derechos a otra persona llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos y con el producto de su actividad desempeñe una finalidad compuesta por el constituyente, en su favor o en beneficio de un tercero (Rodríguez Azuero & Morales 1994).

Así mismo, Carregal y González Torres, coinciden con los autores mencionados en el párrafo anterior, sin embargo, estos últimos dicen que el fideicomiso es un contrato o convenio y no un negocio jurídico. Además que se extienden al mencionar que no solo bienes o derechos se transmiten, sino también cantidades de dinero o derechos, que pueden ser presentes o futuros (Carregal, &González Torres, 2008).

No obstante, Alfaro define el fideicomiso como un mandato irrevocable en virtud del cual se transmiten al fiduciario determinados bienes para que disponga de ellos y de sus productos, según la voluntad de quien los entrega, quien es llamado fideicomitente, en beneficio de un tercero, llamado fiduciario (Alfaro, 1971)

La legislación nicaragüense adopta el concepto de Rodríguez Azuero, en relación a que el contrato de fideicomiso es un negocio jurídico, bajo ese punto de vista, la Ley 741, Ley sobre el contrato de fideicomiso, aprobada el 4 de Noviembre del 2010 y publicada en La Gaceta No. 11 del 19 de Enero del 2011, (en adelante Ley 741), establece que el Fideicomiso opera cuando el fideicomitente transmite la titularidad sobre un bien o conjunto de bienes o derechos determinados al fiduciario, quien se obliga a administrarlos a favor del beneficiario y transmitirlos al fideicomisario o fideicomitente cuando se cumpla con un plazo, condición u otra causa de extinción de la obligación (Arto. 2 párr. 1). La doctrina señala que el negocio jurídico se establece como una declaración de la voluntad privada reconocida a la persona por el ordenamiento jurídico orientada a alcanzar la satisfacción de sus necesidades. Así pues, el negocio jurídico contiene la declaración de voluntad que permite que se den consecuencias jurídicas en cuanto a la creación, modificación o extinción de derechos, manteniendo siempre un fin lícito (Diez-Picazo y Guillón, 2004).

Así pues, podemos afirmar que según la Ley 741 y la doctrina antes citada, el contrato de fideicomiso es la declaración de la voluntad de las partes en el ejercicio de su autonomía privada, cuya declaración produce efectos jurídicos consistentes en la modificación o extinción de un derecho determinado, presente o futuro.

## **2. *Antecedentes históricos del fideicomiso***

Siendo que el contrato de fideicomiso es una figura jurídica nueva para nuestra legislación, es importante para una mejor comprensión realizar un breve análisis sobre sus antecedentes históricos y de esta forma lograr obtener criterios interpretativos que permitan establecer la naturaleza jurídica de este contrato, que es la raíz del presente trabajo.

## 2.1 El fideicomiso en el Derecho romano

En el Imperio Romano existieron dos figuras que son antecedentes del fideicomiso en la forma en que lo conocemos. Ellas son la *fiducia* y el *fideicommissum*. La diferencia fundamental entre ambas figuras es que mientras la *fiducia* consistía en la transferencia de la propiedad por acto entre vivos, el *fideicommissum* consistía en una transmisión por causa de muerte.

### 2.1.1 La fiducia

La *fiducia* consistía en la transferencia de la propiedad a una persona, con el encargo de un *pactum fiduciae*, mediante el cual quien recibía los bienes en propiedad se obligaba frente al transmitente, para que luego de realizados ciertos encargos, este le devolviera la propiedad al transmitente o a una tercera persona. Esta transferencia de bienes en propiedad tenía una sub-clasificación: la *fiducia cum creditore* y la *fiducia cum amico* (Apat, 2002).

#### 2.1.1.1 *Fiducia cum creditore* o *fiducia de garantía*

Era utilizada para garantizar una deuda y consistía en que el deudor le daba en propiedad uno o más bienes a su acreedor hasta tanto le pagara su deuda, con la obligación del acreedor de devolver dichos bienes cuando su interés estaba satisfecho. Para el caso en que la deuda no fuera satisfecha, el acreedor podía quedarse con la propiedad definitiva de los bienes que le fueron transmitidos, o enajenarlos. En la *fiducia cum creditore* originaria, el acreedor no estaba obligado a devolverle diferencia alguna al deudor, por los pagos parciales que éste le hubiera hecho. Posteriormente para proteger los derechos del deudor, se reconoció a éste el derecho de recuperar la diferencia una vez que el acreedor había depuesto su interés.

Aclaremos que la *fiducia cum creditore* es una locución latina que significa Contrato de Fiducia o confianza con el acreedor, en otras palabras en el Derecho

romano se acostumbraba que en algunas ocasiones, transmitir al acreedor la propiedad de la cosa que servía para garantizar el pago de una deuda o el cumplimiento de otra obligación; pero con la convención de que el acreedor se comprometía a devolverla al deudor cuando éste pagara o cumpliera lo debido.

#### 2.1.1.2 La *fiducia cum amico* o *encargo de confianza*

Se constituía por actos entre vivos y en ella una persona entregaba a otros ciertos bienes para que los utilizara y aprovechara, para luego de cierto plazo, devolverlos al dueño primitivo. Esta figura fue más que nada utilizada por los romanos cuando se ausentaban por causa de viaje y decidían entregarles los bienes a personas de su especial confianza. El fiduciario, quien recibía los bienes, podía administrar y disponer libremente de los bienes transmitidos (Apat, 2002).

Esta forma de fideicomiso fue cayendo en desuso para darles lugar a otras figuras contractuales, como el comodato, el depósito, la locación, la prenda y la hipoteca.

#### 2.1.2 *Fideicommissum*

El fideicomiso *mortis causa*, fue el llamado *fideicommissum*, consistía en la posibilidad de transferir los bienes por vía testamentaria a una persona que no estaba investida del derecho de sucesión. Así, por ejemplo a los esclavos, peregrinos, solteros, casados sin hijos, etc. El inconveniente a primera hora del *fideicommissum* era que el encargo de confianza estaba hecho a un heredero investido de tal carácter para que entregara uno o más bienes a la persona indicada por el testador (Rodríguez Azuero, & Apat 2002).

El problema era evidente, ya que el único elemento con el que podía contar el beneficiario era con la buena fe del heredero, pero ante una enorme cantidad de encargos sin cumplir, el emperador Augusto hizo ejecutar los *fideicommissum* con

la intervención de los cónsules, otorgando así mayor control y seguridad (Apat 2002).

Posteriormente, durante la época de Justiniano, el heredero fideicomisario llegó a adquirir un derecho real, en lugar de un crédito. Esta institución pasó a los regímenes jurídicos donde se le conoció como sustituciones fideicomisarias. Estas sustituciones llegaron a un auge extraordinario hasta que fueron prohibidas por el Código de Napoleón, porque el espíritu de ese cuerpo legal era el de concentrar la riqueza en una sola familia, y estas sustituciones ponían en jaque tal principio (Apat, 2002).

## 2.2 *El fideicomiso en el Derecho anglosajón*

Lo más cercano a fideicomiso como se conoce hoy en día es el *trust*, que se conceptualiza como una relación fiduciaria, con respecto a determinados bienes, en donde la persona que los posee, *trustee*, está obligada imparcialmente a manejarlos en beneficio de un tercero *ocestuí*; es un negocio que surge como resultado de la voluntad expresa de las partes (Carregal, 2008).

Las partes en un *trust* son las siguientes (Apat, 2002):

El *settlor*, quien actualmente equivale al fiduciante, es el creador del *trust*, que por lo habitual desaparece una vez constituido, a menos que se haya reservado el derecho de revocarlo, alterarlo o enmendarlo, pudiendo también ser el administrador y supervisor del *trustee*.

El *trustee*, equivalente al fiduciario, a quien se le transmite los bienes, y está obligado a administrarlos hasta lograr el fin que se le encomendó. Si el *settlor*, se reserva el derecho de nombrarse así mismo *trustee*, entonces puede coincidir con la persona del fiduciante y fiduciario.

El *cestui* o beneficiario, es decir, la persona a favor de quien se creó el *trust*.

### 2.3 *Diferencias entre el Fideicomissum romano y el Trust anglosajón*

La diferencia sustancial entre ambas figuras, consiste en que mientras la institución romana es puramente testamentaria y solo versa sobre herencias, limitada a la sustitución de un heredero por otro, el *trust* es un acto entre vivos que puede asumir infinidad de formas que pueden recaer sobre toda clase de bienes y que puede aplicarse a una gran variedad de transacciones, como una amplio campo de acción en el que actúa como conservador y administrador.

Hagamos la conversión de la modalidad testamentaria en acto entre vivos y tendremos aquella convertida en institución equivalente al *trust*

### 2.4 *Distinción de algunas figuras jurídicas similares al fideicomiso*

En el estudio sobre el fideicomiso o fiducia mercantil, es notable la distinción que hace el autor Rodríguez Azuero de algunas figuras más o menos ligadas entre sí y denominadas en forma similar. Así mismo, hace un estudio de los orígenes históricos tanto en el Derecho Romano como en el anglosajón, brindando el concepto del negocio fiduciario inspirado en el derecho continental europeo.

#### 2.4.1 Propiedad fiduciaria

Es una manifestación de los negocios de confianza, inspirados en el Derecho Romano, que inicia con un carácter limitativo de la propiedad conocida con el nombre de propiedad fiduciaria, la que está sujeta a la carga de pasar a otra persona por el hecho de verificarse una condición. Ciertamente en esta definición el propietario está sometido a una posición resolutoria. La que se puede constituir por acto entre vivos o por testamento, en este último caso implicando una doble liberalidad, primeramente al fiduciario quien es el que recibe la propiedad limitada

y luego, al fideicomisario, persona o personas llamadas o adquirirla al sobrevenir la condición (Rodríguez Azuero, 1990).

Rodríguez Azuero, destaca algunas notas características que le permite afirmar que se trata de una institución cuyos elementos esenciales no corresponden al fideicomiso o fiducia mercantil objeto de estudio. De modo que el fiduciario adquiere la propiedad, la cual pasa a formar parte de su patrimonio, puede ser enajenado con carga impositiva que está sujeta y los otros frutos o productos de la cosa le benefician en forma directa, salvo casos excepcionales. Puede llegar adquirir la posesión y dominio de los bienes recibidos, en el supuesto de que la condición no se pueda satisfacer o no se efectúe dentro del término señalado en el contrato o en la ley.

Cabe señalar que esta posibilidad de hacerse propietario, se encuentra descartada en términos categóricos por la mayor parte de las legislaciones mercantiles, pero sin embargo es perfectamente lógica en la propiedad fiduciaria del Derecho Civil. En ellas, ni el fiduciario puede hacerse propietario ni los frutos lo benefician porque están destinados a cumplir una determinada finalidad. Por lo tanto para hacer una distinción respecto al negocio fiduciario, evidentemente, no existe desproporción alguna entre medio y fin, pues se trata de un instrumento destinado a producir los efectos que le son propios, es decir, a beneficiar a dos o más personas en donde no solo no hay desproporción alguna sino que los efectos producidos son los buscados por las partes mediante el empleo de los instrumentos idóneos para conseguirlo. En otras palabras, si bien la propiedad fiduciaria que aparece en algunos códigos civiles se inspira en alguna forma en los negocios de confianza del Derecho romano, no corresponde a la figura que en las actuales instituciones jurídicas se conoce como *trust* en el Derecho anglosajón y en nuestros sistemas como fideicomiso o fiducia mercantil (Rodríguez Azuero 1990).

#### 2.4.2 *El Trust*

El *Trust* corresponde a una distintiva evolución histórica del Derecho Inglés y opera dentro de una estructura peculiar no existente en los sistemas latinos, según la cual puede manifestarse en relación con un mismo bien, la existencia de dos propietarios, uno legal y otro beneficiario (Rodríguez Azuero 1990).

Es importante destacar que El *trust* es un instrumento económico y jurídico que ha gozado de gran éxito en la práctica del mundo angloamericano y que no es indiferente a los juristas del derecho europeo continental. Porque decimos esto, por la estructura que esta tiene, es muy simple, ágil y hasta flexible, la que permite cumplir con múltiples funciones y ajustes en cada momento, a las circunstancias personales y patrimoniales de sus protagonistas.

En el 2008 Carregal hace un breve análisis sobre el *trust*, dado que considera que es necesario hacer referencia de las características del Derecho Inglés y su evolución en el contexto histórico económico en que éste se desarrolló afirma que el *trust*, como concentración económica, comenzó a cobrar importancia en la segunda mitad del siglo pasado en los Estados Unidos de Norteamérica, desarrollándose poderosamente. El *trust* se ha vinculado no solo con aspectos económicos, también se han elaborado teorías políticas a partir del principio básico que lo caracteriza, la confianza; concretándose así conceptos como que el poder político es un encargo de confianza que la ciudadanía ha conferido a los gobernantes, para que actúen en provecho del pueblo en calidad de *trustees*.

En el caso del fideicomiso latinoamericano éste encuentra su raíz más próxima en el *trust* desarrollado en los Estados Unidos de América. Su esencia se basa en la relación fiduciaria con respecto a bienes, sujetando a la persona que dispone de la posesión de los mismos a deberes y obligaciones de equidad para utilizarlos en beneficio de otra persona, surgió como resultado de la manifestación de crearlo, ha complicado enormemente a los autores y abogados latinoamericanos. Este



autor señala que esta situación obedece a la distinción conceptual anglosajona del *ownership* y *equitableownership*, no encuentra un sustento en el derecho civil que es una herencia del derecho romano (González Torres, 2008)

#### 2.4.3 Negocios fiduciarios

El negocio fiduciario, corresponde a la estructura lógica que pudo explicar las manifestaciones del Derecho Romano, puede también convenir a todas aquellas hipótesis en las cuales existe una finalidad seriamente querida por partes, para la cual se utiliza un medio jurídico excesivo, en el sentido de que produce mayor efectos de aquellos que serían necesarios para obtener tal finalidad. Si se quiere se trata de un contexto jurídico que explica la desproporción entre medio y fin y permite precisar que el fideicomiso no es un negocio fiduciario puro con el contenido y alcance propio de esta figura (Rodríguez Azuero, 1990).

#### 2.4.4 Encargos fiduciarios o de confianza

Como varios autores lo han sostenido, y fundamentalmente los de nacionalidad colombiana, quienes definen el encargo fiduciario o de confianza como un acto de confianza en virtud del cual una persona entrega a otra uno o más bienes determinados con el propósito de que ésta cumpla con ellos una finalidad específica, bien sea en beneficio del fideicomitente o de un tercero.

Bajo la influencia de las leyes bancarias adoptadas por la misión Kemmerer, Ley 45, que recogió sección de mandato, fiduciaria, que se introducen a algunas legislaciones bancarias y que son los llamados encargos de confianza. Estos encargos comprenden para el banco, entre otros, actuar como fideicomisario --- con más precisión debería decirse fiduciario--- en virtud de cualquier hipoteca o bonos emitidos por una entidad bancaria. Por otro lado se puede actuar como fiduciario de bienes de incapaces, como fiduciario testamentario, como por ejemplo: albacea, administrador, registrador de acciones y bonos, mandatario con

la amplísimas posibilidades que esto significa, depositario, síndico, agente de seguros, etc. (Rodríguez Azuero, & González Torres, 2008).

En los encargos de confianza existe la participación directa de una administradora de fondos y fideicomisos, conocida también como fiduciaria, conforme la facultad contemplada en el (artículo 97) de la Ley de Mercado de Valores.

Los negocios fiduciarios pueden implicar la transferencia de la propiedad de los bienes que se entregan siendo esa la característica principal para diferenciar el encargo fiduciario del fideicomiso mercantil, existiendo la transferencia en el último caso.

Los contratos fiduciarios tradicionales son dos: el contrato de encargo fiduciario donde el fideicomitente conserva la propiedad de los bienes entregados a la fiduciaria y el contrato de fiducia mercantil donde el fideicomitente se desprende la propiedad de los bienes que entrega, sacándolos de su patrimonio. Estos bienes entran a conformar un patrimonio autónomo que es administrado por la propiedad fiduciaria.

