

opción

Revista de Antropología, Ciencias de la Comunicación y de la Información, Filosofía,
Lingüística y Semiótica, Problemas del Desarrollo, la Ciencia y la Tecnología

Año 34, 2018, Especial N°

18

Revista de Ciencias Humanas y Sociales
ISSN 1012-1587/ ISSNe: 2477-9385
Depósito Legal pp 198402ZU45



Universidad del Zulia
Facultad Experimental de Ciencias
Departamento de Ciencias Humanas
Maracaibo - Venezuela

Fideicomiso como alternativa de Desarrollo Social

María Augusta Camacho Zegarra
Universidad Esan
mcamacho@esan.edu.pe

Resumen

Se trata de un análisis acerca de una visión distinta de esta figura contractual originada en el Derecho Romano, adaptada a los tiempos actuales, especialmente en el ámbito de la administración de proyectos de inversión y sociales, que favorecen sectores productivos a favor de las comunidades. Se revisan los distintos tipos de Fideicomiso para centrarnos especialmente en el Fideicomiso Social, sea Forestal y de Cierre de minas, así como en la inversión Minera como alternativa de solución de conflictos y de financiamiento y viabilidad de Proyectos de Inversión, todos con un solo objetivo que ponen en marcha una herramienta adaptable a distintas realidades sociales. Se busca proponer a partir de un análisis crítico del Fideicomiso, una alternativa con capacidad de canalizar los recursos financieros hacia actividades productivas, viabilizando los distintos proyectos de inversión con el efecto colateral de reactivar las economías locales y regionales, al generar ocupación de la mano de obra local y en general a mejorar las condiciones de vida de los pobladores y de este modo asegurar un desarrollo sostenible.

Palabras clave: Administración, desarrollo social, Fideicomiso, Proyectos de inversión.

Trust as an alternative for Social Development

Abstract

This is an analysis about a different vision of this contractual figure originated in Roman Law, adapted to the current times, especially in the field of the administration of investment and social projects, which favor productive sectors in favor of the communities. The different types of Trust are reviewed to focus especially on the Social Trust, be it Forestry and Mine Closure, as well as the Mining investment as an alternative for conflict resolution and financing and feasibility of Investment Projects, all with a single objective. that set in motion a tool adaptable to different social realities. The aim is to propose, based on a critical analysis of the Trust, an alternative with the capacity to channel financial resources towards productive activities, making viable the different investment projects with the collateral effect of reactivating local and regional economies, by generating employment from the hand of local work and in general to improve the living conditions of the people and in this way ensure sustainable development.

Keywords: Administration, social development, Trust, Investment projects.

INTRODUCCIÓN

No se hubiera podido pensar que una figura jurídica antigua originada en el derecho sucesorio romano, pudiera ser una modalidad contractual tan flexible en la actualidad, que ofreciera posibilidades para el desarrollo sostenible de las comunidades en el ámbito de programas o áreas productivas importantes. Es principalmente en el

sector forestal, de la minería, construcción o similares obras en las que el Fideicomiso puede ser un instrumento que viabilice la ejecución de proyectos de inversión, o que permita que se concrete la marcha de obras públicas o privadas principalmente en infraestructura, comunicaciones o similares.

En el contrato de Fideicomiso Social se busca involucrar a todos los participantes de un proyecto de inversión, con un concepto de responsabilidad social que no sólo se limita al estado o a la empresa inversionista, sino que es un mecanismo que incorpora a todos los actores y grupos de interés que vinculados podrán identificar y plantear sus propias necesidades de un modo responsable, que generarán el máximo de los beneficios, especialmente en los que más necesitan, como los integrantes de las comunidades y que por lo tanto permitan un desarrollo sostenible.

Se requiere la administración responsable de los fondos por alguien experimentado que es la denominada Fiduciaria, que incluso puede conformarse por integrantes de la sociedad civil, y es así que lo convierte en una herramienta eficaz para estructurar y administrar los proyectos.

1. FUNDAMENTOS TEÓRICOS DEL FIDEICOMISO

Institución jurídica muy antigua, en el Derecho Romano los actos de disposición podían sucederse a la muerte del testador o de otra

persona, de este modo, la sucesión o herencia es la que daba continuidad patrimonial a la familia, y es dentro de la familia romana donde la persona que disponía de sus bienes manifestaba la preocupación de que a su muerte se mantenga la unidad familiar. Por ello, tanto en el Testamento como en la sucesión intestada, el causante encontraba un medio idóneo para lograrlo. Con la muerte del *sui iuris* comienza el fenómeno jurídico de la *successio*, mediante la cual una o varias personas ocupaban la misma posición jurídica del difunto, convirtiéndose en propietarios de la herencia como *universitas* y en titulares de los derechos reales, créditos y deudas transmisibles. Las disposiciones testamentarias contenían generalmente liberalidades como los legados, las donaciones y los fideicomisos. Como es sabido, el *fideicommissum hereditatis*¹ consiste en pedir al heredero que restituya el total de la herencia o una parte de ella al fideicomisario. Por otra parte, al ser la herencia una creación del *ius civile*, el heredero no puede transmitir al fideicomisario su condición de heredero pues se lo prohíbe la regla *semel heres semper heres*. Si el fiduciario es el heredero, el fideicomisario se presenta como un acreedor del primero.

En sus orígenes, el Fideicomiso en Roma, era concebido como una liberalidad de última voluntad, hecha en forma de encargo por el testador, es decir, tenía un carácter netamente testamentario. Esta figura propia del Derecho Sucesorio aún compleja para estos tiempos, nos deja la idea de genialidad de los romanos, así como la transcendencia de su aporte al Derecho. No pensábamos siquiera que

¹ Fideicomiso Sucesorio o Testamentario

hoy, estuviéramos revisando y aplicando las fórmulas propuestas hace tantos siglos, en el campo de las inversiones, de los negocios en los que se vinculan aspectos del Derecho y de la Economía, y más aún como propuesta en los proyectos de inversión, que más adelante mostraremos.

