

El Fideicomiso *

Francisco AVENDAÑO A.

I. Introducción

El fideicomiso ha alcanzado gran importancia y desarrollo en algunos países. Ello se debe principalmente a las características propias de la institución y a las diversas modalidades que puede adoptar, las cuales otorgan múltiples beneficios a las partes intervinientes. De otro lado, la reducción de las ganancias con la intermediación del dinero, fruto de la competencia en el negocio bancario, ha ocasionado que los bancos y otras instituciones financieras busquen ofrecer nuevos servicios que les permitan obtener ingresos adicionales.

En el Perú, el artículo 63º de la Ley de Bancos de 1931, aprobada por el Decreto Ley N° 7159, enumeraba las facultades de los bancos. Según el inciso o), los bancos podían aceptar y cumplir comisiones de confianza. Dichas comisiones de confianza estaban detalladas en el artículo 94º y se vinculaban con las funciones de depositarios e interventores de bienes embargados, liquidadores de sociedades, administradores de bienes comunes y de herencias, albaceas, guardadores, administradores de bienes gravados con usufructo, representantes o fideicomisarios¹ de tenedores de bonos emitidos por sociedades y ejecutores de fideicomisos de cualquier otro carácter.

El Decreto Legislativo N° 637, Ley General de Instituciones Bancarias, Financieras y de Seguros, derogó el Decreto Ley N° 7159. A dife-

* Este artículo fue preparado en 1994 para una publicación que editaría el Grupo Peruano de la Asociación Henri Capitant. El artículo ha sido actualizado.

¹ El término fideicomisario usado por la Ley de Bancos de 1931 se refería al representante de los obligacionistas en un contrato de emisión de obligaciones y no a la persona que recibe los beneficios del fideicomiso.

rencia de la Ley de Bancos de 1931, el Decreto Legislativo N° 637 no contempló la ejecución de fideicomisos dentro de las comisiones de confianza que los bancos podían desempeñar. Sin embargo, hacía dos menciones sobre el fideicomiso. El artículo 136 inciso f) decía que constituían activos y créditos contingentes de muy bajo riesgo los fideicomisos en general; y el artículo 334 inciso b) señalaba que los delegados especiales, en caso de disolución y liquidación de bancos y financieras, estaban facultados para establecer fideicomisos respecto de los activos sujetos a litigio.

La Ley General de Instituciones Bancarias, Financieras y de Seguros, aprobada por el Decreto Legislativo N° 770, reguló de manera orgánica el fideicomiso. Por primera vez en la legislación peruana los bancos quedaron expresamente autorizados para actuar como fiduciarios. La nueva Ley General del Sistema Financiero y de Seguros² recientemente aprobada por la Ley N° 26702, también regula el fideicomiso.

El presente trabajo analiza el fideicomiso en la Ley del Sistema Financiero. Lo hemos dividido en seis partes: noción, comparación con otras instituciones, naturaleza jurídica, el patrimonio fideicometido, el dominio fiduciario y modalidades del fideicomiso.

II Noción

Comúnmente se identifica el fideicomiso con el contrato por el cual el fideicomitente transfiere bienes al fiduciario, quien se obliga a disponer de ellos de una forma determinada y a favor del fideicomisario. La Ley del Sistema Financiero, sin embargo, define el fideicomiso como la «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 éste último y afecto al cumplimiento de un fin específico en favor el fideicomitente o un tercero denominado fideicomisario»³.

El fideicomiso supone un negocio formado por dos relaciones: una por la que el fideicomitente transmite al fiduciario la propiedad de bienes o la titularidad de créditos y otra, en mérito de la cual el fiduciario

² En adelante nos referiremos a la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros vigente indistintamente como la Ley del Sistema Financiero o la L. del S.F.

³ Artículo 241 de la L. del S. F.

limita su condición de propietario o titular, con el objeto de cumplir con el propósito para el cual se constituyó el fideicomiso.

El fideicomiso es temporal. Su plazo máximo de duración es de 30 años, salvo los casos de fideicomisos vitalicio, cultural o filantrópico⁴. Al término del fideicomiso, el fiduciario debe devolver al fideicomitente o a sus causahabientes los remanentes del patrimonio fideicometido, salvo que correspondiera la entrega al fideicomisario⁵.

Los bienes que recibe el fiduciario forman un patrimonio autónomo, distinto de su patrimonio, el cual es afectado a un fin determinado.