Tanto en el encargo fiduciario como el fideicomiso mercantil se aplican normas relativas al mandato establecidas en el Código Civil así como las de la comisión mercantil contemplada en el Código de Comercio.

#### 2.4.5 El fideicomiso o fiducia mercantil

Dentro de los antecedentes conceptuales que podían resultar de la evolución histórica en el Derecho Romano, se ha reconocido el valor lógico de los negocios fiduciarios, no obstante, al asimilar la rica dinámica del *trust*, ha venido a plasmarse en un nuevo contrato mercantil, identificado con características notorias que lo distinguen de cualquiera de sus antecedentes y con innovaciones muy interesantes desde el punto de vista de los efectos patrimoniales de su celebración y de las diversas obligaciones de las partes en torno a él. Así mismo la forma de negocio fiduciario impuro que pretende traducir el *trust* dentro de esquemas

inspirados en el Derecho continental europeo, nos limita, en este caso, a la transmisión de la propiedad para una finalidad específica, lo que supone dejar de lado todos aquellos encargos de confianza que ya se han mencionado en otros sitios y que han sido introducidos en varios países como funciones propias de los bancos comerciales a través de sus secciones fiduciarias o de mandato (Rodríguez Azuero, 1990).

Evidentemente, tales posibilidades son de las más diversas cualidades y estas comprenden entre otras, la posibilidad de intervenir en la emisión de títulos de crédito, especialmente bonos o debentures; desempeñar el papel de síndicos, albaceas, guardadores, depositarios judiciales, representantes de ausentes, etc., todo ello dentro de las posibilidades que les confiere el derecho civil; el cual es administrar toda clase de bienes; emitir certificados de participación respecto a la copropiedad de quienes hayan aportado ciertas sumas a la entidad para su inversión y, en general, llevar a cabo toda clase de encargos de confianza que se desarrollan en buena parte a través de la celebración de un contrato de mandato (Rodríguez Azuero, 1990).

De tal manera, que no es fácil dar un concepto universal sobre la fiducia o fideicomiso por cuanto en Latinoamérica se han ido adoptando distintas nociones que obedecen a diferentes teorías sobre la naturaleza jurídica del negocio y que las abordaremos más detalladamente en el siguiente tema.

Obviamente, los avances han sido notorios por lo que se puede sostener que en la actualidad existen en América Latina, instituciones legislativas suficientemente elaboradas, como para permitir el desarrollo de este negocio jurídico que en su forma original ha alcanzado una gran importancia en los países anglosajones.

## ***2.5 Antecedes legales del Contrato de Fideicomiso en Nicaragua***

Es importante recalcar que el fideicomiso se introdujo en nuestro País desde mucho tiempo atrás.

Haciendo una breve reseña sobre los antecedentes legales del Fideicomiso en nuestro país, que son muy escasos para realizar una referencia fructífera. Mencionando así, el (Arto. 2783 C), que prohíbe las donaciones fideicomisarias y el (Arto. 54.8) de la Ley 561, Ley General de Bancos, Instituciones Financieras no Bancarias y Grupos Financieros, publicado en La Gaceta 232 del 30 de noviembre (2005), Todos los bancos podrán efectuar las siguientes operaciones de confianza: Actuar como fiduciario de fideicomisos que se constituyeren en virtud de leyes especiales, siempre que en estas operaciones el banco no se comprometa a pagar rendimientos fijos o determinados ni efectuar la devolución íntegra del capital fideicometido (Herrera Espinoza, 2007).

El primer proyecto de Ley fue presentado por el Ex presidente Enrique Bolaños, el mismo, tenía como finalidad regular las operaciones de fideicomiso que podrían realizar los bancos comerciales y sociedades financieras constituidas y autorizadas para operar en Nicaragua. En esta propuesta, únicamente los bancos y sociedades financieras reguladas podrían actuar como fiduciarios.

El Doctor Guillermo Selva (q.e.p.d) y del doctor Antenor Rosales Bolaños, presentaron una propuesta, que los legisladores consideraron acertada, ya que ellos no limitaban el negocio jurídico del contrato de Fideicomiso a ser un objeto de uso exclusivo del negocio bancario. Todas las legislaciones estudiadas apuntan a desarrollar esta figura como un contrato que se celebra entre particulares, independiente de su naturaleza. Es de esta forma como se aborda la posibilidad de que el contrato de fideicomiso pueda ser utilizado no solamente por agentes del sistema financiero convencional, sino que se convierta en un instrumento al alcance de todos los particulares que tengan la voluntad y la necesidad de

trasladar en confianza bienes muebles e inmuebles, materiales e inmateriales para que un tercero los haga producir y que el fruto de esta actividad económica se destine al fin específico que el dueño original de estos bienes pretende garantizar. Es pues a partir de esta última propuesta que se origina nuestra actual Ley sobre el Contrato de Fideicomiso. Dictamen realizado por la comisión de economía y presupuesto de la Asamblea Nacional, 4 de noviembre de (2010).

## ***2.6 El Contrato de Fideicomiso en la Actualidad***

Como instrumento valioso, esencial y único, el contrato de fideicomiso en el nuestro país, actualmente ya cuenta con un marco legal, contenido en la Ley 741, Ley sobre el contrato de fideicomiso. Aprobada el 4 de Noviembre del 2010. Publicada en La Gaceta No. 11 del 19 de Enero del 2011.

Dicha ley deja totalmente claro, que en caso que el fideicomiso sea celebrado con la participación de alguna de las instituciones financieras supervisadas por la Superintendencia de Bancos y de Otras Instituciones Financieras, éstas además de estar obligadas a cumplir las disposiciones contenidas en la ley, están sometidas y obligadas a cumplir con las normas que el Consejo Directivo de este órgano regulador dicte respecto de este servicio financiero.

La comisión de economía y presupuesto de la Asamblea Nacional, considera importante que los agentes económicos conozcan y adquieran suficiente confianza en el uso de la figura del fideicomiso. Tenemos como precedente el desarrollo económico de países con economías similares a las nuestras, quienes han encontrado en el fideicomiso una herramienta efectiva de captación y canalización de capitales e inversiones nacionales y extranjeras enfocadas en la construcción e infraestructura, y captación de recursos de agencias internacionales de cooperación dedicadas a promover proyectos y programas de fomento educativo, cultural, recreativo y de acceso a servicios básicos para favorecer a amplios sectores económicamente vulnerables.

La Ley 741, Ley sobre el contrato de fideicomiso, aborda con detalle todo lo relativo a la figura del fideicomiso, su definición, características, efectos jurídicos de la celebración del contrato hasta la extinción del mismo, tipos de bienes sobre los que puede recaer el fideicomiso, partes que intervienen en este negocio jurídico, los deberes y derechos que les asisten y las prohibiciones que sobre cada uno de ellos recaen, los derechos de terceros frente a la celebración de este contrato, las facultades del órgano regulador, en caso que un contratante sea una institución regulada por la Superintendencia de Bancos y de Otras Instituciones Financieras y clasifica sin ser exhaustivo los diferentes tipos de fideicomiso que pueden celebrarse, todos ellos con el común denominador de que su objeto o finalidad sea lícito y se corresponda con el debido respeto, apego y observancia de nuestro ordenamiento jurídico interno.

La regulación del fideicomiso, tal y como lo hemos expresado anteriormente, incentivará nuevas inversiones por parte de los agentes económicos nacionales y extranjeros, quienes se sentirán respaldados por disposiciones legales efectivas y modernas, reduciendo significativamente la posibilidad de ser objeto de fraude en sus negocios o utilización indebida de los bienes.

Cabe señalar que la aprobación de la Ley 741, ha permitido establecer nuevas disposiciones para reglamentar ciertas operaciones, específicamente en operaciones bancarias. Tal es el caso de la Resolución N° CD-SIBOIF-677-2-MAY16-2011 de fecha 16 de mayo de 2011-Norma que regula las operaciones de fideicomiso realizadas por instituciones financieras y sus reformas, la cual establece lineamientos, responsabilidades y la gestión de riesgos por el uso de los fideicomisos por instituciones financieras.

### **3. Naturaleza Jurídica del fideicomiso**

Existen muchas consideraciones respecto a la naturaleza jurídica del fideicomiso. La dogmática jurídica ha tratado de determinar la naturaleza jurídica del fideicomiso haciendo consideraciones al respecto como: mandato irrevocable, como negocio fiduciario, como contrato, propiedad Fiduciaria, Fiducia mercantil, encargo fiduciario o de confianza y el *Trust*. Nuestra legislación lo adopta como Negocio jurídico.

Barrera Graff sostiene que el fideicomiso es un negocio fiduciario; primero porque ha sido acogido expresamente de manera típica por la legislación mexicana, y en segunda porque a través de él se atribuye a alguien un derecho patrimonial en interés de otro y a nombre propio; del mismo modo afirma que de no ser aceptado la explicación del negocio fiduciario se tendría que admitir que el fideicomiso es un negocio "*sui generis*", sin conducirnos a ningún lado, ya que es la forma de adecuar una figura jurídica extranjera al derecho mexicano, y en el que no es posible un desdoblamiento de la propiedad que desconcentraría la unicidad indispensable de la propiedad. Por lo contrario Graff afirma, que el patrimonio afectado en el negocio fiduciario es precisamente eso: un patrimonio autónomo o de afectación. Sostiene enfáticamente, que a pesar de ser un negocio en esencia traslativo, tiene correlativamente la obligación para el fiduciario, de resumir la amplitud de sus derechos sólo a lo necesario para cumplir con el fin señalado por el fiduciante, para lo cual dispone de una mayor o menor potestad de abuso sobre los bienes afectados a él (Barrera Graff, citado en Dávalos Mejía, 1992).

Visto lo anterior analizaremos las diferentes teorías identificadas en la doctrina, y de esa manera sustentaremos lo que nosotras consideramos como la naturaleza del fideicomiso.

### *3.1 Teoría del mandato irrevocable*

Se considera el fideicomiso como un mandato irrevocable, en virtud del cual se transmitirían ciertos bienes a una persona llamada fiduciario, quien haría con ellos lo que le ordenase otro sujeto llamado fideicomitente, siempre en beneficio de otro más denominado fideicomisario. Esta posición doctrinal ciertamente influenció la legislación mexicana de la segunda década de siglo, al grado de que las leyes de 1924 y de 1926 consideraron al fideicomiso, precisamente, como un mandato (Alfaro, 1971).

No obstante el acierto de esta opinión, en el sentido de que tanto en el mandato como en el fideicomiso alguien acepta comprometerse a hacer algo que otro le encomendó... no existe defensa contra la crítica de que en el mandato no hay transmisión real de bienes, sería una compraventa; crítica contundente que anula la posibilidad de ver en el fideicomiso como un mandato, más no podemos negar que, esencialmente puedan encontrarse en las dos figuras ciertas intenciones paralelas (Alfaro, 1971).

Sin embargo, esta opinión ha sido objeto de muchas críticas y se ha considerado inadmisibles por tres razones: por la naturaleza revocable que caracteriza al mandato como institución jurídica; porque el mandatario obra en nombre y representación de su mandante y el fiduciario actúa como propietario de los bienes frente a terceros, celebrando los actos que realiza, siempre, en el su propio nombre o en el del fideicomiso; y con estrecha vinculación con lo anterior, no se produce transmisión real de los bienes.

### *3.2 Teoría del contrato y negocio fiduciario*

Existen opiniones diversas en la doctrina que se pretenden situar como naturaleza jurídica del fideicomiso ya como contrato o como negocio.



Está la teoría que considera al fideicomiso como un negocio jurídico o un acontecimiento dotado de juridicidad propia y que por lo tanto es de tipología compleja, no agotable con el uso de uno sólo de los tipos jurídico-legales organizados por el ordenamiento jurídico (Barrera Graf, citado en Dávalos Mejía, 1996). Esta opinión plantea que la mecánica de establecer al fideicomiso dos tipos legales fundamentales, que se identifican en el tiempo en dos momentos de fácil detección, no son sucesos diferentes sino el componente de uno sólo, que es el fideicomiso, el cual implica un negocio unilateral en su constitución, pero que respecto de su ejecución implica un acto de naturaleza contractual. El primer paso en el perfeccionamiento del fideicomiso es una declaratoria unilateral de voluntad y acto seguido, un contrato ciertamente innominado, pero asimilable a la teoría general.

De acuerdo a la teoría citada en párrafo anterior, el fideicomiso es un negocio fiduciario, primero porque ha sido acogido expresamente, de manera típica, por la legislación, y segundo, porque a través de él se atribuye a alguien un derecho patrimonial en interés de otro y a nombre propio.

Barrera Graff afirma lo siguiente: de no aceptarse la explicación del negocio fiduciario tendríamos que admitir que el fideicomiso es un negocio "*sui generis*", lo cual es la forma de adecuar una figura que se origina en un derecho diferente al mexicano y en el que un desdoblamiento de la propiedad, que desconcentraría la unicidad indispensable de la propiedad, no es posible. Al contrario --afirma-- que el patrimonio afectado en el negocio fiduciario es precisamente eso: un patrimonio autónomo o de afectación.

La misma teoría reconoce que a pesar de ser un negocio en esencia traslativo, tiene correlativamente la obligación, para el fiduciario, de resumir la amplitud de sus derechos sólo a los necesarios para cumplir con el fin señalado por el fiduciante, para lo cual dispone de una mayor o menor potestad de abuso sobre los bienes afectados a él. Así, sostiene la teoría del patrimonio/afectación

destinado exclusivamente al cumplimiento de la finalidad pactada, la que se impone al fiduciario ---dueño del patrimonio--- como obligación y limitación. Esto es criticado por Dávalos Mejía quien afirma que no se opera in *perfectum* una transmisión de propiedad de los bienes fideicomitidos de manera universal o *erga omnes* pues hay casos en los que la enajenación no es la total de tona civil.

Finalmente puntualizamos que la Teoría del Contrato queda subsumida en la Teoría del Negocio Fiduciario; obviamente al tratarse de un negocio fiduciario, presume un acuerdo de voluntades que desencadenará consecuencias jurídicas. Que si bien es cierto sus fines son predecibles, en muchos otros contratos también lo son, sin que por ello justifique llamarlos negocios. Consideramos que la insuficiencia de la legislación para reglamentar esta variedad contractual, ha dado pie a estas confusiones doctrinales, perdiendo de vista situar que para lo que es de nuestro gusto es el fondo de la naturaleza, es decir como verdadera naturaleza del fideicomiso la creación de un patrimonio con un dueño especial, quien tendrá la consigna de tutelarlos, y al cumplimiento de los fines, transmitirlos a un tercero o retransmitirlos a quien se lo transmitió.

### *3.3 Teoría del Acto Unilateral*

En este sentido, Cervantes mantiene que el fideicomiso es siempre una declaración unilateral de voluntad, en virtud de que existe la posibilidad de que se pueda constituir por testamento o por acto inter-vivos, a lo que es lo mismo, afirma, que sólo es indispensable la participación de una voluntad en su perfección (Cervantes, citado en Dávalos Mejía, 1992).

Por su parte Batiza, hace mención a la naturaleza de acto unilateral que se ha querido dar al fideicomiso carece de base jurídica, pues la declaración correspondiente no pasa de ser una simple oferta o policitud que puede tener carácter de irrevocable, modalidad que no altera de forma radical los principios de derecho común establecidos por los (Arts. 1804 al 1811 del C.) (Del

consentimiento). Por lo que firma, que la naturaleza contractual del fideicomiso mexicano, incluso su categoría específica en el género de contrato bilateral, sinalagmático y perfecto, se confirma por la existencia de la condición resolutoria tácita, según la cual el pacto promisorio se entiende implícito en las obligaciones recíprocas (Arto. 1949 C. Civ.). Esta excepción non *adimpleti contractus* se hace presente con mayor claridad en los (Arts. 80 y 84) Ley de Instituciones de Crédito, según los cuales la fiduciaria queda tácitamente obligada, de forma contractual, al cumplimiento de una obligación cuyo defecto crea responsabilidad de daños y perjuicios, además de la opción de exigencia de cuentas y en su caso remoción a favor del fideicomisario, que es claramente correlativa al (Arto.355) Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que permite al fideicomisario exigir el cumplimiento del fideicomiso. Para varios autores, dentro de los que destaca por su conocimiento y dedicación en la materia el maestro Batiza, el fideicomiso es un contrato (Batiza, citado en Dávalos Mejía 1992).