Es oportuno señalar la opinión de Francisco García Calderón, quien a finales del siglo XIX escribió que “Los Fideicomisos pasaron de la legislación romana a la española, y nosotros los tuvimos mientras nos regían las Leyes de Castilla” (Stewart, 1996) de esta afirmación se extrae la interpretación de su abolición. Varios siglos después, hasta estos días, el Fideicomiso es un contrato versátil que se aplica en distintos ámbitos y posiblemente muy poco en el derecho sucesorio.

Por cierto, que en otros países, se ha mantenido esta figura y dentro del *common law*, ha perdurado ésta con el nombre de *trust*, y si bien su primer antecedente histórico lo encontramos en el contrato de fiducia romano, en la edad media en el derecho inglés, adquiere sus principales características actuales. Los caballeros que partían a las batallas y cruzadas, transferían sus propiedades a personas de confianza, a fin de proteger el patrimonio de esposa e hijos que estaban impedidos de administrarlos directamente.

La clave para comprender el funcionamiento del *trust* reside en la manera en que la ley inglesa, el llamado *common law*, interpreta el derecho de propiedad. En el *common law* se reconocen dos maneras diferentes de ejercer la propiedad. Por un lado existe el *legal*

ownership o *legale estate*, es decir, la titularidad o propiedad legal de un bien. Por otro lado, también existe el llamado *beneficial ownership* o *equitable estate*, que podríamos definir como el derecho de uso y disfrute. Este concede ciertos derechos sobre el bien a una persona distinta de su propietario legal.

Por lo dicho, hay quienes opinan que la contribución más característica y más valiosa proporcionada por el derecho angloamericano a la teoría general del derecho, ha sido el fideicomiso o *trust*, al margen de ideologías y convicciones políticas.

Así se produce una situación compleja en la que el administrador es el propietario legal del bien, pero no tiene un dominio completo sobre el mismo, ya que a su vez tiene una obligación personal frente a los beneficiarios. Estos tienen derecho de recibir el bien, en el momento que se haya estipulado en la escritura, y en algunos casos también a utilizarlo y a disfrutar de él. (Comitre, 2015).

Largo recorrido hasta llegar al año 1991, por lo menos en Perú, en el que el Decreto Legislativo 637 promulgara la Ley General de Instituciones Bancarias, Financieras y de Seguros, incluyera las *comisiones de confianza*, como una figura similar al Fideicomiso; posteriormente, en el año 1993 mediante Decreto Legislativo 770 denominado Nuevo Texto de la Ley General de Instituciones Bancarias, Financieras y de Seguros, se regula específicamente y por primera vez el Fideicomiso como contrato. En un capítulo completo de la mencionada norma, se regula como figura autónoma.

Actualmente, el fideicomiso bancario se encuentra regulado en la Ley N.º 26702, Ley General del Sistema Financiero de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, promulgada en el año 1996, en su artículo 241º, y lo define como una relación jurídica por la cual el *fideicomitente* transfiere bienes en fideicomiso a otra persona, denominada *fiduciario*, para la constitución de un *patrimonio fideicometido*, sujeto al dominio fiduciario de este último afecto al cumplimiento de un fin específico en favor del fideicomitente o un tercero denominado *fideicomisario*. Se trata de un contrato mercantil, mediante el cual se realiza un negocio jurídico en virtud del cual se transfiere uno o más bienes y/o derechos, con el encargo específico de administrarlos diligentemente o enajenarlos de acuerdo al contenido específico del convenio pero a favor de un beneficiario que en la eventualidad el caso podría ser el mismo enajenante. Se trata evidentemente, de un contrato bancario, primero por estar encuadrado en la legislación bancaria², segundo porque el Fiduciario principalmente es una entidad del sistema financiero. El fideicomiso es un contrato en el cual se produce la transferencia de un bien, a la cual se le adiciona un encargo, una gestión (HUNDSKOPF, 2010) Por lo tanto, señala el autor, el contrato contiene dos negocios jurídicos uno de mandato y otro de transferencia del patrimonio fideicometido.

La particularidad en Perú, que no sucede en otros países latinoamericanos y tampoco en aquellos que rige el *trust*, es que la

² Además del fideicomiso de titulización, regulado Decreto Legislativo N.º 861, Ley del Mercado de Valores.

mencionada Ley en su artículo 242° señala cuales son las empresas autorizadas a desempeñarse como fiduciarios: básicamente Empresa Bancaria, Empresa Financiera, Caja Municipal de Ahorro y Crédito, Caja Municipal de Crédito Popular, Entidad de Desarrollo a la Pequeña y Micro Empresa - EDPYME, Cooperativas de Ahorro y Crédito autorizadas a captar recursos del público, y Caja Rural de Ahorro y Crédito³, así como entidades privadas autorizadas por la Superintendencia de Banca y Seguros. Esto con el fin de asegurar mayor eficiencia en la administración y gestión. De otro lado, también apoyar indirectamente a la Micro y Pequeña Empresa (MYPE) de cualquier sector económico. Esta inclusión, se hace a través de la Ley 29654, con el fin de promover el desarrollo de las Mypes.