Las partes en el fideicomiso son tres: el fideicomitente, el fiduciario y el fideicomisario. El fideicomitente es la persona que constituye el fideicomiso, transfiriendo sus bienes al fiduciario para que los utilice en la forma establecida en el acto constitutivo del fideicomiso. Pueden ser fideicomitentes todas las personas naturales o jurídicas que tengan la facultad de disponer de los bienes que transmiten⁶, inclusive las empresas e instituciones estatales de derecho público o privado. Cuando el fideicomiso se constituye a favor del propio fideicomitente, este asume también la calidad de fideicomisario.

El fiduciario es la persona que adquiere la propiedad de los bienes fideicometidos, asumiendo la obligación de utilizarlos en la forma establecida en el documento de constitución del fideicomiso. El fiduciario no puede ser fideicomisario, salvo en los casos de fideicomiso de titulización⁷, y al igual que en la mayoría de las legislaciones latinoamericanas⁸, solamente pueden actuar como fiduciarios determinadas instituciones⁹.

El fideicomisario, finalmente, es la persona que recibe los beneficios

⁴ Según el artículo 251 de la L. del S.F., en el fideicomiso vitalicio, en beneficio de fideicomisarios determinados que hubieran nacido o estuviesen concebidos al momento de constituirse el fideicomiso, el plazo se extiende hasta la muerte del último de los fideicomisarios. En el fideicomiso cultural, que tenga por objeto el establecimiento de museos, bibliotecas, institutos de investigación arqueológicos, históricos o artísticos, el plazo puede ser indefinido y el fideicomiso subsiste en tanto sea factible cumplir el propósito para que el se le hubiere constituido. Finalmente, en el fideicomiso filantrópico, que tenga por objeto aliviar la situación de los privados de razón, los huérfanos, los ancianos abandonados y personas menesterosas, el plazo puede igualmente ser indefinido y el fideicomiso subsiste en tanto sea factible cumplir el propósito para el que se le hubiere constituido.

⁵ Artículo 256 numeral 9 de la L. del S.F.

⁶ Artículo 243 de la L. del S.F.

⁷ Artículo 265 numeral 3 de la L. del S.F.

⁸ En Colombia, El Salvador, Guatemala, Honduras, México y Venezuela únicamente pueden ser fiduciarios los bancos o instituciones similares debidamente autorizadas. En Costa Rica y Panamá, en cambio, puede serlo cualquier persona. RODRÍGUEZ

del fideicomiso. Pueden ser fideicomisarios las personas determinadas o indeterminadas, el público en general e inclusive el propio fideicomitente¹⁰. Pueden designarse uno o varios fideicomisarios que se sustituyan sucesivamente¹¹.

Si bien existen tres partes, el fideicomiso puede nacer de un contrato o de la voluntad unilateral del fideicomitente¹². Para el perfeccionamiento del contrato de fideicomiso no es necesaria la intervención del fideicomisario, quien a pesar de ello adquiere derechos. El fideicomisario puede intervenir como parte en el contrato, en cuyo caso los derechos que adquiere no pueden ser alterados sin su consentimiento¹³. El contrato es formal, siendo necesario que el fideicomiso conste en instrumento privado protocolizado notarialmente¹⁴, salvo que el valor del fideicomiso exceda de 40 UIT, en cuyo caso es necesaria la escritura pública¹⁵.

El fideicomiso testamentario se constituye desde la apertura de la sucesión. A diferencia del fideicomiso contractual, en el testamentario no es necesario que el fiduciario acepte el encargo. Si el fiduciario declina su designación, debe proponer a su reemplazante. Si este último ni alguna otra empresa acepta el encargo, el fideicomiso se extingue¹⁶.

III Comparación con otras instituciones

Para precisar las características propias del fideicomiso, lo compararemos

AZUERO, Sergio. *Contratos Bancarios. Su significación en América Latina*. 4ª Edición, Bogotá, Felaban, 1990, p. 673 y ss.

⁹ Según el artículo 242 de la L. del S.F., están autorizados para desempeñarse como fiduciarios COFIDE, las empresas de operaciones múltiples (bancos, financieras, cajas municipales de ahorro y crédito, cajas municipales de crédito popular, entidades de desarrollo de la pequeña y micro empresa, cooperativas de ahorro y crédito autorizadas a captar recursos del público y cajas rurales de ahorro y crédito), las empresas de servicios fiduciarios y las empresas de seguros y de reaseguros.

¹⁰ Artículo 248 de la L. del S.F.

¹¹ Artículo 249 de la L. del S.F.

¹² Artículo 246 de la L. del S.F.

¹³ Artículo 250 de la L. del S.F.

¹⁴ El Art. 246 de la L. del S.F. señala que «la constitución del fideicomiso se efectúa mediante instrumento privado o protocolizado notarialmente» (subrayado agregado). Estimamos que la presencia de la «o» se debe a un error de impresión, pues de lo contrario sería innecesaria la protocolización.

