

Fundamentación de la Regulación Contractual del Fideicomiso. Aspectos Novedosos

Nasly Ustáriz Forero
República Dominicana, 2013

“Si usted no está intentando obtener la verdad, usted no está en realidad investigando” (Susan Haack)

NOCIONES INTRODUCTORIAS

- Regulación Bancaria y Libertad Económica
- Funcionalización Social de la Banca

I. LA NOCION DEL ESTADO SOCIAL

1. Ideas Iniciales
2. Surgimiento de la Teoría del Estado Social
3. Aproximación a la Idea del Estado Social en Venezuela

II. LIBERTAD CONTRACTUAL VS. REGULACIÓN CONTRACTUAL BANCARIA:

1. Relación del Estado con el Poder Autorregulador del los Ciudadanos
2. Ideas Generales sobre Libertad Contractual y Autonomía de la Voluntad

III. LIBERTAD CONTRACTUAL VS. REGULACIÓN CONTRACTUAL BANCARIA Y FIDUCIARIA

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN.

NOCIONES INTRODUCTORIAS

Uno de los sectores de la economía sometido a mayor regulación en Venezuela y probablemente en el resto del mundo, es el financiero, y en concreto el bancario.

De aquel negocio fundamentalmente privado que pasó luego por una progresiva e intensa regulación, hemos arribado a un nuevo paradigma que ha dejado atrás la prevalencia del dogma liberal.



NOCIONES INTRODUCTORIAS

A partir de 1939 se comienzan a trabar nuevas relaciones entre el Estado venezolano y la economía: Se matiza la concepción liberalista a ultranza que había prevalecido.

Nuestra creciente dependencia petrolera impuso medidas enérgicas de intervención estatal en el ámbito económico, y por supuesto en el bancario.

En el ámbito internacional las ideas liberales francesas y la corriente positivista también se mantuvieron vigentes hasta mediados del siglo XX.



NOCIONES INTRODUCTORIAS

1era Ley de Bancos (1940)

Objetivo concreto de la regulación: ordenar jurídicamente la actividad bancaria

Intermediación Financiera

NOCIONES INTRODUCTORIAS



NOCIONES INTRODUCTORIAS

Panorama Actual

La premisa básica de la ordenación jurídica del sector bancario se sigue sosteniendo

sobre la base de la intermediación financiera,

Iniciativa Pública

Iniciativa Privada
(Derecho fundamental de libertad económica)



NOCIONES INTRODUCTORIAS

Pero...

El Acceso a la Actividad

Sometida a una
intensa **disciplina
regulatoria**

La explotación incluyendo la
regulación de los contratos y
las operaciones permitidas

Régimen Económico

Esta misma **intensidad regulatoria** se replica para los contratos de Fideicomiso.

NOCIONES INTRODUCTORIAS

El elemento preponderante de la actividad financiera, desde el punto de vista económico es la captación del ahorro del público y su manejo para dar lugar a la creación del crédito:



“un núcleo constante”
Hernández)

(Morles



El Estado, está presente “*en todos los momentos del proceso para impulsar, moderar, y restringir el crédito como instrumento del desarrollo económico; y sobre todo para proteger al ahorro y a sus titulares, razones por las cuales la actividad financiera es altamente regulada.*”

NOCIONES INTRODUCTORIAS

Lo que sí resulta preocupante en Venezuela, y propio de este proceso que vivimos son dos aspectos fundamentales:

la profundidad e intensidad de la regulación bancaria (2002)

La interpretación que el máximo tribunal venezolano, viene dándole a la cláusula del Estado social

NOCIONES INTRODUCTORIAS

La profundidad
e intensidad de
la regulación
bancaria (2002)



Surge un cambio importante en el modelo económico



Medidas de intervención pública asfixiantes (controles de precio, controles de cambio, creación de empresas publicas, nacionalización, etc...)



“Condicionamiento teleológico a un concreto modelo económico” → (Hernández)
Modelo Socialista de transición



Los fundamentos de ese modelo derivan de la emblemática sentencia de la SC del TSJ del 24 de Enero del 2002, sobre créditos indexados

NOCIONES INTRODUCTORIAS

La interpretación
que el máximo
tribunal
venezolano, da a la
cláusula del Estado
social



La sala
constitucional del
TSJ ha
reinterpretado
derechos
fundamentales y
libertades
individuales, tales
como la Libertad
Contractual



Interpreta al
Estado Social
desde la óptica
de la "Lucha de
Clases"



Regulación
profusa e intensa
de la banca y del
Fideicomiso, sin
expreso soporte
legal

NOCIONES INTRODUCTORIAS

La Sala Constitucional indicó que dentro de esta noción del Estado Social, la actuación de los particulares que prestan “servicio público” –concretamente la banca- los somete a deberes y responsabilidades de especial tenor. Se valió así de un calificativo tan polisémico, endeble y que ha generado tantas discusiones doctrinarias como el de “servicio público”.

II. Libertad Contractual Vs. Regulación Contractual Bancaria

2. *Regulación Contractual del Fideicomiso*

Lo Cual Se Logra A Través De Su Limitación Por La Ley



Interpretación de la Ley podría afectar el ejercicio de esa autonomía. Una segunda consecuencia de esa funcionalización social consistiría, según el mismo Hernández, en que los principios de autonomía de la voluntad y de libertad contractual no podrían ejercerse en contra del bienestar social. Y en tercer lugar, la Sala Constitucional afirma con la referida sentencia el rol determinante del Estado como director de la economía,

Hernandez G., José Ignacio. Op.Cit. Pag. 237.

NOCIONES INTRODUCTORIAS

“Hay actividades que son de interés general, de interés público o de interés social, y para que los particulares puedan cumplir esas actividades, es necesario –por mandato legal- que el Estado los autorice o los habilite, lo que también es necesario para prestar servicios públicos, como los que prestan – por ejemplo- la Banca y otros entes financieros, servicio público reconocido como tal por el artículo 7 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, o por el artículo 3 de la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social Integral, en la referente al subsistema de vivienda y política habitacional (artículo 42 de la última ley citada).