2. SUJETOS DEL FIDEICOMISO

Según el contrato de fideicomiso los agentes intervinientes o contratantes adoptan una denominación especial:

a) Fideicomitente, también denominado constituyente o fiduciante, es el propietario del patrimonio que se transferirá a través del contrato del fideicomiso al fiduciario, en propiedad fiduciaria. Esta

³ Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros,

Art. 242°.- Están autorizadas para desempeñarse como fiduciarias, COFIDE, las empresas de operaciones múltiples a que se refiere el inciso A del artículo 16° y las empresas de servicios fiduciarios que señala el inciso b-5 del artículo mencionado, las empresas del numeral 1 del artículo 318°, así como las empresas o instituciones supervisadas por la Superintendencia, cuyo objeto es garantizar, apoyar, promover y asesorar directa o indirectamente a la Micro y Pequeña Empresa (MYPE) de cualquier sector económico.

parte interviniente determina la finalidad del fideicomiso y sus condiciones, designa al fiduciario y lo instruye sobre el encargo que este debe cumplir. Una vez que el contrato de fideicomiso se constituye el fideicomitente deja de tener participación en la administración del fideicomiso. Por ello se le considera como un sujeto pasivo. Otra de las facultades atribuibles al fideicomitente (Revatta, 2016) son:

- Designar al fideicomisario, restringir o impedir al fiduciario actos de disposición o gravamen de los bienes transferidos.
- Reserva de la revocación anticipada del contrato.
- Solicitar la remoción judicial del fiduciario.
- Impedir, por disposición contractual que el beneficiario ceda sus derechos.
- Defender judicialmente el patrimonio fideicometido.

Por otro lado, es obligación del fideicomitente o de sus causahabientes integrar en el patrimonio del fideicomiso los bienes y derechos señalados en el instrumento constitutivo, en el tiempo y el lugar estipulados⁴.

b) Fiduciario, es la figura central del contrato y quien asume la propiedad fiduciaria para encargarse de llevar a cabo el fideicomiso, con el compromiso de cumplir los fines para los que fue constituido,

⁴ Ley 26702, artículo 262°.- Obligación del fideicomitente.

con “la obligación de darle el destino previsto en el contrato de fideicomiso” (Revatta, 2016). Según la Ley 26702 en nuestro país, el fiduciario debe, necesariamente, pertenecer a una empresa del sistema financiero o de seguros; es decir, que otro tipo de persona jurídica o persona natural no puede asumir el papel de fiduciario. También podría ser, aquellas que se designen o autoricen las entidades reguladora, es decir la Superintendencia de Banca y Seguros. Ahora bien, hay que tener en cuenta que la empresa que se encargará de administrar los bienes, es decir el fiduciario, será sometido bajo un riguroso sistema para ser considerado como un fiduciario confiable. Esto en el modelo de un Fideicomiso típico bancario. Más adelante incluiremos otros participantes de este contrato en su versión de instrumento financiero o de administrador de proyectos de inversión.

c) Fideicomisario, también denominado beneficiario, es el sujeto que percibirá los frutos de las ganancias del patrimonio fideicometido, y es a quién va dirigido al término del contrato los bienes fideicometidos, es decir el patrimonio fiduciario. En legislaciones extranjeras, como en Argentina, también es posible que el fideicomisario pueda ser al mismo tiempo fideicomitente, es decir, quien haga el encargo. El fideicomisario puede o no formar parte del contrato. Si interviene como parte en el contrato, adquiere a título propio los derechos que se establezcan a su favor en el contrato, y estos no podrán ser alterados sin su consentimiento.

3. PATRIMONIO FIDUCIARIO

Es producto de la constitución de un fideicomiso también denominado fondo fiduciario o patrimonio fideicometido. Se define como un conjunto de bienes cuyo dueño, en base a la confianza, entrega dichos bienes a otra persona para que actúe de acuerdo a sus intereses. El patrimonio fiduciario sirve exclusivamente a las finalidades del fideicomiso. El fideicomitente se despoja de sus bienes para incorporarlos a un patrimonio distinto que estará bajo la titularidad de un tercero denominado fiduciario.

El artículo 253° de la Ley 26702⁵ señala que el patrimonio fideicometido no responde por las obligaciones del fiduciario o del fideicomitente ni de sus causahabientes y, tratándose de las obligaciones de los fideicomisarios, tal responsabilidad sólo es exigible sobre los frutos o las prestaciones que se encuentran a disposición de ellos, de ser el caso. En caso que la empresa fiduciaria no se oponga a las medidas que afecten al patrimonio fideicometido, pueden hacerlo el fideicomitente o cualquier fideicomisario.

Los bienes que integran el patrimonio fideicometido se encuentran afectos al pago de las obligaciones y responsabilidades que la empresa fiduciaria contraiga en ejercicio del dominio fiduciario por los actos que efectúe para el cumplimiento de la finalidad para la que fue constituido el fideicomiso y, en general, de acuerdo a lo

⁵ **Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros, Art. 253.-** Patrimonio Fideicometido.

establecido en el acto constitutivo. No se encuentran afectos a dicho pago, salvo disposición en contrario, los bienes que integran el patrimonio propio de la empresa fiduciaria⁶. La empresa fiduciaria podrá delegar en el fideicomisario o el fideicomitente las facultades necesarias para que ejerzan las medidas de protección del patrimonio fideicometido, sin quedar liberado de responsabilidad. Así, la banca responde a intereses ligados al desarrollo económico y social como los de desarrollo sectorial o regional; se orienta a financiar proyectos generadores de externalidades positivas o de bienes públicos (De la Vega, 2014).

El patrimonio fideicometido o fiducario, se encuentra blindado, libre de medidas judiciales o extrajudiciales y en el caso específico del fideicomiso bancario, además, no está sujeto a riesgo porque no forma parte del patrimonio de la empresa, es decir, se encuentra aislado de riesgo.