¹⁵ Artículo 176 de la L. del S.F.

¹⁶ Artículo 247 de la L. del S.F.

con algunas instituciones jurídicas reguladas por el Código Civil. Nos referiremos al mandato, al contrato a favor de tercero, a la simulación y a la fundación.

Mandato

El artículo 1790 del Código Civil¹⁷ define el contrato de mandato como aquel por el cual «el mandatario se obliga a realizar uno o más actos jurídicos, por cuenta y en interés del mandante». El mandato es un contrato consensual, es decir que se perfecciona por el consentimiento de las partes, cuyo objeto consiste en la realización de actos jurídicos, los cuales deben efectuarse por cuenta y en interés del mandante. Excepcionalmente el mandato puede celebrarse también en interés del mandatario o de un tercero¹⁸.

El mandato puede ser con o sin representación. En el primer caso el mandatario actúa en nombre del mandante¹⁹. En el segundo, que es el mandato propiamente dicho, el mandatario actúa en su nombre propio²⁰. En ambos casos, sin embargo, el mandatario actúa por cuenta y en interés del mandante.

A diferencia del mandato, el fideicomiso no tiene naturaleza contractual, pues puede nacer inclusive por voluntad unilateral del fideicomitente expresada en testamento²¹. El objeto del fideicomiso puede consistir en la realización de actos jurídicos o de trabajos u obras y no solamente en la celebración de actos jurídicos. Por último, el fiduciario no actúa en representación del fideicomitente, sino en su propio nombre, en su calidad de propietario de los bienes fideicometidos, por lo que los derechos y obligaciones que asume no recaen en el fideicomitente, sino en el patrimonio afectado.

Contrato a favor de tercero

Según el artículo 1457 del Código Civil, «por el contrato en favor de

¹⁷ En adelante nos referiremos al Código Civil indistintamente como Código Civil o C.C.

¹⁸ Artículo 1803 del C.C.

¹⁹ Artículo 1806 del C.C.

²⁰ Artículo 1809 del C.C.

²¹ Artículo 246 de la L. del S.F.

tercero, el promitente se obliga frente al estipulante a cumplir una prestación en beneficio de tercera persona. El estipulante debe tener interés propio en la celebración del contrato». De la Puente²² señala las siguientes características de este contrato: (i) es un contrato, por lo que para que se genere el derecho a favor del tercero el estipulante y el promitente deben acordar la creación de dicho derecho; (ii) en el contrato intervienen únicamente el estipulante y el promitente; (iii) el tercero es totalmente extraño al contrato; (iv) la finalidad del contrato es el interés del tercero; y, (v) el estipulante también debe tener un interés propio.

El punto de contacto entre el contrato a favor de tercero y el fideicomiso está en que a través de las dos instituciones se puede crear un derecho u otorgar un beneficio a favor de un tercero. Existen sin embargo algunas diferencias. En efecto, una de las características del contrato a favor de tercero es precisamente que es un contrato. El fideicomiso, en cambio, es una relación jurídica que puede surgir tanto de un contrato como de un acto jurídico unilateral. En el contrato a favor de tercero éste no puede intervenir en el contrato (pues ya no sería tercero, sino parte), mientras que en el fideicomiso el fideicomisario sí puede intervenir en el contrato. En el contrato a favor de tercero el estipulante puede revocar el derecho del tercero siempre que éste no haya hecho conocer al estipulante y al promitente su voluntad de hacer uso de su derecho²³, en tanto que en el fideicomiso se puede establecer la facultad del fideicomitente de resolver el fideicomiso, salvo que el fideicomisario hubiera intervenido como parte en el contrato o hubiera renunciado a tal derecho²⁴. Finalmente, el contrato a favor de tercero supone la existencia de un tercero ajeno al contrato, a favor de quien se crea el derecho. En el fideicomiso, en cambio, puede no haber tercero, ya que el fideicomiso puede celebrarse en interés del propio fideicomitente.

Simulación

La simulación se puede definir como «la declaración de voluntad no real, emitida concientemente y de acuerdo entre las partes, para producir con fines de engaño la apariencia de un negocio jurídico que no existe o

²² DE LA PUENTE Y LAVALLE, MANUEL. *Estudios sobre el Contrato Privado*. Volumen II, Cultural Cuzco S.A., Editores Lima-Perú, 1983, p. 217 y ss.

²³ Artículo 1464 del C.C.

²⁴ Artículo 250 de la L. del S.F.

es distinto de aquel que realmente se ha llevado a cabo»²⁵. La simulación puede ser absoluta o relativa. La simulación es absoluta cuando se aparenta celebrar un acto jurídico, pero en realidad no existe voluntad para celebrarlo²⁶. Es relativa cuando las partes han querido concluir un acto jurídico distinto del celebrado²⁷ o cuando en el acto jurídico se hace referencia a datos inexactos o interviene interpósita persona²⁸.