Este autor es partidario de esta última tendencia es decir, consideramos que el fideicomiso es un negocio fiduciario (término que no considera el maestro Batiza por no estar contemplado en nuestro derecho escrito y por ser tendiente a confusión) que, en la legislación mexicana, toma el nombre de contrato, por razones legales, jurisdiccionales y doctrinales. Antes de someterlas al lector consideramos adecuado mostrar algunas de las posturas que ha asumido la Corte acerca del tema (Batiza, citado en Dávalos Mejía, 1992).

### *3.5 Nuestra opinión sobre la Naturaleza Jurídica del Contrato de Fideicomiso*

Después de haber abordado las distintas teorías y según el estudio que hemos realizado para desarrollar este tema, apoyamos la teoría del negocio fiduciario ya que hay dos elementos estructurales que hacen que esta teoría sea admisible: por un lado, es real, que no es más que la transmisión de los bienes o derechos, que conforma un patrimonio autónomo que el fiduciario recibirá en nombre propio, pero como lo hace para la ejecución de un fin, no recibe el dominio, sino sólo su

titularidad y posesión; y por el otro lado está el elemento personal u obligacional, constituido por la relación entre fideicomitente y fiduciario, en la cual se fijan los límites del negocio. Es pues el fideicomiso una relación contractual determinado por la voluntad de las partes, originando derechos y obligaciones en virtud de los intereses que se pretenden satisfacer. Por qué es un negocio jurídico y no un contrato, de tal manera que el contrato es una fuente de obligación, pero el fideicomiso lo que hay es una combinación de derechos reales.

#### **4. *Características generales y especiales del fideicomiso***

En la institución del fideicomiso pueden reconocerse características generales o comunes a todo contrato y características especiales que son aquellas aplicables únicamente al fideicomiso.

En relación con las características generales que presenta el contrato, la dogmática jurídica reconoce al fideicomiso como un contrato principal, oneroso, conmutativo, de ejecución instantánea o de tracto sucesivo, según el caso, tipificado en algunas legislaciones y atípico, en otros; haremos mención de algunas características que son especiales para este tipo de contratos. (Rodríguez Azuero 2009).

##### **4.1 *Características generales del fideicomiso***

Según la Ley 741, Ley del Contrato de Fideicomiso de Nicaragua, el contrato de fideicomiso tiene las siguientes características generales:

En un contrato principal porque su existencia jurídica no está subordinada ni depende de ningún otro acto o contrato (Guerrero-Bendaña , 2001).

Oneroso porque la constitución de un fideicomiso y la expresa aceptación del fiduciario, significa para éste último, el derecho de cobrar una cantidad de dinero

por la administración de los bienes o derechos fideicometidos (Artos. 14, numeral g., 27 y 28 de la Ley 741). Por este carácter oneroso, el fiduciario también está forzado a asumir todas las obligaciones que se originan del contrato.

De ejecución inmediata o de tracto sucesivo, en dependencia de las finalidades para las cuales se haya celebrado el contrato de fideicomiso o en atención al interés del fideicomitente, lo que se traduce en la ejecución por parte del fiduciario de una sola actividad, que al cumplirse se extingue el fideicomiso; o bien la ejecución de un número significativo de actividades que se van realizando progresiva y constantemente durante la vigencia del contrato (Guerrero-Bendaña, 2001).

Este plazo puede ser voluntario o acordado por las partes, pero también puede emanar de la voluntad unilateral, en caso de los fideicomisos testamentarios; o puede ser legal cuando es establecido por la ley; esta última suple la voluntad de las partes cuando no hayan señalado plazo (Escobar Fornos, 1997, pp. 165, 166).

Típico o nominado por el hecho de haberse aprobado la Ley 741 y su reglamento, donde se origina y fundamenta el contrato de fideicomiso en Nicaragua.

Bilateral porque en virtud del contrato de fideicomiso nacen derechos y obligaciones recíprocas para las partes intervinientes, (Artos. 2438, 2442 C). En el fideicomiso concurren al menos dos voluntades para que el contrato se perfeccione, pues aún en el fideicomiso testamentario, se requiere de la aceptación del fiduciario (Carregal, 2008, p. 128). Para que un contrato sea válido no se puede dejar al arbitrio de uno de los contratantes sino que debe haber dos voluntades

Sobre su carácter bilateral, es notorio que, a pesar de participar tres sujetos en el fideicomiso, no es plurilateral y en ese sentido se ha afirmado que aun cuando el funcionamiento del fideicomiso se explica a la luz de una relación tripartita, lo

cierto es que como negocio jurídico puede ser unilateral o bilateral, según se trate de un fideicomiso constituido por testamento o de un acto entre vivos. Sin embargo también el carácter bilateral es un punto discutible porque dentro de las legislaciones en las cuales la no designación de fiduciario o su no aceptación no invalidan el fideicomiso sino que es posible al juez proceder a nombrarlo, en el primer caso, o designar un sustituto, en el segundo y por esa razón podría afirmarse que el fideicomiso sería un acto jurídico unilateral, esto es, productor de efectos jurídicos por la sola manifestación de voluntad del fideicomitente (Rodríguez-Azuero, 1990).

Evidentemente, en las legislaciones de tradición romana, aparece claro el interés mayoritario a regularlo como un negocio jurídico bilateral, perfeccionable por el acuerdo de voluntades entre fideicomitente y fiduciario, cuando se trata de un fideicomiso constituido por acto entre vivos.

La doctrina va en contra, es por eso que el autor Rodríguez Azuero en su texto "Derecho Mercantil", sostiene que normalmente, el fideicomitente establece su voluntad en un acto inter vivos o en su testamento, todo ello independientemente de las aceptaciones del fiduciario y del fideicomisario, que por lo mismo no son manifestaciones de voluntad esenciales. Mientras que Batiza, sostiene una opinión contraria que la pretendida obligatoriedad legal para las instituciones fiduciarias de aceptar los fideicomisos que se les encomienden, aparte de ser contraria a principios consagrados de nuestro derecho constitucional no impide la posibilidad de excusa, de ahí que aun cuando la ley se incline por la situación opuesta, se imponga la naturaleza contractual del fideicomiso, haciendo que la aceptación del fiduciario sea un elemento esencial para su existencia". Honduras consagra ambas posibilidades, pues establece que "el fideicomiso podrá constituirse por acto entre vivos o por testamento, según las circunstancias, y como acto unilateral o como contrato, entre dos o más personas", (Arto. 1034 C. Co.)

Respecto a la bilateralidad, en nuestra legislación se aplica la tesis que expone Rodríguez Azuero, a tal conclusión se llega en la lectura del concepto que da la

Ley 741 y que define el contrato de fideicomiso como un acto bilateral, porque en virtud del contrato de fideicomiso nacen derechos y obligaciones recíprocas para las partes intervinientes, (Artos. 2438, 2442 C)

En relación a la solemnidad requerida para su validez y eficacia del contrato, es esencial decir que estas varían de una legislación a otra y según el tipo de fideicomiso. Específicamente se afirma que sobre el formalismo y la solemnidad existen una amplia gama de posibilidades que oscilan entre la perfección del contrato, ya sea, por la simple manifestación verbal, hasta la existencia de requerimientos solemnes, como por ejemplo constar en escritos auténtico o escritura pública, pasando por el escrito como simple medio de prueba cuando se trata de fideicomiso constituido por acto entre vivos. El fideicomiso testamentario debe someterse en cada país a las solemnidades propias de este acto de última voluntad (Rodríguez Azuero 1990).

En cuanto a la solemnidad que exige este contrato en Nicaragua, dicho contrato deberá redactarse en escritura pública, cuando la ley lo exija, cumpliendo con los requisitos mandados por ésta. Evidentemente que cuando el fideicomiso se constituya por documento privado, las firmas de fideicomitente y del fiduciario o de sus apoderados para su constitución, deberán ser autenticadas por un Notario Público (Arto. 13 de la Ley 741). Además, la ley establece una obligación para las partes respecto a la inscripción del fideicomiso en el Registro Público sobre bienes inmuebles y derechos reales constituidos (Arto. 7 de la Ley 741).

Conforme a las características que presenta el contrato, es necesario destacar su carácter mercantil, ya que este contrato está regulado en el Código de Comercio de los distintos países. De igual modo, pero ahora desde una teoría subjetiva, al menos uno de los sujetos que participan del contrato fiduciario es profesional en su giro comercial, por lo que se convierte en comerciante. En este sentido se ha afirmado que el aspecto más importante que se debe enfatizar de la experiencia latinoamericana, es la caracterizada como un contrato mercantil y su

profesionalización, en el sentido que no se trata de un negocio permitido por cualquier persona, en lo que toca con la persona del fiduciario, sino que la función se ha reservado, en los ejemplos más representativos, a entidades financieras (Rodríguez Azuero, 2009).

#### *4.2 Características especiales del fideicomiso*

Adicionalmente a estas características, hay otras que se refieren más a la esencia del contrato de fideicomiso en sí, a saber:

Es un contrato de confianza ya que implica la transmisión de bienes y derechos de una persona a otra, con el compromiso de administrar, invertir o garantizar obligaciones con él. En la Ley 741, se encuentra implícita esta característica en el (Arto. 10, párrafo 3).

Debe tener fin lícito, es decir, el objeto del fideicomiso y las actividades que se realizarán dentro del contexto del contrato originado por la afectación misma de bienes al fiduciario, debe hacerse dentro del marco legal. (Arto. 3 de la Ley).

Conforma un patrimonio autónomo y este es uno de los elementos más destacados de la figura del fideicomiso, pues permite que los bienes o derechos fideicomitados no se confundan contable ni jurídicamente con los del propio fiduciario ni aún con otros que éste pudiera tener bajo su administración por la constitución de otros fideicomisos. (Arto. 4, párrafo 3º y 5 de la Ley 741).

Es inembargable porque ni los acreedores del fiduciario ni los del fideicomitente ni los del fideicomisario pueden perseguir bienes que se encuentren fideicomitados. En otras palabras, los bienes fideicomitados se encuentran excluidos de la garantía general de sus acreedores. (Arto. 43 de La Ley). Esta característica es consecuencia de la conformación del patrimonio autónomo ya que por la



transmisión de bienes que se hace, éstos quedan afectos a una esfera patrimonial totalmente distinta del fideicomitente y del fideicomisario.

No obstante la inembargabilidad, existe una excepción a este beneficio y es la contenida en el (Arto. 45)de la Ley 741, que establece que los bienes muebles fideicomitados, si están en posesión del fiduciario, así como los inmuebles y derechos reales inmobiliarios fideicomitados, mientras permanezcan inscritos en el Registro Público a nombre del fiduciario, continuarán siendo la garantía de las obligaciones alimentarias a cargo del fideicomitente.

De libre discusión porque ambas partes están en la posibilidad de fijar libremente sus estipulaciones. Si bien se debe aceptar que la experiencia de las instituciones fiduciarias conlleva que éstas puedan fijar de mejor manera las cláusulas contractuales para la efectividad del negocio, queda siempre en el fideicomitente determinar el patrimonio fideicometido, el fin fiduciario y la designación del fideicomisario, que son aspectos elementales que conciernen al fideicomitente. Título V de la Ley 741.

*Intuito personae* porque la existencia de una prestación futura está basada en la confianza y solvencia del fiduciario, su profesionalismo y habilidad comercial, siendo en consideración a estos atributos, que el fideicomitente transmite confiadamente los bienes en fideicomiso. Ello es independiente de la posibilidad de poder sustituir al fiduciario, cuando tal confianza se vea traicionada (Carregal, 2008).

Es un contrato a favor de tercero porque los beneficios del negocio, por lo general, son a favor de tercera persona, aunque pueden ser a favor del propio fideicomitente. (Arto. 11) de la Ley 741; además porque la voluntad del fideicomisario no concurre como elemento esencial para la constitución del fideicomiso, salvo en el fideicomiso de garantía.

## II. Regulación Jurídica del Contrato de Fideicomiso en Nicaragua

### 2.1 Presupuestos del contrato de fideicomiso

Antes de abordar los presupuestos que dan validez al contrato de fideicomiso es preciso distinguir entre los que son esenciales, formales, personales, reales, y accidentales, sin los cuales no es posible que el fideicomiso exista.

#### 2.1.1 Presupuesto Real

La doctrina determina que “el negocio fiduciario se presentan, como elementos estructurales, una transmisión plena de derechos, limitada, en la práctica, por las obligaciones consagradas a cargo del fiduciario” (Rodríguez Azuero 1990, p. 614).

Por un lado se presenta el elemento estructural que radica en *la transmisión plena de derechos, ya sea reales, como la propiedad, o personales, como la titularidad de un crédito por parte del fiduciante al fiduciario, en forma de constituirlo frente a terceros como dueño o titular sin limitación alguna y frente a sí mismo, apenas con la que surge del pacto obligatorio a que nos referiremos más adelante* (Rodríguez Azuero, 1990).

En cuanto al primer elemento de transmisión plena de derechos al fiduciario, consideramos que así como lo expone el (Arto. 5 de la Ley 741) no se puede hablar de un traspaso sin las instrucciones dadas por el fideicomitente que es quien tiene el instrumento de constitución. La transmisión sólo se da a un efecto determinado, la finalidad deberá estar explicitada en el contrato de fideicomiso. Además los bienes deben estar individualizados en el contrato. Por qué decimos esto, porque el (Arto. 5) de la ley 741 dice en su segunda parte: que el patrimonio fideicometido es autónomo y distinto al patrimonio del fiduciario, del fiduciante y del fideicomisario, esto frente a terceros...

### 2.1.2 Presupuestos personales o naturales

El elemento personal consiste en (...) *el acuerdo mediante el cual fiduciario limita su potestad de propietario, en orden al cumplimiento de la propiedad prevista al fiduciante (...) Los derechos otorgados están reducidos a los necesarios para la consecución del objeto del encargo (...) la titularidad se conserva solo con el tiempo requerido para lograr los fines previstos* (Rodríguez Azuero 1990).

El autor, menciona en su estudio, que existe la salvedad de que no siempre la presencia de los sujetos no es esencial para el nacimiento del negocio jurídico, sin embargo su tesis va dirigida a estudiar las tres categorías de personas que pueden intervenir en el fideicomiso a saber: fideicomitente (fiduciante o constituyente), fiduciario y fideicomisario (beneficiario) (Rodríguez Azuero 1990).

De igual manera, nuestra legislación hace presente los tres sujetos de los que habla el autor antes mencionado y que son Fideicomitente, fiduciario y fideicomisario

### 2.1.3 Fideicomitente

Es la persona capaz de disponer de sus bienes y que puede constituir un fideicomiso. Obviamente esto no incluye a un incapaz que actúe a través de su representante legal, en cuanto éste llene los requisitos que son establecidos en la ley para hacer la mentada transferencia. Además de las personas físicas o naturales, las legislaciones aceptan la posibilidad de que las personas jurídicas sean fiduciantes, incluidas algunas de derechos públicos y aun ciertas autoridades judiciales o administrativas. En las legislaciones que consagran esta última posibilidad se ha criticado con razón la circunstancia de que se les faculte para transferir bienes que tendrían en su poder para la guarda, conservación, administración, liquidación, reparto o enajenación por cuanto no en todas las

hipótesis los derechos de las autoridades les permitirían transferirlos en propiedad (Carregal, 2008).

#### 2.1.4 Fiduciario

Es quien recibe la propiedad fiduciaria de los bienes fideicometidos, quien se compromete obligatoriamente a cumplir los encargos encomendados por el fideicomitente (Carregal, 2008). Al igual que el fideicomisario, el fiduciario puede ser cualquier persona física o jurídica, de acuerdo a lo que se establece en el párrafo 4° del artículo 2do de la Ley 741.