En el caso de Fideicomiso de inversiones mineras por ejemplo, existe como antecedente, la posibilidad de crear un patrimonio fideicometido, que cumpla la finalidad de garantía, para mitigar, contener y subsanar los posibles impactos ambientales que genere el proyecto. En Perú, como en los países en los que la actividad minera se ejecuta a través de inversionistas importantes que comprometen sus esfuerzos para las distintas etapas de la actividad minera, como la exploración, explotación, transporte y semejantes; no es ajeno tener

⁶ **Art. 254°.**- Afectación de los bienes que integran el patrimonio fideicometido.

que acudir a una serie de actos derivados de la actividad, entre ellos, el más delicado, como es el de relación con las comunidades aledañas a las zonas de explotación minera o petrolera, que genera un gran descontento y hasta conflictos sociales que entorpecen la ejecución de dichos proyectos, por la incertidumbre de sus efectos, como la contaminación medioambiental, la reducción de la producción agrícola, el traslado de centros poblados y en general la interrupción de la vida cotidiana de sectores de población afectada por estas actividades. Una forma de aliviar estos efectos, es mediante un Fideicomiso, como en el caso de la empresa Southern Copper Corporation, en proyectos al sur del país, denominado Tía María, en el que se optó por una solución que concilie intereses de las comunidades y de las inversionistas, así como del estado que asegura tener condiciones mínimas para asegurar las inversiones a las que acoge y que además aseguran una red de beneficios como el otorgamiento de puestos de trabajo, y en general, mejoramiento de condiciones de vida de esa mismas comunidades que acceden a más posibilidades de educación, salud y hasta de nuevas oportunidades de inversión en negocios adyacentes a los mineros, como centros de abasto, restaurantes, servicios de hospedaje, entre otros.

La empresa inversionista, puede constituir un fideicomiso, de ejecución inmediata, que puede servir como garantía, para que frente a eventuales riesgos, sirva para destinar los fondos a los afectados de los posibles riesgos. Esta sería una propuesta para no detener proyectos o inversiones en los cuales existe conflicto de intereses, de las inversiones frente a los efectos de la inversión, como daño medioambiental, desplazamiento de la población o de las tareas agrícolas, postergación de las necesidades de las comunidades aledañas, hacinamiento, entre otros,

que es una serie interminable de problemas sociales que generan la interrupción de obras o proyectos de inversión y por ende el incumplimiento de contratos a los que se compromete el estado. Es en estos casos en que el Fideicomiso se convierte en una fórmula conciliatoria que disminuye estas diferencias y que concreta la oportunidad de que a través de estas inversiones, se mejore las condiciones de vida de los pobladores de zonas vulnerables.

4. OBLIGACIONES Y DERECHOS DE LAS PARTES QUE INTERVIENEN EN EL FIDEICOMISO

. **Obligaciones de la Fiduciaria:** Son obligaciones de la empresa fiduciaria⁷ entre otras:

- ✓ Cuidar y administrar los bienes y derechos que constituyen el patrimonio del fideicomiso, con la diligencia y dedicación de un ordenado comerciante y leal administrador;

- ✓ Defender el patrimonio del fideicomiso, preservándolo tanto de daños físicos cuanto de acciones judiciales o actos extrajudiciales que pudieran afectar o mermar su integridad;

- ✓ Proteger con pólizas de seguro, los riesgos que corran los bienes fideicometidos, de acuerdo a lo pactado en el instrumento constitutivo;

⁷ Ley 26702, artículo 256°.- Obligaciones de la Empresa Fiduciaria.

✓ Cumplir los encargos que constituyen la finalidad del fideicomiso, realizando para ello los actos, contratos, operaciones, inversiones o negocios que se requiera, con la misma diligencia que la propia empresa fiduciaria pone en sus asuntos; inventario y contabilidad.

La empresa fiduciaria que incumpla sus obligaciones por dolo o culpa grave debe reintegrar al patrimonio del fideicomiso el valor de lo perdido, más una indemnización por los daños y perjuicios irrogados, sin perjuicio de la responsabilidad a que hubiere lugar. Si el instrumento constitutivo del fideicomiso prevé la existencia de un comité, junta u otro órgano de gobierno, las disposiciones del mismo no podrán modificar el objeto del fideicomiso⁸.

El fideicomiso sirve y es útil en tanto se separa y afecta un patrimonio para un fin determinado. Este último servirá para cumplir con lo que se ha determinado al momento de realizar un fideicomiso.

Derechos de la Fiduciaria

Son derechos de la empresa fiduciaria:

✓ Cobrar una retribución por sus servicios, de acuerdo con lo estipulado en el instrumento constitutivo.

⁸ Ley 26702, artículo 259°.- Incumplimiento de Obligaciones por dolo o culpa grave.

- ✓ Dotarse con recursos del fideicomiso para cubrir los gastos en que incurriere en la administración del patrimonio fideicometido y en la realización de su finalidad.

. Derechos del Fideicomisario

Los fideicomisarios tienen derecho a exigir a la empresa fiduciaria los beneficios que del patrimonio fideicometido se generen o del capital mismo, según se estipule en el instrumento constitutivo y figure en el certificado de participación, o en la ley por la cual fue creado el Fideicomiso. No es sólo en las inversiones que apreciamos esta figura jurídica, adaptándose extraordinariamente a realidades y ámbitos tan distintos a los tiempos del Derecho Romano, sin embargo merece una reflexión actual, ya que constituye una valiosa herramienta para el crecimiento económico.

Es importante tener presente el riesgo fiduciario que se realiza ante el mismo, puesto que este dependerá de que se analice previamente el momento de contratar a una empresa fiduciaria.

5. TIPOS DE FIDEICOMISO

Actualmente hay una extensa variedad de tipos de Fideicomiso, dentro de los derivados del típico en el Derecho Romano, están el testamentario el de administración, el de inversión, de garantía, de

seguro de vida, el cultural o filantrópico, de patrimonio familiar, que en general varían dependiendo de a quién va dirigido los beneficios obtenidos de la administración de los bienes.