Quienes reciben la autorización pueden, en principio, ejercer libremente la actividad económica que han preferido, pero ella puede quedar sujeta por mandato legal- a la vigilancia, fiscalización y control del Estado. Pero, además, dentro del **Estado Social de Derecho**, estos particulares autorizados cuando obren en áreas de interés social, tienen el deber de cumplir con su responsabilidad social, lo que significa no solo ceñirse al cumplimiento de la ley, sino propender a la paz social, contribuir a la armonía, lo cual es un deber de las personas- y no solo del Estado- a tenor del artículo 132 constitucional”

Funcionalización social de la Banca



NOCIONES INTRODUCTORIAS

Funcionalización social de la libertad económica:

✓ no es un derecho fundamental

✓ parte de la hipótesis de que esa libertad tiene límites implícitos o inmanentes

✓ solo permite llevar a cabo actividades económicas, siempre y cuando se cumplan objetivos de interés social que unilateralmente ha definido el Estado, ello al margen de la existencia de una Ley

Consecuencia: una drástica reducción de la autonomía empresarial privada, que constituye el contenido esencial de la libertad de empresa

I. LA NOCIÓN DEL ESTADO SOCIAL

1. Ideas Iniciales

Revisión doctrinal e histórica de cómo surgió la teoría del Estado social, partiendo de superar la ideología del liberalismo burgués

Las Constituciones "liberales" (S
iglo XIX) tenían la finalidad de establecer límites al ejercicio del Poder del Estado frente a los ciudadanos (Peña Solís)

La esencia de esos textos constitucionales era:

- La configuración del Estado, La organización del poder político,
- Regular relaciones entre los órganos de ese Poder y los ciudadanos, a través de la consagración de sus derechos (políticos)

Inexistencia en esos textos de derechos sociales, culturales y económicos.



I. LA NOCIÓN DEL ESTADO SOCIAL

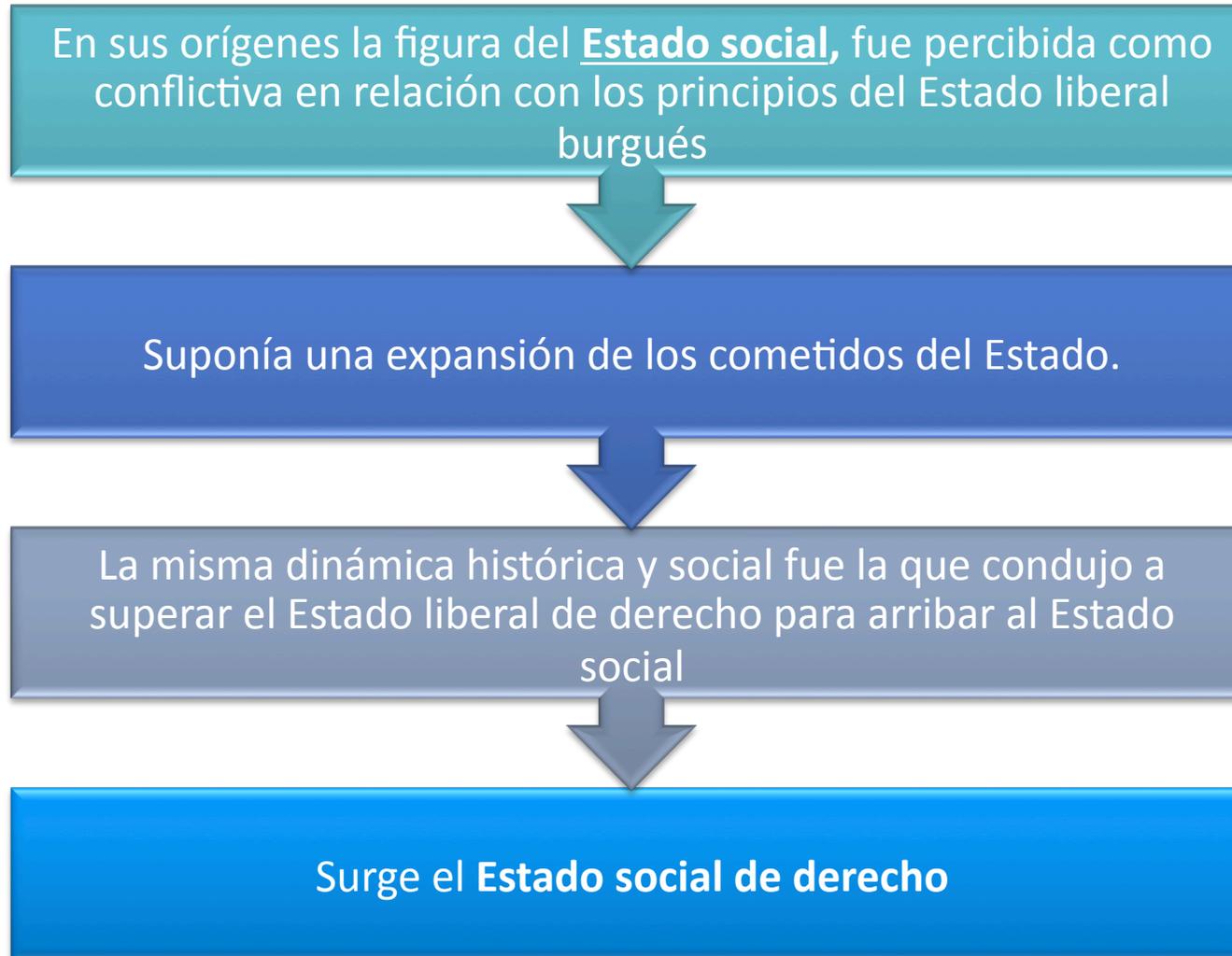
1. Ideas Iniciales

“...ese tipo de Cartas Constitucionales confería a los ciudadanos el derecho de libertad individual en su máxima expresión, lo que permitía inferir que consagraban el de libertad económica, y más específicamente, a partir de la Revolución Francesa, la libertad de industria y comercio, e igualmente las Constituciones establecían inequívocamente el de propiedad, de tal manera que al armonizarse ambos derechos, resultaba posible afirmar que implícita o indirectamente las Constituciones liberales del XIX sí disciplinaban parcialmente a la economía, disciplina que por supuesto aparecía articulada en el denominado libre juego de la oferta y de la demanda, o del carácter estrictamente privado de las relaciones económicas. Por consiguiente, el Estado resultaba casi totalmente excluido del ámbito de dichas relaciones...”.