#### 2.1.5 Fideicomisario

Es la persona a cuyo favor se constituye el fideicomiso, es quien goza del interés beneficiario que debe preservar el fiduciario. Esto a consecuencia de lo establecido en el artículo 2do, párrafo 5° de la Ley 741.

El beneficiario no es parte esencial del contrato del fideicomiso, aun cuando nada contradice para que pueda actuar en su calidad, si su aceptación simultánea de los términos contractuales resulta decisiva para la celebración del negocio. Sin embargo, no se consagraría el fin del fideicomiso sin un beneficiario designado. El artículo 14 de la Ley 741, en sus primeros dos numerales dice: Requisitos del Contrato de Fideicomiso. El contrato de fideicomiso deberá contener, al menos, las siguientes cláusulas: a) La identificación del fideicomitente, del fiduciario y del fideicomisario, si éste se hubiese designado. Cuando se trate de beneficiarios futuros o de clases de beneficiarios, deberán expresarse circunstancias suficientes para su identificación y b) La designación de fiduciarios sustitutos, si los hubiere. Esto nos lleva a determinar que en caso de pluralidad de beneficiarios y silencio en el contrato, los designados se beneficiaran por igual. Acá vemos como se refleja la libertad contractual que mencionábamos en la naturaleza jurídica del fideicomiso al determinarlo como un negocio jurídico, pues en el goce de esta

libertad se puede determinar la medida del beneficio correspondiente para cada fideicomisario, así como el orden de prelación que asignará el fiduciario, los plazos, las condiciones, etc.

## 2.3 Elementos esenciales del contrato

Los elementos esenciales son aquellos que por considerarse que son los más conformes con los intereses de las partes, la ley inserta en el contrato en ausencia de pactos entre las partes (Arts 2599 y 2601 C). Nos referimos al consentimiento, objeto, causa y forma que son presupuestos necesarios para la conformación, nacimiento y validez del contrato (Guzmán García y Herrera Jesús 2006).

### 2.3.1 Consentimiento

Cuando se habla de consentimiento contractual hay que hacer una separación a los siguientes fenómenos: *a) la voluntad interna e individual de cada contratante, en la que puede valorarse el simple querer y el propósito empírico que le guía; b) la declaración que el contratante emite y a través de la cual su voluntad es conocida, tanto por el otro contratante como para las demás personas; c) la voluntad o intención común, es decir el momento en que dos o más declaraciones coinciden (Díez-Picazo & Gullón, 2001, p 39).*

El consentimiento es la aceptación del contrato y las estipulaciones por parte de los otorgantes. Tal y como es de nuestro conocimiento, esa aceptación debe emanar de personas capaces. Al efecto el (Arto. 2471 C.), establece que para que el consentimiento sea válido se necesita que el que no manifiesta sea legalmente capaz.

Los menores adultos pueden celebrar actos y contratos por medio de sus representantes, pero por excepción se les permite celebrar ciertos actos o contratos personalmente, como el matrimonio que contrae la mujer mayor de 18

años sin permiso de sus padres, el testamento otorgado por el varón mayor de 15 años y la mujer mayor de 14 años, pudiendo también administrar su patrimonio profesional o industrial (Artos 7, 100 y 979, inc 1 C).

Las prohibiciones en relación al consentimiento pueden ser absolutas o relativas. Las absolutas bajo ninguna circunstancia se pueden celebrar el acto o contratos Tal es el caso establecido en el(Arto. 466 C.), que le impide al guardador adquirir los bienes de su pupilo. También está la incapacidad especial que puede referirse a una formalidad habilitante, en cuyo caso el acto o contrato está permitido pero siempre que se llene determinada formalidad. Por ejemplo, la autorización judicial que obtenga el guardador o sus parientes consanguíneos o a fines dentro del cuarto grado para celebrar acto o contrato en que directa o indirectamente tenga interés cualquiera de ellos (Arto 465 C.).

### 2.3.2 Objeto

Escobar Fornos, en su obra Derecho de Obligaciones (1997), hace una distinción entre el objeto del contrato y el objeto de la obligación. El objeto del contrato es la obligación misma, pero como la obligación tiene su objeto, éste viene a ser el del contrato. Por ejemplo: en la compraventa, por ser bilateral, nacen obligaciones para el vendedor y el comprador; el primero tiene la obligación de entregar la cosa vendida, que es el objeto de su obligación y el segundo el precio estipulado, que es el objeto de su obligación.

En otras palabras, el contrato no tiene propiamente objeto. El contrato crea obligaciones, pero son estas las que tienen un objeto, que puede consistir en un hecho material, en un hecho jurídico o en una abstención (Escobar Fornos, 1997).

Nuestro código civil regula el objeto de los contratos en sus (Artos. del 2473 al 2478 C.). Así resumimos que pueden ser objeto de contrato todas las cosas que

no están fuera del comercio de los hombres, aún las futuras; así como todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o las buenas costumbres.

Es relevante mencionar que el objeto de todo contrato debe ser: a) real y posible, real que existe. El objeto debe ser posible; para que el objeto sea físicamente imposible, debe existir una imposibilidad absoluta (Artos 2474 y ss C).

Determinado y lícito. Sin la determinación del objeto, no puede haber consentimiento, debe ser una cosa determinada en cuanto a su especie. Lícito, que no sea contrario a la Ley y a las buenas costumbres (Artos 2473 y 2475 C).

### 2.3.2.1 El objeto en el contrato de fideicomiso

El objeto del fideicomiso constituye el medio a través del cual el fiduciario realizará la actividad o actividades fijadas en el contrato. La obligación está supeditada a la voluntad propia que el hombre le pueda dar al contrato de fideicomiso, tomando en cuenta que las diligencias que lleve a cabo deben ser lícitas. Anteriormente abordamos de forma general ciertos requisitos que atañen al objeto en específico. Sin embargo, es importante mencionarlos a la luz de la Ley 741. El objeto del contrato de fideicomiso:

El que debe tener un fin lícito (Arto. 3); es decir debe establecerse de acuerdo al ordenamiento jurídico, la moral, las buenas costumbres y al orden público, además los bienes y derechos fideicometidos deben estar dentro de las cosas objeto de comercio. (Artos. 2437, 2473 y 2478 C.)

No debe implicar fraude para los acreedores del fideicomitente (Arto. 44); es decir, se debe evitar realizar un acto simulado, donde las partes se ponen de acuerdo para realizar el fideicomiso para engañar a un tercero (acreedores), dándole al contrato una apariencia real (Arto. 2220 C).

Debe estar claramente determinado (Arto. 2, párrafo 2do); pues se debe tener certeza qué bienes o derechos están siendo fideicometidos para que al momento de extinguirse el contrato, el fideicomitente sepa que es lo que debe reclamar o en su caso el beneficiario, que es lo que recibirá por en ocasión de esos bienes y derechos fideicomitados.

Que no sea secreto, es decir, que la afectación sea en relación a una finalidad conocida (Arto. 12, numeral a);

Que no conceda beneficios a personas que deban sustituirse sucesivamente por muerte de la anterior (Arto. 12, numeral a).

#### *2.3.2.2 El patrimonio fideicometido*

El conjunto de los bienes incorporados por el o los fiduciantes a un determinado fideicomiso, constituye lo que puede designarse como patrimonio fiduciario. Sabemos que la razón de ser fideicomiso como figura jurídica y la de la propiedad fiduciaria como categoría legal, es justamente la aptitud que confiere la ley a esta estructura para proteger ciertos bienes destinados a un negocio jurídico determinado, los que quedan fuera del alcance de los acreedores del fiduciario y del fiduciante (Carregal, 2008).

En extracto se señala que el patrimonio de una persona es la universalidad jurídica de sus derechos personales bajo la relación de un valor pecuniario, es decir como bienes. Es la personalidad misma del hombre puesta en relación con los diferentes objetos de sus derechos. El patrimonio forma un todo jurídico, una universalidad de derechos que no puede ser dividida sino en partes alícuotas, pero no en partes determinadas por sí mismas, o que puedan ser separadamente determinadas. . . (Carregal, 2008, p 205).



El conjunto de bienes de una persona constituye su patrimonio. Según sea esta teoría, el patrimonio es único, es atributo de la persona humana y por lo tanto no es posible transferirlo de modo tal que su titular quede privado de él. Si, en cambio, es posible enajenar bienes determinados que lo componen. Constituye una universalidad de Derecho y como tal resulta inseparable del individuo mientras éste exista (Carregal, 2008,p. 205).

En cuanto al patrimonio se entiende como el conjunto de relaciones jurídicas activas y pasivas pertenecientes a una persona que tengan una utilidad económica y sean susceptibles de estimación pecuniaria (Rodríguez Azuero, 2009).

De lo anteriormente relacionado, podemos identificar tres aspectos relevantes. El primero que sugiere como objeto del patrimonio derechos y obligaciones, por lo que nos lleva a asumir que no va a estar compuesto obligatoriamente por bienes o activos. El segundo, sugiere que el patrimonio va a pertenecer a una persona individual, natural o jurídica, es decir, una persona un patrimonio. Sin embargo, es necesario que estos derechos y obligaciones puedan tener carácter pecuniario, en otras palabras ese patrimonio debe ser susceptible de valoración económica. Como podemos observar, del concepto de patrimonio, se excluyen todos aquellos derechos que carecen de carácter pecuniario, como por ejemplo los derechos personalísimos.

Las relaciones patrimoniales de una persona, derivan de todos aquellos derechos individuales cuyo contenido es eminentemente pecuniario, en forma directa o indirecta. Son derechos que forman parte del activo patrimonial de las personas y que, como tales, son susceptibles de enajenación, de gravamen, es decir, de disposición económica por parte de su titular. Los derechos que resultan de esta clase de relaciones suelen clasificarse por los autores en dos grandes grupos: derechos reales y personales, a los que se agregan, por algunos, los derechos universales y los derechos intelectuales (Rodríguez Azuero, 2009).

Los derechos reales se caracterizan por la inexistencia de un sujeto pasivo indeterminado, son oponibles *erga omnes*. Su titular tiene derecho de persecución, de defensa y de preferencia sobre el objeto de los mismos. Están establecidos por la ley, ya no cabe la autonomía de la voluntad para crear nuevos derechos reales. Recaen sobre una cosa material, por lo que se extinguen al perecer con la cosa objeto de los mismos (Rodríguez Azuero, 2009)

El derecho de dominio o propiedad, que calificábamos de derecho real por excelencia, consiste en poder gozar y disponer de una cosa en forma absoluta, desde luego, no sienta contra la ley o contra derecho ajeno. Del mismo modo se predicen tres atributos: por una parte, poder usar la cosa, en segundo lugar, poder gozar de ella, beneficiándose de sus frutos o resultados y, finalmente, poder disponer de la misma, jurídicamente transfiriéndola o enajenándola y físicamente, mediante su consumo o destrucción... No obstante lo anterior...su carácter absoluto se ha visto limitado en distintas formas... la incorporación del principio constitucional de función social de la propiedad, la cesión del usufructo o del uso y habitación del bien, la constitución de servidumbres, prenda o hipoteca que graven el mismo. Cabe recalcar, que a excepción de la primera, las otras formas de limitación implican necesariamente un acto de disposición previo por parte del titular del bien (Rodríguez-Azuero, 2009).

Un segundo aspecto de relaciones patrimoniales son las derivadas de los derechos personales. A diferencia de los derechos reales caracterizan por la existencia de un sujeto pasivo determinado. Se les designa como derechos de crédito y pueden definirse como el derecho que tiene el acreedor de exigir a su deudor una prestación o servicio consistente de dar, hacer o no hacer alguna cosa. Nacen de la voluntad de las partes y su objeto es una prestación. Confieren acción contra el deudor o sus causahabientes a título universal cuando no se ha establecido una garantía determinada, o a título singular en el caso contrario (Rodríguez Azuero, 2009)

Como tercer aspecto de las relaciones patrimoniales, se encuentran los denominados derechos universales caracterizados por recaer... sobre un patrimonio o conjunto de derechos y obligaciones... Los derechos recaen sobre una universalidad jurídica cuyo contenido particular puede no conocerse y ser aún indiferente (Rodríguez Azuero, 2009).

Como cuarto y último aspecto de las relaciones patrimoniales, tenemos los derechos intelectuales. Éstos corresponden a los derechos reales sobre bienes inmateriales, tales como la propiedad industrial y derechos de autor, que incluirán la propiedad artística, literaria y científica. Hay dos teorías con respecto a la naturaleza jurídica de éstos derechos. La teoría subjetiva, que concibe al patrimonio como una derivación de la personalidad y la otra que se trata de un derecho de colectividad. (Rodríguez Azuero, 2009).

Los patrimonios denominados autónomos o separados tienen relevancia jurídica en sí mismos considerados, sin requerir por lo tanto del sustento personal propio de la doctrina clásica. Esta noción de los patrimonios autónomos tiene una importancia indudable en el derecho moderno para explicar ciertas situaciones jurídicas que no coinciden con la teoría tradicional. En particular y para referirnos al objeto de nuestro estudio... tenemos como ejemplo... el patrimonio autónomo, acogido por algunas legislaciones latinoamericanas, para calificar jurídicamente los bienes transferidos en fideicomiso, que si bien figuran en cabeza del fiduciario, suelen ser tenidos como parte integrante de un patrimonio separado para muchos efectos (Rodríguez Azuero, 2009).

El (Art. 5), de la Ley 741 dice: El fideicomiso implica siempre la transmisión en propiedad de la titularidad de los bienes o derechos, con la facultad de disponer de ellos, solamente de conformidad a las instrucciones precisas dadas por el fideicomitente en el instrumento de constitución. El patrimonio fideicometido es autónomo y distinto al patrimonio del fiduciario, del fideicomitente y de

fideicomisario, empero, frente a terceros, el fiduciario tendrá el carácter de dueño. Se produce la tradición del dominio de los bienes inmuebles o derechos reales sobre éstos, por la inscripción del título en el Registro de la Propiedad correspondiente.

Una facultad del titular del fideicomiso, es disponer del mismo y dentro del contexto del contrato en sí, puede transmitirlo, en parte y bajo exactas condiciones, a otra persona denominada fiduciario, para que este último, lo maneje y constituya un patrimonio autónomo e independiente del patrimonio del fideicomitente y del fiduciario. La transmisión de esos bienes o derechos dan origen a uno nuevo: la propiedad fiduciaria (Morales Casas, 1994).

El derecho real de propiedad que como se mencionó anteriormente, es el derecho real por excelencia. Existe derecho real cuando una cosa se encuentra sometida, completa o parcialmente, al poder de una persona, en virtud de una relación inmediata, que se puede oponer a cualquier otra persona (Planiol & Riplet, 2002).

Su titularidad, concede la potestad para el goce y disfrute, además el derecho de disponer de la cosa con las limitaciones y las modalidades que la misma ley establece. Una vez adquirida la propiedad, el propietario puede enajenarla, aprovecharse de ella, usarla y ejercitar su derecho de cualquier forma, siempre que el ejercicio de su derecho no vulnere el de un tercero. (Código Civil de Nicaragua Art. 616).

### 2.3.3 Causa

La causa es la razón por la cual el contratante se relacionado con otro. Tiene como fin el control judicial. El Juez no puede amparar un Derecho de pretensión de un acreedor que exige el pago de una obligación, si está no se contrajo fundada en una causa, que además deber ser lícita y moral. Pues los contratos sin causa o causa ilícita, no producen efectos (Díez-Picazo & Gullón, 2001).