Dentro de los que nos interesan para el presente análisis está el **Fideicomiso en los Negocios**, que básicamente es el que está más ligado al desarrollo de obras de inversión pública o privada, que directa o indirectamente tiene como destinatarios finales a las comunidades o poblaciones que requieren de programas concretos de desarrollo social. Dentro de este grupo, encontramos los fideicomisos inmobiliarios, basados en un proyecto de construcción inmobiliaria por el cual el fideicomitente transfiere un bien inmueble con amplias facultades para la ejecución de un proyecto inmobiliario que puede incluir, la administración del proyecto, el pago de planillas, de materiales, y en general lo que se requiera hasta la conclusión del proyecto.

Así, también tenemos el **Fideicomiso de Garantía de Activos y/o Flujos**, que consiste en que el fideicomiso servirá como una garantía para el cumplimiento de obligaciones determinadas por la empresa (fideicomitente) hacia una persona o hacia terceros (fideicomisarios); estas obligaciones pueden incluir repagos de financiamiento, emisiones de acciones o bonos con fines de financiamiento, y que de alguna manera logran el avance de grandes proyectos en áreas de telecomunicaciones, electrificación, de servicios básicos de agua, entre otros.

El **Fideicomiso de inversión** consiste en que la transferencia de activos, ya sea de bienes muebles, inmuebles o acciones, y en general activos, que conforman el patrimonio fideicometido, se haga con la finalidad de que el fiduciario lo administre a través de inversiones, en la compra de papeles, acciones, bonos corporativos y otros, en mercados financieros o de capitales, a fin de obtener rentabilidad, dividendos, recuperación de la inversión, y en general rendimiento de estos activos, para entregar a los beneficiarios, que puede ser el mismo fideicomitente.(Pertierra, 2015).

El **Fideicomiso Escrow – Condicionado**, que consiste en generar confianza de una operación de compra–venta. El fideicomiso está compuesto por los activos a venderse otorgados por el vendedor y el precio otorgado por el comprador, los cuales se mantienen en el patrimonio fideicometido hasta que se den ciertas condiciones acordadas por las partes, que podrían ser cláusulas condicionantes del contrato. Una vez que se dan estas condiciones, se transfieren los activos al comprador en el precio pactado.

6. FIDEICOMISO SOCIAL

En el ámbito de áreas de desarrollo, tenemos los siguientes Fideicomisos:

Fideicomiso forestal y/o de cierre de minas, este tipo de fideicomiso consiste en asegurar aquellas medidas de cumplimiento e incumplimiento del plan de cierre de minas; es decir, se busca que los titulares o inversionistas realicen una inversión forestal para que puedan ser destinadas a la administración, instalación, conservación y protección de plantaciones forestales. Todo esto con el objeto de que se aproveche adecuadamente los recursos que se obtenga, así como también el uso adecuado y sostenible de los recursos naturales.

En primer lugar el patrimonio fideicometido estará compuesto por las unidades de negocio que conjuntamente conformen una inversión forestal; vale decir que también incluyen los contratos, puesto que son necesarios para la ejecución de la inversión del proyecto. Será fideicomitente, el titular de la inversión minera en calidad de obligado al cumplimiento de las obligaciones derivadas del Plan de Cierre de Minas. Además, es posible que éste se asocie con un tercero o pueda incluir en el contrato a entidades privadas o públicas con el fin de dedicar la promoción y /o manejo forestal en condiciones de fideicomitente.

En cuanto al fiduciario, en este caso, como en el caso de Fideicomiso típico, deberán ser aquellas empresas autorizadas por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP o aquella que en situaciones específicas se designe, incluso mediante una ley. Será necesario que el fiduciario, como parte del proyecto de inversión forestal, contrate un operador forestal, ya que es parte de sus deberes para el cumplimiento del objetivo del fideicomiso de inversión forestal.

En estos casos, será el Ministerio de Energía y Minas quien deberá asumir el rol de fideicomisario, siendo el beneficiario del fideicomiso y teniendo carácter de acreedor ante la obligación del titular minero a la ejecución de su Plan de Cierre de Minas.

El Plan de Cierre de Minas es definido como un instrumento de gestión ambiental conformado por acciones técnicas y legales efectuadas por los titulares o inversionistas mineros, destinado a establecer medidas que se deben adoptar para rehabilitar el área utilizada o perturbada por la actividad minera, a fin de compatibilizar el ecosistema para hacerlo saludable, adecuado para el desarrollo y la preservación del medio ambiente que beneficie a las comunidades cercanas. Dicha rehabilitación debe realizarse ejecutando las medidas previstas antes, durante y después del cierre de las operaciones de la unidad minera, incluyendo también las actividades de post cierre.⁹

En Argentina sucede algo similar al Perú, pues antes de la década de 1990, no existía una regulación destinada a la protección ambiental en las actividades mineras. Los cimientos para esta regulación se dieron con la Ley 24.196, Ley de Inversiones Mineras, y se desarrolló con mayor amplitud en 1995, mediante la Ley 24.585, Ley de Protección Ambiental, que modificó el Código de Minería argentino e incluyó un título complementario destinado a la protección ambiental para la actividad minera.

⁹ Ley 28090 Ley que regula el cierre de minas.

Este marco legal considera que en los instrumentos de gestión ambiental de las actividades mineras, que se aprueban mediante una Declaración de Impacto Ambiental, deben incluirse las medidas de prevención, mitigación y rehabilitación del impacto negativo de las operaciones mineras. Sin embargo, a diferencia del Perú, la legislación argentina aún no cuenta con una norma específica que regule la etapa de cierre de minas u ordene la constitución de una garantía para su ejecución.