(Jose Peña Solís)

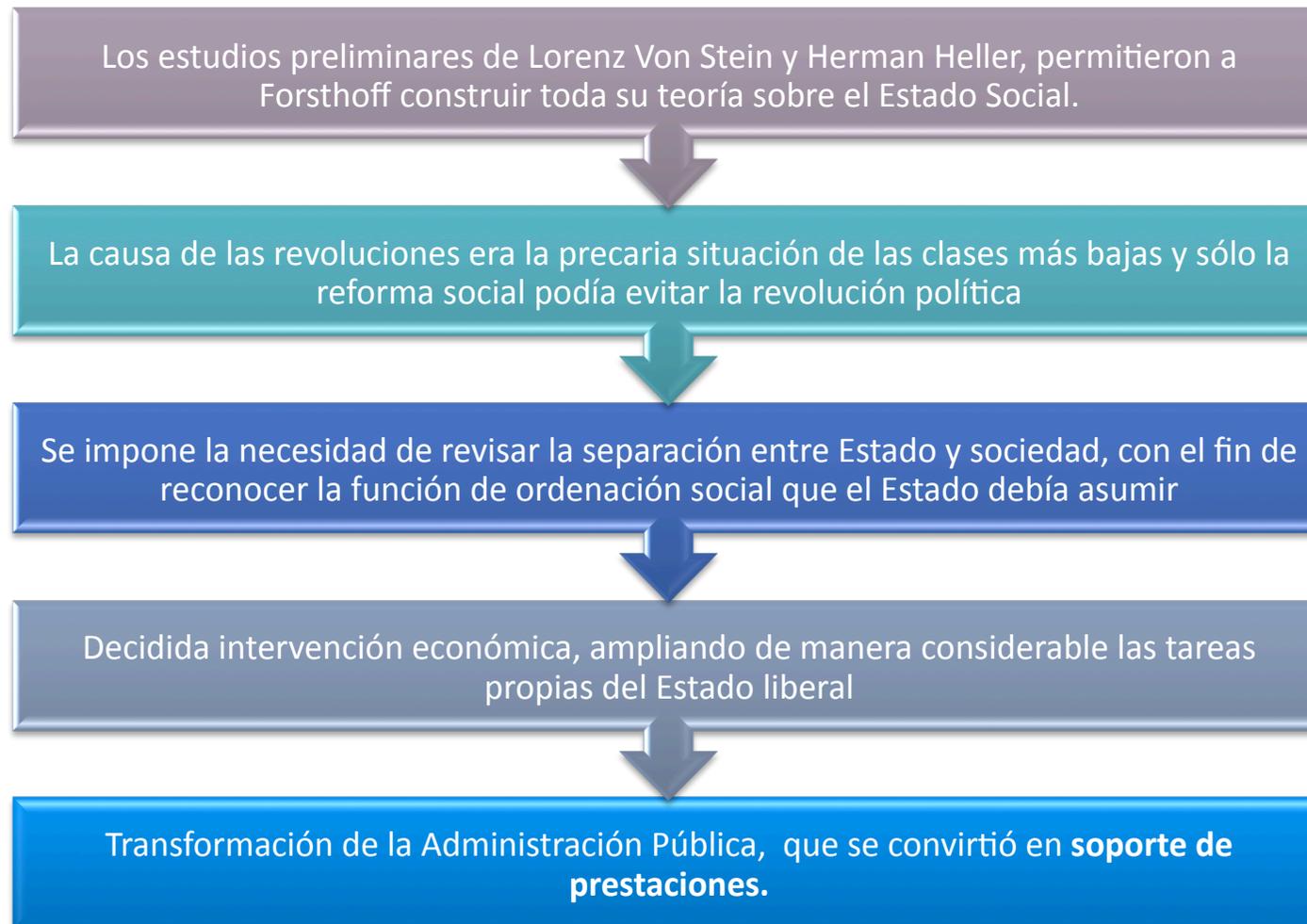
I.LA NOCIÓN DEL ESTADO SOCIAL

1. Ideas Iniciales



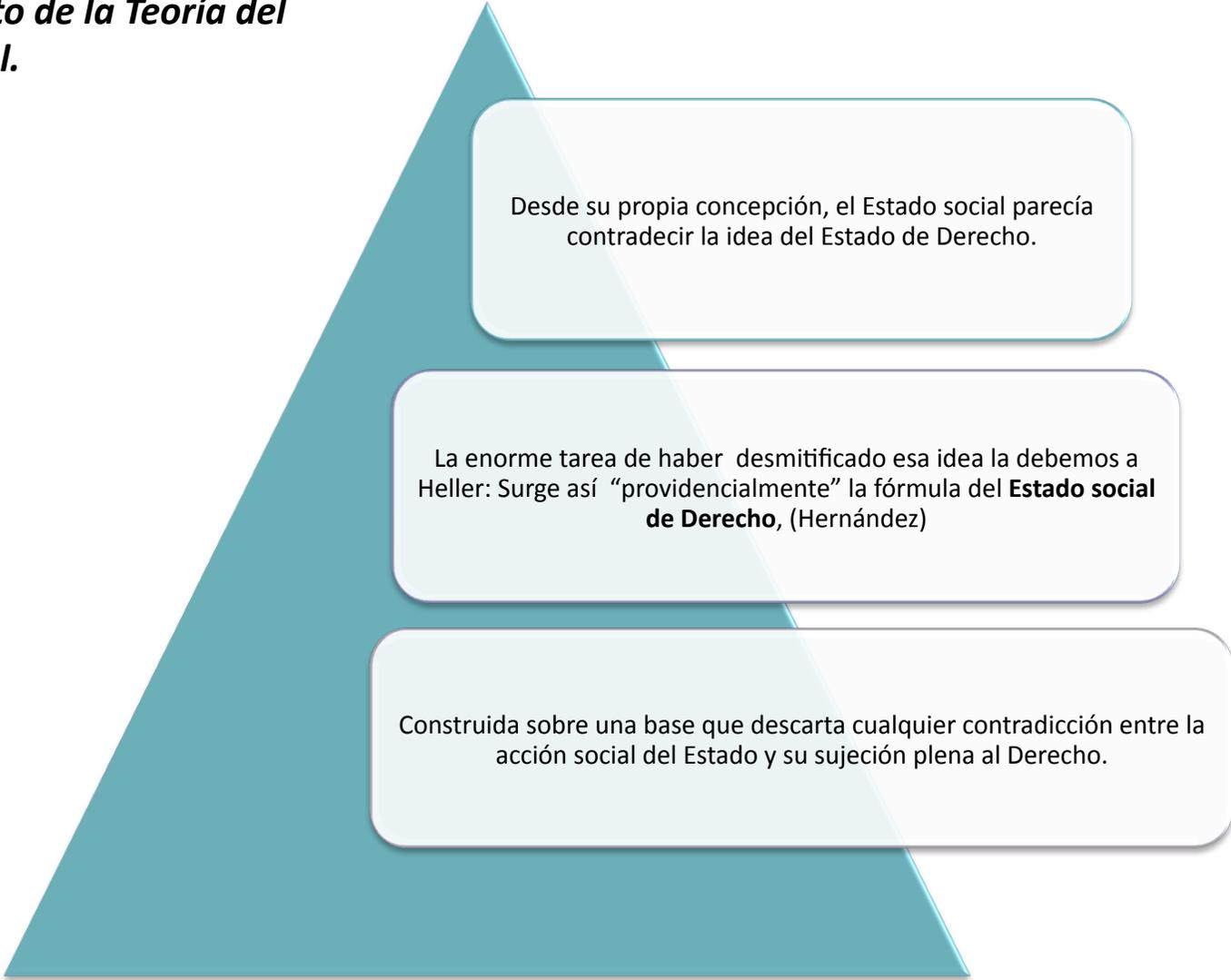
I. LA NOCIÓN DEL ESTADO SOCIAL

2.Surgimiento de la Teoría del Estado Social.



I. LA NOCIÓN DEL ESTADO SOCIAL

2.Surgimiento de la Teoría del Estado Social.



Desde su propia concepción, el Estado social parecía contradecir la idea del Estado de Derecho.

La enorme tarea de haber desmitificado esa idea la debemos a Heller: Surge así “providencialmente” la fórmula del **Estado social de Derecho**, (Hernández)

Construida sobre una base que descarta cualquier contradicción entre la acción social del Estado y su sujeción plena al Derecho.

I. LA NOCIÓN DEL ESTADO SOCIAL

2.Surgimiento de la Teoría del Estado Social.



Heller logró demostrar que la necesaria transformación del Estado en lo social, no debía sacrificar las conquistas del Estado liberal: control del poder y desde una perspectiva democrática

I. LA NOCIÓN DEL ESTADO SOCIAL

2.Surgimiento de la Teoría del Estado Social.

Toda esta argumentación ha recorrido en Venezuela su propio camino:

La fórmula del Estado social de Derecho, ha sido recogida en el artículo 2 de la Constitución venezolana de 1999:

“Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia”

Lo novedoso de esta inclusión ocurre sólo en lo formal. Venezuela ya podía considerarse un Estado social desde el año de 1947.

I. LA NOCIÓN DEL ESTADO SOCIAL

2. Surgimiento de la Teoría del Estado Social.



Lo “novedoso” es esta interpretación de la SC que pone énfasis en la acción social, pero que no alcanza para negar que la Constitución de 1999 también reconoce y tutela las libertades públicas del ciudadano.

Una “interpretación” de la que el alto tribunal deriva consecuencias que han producido una creciente profundización de la injerencia pública en el ámbito de la libertad económica.

Es la nueva “Idea de Derecho” (Sala Constitucional) que extiende el carácter normativo de la Constitución: no se circunscribe al contenido de sus dispositivos expresos, sino que se extiende a sus principios, e incluso a valores y fines; y continúa con los contornos más o menos imprecisos de eso que se denomina *“interpretación conforme a la Constitución”*

I. LA NOCIÓN DEL ESTADO SOCIAL

2.Surgimiento de la Teoría del Estado Social.

“El carácter dominante de la Constitución en el proceso interpretativo no puede servir de pretexto para vulnerar los principios axiológicos en que descansa el Estado constitucional venezolano. Interpretar el ordenamiento jurídico conforme a la Constitución significa, por tanto, salvaguardar a la Constitución misma de toda desviación de principios y de todo apartamiento del proyecto político que ella encarna por voluntad del pueblo”