*Existen tres teorías en relación a la causa del contrato. A saber:*

#### *2.3.3.1 Teoría Clásica*

*El contrato tiene un fin económico y no meramente jurídico. La Causa se identifica con el fin práctico y, como, resultado en los contratos bilaterales la causa no es una obligación equitativa, sino la pretensión de obtener la realización de la prestación. Para esta teoría la causa final o inmediata es la que se tiene en cuenta. Como consecuencia en todos los contratos de un mismo tipo la causa es la misma (Escobar Fornos, 1997).*

#### *3.3.3.2 Teoría subjetiva*

Aquí la causa inmediata se observa como instituto de protección al contratante y la causa impulsiva con finalidad de protección social. Es conveniente señalar que las razones que forman la causa impulsiva o remota deben ser determinantes para la celebración del contrato, de tal manera que no existir no se habría celebrado. De esta forma estas razones constituyen la causa del contrato, y por lo tanto, si con ilícitos o inmorales, será ilícita la causa, aunque en el contrato aparezca una prestación lícita (Escobar Fornos, 1997).

#### *2.3.3.2 Teoría Objetiva*

La causa además de referirse a los contratos, también se refiere a los negocios jurídicos. El negocio jurídico es un fenómeno social cuya causa debe buscarse en la función típica económica y social que desempeña: dar, cambiar, hacer, etc. (Escobar Fornos, 1997).

En concordancia con esta teoría se explican los negocios jurídicos como el fideicomiso. Sin embargo, se le ha criticado porque no explica como una función

económica, social, típica pueda ser afectada por la intensión de las partes, como la donación por ejemplo; la función económica social no puede funcionar como causa (Escobar Fornos, 1997).

#### 2.3.3.4 Teoría sincrética

No es más que la fusión de la subjetiva y objetiva, consiste en que en el negocio no se debe tomar en cuenta solamente su función, sino también los fines que persiguen las partes con la función jurídica del mismo. Así dentro de una concepción unitaria la causa sería el común propósito de las partes de alcanzar la finalidad, respalda por la ley (Escobar Fornos, 1997).

#### 2.3.4 Forma

La forma tiene dos consideraciones, la primera que consiste en la manera de realizarse el negocio, o sea el medio de expresión de la voluntad negocial, que no es más que la exteriorización de la voluntad interna (Orozco Gadea, 2009).

A la luz del (artículo 2534 C.), “los contratos de compraventa de bienes raíces se otorgarán por escritura pública, los cuales se inscribirán en el registro competente de la propiedad inmueble”; de manera que la eficacia del negocio jurídico depende del cumplimiento de las formalidades que son las únicas admitidas como medio de expresión de la voluntad de negociar.

##### 2.3.4.1 Formalidades ad *substantiam* o ad *solemnitatem*

Son las que necesitan una clase de negocios para su existencia, por ejemplo el matrimonio que no se celebra ante un Juez o notario autorizado, es inexistente o el caso de la aceptación de la herencia para la convalidación del contrato (Orozco Gadea, 2009).

#### 2.3.4.2 Formalidades ad *probationem*

Esta formalidad es requerida como prueba del negocio en el Derecho procesal. No condiciona la eficacia del negocio sino en un sentido limitado, pues para que el negocio pueda ser aprobado, se debe cumplir con la forma pre establecido. Es el caso de la fianza que puede contratarse de forma escrita, verbal, pública o privada, pero que si fuera negada en juicio solo podrá ser probada por escrito cuando exceda de 100 pesos (Artículo 3683 C).

#### 2.3.4.3 La forma en el Código Civil Nicaragüense

En nuestra legislación predomina la libertad de forma pues el (Arto. 2449 C.), establece que desde que la estipulación se acepta quedando perfecto el contrato, salvo que la ley exija alguna otra formalidad. Así que, el (Arto. 2483 C.), establece que deberán constar en instrumento público los actos y contratos que tengan por objeto la creación transmisión, modificación o extinción de derechos reales...

#### 2.4 Presupuestos accidentales: condición, termino y modo

Son accidentales los elementos que por voluntad de las partes pueden acompañar a un determinado contrato como la condición, término o modo que modifican el contenido o los efectos del negocio(Orozco Gadea, 2009).

La accidentalidad de estos presupuestos significan que pueden estar o no dentro del contrato, pero una vez incluidos se convierten en indispensables para que el negocio jurídico despliegue todos sus efectos. Mediante la condición, las partes de proponen sujetar las consecuencias de su estipulación a la realización de un acontecimiento incierto (Artículos 1878 C y ss).

A través del término o plazo los contratantes limitan la eficacia del negocio de manera que los efectos del acuerdo se producen a partir de cierto momento o duran solamente por un determinado periodo de tiempo (Arto. 1896 C y ss).

Finalmente, se llama modo, carga o gravamen a la obligación anexa que se le puede asignar al beneficiario, en los negocios a título gratuito. Es pues el modo un límite a la liberalidad o gravamen que pesa sobre ella (Orozco Gadea, 2009).

### ***3. Teorías de transmisión de la propiedad***

Adquirir significa hacer propio un derecho o cosa, de acuerdo con las normas relativas al derecho de propiedad (García – Solís (s.f.) pp. 63 y 64).

Los modos de adquirir son los hechos o actos jurídicos susceptibles de dar vida a la propiedad. Los modos de adquirir la propiedad se clasifican en originarios, que se dan cuando sin la concurrencia de la voluntad ajena o derivativa, que requieren la voluntad de otra persona, tal es el caso de la accesión, ocupación, posesión y prescripción. En contraposición, se encuentran los universales o singulares, según se adquiera por ello una pluralidad cosas o derechos o solo un derecho o una cosa. Los modos derivativos son aquellos que tienen su origen en los actos jurídicos en virtud de los cuales las cosas o los derechos pueden pasar de una persona a otra. Tal es el caso de la cesión, compraventa, donación, entre otros (Carregal, 2008).

Las formas de disposición tanto del derecho real de propiedad como de la propiedad fiduciaria, se encuentran ciertas limitaciones. El derecho real de propiedad involucra un dominio pleno, perfecto y perenne del titular sobre el bien; sujeto a la función social de este derecho. Así que, el propietario puede hacer con el bien todo lo que no esté expresamente prohibido por la ley (Arto 615 C).



Las limitantes de este derecho, por lo general, son derivadas de la propia naturaleza del bien sobre el que recaen. Entre las limitaciones del derecho real de propiedad se señalan algunas, como los límites de interés general; las más importantes de las restricciones de la Propiedad, procede de la institución de la expropiación por causa de utilidad pública y los límites de interés público; establecidos generalmente por leyes y reglamentos de Policía, que imponen a los propietarios prohibiciones y obligaciones, como la altura de las construcciones o restricciones sobre el establecimiento de obras insalubres (Rodríguez Azuero, 2009).

Estos límites se encuentran establecidos por la ley, cuando son de utilidad pública o en interés de la seguridad pública. El (Arto. 617 C), establece que nadie puede ser privado de la propiedad sino en virtud de ley o sentencia fundada en ésta. La expropiación por causa de utilidad pública debe ser calificada por Ley o por sentencia fundada en ella... y por la autonomía de la voluntad cuando se trata de derechos particulares, (Orozco Gadea, 2009). Como podemos observar, las formas de disposición que otorga el derecho real de propiedad son muy amplias, y lo único que prevalece sobre su ejercicio es el interés de la colectividad en aras de su mejor aprovechamiento.

Por su parte, la disposición del patrimonio tiene otras limitaciones; existen las establecidas en la ley y las derivadas de la voluntad del fideicomitente. Así mismo la Ley 741, Ley del contrato de fideicomiso en su (Arto. 12), instaura las siguientes prohibiciones:

Prohibición de constituir fideicomisos en forma secreta. Los derechos y obligaciones de las partes que intervienen en este negocio jurídico deben encontrarse definidos y tutelados tanto por la ley como por el contrato que de origen al fideicomiso en cuestión. Por otra parte, el fideicomiso, por mandato legal debe otorgarse en escritura pública.

Prohibición de constitución de fideicomisos sucesivos, que busca impedir la permanencia de la propiedad de una sola familia sobre unos bienes. Al igual que en Nicaragua, en Guatemala, existe una prohibición expresa a este respecto, pues son nulos los fideicomisos en los cuales el beneficio se otorgue a terceras personas, sucesivamente, que deban sustituirse por muerte de la anterior, salvo que la sustitución se efectúe a favor de personas que estén vivas o concebidas a la muerte del fideicomitente.

Otra limitación relevante, es la prohibición legal del fiduciario para designarse asimismo como beneficiario del fideicomiso.

### *3.1. Derechos reales de propiedad y la propiedad del fideicomiso*

De lo abordado en el acápite anterior, podemos afirmar que en el contrato de fideicomiso, el fiduciario adquiere la propiedad de los bienes en virtud de un negocio jurídico, cuya constitución tiene como formalidad esencial llevarse a cabo en escritura pública. Así pues, estamos ante una transmisión derivada, a título oneroso que puede ser universal o particular, según los bienes objeto del mismo. La propiedad fiduciaria, es distinta del derecho real de propiedad y surge del ejercicio de la misma a través de un acto de disposición. Así se desprende del concepto que brinda Morales Casas (1994) (p.338), que literalmente dice: *Se llama propiedad fiduciaria la que está sujeta al gravamen de pasar a otra persona por el hecho de verificarse una condición. La constitución de la propiedad fiduciaria se llama fideicomiso. Este nombre se le da también a la cosa constituida en propiedad fiduciaria...*

### *3.2. El patrimonio autónomo del fideicomiso*

La teoría de la afectación, considera las bienes recibidos en fideicomiso como formando un patrimonio autónomo o afectado a una finalidad, en términos que no pueda confundirse con los bienes del fiduciario (Rodríguez Azuero, 2009).

Los bienes fideicometidos, una vez establecido el contrato, pasan a ser un patrimonio autónomo a nombre del fideicomiso, lo que implica las siguientes consecuencias:

La separación total de los bienes del fiduciario: los bienes recibidos del fideicomiso, deben de mantenerse separados tanto de los bienes del fiduciario como de los bienes de otros fideicomisos. Esto opera tanto en la parte jurídica como en la parte contable. Esto busca que los bienes constituidos en fideicomiso no se confundan con los propios del fiduciario no con aquellos correspondientes a otros fideicomisos en cabeza de la entidad (Rodríguez Azuero, 2009).

La exclusión de los bienes del fiduciario para efectos legales: en caso de que existiera quiebra, administración por intervención judicial o intervención de la entidad fiduciaria, los bienes fideicometidos no son considerados como parte de los bienes de la entidad, por lo que, en caso de existir incapacidad de la entidad para seguir administrando esos bienes, lo que procedería sería sustituir al fiduciario, pero no disponer de los bienes. Aunque se haya producido un ingreso de nuevos bienes cuya titularidad radica en cabeza de la entidad fiduciaria, la aplicación del patrimonio de la autonomía del patrimonio conduce a sostener que sus acreedores no pueden prevalerse de tal incremento ni perseguir los bienes respectivos... mientras el propietario aparece como propietario legal, otros figuran realmente como beneficiarios de tales derechos (Rodríguez Azuero, 2009).

La exclusión del patrimonio del fideicomitente: cuando el fideicomitente transmite sus bienes a un fideicomiso, estos dejan de formar parte de su fondo, para formar del patrimonio autónomo que se constituye en el fideicomiso. Por tanto, no podrán ser perseguidos por sus acreedores sino hasta la extinción del contrato, excepto los de aquellos fideicomisos que fueron creados en fraude de acreedores (Rodríguez Azuero, 2009).

La exclusión del patrimonio del fideicomisario: si el fideicomisario no es propietario y de ordinario tiene, a lo más una expectativa sobre la transmisión de los bienes y/o recibe sus frutos en forma periódica, sus acreedores no pueden pretender derecho alguno sobre los bienes en fideicomiso aunque, desde luego, sí les cabe embargar los frutos producidos por ellos que le estén destinados (Rodríguez Azuero, 2009).

El patrimonio autónomo garantiza las obligaciones del propio fideicomiso: cuando se trata de obligaciones válidamente contraídas para la obtención de la finalidad prevista constituido por el fideicomiso. Naturalmente, el fiduciario debe gozar de las facultades necesarias para adquirir obligaciones frente a terceros, de otra forma podría atribuírsele posteriormente extralimitación de funciones (Rodríguez Azuero, 2009).

La obligación de retornar el patrimonio al fideicomitente: una vez finalizado el objetivo del fideicomiso, los bienes objeto del mismo, deben regresar al fideicomitente p a sus herederos, si no se ha establecido otra cosa (Rodríguez Azuero, 2009).

#### **4. *Obligaciones derivadas del contrato de Fideicomiso***

En este acápite haremos un análisis de las obligaciones derivadas del contrato de fideicomiso, atendiendo a cada uno de los elementos personales que intervienen en el mismo, dichas obligaciones están contenidas en el Título V de la Ley 741, Ley del Contrato de Fideicomiso.

##### **4.1 *Del Fideicomitente***

La primera obligación del fideicomitente es remunerar al fiduciario dentro del principio de que el encargo es oneroso. Desde luego que si se anota como obligación del fideicomitente es porque la práctica y ante la imposibilidad de

obtener los rendimientos suficientes en el manejo del fideicomiso para atender siquiera la remuneración del fiduciario, debe entenderse que el fideicomitente asumirá el costo de la gestión desempeñada por el fiduciario como consecuencia de su decisión de crear el fideicomiso. Entre las obligaciones, se comprenden también reembolsar los que en el desempeño del cargo haga el fiduciario... el saneamiento por evicción... siendo el fideicomiso un acto traslativo, el fideicomitente debe salir al saneamiento por evicción, tomando en cuenta que el fideicomiso se constituye a título oneroso (Rodríguez Azuero, 2009).

Por su parte, la Ley 741, limita las obligaciones a las siguientes: transmitir la propiedad de los bienes con los cuales constituye el fideicomiso; designar al fiduciario y al fideicomisario, según el caso; pagar los honorarios del fiduciario, salvo pacto en contrario; las demás obligaciones que se establezcan en el contrato.

#### *4.2 Del Fiduciario*

Para estudiar las obligaciones, algunas de las cuales permiten al mismo tiempo, analizar sus derechos, debe partirse del principio según el cual el fiduciario tiene todas las facultades necesarias para cumplir la finalidad señalada por el fideicomiso, con las limitaciones que se deriven de los términos del encargo, de su incompatibilidad con el logro de la misma finalidad o de las reservas hechas por el fiduciante en el momento de la constitución... en base a lo anterior y de acuerdo a Rodríguez Azuero (2011) son obligaciones del fiduciario, el administrar los bienes en la forma establecida ... hacer inventario y hacer caución ... mantener los bienes separados de sus activos... llevar la personería para la protección de los bienes, así como rendir cuenta de su gestión y transferir los bienes a quien corresponda al momento de alcanzar el objetivo para el cual se constituyó el fideicomiso.

La Ley 741, establece las siguientes obligaciones para el fiduciario: Llevar a cabo todos los actos necesarios para la realización del fin del fideicomiso; contabilizar los bienes fideicomitados en forma separada de sus demás bienes y de los correspondientes a otros fideicomisos; rendir cuenta de su gestión al fideicomitente o al fideicomisario, en su caso, o a quien el primero haya designado, por lo menos una vez al año; proteger y defender los bienes fideicomitados; Prestar caución o garantía; Transferir los bienes fideicomitados a quien corresponda una vez concluido el fideicomiso; Las demás establecidas en el documento constitutivo del fideicomiso.

#### *4.3 Del Fideicomisario*

En ninguna legislación se establecen obligaciones para el fideicomisario, puesto que es el beneficiario, la persona a beneficio de quien se constituye el fideicomiso.

### **5 Modalidades del fideicomiso**

Es importante señalar que el fideicomiso ha tenido más profusión en materia bancaria, sin embargo se manifiesta a través de múltiples modalidades. Nos parece oportuno señalar que a veces, algunos de los encargos que realiza el Banco o la sociedad fiduciaria no se realiza en virtud de un verdadero negocio de fideicomiso, sino más bien de un simple mandato o encargo fiduciario, de modo que no existe en tales casos transferencia de la propiedad, que constituya el fiduciario en titular de los bienes frente a terceros, sino más bien una simple puesta a disposición de recursos para atender la finalidad prevista por el fiduciante, así lo refleja Herrera Espinoza (2007) en su estudio sobre contratos atípicos.