En Chile, en el año 2011, se promulgó la Ley 20.551, Ley que Regula el Cierre de Faenas e Instalaciones Mineras. En ese entonces Chile no contaba con una legislación específica para el plan de cierre de minas. Antes de dicho año, el cierre de faenas mineras, estaba comprendido dentro de las reglas contenidas en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental previsto en la Ley 19.300. Este plan de cierre se insertaba en el Estudio Ambiental de manera descriptiva, sin prever las garantías financieras que sí están reguladas en la ley vigente. Es decir, una situación similar a la peruana antes de la entrada en vigencia de nuestra Ley que Regula el Cierre de Minas del año 2003. Además se deben desarrollar las medidas del plan de cierre de faenas y se deben establecer garantías para asegurar su cumplimiento y además se deben aplicar sanciones ante el caso de incumplimiento. (García, 2011)

Si bien esta regulación tiene cierta similitud con la legislación peruana, existe una diferencia sumamente importante, y es que en Chile la ejecución del Plan de Cierre de Faenas e Instalaciones Mineras

solo está previsto a ser ejecutado por el titular minero hasta el cierre final, reservando el post cierre al Fondo de la Gestión de Faenas Mineras Cerradas, al estado.

Fideicomiso en la Minería como alternativa de solución de conflictos, Las inversiones mineras requieren de una gran responsabilidad social de los inversionistas para contribuir en alguna medida con el desarrollo de las comunidades. El Perú y los países de la región, cuentan con muchos recursos mineros, metálicos, no metálicos, petroleros, gasíferos, hidrocarburos, entre otros. Se puede generar un Fideicomiso en la inversión minera o se puede crear otro como alternativa de solución a los conflictos mineros derivados del descontento de las poblaciones o comunidades afectadas por las consecuencias negativas de la inversión minera, como es el caso, no único, del Proyecto Tía María, en el sur del Perú, que ha confrontado a la empresa inversionista de capitales extranjeros, con las comunidades aledañas a la zona de inversión, con una explotación de más de 650 millones de toneladas de cobre; susceptible de un probable daño medioambiental, al que como alternativa de solución se planteó un fideicomiso, en el que la empresa inversionista comprometía sus esfuerzos en evitar la contaminación, y el cumplimiento de todas las normas medioambientales, indicadores de calidad, así como la creación de un fondo social, que en caso de un eventual daño medioambiental colateral, se utilizaría en beneficio de las comunidades afectadas. Así también la empresa minera se comprometía a desarrollar programas de apoyo social complementarios para los grupos de interés que si bien, no están comprendidos dentro de los beneficiarios directos del

Fideicomiso, sin embargo, son también parte de las comunidades. Estos programas pueden ser desde construcción de planta desalinizadora, gestión de residuos sólidos, hasta pavimentación de calles, dotación de redes de agua y desagüe, construcción de postas médicas, o escuelas y en general obras para el mejoramiento de las condiciones de vida de estas poblaciones. (Mogrovejo, 2007)

En estos casos el Fiduciario podría ser una entidad financiera, pero también podría ser un Comité especial integrado por las partes interesadas y algunas autoridades que cautelen el proceso y el cumplimiento de los objetivos del proyecto y del acuerdo que pone fin a las diferencias. El mayor riesgo en estos procesos, son los intereses de terceros o representantes políticos que aspiran al control de los recursos económicos, para cumplir requerimientos partidarios. Muchos líderes populistas se encuentran desinformados y se suman a la implementación y desarrollo de estos proyectos en los que pierden aún más los pobladores. En Perú, se han constituido Fideicomisos sociales en los proyectos de Bayóvar, Las Bambas, Toromocho, Alto Chicama, La Granja, Yuncán, que ha tenido como resultado la satisfacción de las comunidades de las zonas de influencia o aledañas.

El tema es recurrente en los países de la región: en Chile existen 12 conflictos socioambientales por minería, según data del Instituto Nacional de Derechos Humanos del mismo país (INDH) del 2016. Entre Ecuador (11) y Colombia (52) existen 63 conflictos ambientales por minería, de acuerdo al Mapa de Justicia Ambiental elaborado por especialistas de la Universidad de Barcelona y la Unión Europea del

2016. En Perú, según indica el reporte de conflictos sociales de setiembre de la Defensoría del Pueblo, existen 91 conflictos por minería. En Perú de 210 conflictos sociales: 141 son socioambientales en junio de 2018, (93 en minería, 21 en hidrocarburos, 10 en energía, entre otros).

Otro caso interesante es el **Fideicomiso de Financiamiento de Proyectos de Inversión**, como por ejemplo el de las empresas distribuidoras eléctricas bajo el ámbito del Fonafe (entidad de actividad empresarial del estado peruano), y que se utilizó para financiar los proyectos de distribución y de sistemas complementarios, que aprobó el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (Osinergmin). A partir de este hecho se emitió el Decreto Legislativo No.1208 que Promueve el Desarrollo de Planes de Inversión en las Empresas Distribuidoras bajo el ámbito de Fonafe y su Financiamiento. También es considerado Fideicomiso social, ya que con esto, se pretende administrar el desarrollo de proyectos de inversión en el ámbito de la infraestructura eléctrica, que tendrá como beneficiarios a un gran sector que requiere de estos servicios.

Los cambios en la regulación para los fideicomisos de obras públicas en Costa Rica han impulsado el desarrollo de proyectos de infraestructura administrados por la banca estatal, entre ellos, la ampliación y modernización de edificaciones, plantas para generar energía, nuevas tecnologías de telecomunicación y, en los próximos años, construcción y mejoramiento de obra vial. En Costa Rica el fideicomiso como contrato, ha ido en aumento porque permite al

gobierno obtener financiamiento para obras de infraestructura y pago de proveedores, sin aumentar la presión fiscal, mientras que, en paralelo, el marco de seguridad que ofrece se convierte en un incentivo para que los inversionistas obtengan una rentabilidad segura en proyectos de alto impacto social.