A partir de la doctrina expresada por la Sala, comenzamos a despejar la incógnita suscitada por aquella aparente contradicción entre la consagración constitucional de la libertad económica, y su sumisión a algo mucho más etéreo: a una noción derivada de principios que han de privilegiarse



I. LA NOCIÓN DEL ESTADO SOCIAL

3. Aproximación a la idea del Estado Social en Venezuela.

Aproximación a la idea del Estado Social en Venezuela.

Esa construcción no se logró pacíficamente, se enfrentó a múltiples tensiones, cuestionamientos y críticas. A pesar de estas tensiones, no puede desconocerse que mediante la recepción de esta figura Venezuela, se constituyó en un Estado social de Derecho.

Se han superado las controversias sobre el valor de la norma constitucional en general: una institución como ésta posee idéntica estructura y características que el resto del Texto Fundamental en que se ha consagrado (nuevas ideas del constitucionalismo moderno)



“La primera de las normas del ordenamiento entero, la norma fundamental, lex superior.” (García De Enterría)

I. LA NOCIÓN DEL ESTADO SOCIAL

3. Aproximación a la idea del Estado Social en Venezuela.

En la actualidad “el contenido del concepto de Estado social de derecho no es objeto de graves discrepancias” (Francisco Delgado)

“De lo expuesto se deduce que el Estado social de derecho es concebido como una superación del Estado de derecho, que lo adapta a las condiciones sociales, políticas y económicas del mundo contemporáneo, sin anular su contenido esencial” .

“Los principios de la solidaridad social y el bien común conducen al establecimiento de ese Estado social, sometido al imperio de la Constitución y de la Ley, convirtiéndolo, entonces, en un Estado de derecho. Estado social de derecho que se nutre de la voluntad de los ciudadanos, expresada libremente por los medios de participación política y social para conformar el Estado democrático. Estado social y democrático de derecho comprometido con el proceso integral que los venezolanos aspiran, con el desarrollo humano que permita una calidad de vida digna, aspectos que configuran el concepto de Estado de justicia”.

II. DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD A LA LIBERTAD CONTRACTUAL

II. DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD A LA LIBERTAD CONTRACTUAL

1. La relación del Estado con el poder autorregulador de los ciudadanos .

¿ Cómo se ha ido entretejiendo esa relación del Estado con el poder autorregulador de los ciudadanos? Para ello debemos ver la forma cómo ha evolucionado el carácter interventor del Estado.