Entre las modalidades del Fideicomiso más relevantes encontramos:

### *5.1 Fideicomiso de Administración*

Los Contratos de Fideicomiso de Administración son aquellos en los cuales se transfiere la propiedad de bienes a un fiduciario para que los administre conforme a lo establecido por el constituyente destinando el producido, si lo hubiera, al cumplimiento de la finalidad señalada en el contrato (Rodríguez Azuero, 2009).

La Ley 741 Ley sobre el Contrato de Fideicomiso, en su artículo 51, conceptúa al fideicomiso de administración como aquel por el cual el fiduciario administra los bienes fideicomitados con las facultades generales de administración y las facultades especiales que le hubieren sido expresamente concedidas por el fideicomitente. Puede ser testamentario o contractual.

En el caso de las operaciones bancarias se hace indispensable observar que las posibilidades de los bancos resultan tanto del desarrollo de las facultades consagradas en numerosas legislaciones con el nombre de encargos fiduciarios, como de los negocios de fideicomiso o fiducia mercantil propiamente dichos. La mayoría de los encargos pueden llevarse a cabo con el sustento de un simple contrato, generalmente de mandato, en donde el fiduciario (banco) se obliga con el fiduciante (cliente) a realizar por cuenta suya en su nombre un determinado negocio jurídico u otra gestión en su interés. No existe allí una transferencia de propiedad, que constituya al fiduciario en titular de los bienes frente a terceros sino simplemente una puesta a su disposición de recursos para poder cumplir la finalidad prevista por el fideicomitente (Rodríguez-Azuero, 1990).

En cuanto al Fideicomiso administrativo se indica que existen distintas razones que pueden llevar a una persona a querer revelarse en un momento dado de la administración y manejo directo de sus bienes; su edad que no le permite dedicar las mismas energías a sus negocios, su dedicación a actividades de tipo filantrópico o político o sus frecuentes viajes, etc. Por consiguiente, una forma muy interesante de utilizar los servicios fiduciarios consiste en transferir sus bienes a la

entidad crediticia que le brinda no solo la seguridad de ser una institución seria y especializada sino estar sometida a rigurosos controles por parte del Estado. Su conocimiento del mundo financiero.

## *5.2 Fideicomiso de garantía*

En el fideicomiso de garantía el deudor transmite unos bienes al fiduciario con la finalidad de respaldar el cumplimiento de una obligación principal, a favor de un tercero; así, si el deudor no satisface oportunamente su obligación, el fiduciario procederá a vender los bienes y destinar su producto a la satisfacción de dicha deuda. (Herrera Espinoza, 2007).

En sus estudios, Carregal sostiene que en sí, el fideicomiso tiene una función de garantía. Aún los fideicomisos puros de administración persiguen esta finalidad. Es así porque la función de garantía está implícita en la necesidad de que los bienes objeto del fideicomiso salgan del patrimonio del fiduciante para ingresar al patrimonio especial del fiduciario (Carregal, 2008).

El autor menciona que la Ley coloca a los bienes fideicometidos en un estatus jurídico que les otorga cierta inmunidad frente a acciones de terceros, sean éstos acreedores del fiduciante o del propio fiduciario. Operada la transferencia de los bienes, quien asume el compromiso de darles el destino estipulado es el fiduciario en su condición de nuevo dueño, y no ya el fiduciante. El interesado ha logrado así asegurarse o tomar garantías sobre el buen fin de la transacción.

Igualmente, indica que el fideicomiso de garantía se caracteriza porque el fiduciario asegura el cumplimiento, con recurso limitado a los bienes fideicometidos y hasta la concurrencia del valor de realización de éstos, de ciertas obligaciones contraídas por el fiduciante o por un tercero. Se utiliza esta denominación para distinguir aquellos fideicomisos por los cuales se transfiere al fiduciario un bien, con el encargo de que –en el supuesto de incumplimiento de la



obligación del constituyente o de un tercero que se pretende garantizar- el fiduciario proceda a la venta del bien y entregue el producto obtenido, hasta la concurrencia del crédito, al acreedor en cuyo favor se ha constituido, cancelando así total o parcialmente la deuda impaga.

La Ley 741, por su parte en el (Arto. 53) señala como características del fideicomiso de garantía las siguientes:

No disposición de los bienes por parte del fideicomitente, mientras estos bienes se encuentren afectados por la constitución del fideicomiso,

En caso de incumplimiento de la obligación garantizada, el beneficiario del fideicomiso no necesitará entablar procedimiento judicial alguno para hacer efectivo el crédito, sino que, probando al fiduciario que la obligación no fue cancelada, le pedirá el pago de la misma. Para resarcirse de dicho pago, el fiduciario procederá a la subasta o al remate de los bienes mediante la publicación de un aviso en un medio escrito de circulación nacional.

Una comparación entre las legislaciones de diferentes países, tomando como ejemplo a México y Colombia, que a diferencia de Argentina en los dos primeros países, refleja que no existen impedimentos legales ni conflictos de intereses que impidan la constitución de fideicomisos de garantía en los que el fiduciario designado sea al mismo tiempo el acreedor garantizado (Carregal, 1982).

Esta modalidad del fideicomiso ha merecido algunos reparos por estimarse que se convierte en un mecanismo para que el acreedor se apodere del bien recibido en garantía; se coloca al fiduciario en trance de ejercitar funciones jurisdiccionales y, por último, se priva al deudor del ejercicio legítimo del derecho de defensa. Sin embargo, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia mexicanas se encuentran argumentos que, en términos generales, serían aplicables en otras latitudes, porque se ha hecho notar que no es una situación de controversia la que debe ser juzgada por el fiduciario, sino la simple circunstancia de hecho de que, en una

cierta fecha, no se haya producido un pago. No hay pues en la gestión que debe cumplir el fiduciario ningún campo para la calificación subjetiva sobre la conducta de las partes sino simple y llanamente, sobre la circunstancia de no haberse realizado el pago. Pero, además no se trata de que el acreedor disponga por sí y ante sí del bien recibido en garantía sino que tal bien ha sido transferido previamente por parte del deudor al fiduciario, en forma deliberada y consciente, encomendándole una determinada gestión que puede traducirse, seguramente, en la venta del bien y en el pago al acreedor, pero incluso, al cumplimiento de otras finalidades, si la suma lo permite. Y por último, no parece que haya propiamente una privación del derecho de defensa si se advierte que la renuncia anticipada a controvertir cualquier circunstancia accesorio tiene un contenido eminentemente patrimonial.

### *5.3 Fideicomiso de Seguro de Vida*

Las buenas intenciones del jefe de familia que contrata un seguro de vida para que, el día que fallezca, su esposa e hijos reciban una suma importante que les permita una digna subsistencia, puede frustrarse si, ocurrido el siniestro, los beneficiarios de la indemnización que pague la compañía aseguradora administran mal lo recibido y en poco tiempo consuman el importe cobrado. Es una preocupación que nunca descarta quien contrata tal seguridad, la que puede evitarse por vía de un fideicomiso debidamente constituido. El asegurado nombra como beneficiario a un banco u otra entidad financiera de su confianza y celebra con el mismo un contrato de fideicomiso, designándolo fiduciario del importe a percibir de la aseguradora, fijando su plazo y especificando todas las condiciones a las que debe ajustarse aquel en cumplimiento de los fines instruidos (inversiones a efectuar, beneficiarios de las rentas, destino final de los bienes, etc.) (Santín, Matías, 2010)

Esta modalidad puede manifestarse, bien cuando el causante nombre como beneficiario de su seguro de vida al fiduciario para que éste realice finalidades

similares a las que cabrían en un fideicomiso testamentario, o bien cuando se designa al fiduciario como beneficiario de un seguro de daños, para que éste destine los fondos obtenidos, de manera efectiva, a la reposición del bien asegurado (Herrera, 2007).

La Ley 741 se limita a conceptualizar el fideicomiso por seguro de vida. Estableciendo así, que se entenderá por fideicomiso con base en el seguro de vida, aquel por el cual el asegurado, con carácter de fideicomitente, cede al fiduciario sus derechos contra el asegurador, transfiriéndole la póliza, mediante declaración suscrita por ambas partes, y notificada por escrito al asegurador (Arto. 54).

#### *5.4 Fideicomiso de Inversión*

Si se quiere, es una modalidad del fideicomiso de administración el cual, a más de la simple administración y manejo de sus bienes, el fiduciante busca destinarlos a ciertas actividades de las cuales pueda derivar rendimientos interesantes. Quizás, para verlo por otro aspecto, se administran bienes y negocios que van a permanecer inalterables como tales (se explota un comercio, se arrienda un inmueble, etc.), mientras se invierten los recursos líquidos que se reciban o los mismos activos mediante su transformación, enajenación y remplazo (se vende el establecimiento de comercio y se compra un hotel o las acciones de una compañía de textiles). Tiene importancia para el manejo de ciertos recursos con finalidades específicas como los que resultan de la constitución de un fondo de empleados en una compañía, formado por los ahorros de sus afiliados, en donde no solo se cuenta con una administración eficiente descargando al fondo de las dificultades propias de su manejo, la mutabilidad en sus juntas directivas, la distinta capacidad de sus funcionarios, etc., sino que pueden obtenerse rendimientos satisfactorios de la colocación de los recursos y una adecuada distribución de los mismos para las finalidades propias de la institución o de la constitución del fondo. Asimismo, cabe su utilización para los fondos de pensiones de las empresas o de enfermedad o de auxilios para determinadas calamidades o

supuestos, en relación con los cuales la empresa puede separarse también de su manejo engorroso para entregárselo al fiduciario (Rodríguez Azuero, 1990).

En todos estos casos el manejo por parte de una entidad crediticia puede combinarse con la injerencia de los interesados, mediante la constitución de comités de inversión que, para determinados eventos o para la colocación de ciertas sumas por encima de niveles establecidos o simplemente como cuerpos consultivos, pueden intervenir con la participación del constituyente y sus representantes o de funcionarios de la empresa y los empleados beneficiarios, cuando se trata de los fondos que acabamos de mencionar (Rodríguez Azuero, 1990).

En relación con los fideicomisos de inversión caben todas las posibilidades imaginables sobre la forma de colocar los recursos que van desde aquella en la cual se le señala al fiduciario una destinación específica e invariable, hasta la más amplia en la cual se deja a su absoluta discreción el manejo de los recursos recibidos. Los bancos de ordinario parecerían estar interesados en contar con algunas directrices respecto a la forma como deben emplearlos, pues de su existencia se deriva, en últimas, el grado de su responsabilidad. No es lo mismo, en efecto, cumplir con un encargo preciso y determinado, fácilmente comprobable, que comprometerse a colocar recursos en actividades dejadas a su libre escogencia, pero en donde la evaluación de los riesgos se convierte en una responsabilidad propia que hace más difícil conciliar el deseo de obtener altas rentabilidades para su cliente con la necesidad de colocar los recursos en actividades seguras. Por ello la existencia de un comité de inversión, bien con funciones simplemente consultivas, ya con algunas decisorias parece ser atractivo para las mismas entidades de crédito (Rodríguez Azuero, 1990)

Es entendido que en cuanto al banco cumpla el encargo de acuerdo con las instrucciones, las vicisitudes de la inversión corren por cuenta del constituyente o afectan al beneficiario, siempre que no haya dolo o culpa del fiduciario que permita

deducirle responsabilidad en el manejo de los bienes. Pero, en principio, no corresponde al fiduciario garantizar los resultados de sus gestiones, de donde puede concluirse que su obligación es fundamentalmente de medio y no de resultado. Desde luego existen posibilidades intermedias en las cuales, por ejemplo, la constituyente señala al fiduciario que debe invertir sus recursos en papeles de renta fija no inferior a un determinado porcentaje anual o en acciones negociables en bolsa cuyos dividendos en el momento de realizarse la operación no sean inferiores a una determinada tasa. Salvo, entonces, posibilidades similares parece reprobable, como en efecto lo establecen las legislaciones de algunos países, que el fiduciario pueda garantizar un resultado, asumiendo el riesgo financiero de la operación (Rodríguez Azuero, 1990).

### *5.5 Fideicomiso de Pensiones y Jubilaciones*

El Fideicomiso de pensiones y jubilaciones es aquel que constituye una empresa fideicomitente mediante aportaciones de dinero específicas y periódicas, para que la fiduciaria las invierta, reinvierta y administre con objeto de obtener de ellos el mejor rendimiento; pero en este caso los fideicomisarios no son la empresa sino sus empleados (Dávalos Mejía, 1992).

Donde el Fideicomitente puede ser cualquier persona jurídica mediante el cual el personal de la empresa, que a la vez serán los fideicomisarios, realizarán aportaciones en dinero o títulos de crédito, lo cual representa el objeto del fideicomiso. Dichos fondos serán utilizados en inversiones de cualquier especie a fin de obtener máximos rendimientos.

El incremento en algunos países, bien por vía legal ya por acuerdos colectivos, de las llamadas prestaciones sociales o cargas prestacionales que soportan los empleadores, aun cuando conduce, en la práctica, a que las empresas utilicen sus reservas como capital de trabajo, hace aconsejable, en el futuro, el manejo de los dineros respectivos por parte de entidades que, en virtud de su conocimiento

profundo del mercado y las posibilidades de inversión, los administren con enormes ventajas, tanto para la empresa como para los trabajadores. Y no solo por los rendimientos eventuales que pudieran obtenerse y que serían, sin duda alguna, muy superiores a los obtenidos por la misma empresa, sino porque ante un eventual desarrollo negativo de las actividades empresariales y la posible falencia de la empresa, la existencia de fondos puestos a salvo, líquidos y debidamente administrados, constituye una tranquilidad evidente para el empresario y, muy especialmente, para los beneficiarios trabajadores. Y es que, en efecto, aun cuando las leyes suelen concederles un privilegio como acreedores frente a la eventual masa de una quiebra, no es menos cierto que el derecho se vuelve nominal o difícilmente realizable cuando los activos son escasos, inmovilizados o de poca demanda en el mercado (Rodríguez Azuero, 1990).

Pero el mecanismo no solo tiene importancia por las razones anteriormente expuestas. Las dificultades crecientes que afrontan muchos países para el manejo de sus programas de seguridad social administrados por el Estado o por entidades de derecho público, han hecho volver los ojos hacia mecanismos privado o mixtos a través de los cuales pueda garantizarse a los destinatarios la cobertura ofrecida, tanto en el campo de las pensiones, como en el de créditos para ciertas finalidades o programas de salud. Y para tal efecto, ningún instrumento más útil que el de constituir fondos fiduciarios con esa finalidad (Rodríguez Azuero, 2009).

### *5.6 Fideicomiso testamentario*

Como su nombre lo indica, “el causante destina, dependiendo de la correspondiente legislación en materia de sucesiones, todo o parte de sus bienes a la constitución del fideicomiso, para que el fiduciario, a su vez, los destine a una determinada finalidad, señalada previamente por aquel” (Herrera, 2007, p. 135).

A través de los fideicomisos testamentarios se presenta la posibilidad de designar por esta vía al fiduciario para que, a la muerte del causante, reciba todo o parte de sus bienes con el objeto de destinarlos a cumplir ciertas finalidades, bien de índole

cultural, ya en beneficio de algunas personas, parientes o no del causante. Y decimos que todo o parte de sus bienes porque hay de tener en cuenta que de conformidad con las normas sobre sucesiones, no siempre es posible al causante disponer de todo su patrimonio a favor de un tercero, sino que debe respetar los derechos correspondientes a sus herederos forzosos, de manera que, en el caso de haberlos, el fideicomiso testamentario tendría que reducirse a la parte de la cual le pudiese disponer libremente (Rodríguez Azuero, 2009).

Son numerosas las posibilidades que en la práctica se presentan con la destinación misma de los bienes, como sucede desde luego en los fideicomisos de administración e inversión, pero en esta clase ellas suelen estar vinculadas a la manutención de unos parientes, su educación, los gastos de hospitalización, si se trata de personas enfermas, etc., siempre con la posibilidad de que les sean transferidos más adelante, cuando cesen las causas de indefensión o incapacidad, si estas son las hipótesis que justificaron el encargo (Rodríguez Azuero, 2009).