Esta herramienta financiera que en Panamá generó una Ley de Fideicomiso del año 1925, puede estar vinculado a todo tipo de bienes que estén en el comercio, determinados en el contrato conforme a los requisitos y características en él descritos, que serán administrados. Otro Fideicomiso interesante es el creado últimamente en Uruguay en el 2015 con el fin de acceder a la electrificación rural y con el cumplimiento de ciertas condiciones, con el que podrán financiar las obras que serán administradas por República Administradora de Fondos de Inversión Sociedad Anónima (RAFISA) conjuntamente con el Banco de la República Oriental del Uruguay (BROU) y la UTE (Administración de usinas y transmisiones eléctricas).

7. METODOLOGÍA

Ensayo crítico: teórico y descriptivo, dogmático y documental.

8. ANÁLISIS

Será Fideicomiso Social en tanto los beneficios de éste permitan la implementación o el desarrollo de los proyectos de inversión para las poblaciones o comunidades emergentes. Esta figura contractual o

legal, puesto que puede ser creada por ley y asignada a determinada situación, conflicto o realidad que requiera de una medida que viabilice la ejecución de proyectos de inversión, puede darse en distintas áreas económicas o sociales. A diferencia de otras figuras contractuales o de los derechos reales de garantía, el fideicomiso se caracteriza porque el patrimonio fiduciario es autónomo, de manera que los bienes o derechos transferidos no forman parte del fideicomitente, como tampoco del fiduciario ni del fideicomisario. Esto implica que ante una falta de cumplimiento, el patrimonio está protegido y aislado de todo riesgo, lo que convierte al Fideicomiso en una herramienta eficaz para estructurar las garantías en operaciones de financiamiento y viabiliza proyectos generados por algunas empresas en el marco de sus programas de responsabilidad social, los cuales van orientados al desarrollo sostenible de las poblaciones que lo requieren y de su área de influencia.(De la Fuente, 2012). La principal ventaja que ofrece el fideicomiso es la intangibilidad de los recursos, es decir, que éstos no pueden ser destinados a otros fines que no hayan sido los previamente establecidos por el beneficiario.

Hay una relación directa entre las poblaciones en las que la conflictividad es muy alta, y los índices de pobreza; las poblaciones más afectadas o vulnerables suelen ser susceptibles de influencias por líderes que distorsionan la información, así como los roles que tienen los distintos sectores. Es así que la información y la educación, son alternativas que a mediano o largo plazo pueden gestionar y permitir el avance de la ejecución de estos proyectos, sin embargo, en tanto esto

sucedan, proponemos esta alternativa de Fideicomiso como un interesante y claro mecanismo de desarrollo social.

Al ser una figura flexible, con capacidad de cubrir una amplia gama de objetivos, se sitúa como una extraordinaria palanca para el desarrollo socioeconómico de una región o nación. Su uso en países latinoamericanos está incrementándose, y en Perú ha alcanzado un uso significativo luego que por muchos años prácticamente era una herramienta desconocida. Se puede adaptar tanto al ámbito público como al privado, tiene a su vez la capacidad de canalizar los recursos financieros hacia actividades productivas, convirtiéndose también en una alternativa de fondeo para las obras públicas, con el efecto colateral de reactivar las economías locales y regionales, al generar ocupación de la mano de obra local y en general a mejorar las condiciones de vida de los pobladores más desfavorecidos. La percepción de este instrumento, en muchos países del mundo, coincide con su identidad de ofrecer mayor seguridad y garantías porque genera un patrimonio autónomo con transparencia y eficiencia del uso de los fondos, donde el fiduciario adquiere los bienes transmitidos por el fideicomitente, con el deber de administrarlos conforme la finalidad del contrato, teniendo el cargo de devolver la propiedad de los bienes, al momento de que este se finiquite. Tiene como objetivo central poner nuevamente al fideicomiso al servicio del desarrollo económico empresarial y la mayor equidad social, dando un aporte de valor estratégico superador del uso del fideicomiso convencional durante la vida de las personas. (Pertierra, 2015). Pasa del ámbito exclusivo del

derecho civil sucesorio al área del Derecho Empresarial o Económico en países emergentes.

Es necesario que todos los sectores comprometidos en las inversiones: estado, empresas titulares o inversionistas y comunidades beneficiadas controlen el cumplimiento de los procesos y el grado de satisfacción obtenido a partir del Fideicomiso Social, en términos de tiempo, rentabilidad, transparencia, costos, calidad de proyectos, entre otros.

Definitivamente, el fideicomiso es una forma de complementar los proyectos del Estado con la participación privada, bajo contratos que posibilitan el acceso al mercado de capitales, otorgando transparencia a la administración de recursos y la gestión y desarrollo de las obras públicas en un menor tiempo.

9. CONCLUSIONES

El Fideicomiso como una institución jurídica de la antigua Roma propia del Derecho Civil sucesorio ha ido evolucionando hasta convertirse en un contrato y además un instrumento versátil que puede aplicarse en el ámbito empresarial, de las inversiones y de responsabilidad social, con el fin de obtener una administración adecuada y eficiente a una serie de bienes, y una atractiva posibilidad para la gestión de los recursos económicos.

Definitivamente, el fideicomiso es una forma de complementar los proyectos del Estado con la participación privada, bajo contratos que posibilitan el acceso al mercado de capitales, otorgando transparencia a la administración de recursos y la gestión y desarrollo de las obras públicas en un menor tiempo. Además a partir de éste, pueden diseñarse distintos tipos de estructuras o contratos.

Al ser una figura flexible, con capacidad de cubrir una amplia gama de objetivos, el Fideicomiso Social se sitúa como una extraordinaria palanca para el desarrollo socioeconómico de una región o nación. Su uso en países latinoamericanos se ha incrementado, y en Perú ha alcanzado un uso significativo luego que por muchos años prácticamente era una herramienta desconocida. Se puede adaptar tanto al ámbito público como al privado en países emergentes.