“En la misma medida en que se produce el tránsito del Estado de Derecho al Estado Social de Derecho”.(Madrid, Hernández)

Esa evolución de criterios que permitió transitar el camino del Estado de derecho a la noción del Estado social, y se constituye como base de una nueva corriente para la interpretación de los derechos fundamentales



II. DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD LA LIBERTAD CONTRACTUAL

1. La relación del Estado con el poder autorregulador de los ciudadanos .

El conjunto de principios y valores que componen la noción de **Estado de derecho** cuentan con tradición doctrinaria recogida en la Constitución venezolana

Principios y valores propios del **Estado Social**

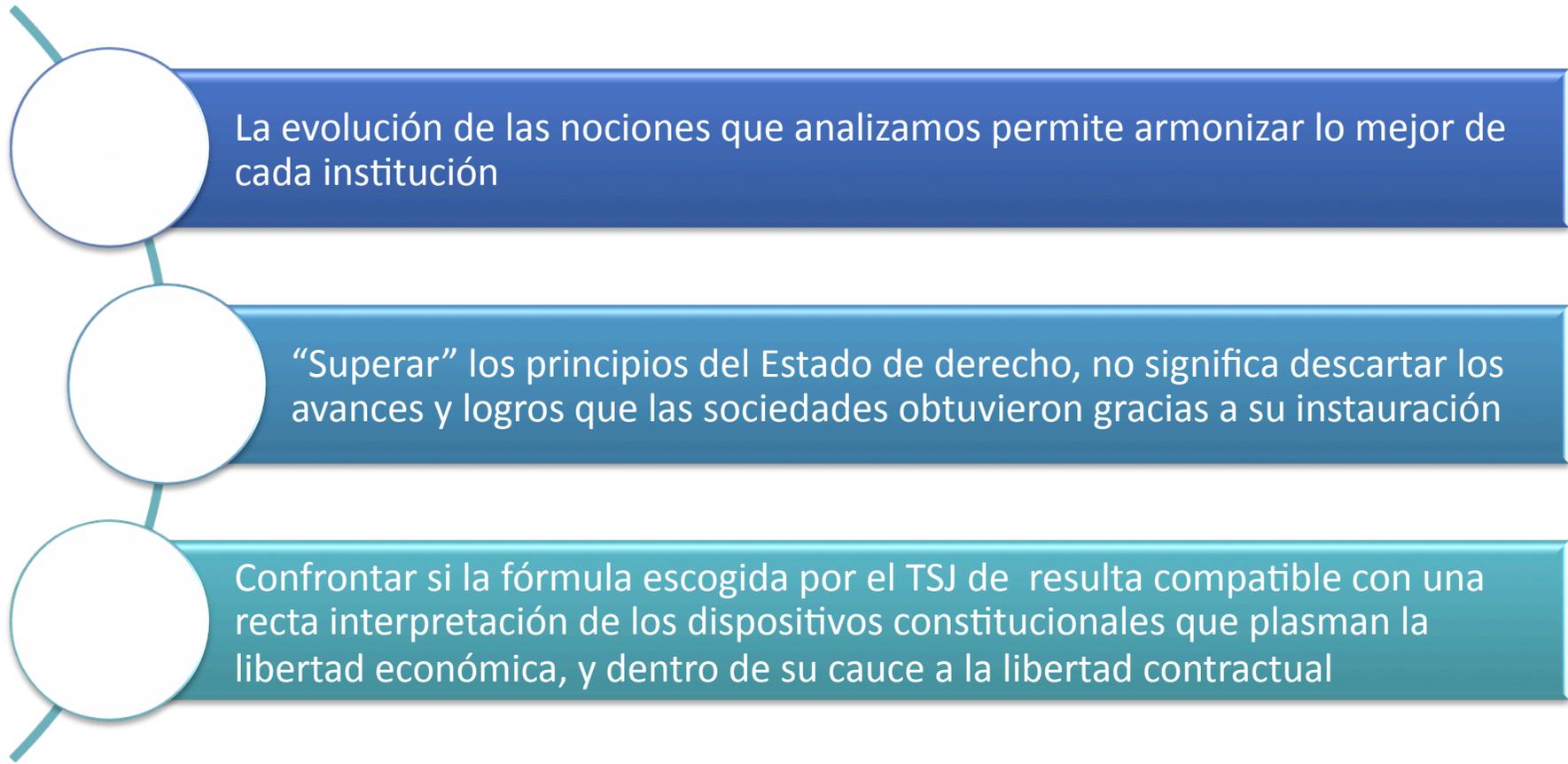
Principios y valores Propios del **Estado de Justicia**

No coincidieron todos ellos ni en sus orígenes ni en su formulación

Es una conjunción de principios y valores propios de un **sistema de economía mixta** en el cual *“no predominaba la regla de la libre competencia del mercado, ni la propiedad absoluta de los medios de producción por parte del Estado”*

II. DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD LA LIBERTAD CONTRACTUAL

1. La relación del Estado con el poder autorregulador de los ciudadanos .



La evolución de las nociones que analizamos permite armonizar lo mejor de cada institución

“Superar” los principios del Estado de derecho, no significa descartar los avances y logros que las sociedades obtuvieron gracias a su instauración

Confrontar si la fórmula escogida por el TSJ de resulta compatible con una recta interpretación de los dispositivos constitucionales que plasman la libertad económica, y dentro de su cauce a la libertad contractual

II. DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD LA LIBERTAD CONTRACTUAL

1. La relación del Estado con el poder autorregulador de los ciudadanos .

- En Venezuela, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) ha ido estructurando una peculiar forma de entender los derechos y libertades de los ciudadanos
- Se propone “interpretar” esos derechos revisándolos a la luz de principios o valores extraídos de la Constitución Nacional
- La misma Sala Constitucional del TSJ ha denominado a este fenómeno: “flexibilización de la interpretación”



II. DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD LA LIBERTAD CONTRACTUAL

1. La relación del Estado con el poder autorregulador de los ciudadanos .

En sentencia del 16 de Octubre de 2001, N° 1971, la Sala Constitucional del TSJ ha dicho que: "Actualmente la jurisprudencia y la doctrina apuntan hacia una flexibilización de la interpretación otorgándole una gran importancia a la adecuación de la norma a los valores y principios plasmados por el pueblo soberano en la Ley Fundamental, incluyendo su preámbulo y su exposición de motivos." (Subrayado agregado)



II. DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD LA LIBERTAD CONTRACTUAL

1. La relación del Estado con el poder autorregulador de los ciudadanos .

Esta forma “flexible” de interpretar los derechos es más intensa para la libertad económica, dado que se considera mucho más frágil frente a otros derechos de consagración más estricta

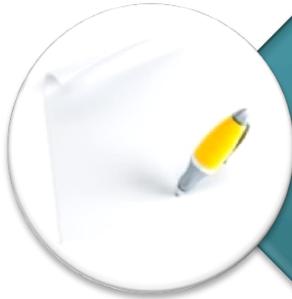
Dentro de la libertad económica o libertad de empresa podemos circunscribir a la libertad contractual

Existe una relación inversamente proporcional entre la libertad de contratación que se supone rige a los ciudadanos y el carácter interventor del Estado



II. DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD LA LIBERTAD CONTRACTUAL

1. La relación del Estado con el poder autorregulador de los ciudadanos .



Ya no puede aseverarse que ningún contrato, y menos los contratos bancarios, sean una relación regida exclusivamente por el Derecho mercantil



Y lo condenable es que esa profundización del carácter interventor del Estado se ha vinculado al tránsito entre el Estado de Derecho hasta el Estado social de Derecho, pero dejando de lado las conquistas y los avances del Estado de derecho



Sobre el contrato ha recaído una cantidad tal de regulaciones de Derecho público, que han desplazado no solo a las normas de Derecho privado sino también a la propia autonomía contractual. De esta realidad no escapa el fideicomiso, figura estelar en la prestación de servicios bancarios no relacionados con el crédito.

II. DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD LA LIBERTAD CONTRACTUAL

2. Ideas Generales sobre la Libertad Contractual y la Autonomía de la Voluntad

La fuerza obligatoria de los contratos se fundamenta en el acuerdo o consenso de voluntades

La noción jurídica de autonomía de la voluntad es una creación de la doctrina civilista francesa de los siglos XVIII-XIX



- En el campo del derecho, la voluntad se presenta en dos vertientes, según Mélich-Orsini, J. (Doctrina General del Contrato. Caracas, 2006).

- 1) La posición del sujeto cuya libertad le permite gozar y ejercer su derecho subjetivo; o
- 2) Como una posición de poder que le permite determinar por sí mismo sus relaciones jurídicas con los demás sujetos (esta última es cómo debe entenderse la voluntad en el ámbito de los contratos)

II. DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD LA LIBERTAD CONTRACTUAL

2. *Ideas Generales sobre la Libertad Contractual y la Autonomía de la Voluntad*

La autonomía
de la voluntad

Cristaliza



Libertad Contractual

Entendida como una manifestación del poder que corresponde a toda persona para ejercer sus facultades y someter su comportamiento a determinadas reglas de conducta en su relación con los demás

“El contrato es el paradigma de este poder inherente a cada persona”

II. DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD LA LIBERTAD CONTRACTUAL

2. *Ideas Generales sobre la Libertad Contractual y la Autonomía de la Voluntad*

Las partes determinan libremente y sin intervención de la Ley, el contenido de los contratos que celebran.

Los contratos tienen una eficacia que el propio legislador compara con la de la Ley

Las consecuencias son:

- i) los ciudadanos pueden pactar cuantas convenciones se les ocurran;
- ii) las partes pueden derogar las reglas de los contratos previstos en el Código Civil;
- iii) las partes pueden modificar la estructura del contrato (Melich-Orsini)

II. DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD LA LIBERTAD CONTRACTUAL

2. *Ideas Generales sobre la Libertad Contractual y la Autonomía de la Voluntad*



En el ordenamiento jurídico venezolano se reconoce la voluntad de los sujetos como el poder suficiente para regular el contenido y las modalidades de sus obligaciones. En este ámbito la Ley solo juega un papel supletorio

La importancia de la voluntad en la formación de los contratos es tal que se ha incorporado como **Principio General del Derecho** (expresión de la libertad personal).

II. DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD LA LIBERTAD CONTRACTUAL

2. *Ideas Generales sobre la Libertad Contractual y la Autonomía de la Voluntad*

El TSJ ha reconocido en una sentencia de la Sala Constitucional del 24 de enero de 2002 que ***"Desde un ángulo estrictamente mercantil, puede afirmarse que se está ante contratos entre particulares, donde impera la autonomía de la voluntad y donde es la ley de las partes la que manda"***.



II. DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD LA LIBERTAD CONTRACTUAL

2. *Ideas Generales sobre la Libertad Contractual y la Autonomía de la Voluntad*

Pero...

Ese poder de la voluntad de las partes no es ni absoluto ni incondicionado



1. la autonomía no puede confundirse con soberanía



Autonomía siempre estará esta subordinada a la ley

III. LIBERTAD CONTRACTUAL VS. REGULACIÓN CONTRACTUAL BANCARIA Y FIDUCIARIA

1. *Ideas Generales*

- Los contratos mercantiles en general y los bancarios en particular, entre ellos el Fideicomiso han experimentado una evolución considerable en Venezuela y en todo el mundo occidental.
- La profusa regulación a la que han sido sometidos los contratos específicamente los bancarios, viene derivada de manera directa de la forma de entender el principio de la autonomía de la voluntad



III. LIBERTAD CONTRACTUAL VS. REGULACIÓN CONTRACTUAL BANCARIA Y FIDUCIARIA

1. *Ideas Generales*

A partir de 2011, se promulgan una nueva ley sectorial (Ley Orgánica del Sistema Financiero Nacional) y una nueva ley de bancos que representan la continuación de esta nueva concepción del sector bancario: será un instrumento de apoyo para la consecución de los objetivos del modelo económico de transición. Esto se traduce en una regulación ciertamente penetrante.



III. LIBERTAD CONTRACTUAL VS. REGULACIÓN CONTRACTUAL BANCARIA Y FIDUCIARIA

1. *Ideas Generales*

Dos características en la nueva legislación que desde diciembre de 2010 rige para el sector financiero nacional (según Morles Hernández):

i) Se acentúa el signo intervencionista (amplísima potestad de los órganos de supervisión y control sobre la actividad de los sujetos regulados)

ii) El cambio radical –no conceptual sino práctico- del principio de legalidad para los ciudadanos:

“Ahora, conforme a las nuevas leyes, los agentes económicos únicamente pueden realizar los actos que la ley autorice”

III. LIBERTAD CONTRACTUAL VS. REGULACIÓN CONTRACTUAL BANCARIA Y FIDUCIARIA

1. *Ideas Generales*

Estos cambios en la forma de entender las relaciones contractuales afectan considerablemente la forma cómo nos aproximamos a su regulación

Toda creación jurídica responde a una necesidad realmente sentida en la vida del tráfico mercantil.
Toda institución en el campo del derecho debería adaptarse a la finalidad económica, social o política a la que está destinada porque esa es su razón de ser.

III. LIBERTAD CONTRACTUAL VS. REGULACIÓN CONTRACTUAL BANCARIA Y FIDUCIARIA

1. *Ideas Generales*

La doctrina italiana ha distinguido entre los contratos bancarios típicos de la empresa bancaria y los que no lo son, sino que son simplemente conexos o accesorios.