### *5.7 Fideicomisos de desarrollo*

Caracterizados por la presencia de entidades internacionales o gubernativas de crédito y por la aplicación de los recursos a finalidades de interés comunitario o de desarrollo, vinculadas con programas especialmente interesantes para los países del llamado tercer mundo, tanto si los recursos provienen exclusivamente de aportes estatales, como cuando se trata de fondos mixtos en los llamados programas de cofinanciamiento, en los cuales participan los recursos estatales o de entidades internacionales, y los del sector privado.

En desarrollo de estas posibilidades existen fondos administrados por el Banco Interamericano de Desarrollo, el Banco Mundial, y los bancos centrales de distintos países (Rodríguez-Azuero, 2009).

### *5.8 Fideicomiso inmobiliario*

Aun cuando pueden participar de las características genéricas de los fideicomisos de administración y/o inversión lo cierto es que, uno de los terrenos en el cual el fideicomiso se ha mostrado más atractivo, es en el desarrollo de proyectos inmobiliarios en los cuales la presencia de numerosas partes, con intereses no pocas veces contrapuestos y la necesidad de brindar una garantía suficiente a todos los intervinientes, explica su enorme suceso. Piénsese, simplemente, en el desarrollo de un terreno urbano sobre el cual piensa construirse un número plural de edificaciones y en relación con el cual se necesita hacer contactos, tanto con las entidades especializadas de crédito que provean los recursos a largo plazo, como con los interesados en la construcción que, incluso, estarían dispuestos a avanzar fondos para pagar parte del precio, contratando en planos; con los ingenieros constructores y los calculistas; con las entidades municipales que deben otorgar los permisos; con las entidades de control gubernativo; con el propietario del terreno desde luego, etc. Pues bien, la presencia de todos estos interesados logra conciliarse con ventaja cuando una entidad especializada soporta en su cabeza la titularidad del inmueble y ofrece, por consiguiente, plena seguridad de que el contrato se desarrollará en la forma y términos que se hayan convenido (Rodríguez-Azuero, 2009).

### *5.9 Fideicomiso del gobierno*

En algunos países los fideicomisos constituidos por el gobierno revisten gran importancia, no solo designando a entidades de crédito como sus agentes fiscales sino, por ejemplo, encargándoles el manejo de fondos destinados a la concesión de préstamos directos o de redescuento de créditos otorgados por las entidades financieras con una determinada finalidad. Así mismo, cabe la destinación de recursos para constituir un fideicomiso destinado a la realización de una obra específica de aquellas que por su largo alcance y su elevado costo presentan aspectos complejos que pueden controlarse y administrarse ventajosamente por una entidad especializada como un banco (Rodríguez Azuero, 2009)



### **III. Limitaciones Jurídicas del Contrato de Fideicomiso en Nicaragua**

#### ***3.1 Prohibiciones de la empresa fiduciaria***

En nuestro derecho está prohibida la celebración de los siguientes tipos de fideicomiso, la Ley 741 a si lo establece en sus (Artos. 11,35 y 36).

##### *3.1.1 Negocios fiduciarios secretos*

En primer lugar, los fideicomisos con fines secretos; debemos entender por secretos a los que no revelan las finalidades pretendidas por el fideicomitente en virtud del contrato. En este tipo de fideicomiso se podría incluir los fideicomisos testamentarios, pues a través de los testamentos cerrados, queda abierta la posibilidad de que el testador haga un encargo secreto para el cumplimiento de un fin lícito desconocido, disponiendo para ello parte de sus bienes (Rodríguez Azuero, 2009).

##### *3.1.2 Fideicomisos sucesivos*

La finalidad de la prohibición de los fideicomisos sucesivos, es evitar las sustituciones fideicomisarias que se realizaban en Roma, las cuales pretendían perpetuar la propiedad en una sola familia. La excepción a la norma se produce cuando el sustituto exista al momento de la muerte del fideicomitente o al nacer el derecho del primer beneficiario, es decir que se deja a salvo el derecho de sucesión, en línea descendiente. Lo que se trata de impedir aquí es el establecimiento de órdenes de sucesión que frenen al primer o primeros beneficiarios disponer libremente de los bienes por causa de muerte (Rodríguez Azuero, 2009).

##### *3.1.3 Los celebrados a más de cierto tiempo*

Los constituidos a plazo mayor de treinta años, a menos que se designe como beneficiario a persona jurídicas que sean establecimientos de asistencia social, centros oficiales de enseñanza y cultura, investigación, protección a los recursos

naturales y medio ambiente y los que tengan por objeto el establecimiento de museos y cualquier otra instituciones similares a las antes mencionadas, todo ello sin fines de lucro. En estos casos serán por tiempo indefinido o terminarán de la forma en que se disponga en el documento de constitución del fideicomiso. La razón de ser de estos fideicomisos en la voluntad del legislador de no permitir una indefinida congelación de la riqueza o que los términos señalados puedan cumplirse ordinariamente en forma satisfactoria, las finalidades para las que se constituyó el fideicomiso (Rodríguez Azuero, 2009).

#### *3.1.4 Otros tipos de fideicomisos prohibidos*

Los anteriores, son los tipos de fideicomisos prohibidos por la legislación vigente en Nicaragua. Sin embargo, en otros países latinoamericanos se prohíben los fideicomisos que conceden ganancias distintas de los honorarios al fiduciario, por estimar que el fiduciario no debe tener ningún interés económico en las resultas mismas del negocio fiduciario, distintas a su remuneración; y los realizados en fraude de ley (Rodríguez Azuero, 2009); esta prohibición se establece implícitamente en la Ley 741 al referirse a la impugnación del fideicomiso que se constituye en fraude de acreedores. Lo que se condena en este último, es la utilización de los negocios fiduciarios como pantalla para disimular vicios. En otras palabras, el negocio fiduciario, no podrá servir de instrumento para realizar actos o contratos que el fideicomitente no pueda celebrar directamente.

Finalmente, existen toda una gama de fideicomisos que están prohibidos en la medida que son ilícitos, entendiéndose por ilícito “*el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres*” (Arto. 1830 C).

### **3.2 Nulidad del Fideicomiso**

La Ley 741 Ley de Contrato de Fideicomiso en su artículo 11, expresa que son nulos los fideicomisos que se constituyan a favor del fiduciario, sus administradores, representantes legales o empresas vinculadas a cualquiera de

éstos; no obstante, si con posterioridad a la constitución del fideicomiso, llegaren a confundirse en él las calidades de fiduciario y fideicomisario, aquel deberá optar de inmediato por el desempeño del cargo o la conservación de sus derechos. Si no lo hace dentro de los quince días siguientes a aquel en que tenga conocimiento de la dualidad, los beneficios del fideicomiso no aprovecharán a sus derechos de fideicomisario, durante el tiempo en que la dualidad subsista.

Así mismo, establece que es nulo el fideicomiso que se constituya sin las formalidades respectivas en ella establecidas. De igual manera lo será cuando carezca de objeto o causa, o cuando se realice sobre objeto o causa ilícita. La nulidad de una o más cláusulas del contrato de fideicomiso no dejará sin efecto a éste, salvo que por consecuencia de dicha nulidad se haga imposible su cumplimiento (Arto. 11 de la ley 741) y (Arto. 1300 C.).

Al efecto, Rodríguez Azuero (1990), explica que todo negocio jurídico precisa del cumplimiento de un conjunto de requisitos para su existencia y que deben surtir efectos de acuerdo a la naturaleza del contrato. Por lo tanto, es ineficaz el contrato que no genera efectos jurídicos, o que no surte efectos de acuerdo a su contenido.

Los requisitos o presupuestos del negocio jurídico se refieren a las condiciones de quienes lo realizan y la materia a que está referida, así pues deben encontrarse en el acto respectivo al momento de formarse la convención (Baudrit, 2007). Tales como los sujetos y el objeto: los cuales hemos abordado anteriormente.

Con respecto a la ineficacia de los negocios jurídicos se deben distinguir varios presupuestos:

El negocio puede ser imperfecto por adolecer de un requisito esencial, pero una vez satisfecho el requerimiento, despliega todos sus efectos jurídicos. (Orozco, 2009). Por ejemplo: en el fideicomiso, es imperfecta la transferencia de bienes

inmuebles o derechos reales a favor del fiduciario sino se ha inscrito, dicha transferencia en el registro público de la propiedad correspondiente.

Son nulos los negocios jurídicos que versan sobre materias imposibles, ilícitas o contrarias a la buena costumbre; los que se celebren por incapaces, los simulados o los que violenten derechos de tales personas (Orozco, 2009). Tal sería el caso, el fideicomiso constituido para evadir obligaciones de crédito o el constituido en beneficio de un narcotraficante.

Respecto de los supuestos de invalidez contemplados en el ordenamiento jurídico nicaragüense, se debe hacer referencia a los artículos 2462, sobre la anulabilidad y 2463, sobre la nulidad, del Código Civil.

En cuanto a los efectos jurídicos que puede generar la invalidez, el (artículo 2211 del Código Civil) señala que la nulidad absoluta, al igual que la relativa, declaradas por sentencia firme, dan derecho a las partes para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, siempre que la nulidad no sea por lo ilícito del objeto de la causa en cuyo caso no podrá repetirse lo que se ha dado o pagado a sabiendas. Así mismo, la Ley 741 en su (Arto. 11, párr. 3ro). Señala que la nulidad en uno o más cláusulas del contrato de fideicomiso no dejará sin efecto a éste, salvo que por consecuencia de dicha nulidad se haga imposible su cumplimiento.

### *3.2.1 Nulidad absoluta de los contratos*

*Siendo el fideicomiso un contrato y que a la luz de artículo 61 de la Ley 741, que deja a las normas supletorias todo lo no previsto en la misma, aplicaremos las reglas generales de las obligaciones contenidas en el Código Civil Nicaragüense.*

Esta nulidad se presenta cuando en un contrato faltan los requisitos o elementos exigidos por el derecho, con lo cual el acto no puede producir efectos jurídicos (Orozco, 2008).

Cuando se habla de nulidad por falta de requisitos o elementos esenciales, nos referimos a los supuestos o condiciones mínimas para que una obligación goce de validez, es decir: consentimiento, objeto, causa y forma, así queda establecido en los (Artos.1872, 2436 y 2447 C.). En el caso del fideicomiso, como se dijo antes, son requisitos esenciales el consentimiento del fideicomitente y del fiduciario; el objeto, que no es más que la obligación que surge del acuerdo entre las partes; tiene como causa el beneficio lucrativo en favor de un tercero; y debe cumplir con las formalidades establecidas en la Ley, por ejemplo: para que la transmisión de la propiedad surta efectos jurídicos, se debe inscribir en el Registro Público correspondiente, el documento público donde conste dicha transmisión (Artículo 5, Ley 741). En caso que falte uno de ellos se estará ante la nulidad absoluta del contrato de fideicomiso.

### 3.2.1.1 Causas de Nulidad Absoluta

El artículo 2201 del Código Civil, establece tres causas de nulidad: como ya mencionamos anteriormente, cuando falta alguno de los elementos esenciales para la formación y existencia del contrato; cuando carece de los requisitos y formalidades exigidos para ciertos contratos; y o cuando el contrato se celebra por personas incapaces.

La nulidad absoluta, no precisa de declaración judicial, ni previa impugnación ya que opera de pleno derecho. Cualquier persona que tenga interés legítimo puede pedir que se declare, además puede ser declarada de oficio aunque las partes no la hayan alegado (Artículo 2204 C).

Sin embargo, se debe distinguir si el contrato afectado ha sido ejecutado o no. En el primer caso, la solicitud de declaración de nulidad debe solicitarse antes de que transcurra el término de la prescripción ordinaria, pues si este plazo se cumple, se consolida la situación de hecho y la declaratoria de nulidad no tendría sentido. Por el contrario, si el contrato nulo no se ha ejecutado, todo sujeto contra el cual quisiera hacer valer, podría oponer la excepción de nulidad en cualquier momento (Orozco, 2009).

La nulidad absoluta es insubsanable por el paso del tiempo, es decir que la acción para hacerla valer no prescribe. Sin embargo, prescribe la acción para restituir lo que se dio para constituir el negocio nulo. Ello porque una cosa es pedir que se declare su nulidad, y otra pedir la restitución de lo que dimos. Ésta opinión que predomina en el Derecho comparado y nuestra legislación parece dejar abierta la posibilidad de adquirir por *prescripción positiva un bien recibido en virtud de un contrato nulo* (Orozco, 2009). *Al efecto, la nulidad de una o más cláusulas del contrato de fideicomiso no dejará sin efecto a éste, salvo que por consecuencia de dicha nulidad se haga imposible su cumplimiento, así se plantea en el artículo 11 de la Ley 741.*

Así entre los casos más frecuentes de nulidad absoluta tenemos: la falta del consentimiento del objeto o causa, a la luz de los artículos 1872, 1832, 2447 y 2436 Civil; indeterminación absoluta del objeto, ilicitud o imposibilidad del mismo, artículos 2474 al 2478 Civil; ilicitud de la causa. En relación con la nulidad derivada de la ilegalidad, se ha discutido si ésta es procedente con independencia de un texto específico que la imponga expresamente. Al respecto, nuestro Código Civil en el artículo 1874 dispone: la obligación fundada en una causa ilícita es de ningún efecto. La causa es ilícita cuando es contraria a las leyes, a las buenas costumbres y al orden público.

En el contrato de fideicomiso una nulidad absoluta, sería en determinados casos, la constitución del fideicomiso en favor del fiduciante o que aun siendo el

fideicomisario el beneficiario, no se pueda convalidar el acto por constituirse el contrato sobre bienes de dudosa procedencia, tales como cantidades de dinero obtenido de negocios ilícitos.

La falta de la forma genera nulidad absoluta, específicamente para los contratos que exigen esta condición para su validez, artículos 1479 y 2768 C; así en atención al contrato del fideicomiso tendría nulidad absoluta, como hemos mencionado antes, si fuese constituido sobre derechos reales y que la celebración del mismo se haya realizado en un contrato privado, el cual no es susceptible de inscripción ante el Registro Público por carecer de las formalidades que se generan en un contrato público, escritura pública, etc.

De manera general los actos o convenios contra leyes prohibitivas son nulos, salvo que en las mismas normas se establezca una consecuencia distinta para el caso de contravención. De igual modo, se ha dicho que el negocio ilegal se concreta en una contrariedad de la causa en cuanto a normas imperativas, tales comportamientos son nulos de conformidad con nuestro ordenamiento, (artículo 2437 Civil). Así sería el fideicomiso constituido para desarrollar un complejo turístico en zonas costeras pertenecientes al Estado de Nicaragua, sin la autorización previa de la autoridad correspondiente.

### 3.2.1.2 Causas de Nulidad Relativa o anulabilidad

La anulabilidad es un tipo de ineficacia relativa. Se considera anulable el negocio jurídico cuando los requisitos o elementos del acto jurídico se encuentran presentes, pero de manera defectuosa (Orozco, 2009).

El contrato nace y se desarrolla con todos sus efectos jurídicos desde el momento de su perfección pero sus efectos pueden ser anulados a instancia de la parte perjudicada o pueden ser convalidados por la confirmación del mismo negocio o porque caduca el plazo para ejercer la acción (Orozco, 2009).

A diferencia de la nulidad absoluta, la relativa no puede ser decretada de oficio y solo puede ser alegada por la parte de la relación afectada, es decir no puede ser interpuesta por un tercero aunque tenga un interés. La acción de anulabilidad prescribe a los cuatro años (Arto 2205 C).