En la gestión y desarrollo de proyectos de inversión en áreas sociales como infraestructura, electrificación, comunicaciones, incluso en los conflictos sociales derivados de las inversiones, principalmente en el ámbito minero, el Fideicomiso responde a las necesidades de los distintos agentes y asegura el cumplimiento de objetivos que se traducen en aporte valioso para el desarrollo sostenible de las comunidades. Tiene la capacidad de canalizar los recursos financieros hacia actividades productivas.

El Fideicomiso social se puede adaptar tanto al ámbito público como al privado, convirtiéndose también en una alternativa para reactivar las economías locales y regionales, como también garantizar

una compensación o indemnización en caso de incumplimiento de normas ambientales como consecuencia negativa de la inversión minera, minimizando de este modo el riesgo de daño medioambiental. En general logra mejorar las condiciones de vida de los pobladores más desfavorecidos.

10. REFERENCIAS DOCUMENTALES

- .COMITRE BERRY, Paulo. 2015. **El Fideicomiso y el financiamiento público**. Universidad ESAN. Lima (Perú).
- ..DE LA FUENTE Y HONTAÑÓN, Rosario. 2012. **La Herencia fideicomisaria: desde Roma hasta el Derecho peruano**. Ed. Palestra, Lima (Perú).
- .DE LA VEGA, Maricela; SANTOYO, Vinicio; MUÑOZ, Manrubio y ALTAMIRANO, J. Reyes. 2014. "Cobertura financiera de la banca de desarrollo para el sector rural de México: FIRA y Financiera Rural." **Estudios Sociales: Revista De Investigación Científica** 22, N°. 44: 225-248. Universidad Autónoma Chapingo, Ciudad de México (México).
- .GARCIA MONTÚFAR, Juan F. 2011. **El Fideicomiso Social. Revista Actualidad Jurídica**. Tomo 213, 282-285. Ed. Gaceta Jurídica. Lima (Perú).
- .HUNDSKOPF, Oswaldo, 2010. **Derecho Comercial**. Ed. Universidad de Lima, Lima (Perú)
- .MOGROVEJO, Mirella; PIMENTEL, Renato y, ZUÑIGA, Alfredo. 2007. "Modelos de Inversión social para empresas mineras: Experiencias y propuestas". **Cuadernos de Difusión**. Vol. 12, 115-142. Universidad ESAN, Lima (Perú).
- .PERTIERRA CÁNENA, Francisco. 2015. " El fideicomiso como instrumento estratégico para la planificación patrimonial sucesoria en la empresa". Documentos de Trabajo. N°: 563: 1-10. Fuente Académica Plus EBSCOhost. Universidad del CEMA, Buenos Aires (Argentina).

- .REVATTA VERA, Angel. 2010. **Los Caminos del Fideicomiso**. Fundación Cultural del Banco de la Nación y Banco de la Nación. Lima (Perú).
- .STEWART, Alberto. 1996. **El Fideicomiso como Negocio Fiduciario**. Ed. Grijley. Lima (Perú).

Referencias electrónicas

- .AVENDAÑO, Francisco. 2016. El fideicomiso. Congreso de la República del Perú. Lima (Perú). Disponible en: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/F85DFEAE170A719E05257EFC00709500/\\$FILE/5944.pdf/](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/F85DFEAE170A719E05257EFC00709500/$FILE/5944.pdf/) Consultado el 28.05.2018.
- .BATIZA, Rodolfo. 1954. Tres estudios sobre el Fideicomiso. Imprenta Universitaria. Ciudad de México (México). Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=800> Consultado el 28.05.2018
- GUTIÉRREZ MOLLER, Emilio. 1996. Especies del Fideicomiso. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Ciudad de México (México). Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/167/6.pdf> Consultado el 28.05.2018.
- .Blog de la Defensoría del Pueblo. Disponible en: <http://www.defensoria.gob.pe/blog/la-defensoria-registro-210-conflictos-sociales-en-junio/> Consultado el 28.05.2018.
- .Invertax, El trust en Nueva Zelanda, Disponible en: <http://invertax.com/newsletter/2014/setiembre/19/el-trust-de-NZ.pdf> Consultado el: 25.05.2018. La Fiduciaria, Tipos de Fideicomiso. Disponible en: <https://www.lafiduciaria.com.pe/index.php?page=tipos-de-fideicomiso> Consultado el: 15.06.2018.
- .LOPEZ TARABOCHIA, Milton, 2016. Conflictos Mineros en América del Sur, una mirada a cuatro casos emblemáticos. Mongabay Latam, Disponible en: <https://es.mongabay.com/2016/11/conflictos-mineria-latinoamerica/> Consultado el: 28.05.2018.
- .MACASSI ZAVALA, Juan Pablo, El Fideicomiso de inversión forestal como garantía de cierre de minas, Forsetti, Revista de Derecho, Lima (Perú). Disponible en: <http://www.forseti.pe/revista/derecho->

ambiental-y-recursos-naturales/articulo/el-fideicomiso-de-inversion-forestal-como-garantia-de-cierre-de-minas Consultado el: 15.06.2018.

.VIQUEZ, Andrés, Así es como el Fideicomiso puede impulsar el desarrollo, El Financiero (Costa Rica). Disponible en: <https://www.elfinancierocr.com/opinion/asi-es-como-los-fideicomisos-pueden-impulsar-el-desarrollo/OXOFI6RRVVFLBCNJYUXQFWTO3Q/story/> Consultado el: 25.05.2018.



**UNIVERSIDAD
DEL ZULIA**

opción

Revista de Ciencias Humanas y Sociales

Año 34, Especial N° 18, 2018

Esta revista fue editada en formato digital por el personal de la Oficina de Publicaciones Científicas de la Facultad Experimental de Ciencias, Universidad del Zulia.
Maracaibo - Venezuela

www.luz.edu.ve

www.serbi.luz.edu.ve

produccioncientifica.luz.edu.ve