Estas operaciones accesorias, no son contratos bancarios típicos: el banco no recibe ni da crédito, presta servicios. Se les llama operaciones neutras por ser crediticiamente neutras entre las cuales, como bien sabemos se encuentra el Fideicomiso.

A pesar de esa condición no típica de las operaciones neutras, podemos revisar los tres rasgos comunes que la doctrina atribuye a los contratos bancarios:

- i) Son contratos en masa o en serie celebrados por una empresa especializada
- ii) Son contratos que involucran un servicio de interés público, aunque la LISB califica a las actividades que ella regula directamente como servicio público
- iii) Son contratos sujetos a normas uniformes **contratos de adhesión**

CONTRATOS DE ADHESIÓN

Contratos De Adhesión
Vienen
determinados hoy
en día por una
rígida elaboración
legislativa

Finalidad es:
proteger a los
consumidores o
usuarios de la
posible imposición
de cláusulas
abusivas

Pero cada vez
más la redacción
del contrato de
fiducia exige un
control directo
sobre sus
contenidos o
cláusulas,
impuestos por el
Estado

III. LIBERTAD CONTRACTUAL VS. REGULACIÓN CONTRACTUAL BANCARIA Y FIDUCIARIA

2. *Regulación Contractual del Fideicomiso*

Ha habido un tránsito entre el negocio bancario que claramente formaba parte de la contratación mercantil construida sobre la base del dogma de la voluntad, a la profusa reglamentación actual de las diferentes formas de contrato, incluido el fideicomiso

El negocio bancario está sometido no sólo a leyes en sentido formal, normativas prudenciales y de rango sublegal en general, sino también a las consecuencias generales derivadas de las decisiones de los tribunales de justicia, sazonado con dos ingredientes:

- la nueva forma de interpretarlos,
- Y la noción de orden público.

Regulación Contractual del Fideicomiso

2. *Regulación Contractual del Fideicomiso*



El afán regulador e intervencionista en Venezuela lleva a excesos y contradicciones

Ley de Instituciones del Sector Bancario

Definición de Intermediación Financiera

Artículo 53. Las modalidades y condiciones de los depósitos, en moneda nacional o en divisas, el crédito, el fideicomiso, las estipulaciones contractuales, las inversiones en títulos valores y cualquier otra modalidad de intermediación propias de la actividad bancaria así como los servicios prestados al usuario o usuaria, serán establecidas y reguladas en el Reglamento de la presente ley, en la normativa prudencial que la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario dicte al efecto y en las normas que determine el órgano superior del sistema financiero nacional.

Resolución 083.12 (Normas que regulan el Fideicomiso)

«Artículo 16... (se prohíbe)...

b) Las transacciones que den indicios de intermediación financiera.»



II. Relación Entre Banca Fiduciaria Y Clientes/Usuarios

2. *Regulación Contractual del Fideicomiso*

a) Existencia de un ente regulador especializado (INDEPABIS).

b) Recursos de arbitraje de consumo.

c) Obligatoriedad de un departamento especializado de fideicomiso (Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras).

d) Defensor del Cliente y Usuario Bancario:



Función básica: Tramitar y resolver de manera objetiva, imparcial e independiente los reclamos de usuarios y clientes.

Elementos del Contrato de Fideicomiso

2. *Regulación Contractual del Fideicomiso*

La Estructura de un Contrato de Fideicomiso Debe Contener:

Estructura básica del contrato de fideicomiso

Encabezado: Identificación legal de las partes y el tipo de fideicomiso.

Antecedentes: Breve explicación de las causas por las cuales se constituye el fideicomiso. opcional

Definiciones: Descripción de cada uno de los participantes y conceptos principales que se repiten a lo largo del contrato (Fideicomitente, Fiduciario, Beneficiario, Fondo Fiduciario, Etc.) opcional.



Elementos del Contrato de Fideicomiso

Estructura básica del Contrato de Fideicomiso (Venezuela)

- Bienes fideicometidos.
- Finalidad del fideicomiso.
- Declaración de origen y destino de los fondos.
- Regulación de la Inversión - Riesgos.
- Remuneración del fiduciario y otros gastos.
- Ejercicio económico de la administración del fideicomiso (fecha de cierre).
- Rendición de cuentas.
- Condiciones para la movilización de los fondos.

- Condiciones de modificación, sustitución de fiduciario, retiro y terminación.
- Delimitación de responsabilidades del fiduciario.
- Dirección para notificación de las partes.
- Declaración jurada de conocer las condiciones del contrato.
- Declaración jurada de no ser persona relacionada.
- Jurisdicción y domicilio.

Elementos del Contrato de Fideicomiso

Estructura básica del Contrato de Fideicomiso (República Dominicana)

- a) Declaración expresa de la voluntad del o de los fideicomitentes de constituir un fideicomiso.
- b) Una declaración jurada del o de los fideicomitentes de que los bienes transferidos tienen procedencia legítima e indicación del estado jurídico de dichos bienes, con mención expresa de las cargas y gravámenes que pudiesen estar afectando los mismos; que el acto que crea el fideicomiso no adolece de causa u objeto ilícito y que no se constituye con la intención de defraudar derechos de acreedores del o de los fideicomitentes o de terceros.

Elementos del Contrato de Fideicomiso

Estructura básica del Contrato de Fideicomiso (República Dominicana)

c) Los nombres, profesión, ocupación, nacionalidad, estado civil, nombre del cónyuge o pareja en unión libre y sus generales tal como constan en la cédula de identidad o pasaporte de estos últimos, y el régimen matrimonial en caso de corresponder; domicilio y residencia y demás datos relativos a la cédula de identidad o de pasaporte del o de los fideicomitentes, igualmente las generales de sus representantes o tutores legales, en los casos en que el fideicomitente sea persona física; y en aquellos casos en que el fideicomitente sea persona jurídica, razón o denominación social, según conste en el Registro Mercantil, número de Registro Nacional de Contribuyente (RNC), si corresponde, domicilio, nombres y apellidos y demás generales de su representante legal y referencia al acto en virtud del cual ejercen dicho poder, según lo dispongan los estatutos sociales.

d) La designación del o de los fiduciarios, incluyendo su razón o denominación social, según conste en el Registro Mercantil, número de Registro Nacional de Contribuyente (RNC), si corresponde, domicilio, nombres y apellidos y demás generales de su representante legal y referencia al acto en virtud del cual ejercen dicho poder, según lo dispongan los estatutos sociales.