Los efectos legales que se han producido por el contrato se invalidan con la declaración judicial de nulidad, además se tienen por no existentes desde el inicio del mismo; de esta forma se procura la restitución de las cosas al estado que tenían antes de la celebración del contrato. Así expresa el Arto. 2211C, expresa: *La nulidad absoluta, lo mismo que la relativa, declaradas por sentencia firme, dan derecho a las partes para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiere existido el acto o contrato nulo, siempre que la nulidad no sea por lo ilícito del objeto o de la causa, en cuyo caso no podrá repetirse lo que se ha dado o pagado a sabiendas.*

En el fideicomiso, una causa de anulabilidad sería el constituido con vicios en el consentimiento de las partes. Por ejemplo: que bajo amenazas de muerte o chantaje, se obligue al fideicomitente a constituir un fideicomiso de garantía para respaldar una obligación crediticia en beneficio de la persona que le amenaza.

### 3.2.1.3 Efectos de la declaración de nulidad y anulabilidad

Como anteriormente hemos explicado, un contrato nulo o anulado no produce ningún efecto jurídico o no generará los que le son característicos. Sin embargo, hay ciertos aspectos que se deben destacar:

Si la nulidad procede de incapacidad de una de las partes, la otra sólo tendrá derecho a que se le restituya lo que hubiere dado o pagado con motivo del acto o contrato, en cuanto ello haya aprovechado al incapaz (Arto 2212 C). Está incapacidad hace referencia a la relativa propia de los menores adultos, pues la absoluta no genera efectos jurídicos (Orozco, 2009).



No puede una parte exigir que se le restituya lo entregado en virtud del contrato, si está a su vez no ha devuelto lo que recibió a cambio (Arto. 2213 C).

El artículo 2214, dice: *Los efectos de la nulidad comprenden también a los terceros poseedores de la cosa, objeto del acto o contrato nulo, salvo lo dispuesto en los títulos de Prescripción y de Registro de la Propiedad; y Arto. 2215.- Cuando dos o más personas han contratado a un tercero, la nulidad declarada a favor de una de ellas, no aprovecha a las otras.*

### *3.3 Plazo de vigencia del fideicomiso*

En la doctrina nicaragüense el plazo máximo de duración del fideicomiso es de treinta años, pasado ese plazo, se incurre en causal de prohibición y provocará la nulidad (Arto. 12 inc. C de la Ley 741).

Nuestra nueva Ley 741, que trata sobre el contrato de fideicomiso no ahonda sobre los plazos o causales de vigencia del contrato, sino que los aborda en forma general. Sin embargo, consideramos que es importante mencionar algunas que podrían originarse en el transcurso de dicha vigencia.

Puesto que el fideicomiso se constituye para la realización de un propósito determinado, una vez que se cumple, sin ser susceptible de repetirse en el tiempo, el encargo llega a su fin. Culmina también por imposibilidad absoluta de realizarse, por causas ajenas a las partes; por ejemplo cuando los bienes que fueron objeto de la constitución de un fideicomiso desaparecen por fuerza mayor o caso fortuito (Rodríguez Azuero, 2009). La destrucción de un complejo hotelero por un terremoto, por ejemplo.

Cumplimiento de la resolución resolutoria, es una causal de extinción si la existencia del fideicomiso depende del acontecimiento de un hecho futuro e incierto y este se produce; al hacerse imposible o no se pueda cumplir

oportunamente la condición suspensiva, si de alguna manera resulta que no puede cumplirse la condición dentro del término previsto, se tendrá por cumplida desde la fecha de aceptación del fiduciario (Rodríguez Azuero, 2009).

Por muerte del fiduciante o el beneficiario; esta es una causa natural aplicable a cualquier clase de contratos. Disolución de la entidad fiduciaria; la cual puede ser producida por cualquier causa prevista por la Ley, como podría ser la terminación del plazo, la quiebra o la liquidación administrativa, etc. (Rodríguez Azuero, 2009).

Por acción de los acreedores anteriores al contrato; siendo que todos los fideicomisos en fraude de acreedores pueden impugnarse, si la acción intentada por estos prospera, el fideicomiso llega a su fin (Rodríguez Azuero, 2009); por la declaración de nulidad que hemos mencionado anteriormente, también se extingue el contrato.

También finaliza, cuando por la revocación de fiduciario; por el mutuo acuerdo entre el fiduciario y beneficiario; por falta del fiduciario o renuncia del beneficiario o cuando surge confusión entre la calidad de único fideicomisario con el único fiduciario.

## Conclusiones

El objeto central de esta investigación era analizar los puntos esenciales de las normas vigentes que regulan el contrato de fideicomiso en Nicaragua, para determinar su naturaleza jurídica y ámbito de aplicación. Obviamente, para esto tuvimos que evaluar los diferentes factores que han restringido el desarrollo del fideicomiso en nuestro país.

El fideicomiso fue tomado del Derecho Romano, el cual vino a llenar un vacío legal en ese tema. En este sentido la figura del fideicomiso es una institución versátil que en otros países ha venido a estimular una serie de transacciones patrimoniales importantes. Es un instrumento económico y jurídico que se ha desarrollado exitosamente en el territorio angloamericano; integrado recientemente a nuestro marco jurídico permitiendo así cumplir con múltiples funciones y ajustes en cada momento, a las circunstancias personales y patrimoniales de las partes.

En cuanto a la regulación jurídica de contrato en nuestro país, pudimos encontrar que la Ley 741 llamada “Ley de Contrato de Fideicomiso” la regula adecuadamente la separación de patrimonios, el alcance y las facultades del fiduciario en la administración de los bienes. Sin embargo, consideramos que es muy general en relación a las obligaciones del fiduciario cuando dice... y las demás establecidas en el documento constitutivo. Y en relación, a la naturaleza jurídica, sostenemos que el contrato del fideicomiso “es un negocio fiduciario que convalida la voluntad de las partes”. Por lo que, apoyamos la teoría del negocio fiduciario ya que hay dos elementos estructurales que hacen que esta teoría sea admisible: por un lado, el real, que no es más que la transmisión de los bienes o derechos, que conforma un patrimonio autónomo que el fiduciario recibirá en nombre propio, pero como lo hace para la ejecución de un fin, no recibe el dominio, sino sólo su titularidad y posesión; y por el otro lado está el elemento personal u obligacional, constituido por la relación entre fideicomitente y fiduciario, en la cual se fijan los límites del

negocio. De tal manera, que el fideicomiso una relación contractual determinado por la voluntad de las partes, originando derechos y obligaciones en virtud de los intereses que se pretenden satisfacer.

Ahora bien, esta figura es una institución novedosa, no existe jurisprudencia nacional que analice, revise o interprete sus normas, por lo que habrá que auxiliarse del derecho comparado, doctrina y jurisprudencia extranjera para su interpretación o aplicación en determinados casos difíciles de solucionar. Por otro lado, si hablamos de la creación de una institución específica para el registro de fondos fiduciarios y de los contratos de los compromisos asumidos, junto a una práctica profesionalizada, presente en las etapas de evaluación y control de los proyectos de inversión y su financiamiento, potenciaría al desarrollo de actividades específicas y regionales del país.

Es importante tomar en cuenta los aspectos formales para la constitución del contrato en nuestra legislación. Indudablemente, que nace una diversidad de relaciones jurídicas que presentan efectos jurídicos, los cuales deben ser resueltos de acuerdo con la legislación civil y mercantil, ya que la Ley 741, se limita a la designación de las partes, requisitos de validez y la eficacia de ese negocio jurídico. Con respecto a la eficacia, se deben distinguir los diferentes prepuestos o condiciones mínimas, ¿por qué? Porque sino el negocio puede ser imperfecto por adolecer de un requisitos esencial pero una vez satisfecho el requerimiento, este despliega todos sus efectos jurídicos. Estos elementos esenciales son: consentimiento, objeto, causa, y forma. También, se deberá realizar la trasmisión de la propiedad la cual surte efectos jurídicos mediante la inscripción del contrato en el Registro Público correspondiente, el documento público que hace constar dicha trasmisión.

Sobre las limitaciones jurídicas del contrato de fideicomiso en Nicaragua, llegamos a la conclusión: que la ley 741, que regula al fideicomiso es muy limitada pues establece un mínimo de presupuestos para la constitución del contrato y nos

remite a la legislación civil y mercantil para la solución de situaciones no establecidas en la ley especial. Otra limitación es el poco uso de esta figura, además que en nuestro país no contamos con jurisprudencia, menos aún en procesos judiciales que tengan como elemento controversial los contratos de fideicomiso, falta de desarrollo doctrinario, que nos hace estar en desventajaante otros países latinoamericanos en cuanto al desarrollo económico.

La figura del fideicomiso como contrato garantiza la inversión y los resultados que emergen del mismo a partir de un proceso transparente, operaciones previsibles y pautas claras, considerando tanto intereses particulares como generales, relacionado integralmente con el comercio en general. La aplicación intensiva de los negocios jurídicos, como el fideicomiso, proporcionaría un gran desarrollo de operaciones en la economía productiva.

Como última conclusión, encontramos las ventajas que ofrece este negocio jurídico es la separación patrimonial que se da entre los bienes fideicomitados y los bienes personales de los fideicomitentes, fiduciarios y fideicomisarios. La separación que existe con relación a los intereses surgidos del contrato y los propios del fiduciario, es lo permite establecer una mayor confianza al momento de realizar el negocio que se constituye a través del fideicomiso.

Otra ventaja del fideicomiso es que ofrece seguridad en el cumplimiento de los fines para los cuales se constituye. Por la flexibilidad que posee, permite responder a las necesidades que surjan de cada caso en particular admitiendo establecer características para cada caso específico.

## **Recomendaciones**

A nuestro juicio se deben tomar en cuenta ciertos criterios para el fortalecimiento del contrato de fideicomiso como instrumento al servicio de las grandes y pequeñas empresas, y que éstas, a su vez aporten al desarrollo de la economía nacional.

Se deben definir objetivos específicos para el contrato de fideicomiso; diagnóstico de los sistemas de información y soporte tecnológico de las empresas fiduciarias.

Realizar una mejor reglamentación de la Ley 741, pues el reglamento solamente regula los fideicomisos públicos.

Debemos aprovechar la enseñanza de la experiencia en materia de fideicomiso de otros países latinoamericanos, ya que en nuestro país solamente tenemos dos años de aplicación de la Ley y aún no contamos con jurisprudencia sobre esa figura jurídica.

Nuestra última recomendación en cuanto al tema, es dedicar tiempo y la creatividad para elaborar una propuesta de reforma y de esta manera, como en otras cosas de la vida, lo que hay que hacer es arreglarlo para corregir inteligentemente los fallos y vacíos que tenga esta ley para que sea mejor. No veo un destino más recomendable para el Fideicomiso que éste.

## Referencias bibliográficas

Apad, J. M. (2002). Fideicomiso; Las Tesinas N° 61, Universidad de Belgrano, Argentina. Recuperado 18 de Septiembre del 2012.

[http://www.ub.edu.ar/investigaciones/tesinas/61\\_apat.pdf](http://www.ub.edu.ar/investigaciones/tesinas/61_apat.pdf)

Barboza Penalva, C. (2005). Primeras Reflexiones Sobre el Fideicomiso. Recuperado el 14 de julio de 2012, de

[http://www.ucu.edu.uy/Facultades/Derecho/areasydepartamentos/constitucional\\_ddhh/trabajos\\_on\\_line/Primeras\\_reflexiones\\_sobre\\_el\\_fideicomiso\\_publico.pdf](http://www.ucu.edu.uy/Facultades/Derecho/areasydepartamentos/constitucional_ddhh/trabajos_on_line/Primeras_reflexiones_sobre_el_fideicomiso_publico.pdf)

Batiza, Rodolfo (1985). El fideicomiso, D.F: Porrúa.

Bendaña-Guerrero, Guy (2001). Estudio de los Contratos. (1ª. Ed.). Managua: UAM.

Cabanellas de Torres, G. (2003). Diccionario Jurídico Elemental. (16ª ed.). Buenos Aires: Heliasta.

Carregal, M. A. (2008). *Fideicomiso: Teoría y aplicación a los negocios*. (1ª. ed.). Buenos Aires: Heliasta.

Cervantes Ahumada, Raúl (1986) “Marco Jurídico de la función bancaria”, Reformas a la Legislación Mercantil: D.F, Porrúa.

Código Civil de la Republica de Nicaragua.

Código de Comercio Colombiano

Código de Comercio de la Republica de Nicaragua.

Código de Procedimiento Civil de la Republica de Nicaragua.

Dávalos Mejía, C. F. (1996). Títulos y Contratos de Crédito, Quiebra. (2ª. Ed.).  
D.F: Copyright, Harla, S.A.

Díez Picazo, Luis y Gullón, Antonio (2001). Sistema de Derecho Civil. El  
contrato en General. (9ª. Ed). Madrid: Tecnos.

Díez Picazo, Luis y Gullón, Antonio (2003). Sistema de Derecho Civil.  
Autonomía Privada. (11ª. Ed). Madrid: Tecnos.

Díez Picazo, Luis y Gullón, Antonio (2004). Sistema de Derecho Civil. Derecho  
de familia. (9ª. Ed). Madrid: Tecnos.

Domínguez Martínez J. A. (2006) El Fideicomiso en México. Recuperado el 14  
de julio de 2012, de  
[http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/podium/cont/32/pr/pr32.p  
df](http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/podium/cont/32/pr/pr32.pdf)  
Batiza, R. (1954). *Tres estudios sobre el fideicomiso*. (1ª. ed.). D.F:  
Instituto de Derecho.

Escobar Fornos, Iván (1997). Derecho de Obligaciones. Managua: Hispamer.

González Torres, R. (2008). Aspectos Jurídicos del Fideicomiso en Latino  
América. Recuperado el 14 de julio de 2012, de  
[http://www.felaban.com/archivos/memorias\\_XVIII\\_congreso/pres\\_word\\_r  
oberto\\_gonz.pdf](http://www.felaban.com/archivos/memorias_XVIII_congreso/pres_word_r_oberto_gonz.pdf)

Herrera Espinoza, J. Jesús. (2007). Contratos Atípicos. (1ª ed.) Managua,  
Nicaragua: UCA.



Hers, L. (2008). EL FIDEICOMISO DESDE LA PERSPECTIVA LEGAL, Recuperado el 14 de julio de 2012, de [http://www.lilianahers.com.ar/doctrina/02\\_contratacion\\_comercial.pdf](http://www.lilianahers.com.ar/doctrina/02_contratacion_comercial.pdf)

Ley del Sistema Financiero de Honduras

Ley del Sistema Financiero, DL No. 170-95 de 31 de octubre de 2005, vigente desde el 16 de noviembre de 1995

Ley General de Títulos Operaciones de Crédito de México

Ley 741. Ley sobre El Contrato de Fideicomiso y su reglamento.

Morales Casas, F. (1994). Fundamentos de la Actividad y los Negocios Bancarios. (2ª Ed.). Bogotá: Ediciones Jurídicas Radar.

Orozco, Germán (2009). Teoría General del Contrato. (1ª ed.). Managua: UCA.

Reglamento de la ley 741, Decreto 69-2011, aprobado el 16 de diciembre de 2011 y publicado en La Gaceta, Diario oficial número 10, del 18 de enero de 2012.

Resolución N° CD-SIBOIF-677-2-MAY16-2011 de fecha 16 de mayo de 2011- Norma que regula las operaciones de fideicomiso realizadas por instituciones financieras.

Resolución N° CD-SIBOIF-697-2-OCTU12-2011 de fecha 12 de octubre de 2011 - norma de reforma al artículo 1 de la norma que regula las operaciones de fideicomiso Realizadas por instituciones financieras.

Rodríguez Azuero, S. (1990). Contratos Bancarios. (4ª Ed.). Bogotá: FELABAN.

Rodríguez Azuero, S. (2011). Contratos Bancarios. (6ª Ed.). Bogotá: LEGIS.

Santín, Matías. F. (2010). El Fideicomiso Inmobiliario. Recuperado el 18 de agosto de 2012, de [http://bibliotecadigital.uda.edu.ar/objetos\\_digitales/96/seminario-131-fideicomiso.pdf](http://bibliotecadigital.uda.edu.ar/objetos_digitales/96/seminario-131-fideicomiso.pdf)