Elementos del Contrato de Fideicomiso

Estructura básica del Contrato de Fideicomiso (República Dominicana)

e) La designación del o de los fideicomisarios. En caso de que el o los fideicomisarios no fueren designados al momento de la constitución del fideicomiso, las reglas que permitan su designación.

f) Individualización de los bienes objeto del fideicomiso. En caso de que dicha individualización no sea posible a la fecha de constitución del fideicomiso, el acto deberá expresar la forma y los requisitos necesarios que deberán reunir dichos bienes, a fin de su individualización futura.

g) Plazo o condición a que se sujeta el fideicomiso.

h) Inclusión del requerimiento de efectuar la notificación a los acreedores de los bienes de que se trate para su traspaso al fideicomiso, en el caso de que los mismos bienes se encuentren afectados de embargo, cargas o gravámenes.

i) Indicación de la irrevocabilidad del fideicomiso, cuando aplique o la posibilidad de la revocación por parte del o los fideicomitentes, derecho que deberá estar taxativamente expresado.

Elementos del Contrato de Fideicomiso



Partes del Contrato de Fideicomiso

Elementos del Contrato de Fideicomiso

Partes del Contrato de Fideicomiso (Cont.)

Derechos y Obligaciones

- Designar al fiduciario.
- Exigir al fiduciario el cumplimiento de sus obligaciones.
- Ejercer acción de responsabilidad contra el fiduciario.
- Exigir rendición de cuentas.
- Pedir la remoción o sustitución del fiduciario.
- Exigir la devolución de los bienes.
- Ejercer la defensa de los bienes.
- Remunerar al fiduciario - de acuerdo a las tarifas aprobadas por el BCV.
- Efectuar el reembolso de los gastos.
- Conocer en su totalidad las condiciones del contrato de fideicomiso.

Fideicomitente

Elementos del Contrato de Fideicomiso

2. Regulación Contractual del Fideicomiso

Derechos

- Recibir la remuneración pactada y aprobada.
- Recibir el reembolso de los gastos.

Partes del Contrato de Fideicomiso (Cont.)

Obligaciones

- Ejercer gestión en beneficio de otro.
- Proteger bienes fideicometidos.
- Mantener bienes separados del resto.
- Realizar inscripción del Contrato de fideicomiso en el Registro Mercantil.
- Transferir los bienes a quien le corresponda.
- Administrar los bienes en la forma establecida.
- Rendir cuentas.
- Invertir los recursos disponibles.
- Hacer inventario.
- Cumplir las obligaciones fiscales.
- Llevar expedientes actualizados de los fideicomisos.
- Entregar una copia del Contrato de fideicomiso al fideicomitente.
- Obtener la aceptación por escrito del fideicomitente de que está de acuerdo con las condiciones del contrato.

Derechos y Obligaciones

Fiduciario

Elementos del Contrato de Fideicomiso

2. *Regulación Contractual del Fideicomiso*

Derechos

Partes del
Contrato de
Fideicomiso
(Cont.)

Derechos y
Obligaciones

- Exigir al fiduciario el cumplimiento de sus obligaciones.
- Atacar la validez de los actos realizados de mala fe por el fiduciario.
- Atacar toda medida preventiva o de ejecución contra los bienes fideicometidos, en caso de que el fiduciario no lo hiciera.
- Pedir la remoción del fiduciario.
- Exigir al fiduciario la transferencia de los bienes.
- Exigir cuentas de su gestión al fiduciario.

Beneficiario

Elementos del Contrato de Fideicomiso

2. Regulación Contractual del Fideicomiso



CLAUSULAS DE OBLIGATORIA INCLUSIÓN

Los bancos universales deberán remitir a esta Superintendencia, para su evaluación y aprobación aquellos modelos de contratos de fideicomiso, mandato, comisión y otros encargos de confianza con por lo menos quince (15) días hábiles bancarios antes de la suscripción del contrato, a excepción de aquellos constituidos por disposiciones expresa de leyes especiales

Los contratos de fideicomiso no deben presentar vacíos que impidan su adecuado manejo o perfeccionamiento ni ser objeto de interpretaciones subjetivas.



Los Contratos Deberán Contemplar, Como Mínimo Lo Siguiente:

Una descripción amplia y suficiente de los bienes y derechos, cuya propiedad ha sido transferida en fideicomiso, a los fines de identificarlos y determinar en que condiciones han sido dados en fiducia, de ser el caso.

Forma, modo y oportunidad en la cual se incorporarán y desincorporarán los recursos, derechos, bienes inmuebles o muebles a los fideicomisos, de ser el caso.

Objeto de los fondos dados en fideicomisos, según el tipo de fideicomiso.

Facultad expresa para administrar los fondos fiduciarios.

.Forma, cuantía y demás parámetros para obligarse en nombre del fideicomiso.

.Las obligaciones, bienes y derechos del fideicomitente, beneficiario y del fiduciario.

Los Contratos Deberán Contemplar, Como Mínimo Lo Siguiente:

Los contratos de fideicomiso de inversión dirigida, entendiéndose por éstos aquellos manejados por el fideicomitente, a través de órdenes directas y precisas deberán contener las opciones que el fideicomitente requiere dar a los fondos fiduciarios, lo cual es de obligatoria observación por parte del fiduciario.

El contrato indicará taxativamente que el fiduciario no asume riesgo alguno.

Los fiduciarios no podrán garantizar, bajo ningún concepto, capital ni rendimiento de los fondos recibidos en fideicomiso, mandato comisión y otro encargo de confianza.

El contrato de fideicomiso, tendrá carácter personal en consecuencia, ninguna de las partes podrá traspasar, ceder ni transferir por ningún otro medio las obligaciones derivadas del convenio de fideicomiso

CONCLUSIÓN

Esta injerencia del Estado con alcances diferentes se ha convertido En un fenómeno tan cotidiano que se corre el peligro de minimizar tanto el derecho como su garantía constitucional, y el fideicomiso no escapa de esta realidad en Venezuela

En virtud de la omnipresencia del derecho de consumo, siempre existirá la posibilidad real de que toda relación negocial bancaria, incluso el Fideicomiso, quede reducida a la categoría de “contrato de adhesión”.

Corresponderá determinar en el futuro si sobre esa base, el contrato de fideicomiso, y los demás contratos bancarios habrían perdido su fundamentación en la autonomía de la voluntad.



“Cuiden su democracia, aunque sea deficiente, aunque no sea cabal, para evitar que pueda ser destruida por algún caudillo” (Rafael Cadenas)

MUCHAS GRACIAS