La distinción principal entre la simulación y el fideicomiso se da en el plano de la voluntad. En la simulación o no existe voluntad de celebrar un acto (simulación absoluta) o se oculta el acto celebrado (simulación relativa). En el fideicomiso, por el contrario, existe la voluntad de celebrar un acto que no se oculta. La simulación se realiza para producir una apariencia, con el propósito de engañar a un tercero. En el fideicomiso, en cambio, el resultado es querido y no hay ninguna intención de engaño.

Fundación

De acuerdo con el artículo 99 del Código Civil, «la fundación es una organización no lucrativa instituida mediante la afectación de uno o más bienes para la realización de objetivos de carácter religioso, asistencial, cultural u otros de interés social».

La similitud de la fundación con el fideicomiso radica en que en ambas instituciones jurídicas se afecta un patrimonio para un fin determinado. Las diferencias, sin embargo, son muchas. La fundación es una persona jurídica que administra sin ánimo de lucro bienes afectados para un fin de interés social. El fideicomiso, por el contrario, no es una persona jurídica, ni tiene una finalidad social.

IV Naturaleza jurídica

Existen numerosas teorías que tratan de explicar la naturaleza jurídica del fideicomiso. Dichas teorías tienen su punto de partida en las distin-

²⁵ VIDAL RAMÍREZ, Fernando. Teoría General del Acto Jurídico. Primera Edición, Cultural Cuzco S.A. Editores, Lima-Perú, 1985, p. 321.

²⁶ Artículo 190 del C.C.

²⁷ Artículo 191 del C.C.

²⁸ Artículo 192 del C.C.

tas nociones de fideicomiso plasmadas en la legislación comparada. Nos referiremos a las principales teorías.

Teoría del mandato

El principal exponente de la teoría del mandato fue el panameño Ricardo J. Alfaro. En su intento de adaptar el *trust* anglosajón a la legislación panameña, Alfaro asimiló el fideicomiso al mandato irrevocable.

Según esta teoría, el fideicomiso vendría a ser un mandato irrevocable por el que se transmiten bienes al fiduciario para que disponga de ellos a favor de un tercero.

La teoría del mandato es sumamente frágil. Hay diferencias sustanciales entre el fideicomiso y el mandato, según vimos anteriormente cuando diferenciamos ambas instituciones. Abundando en el tema, «... se ha criticado ... [esta teoría] no sólo por la aparente inconsistencia entre la irrevocabilidad y el mandato como contrato de naturaleza revocable, sino porque también, en principio, el mandatario obra en nombre y representación de su mandante y aun cuando no tenga esta última, los negocios jurídicos que celebra están destinados a radicarse en cabeza de su comitente. Nada de esto ocurre dentro de la estructura contemporánea del fideicomiso, en la cual el fiduciario actúa como propietario de los bienes frente a terceros, celebrando los negocios en su nombre o en el del fideicomiso, si se quiere, pero no en el del constituyente ni en su beneficio, aunque enderece su actividad a la consecución de una determinada finalidad»²⁹.

Nuestra legislación en el pasado asimiló el fideicomiso con el mandato. En efecto, la Ley de Bancos de 1931 facultaba a los bancos a desempeñar una serie de comisiones de confianza, inclusive a ejecutar fideicomisos. Todas esas comisiones de confianza se sustentaban en mandatos mercantiles.

Teoría del patrimonio de afectación

Según la teoría del patrimonio de afectación, cuyo primer exponente fue el autor francés Pierre Lepaulle, el fideicomiso es en esencia un patrimonio sin titular que se afecta a un fin determinado. Lo esencial del fi-

²⁹ RODRIGUEZ AZUERO, SERGIO. *Op. cit.* p. 629.

deicomiso en esta teoría es la existencia de un patrimonio y su afectación para un fin determinado.

Esta teoría es sumamente útil para comprender las características del fideicomiso. Sin embargo, se le puede hacer una crítica frontal: no hay un patrimonio sin un titular. «Todo derecho es, a *fortiori*, facultad de alguien, así como toda obligación necesariamente supone un obligado. Hablar de derechos sin titular es contradecirse. La noción de deber encuéntrese ligada inseparablemente del concepto de persona; entre ellos hay una relación del mismo tipo que la que existe entre las ideas de sustancia y atributo»³⁰. En este sentido, es inconcebible un patrimonio sin que exista un titular de dicho patrimonio.

Teoría del desdoblamiento del derecho de propiedad

La teoría del desdoblamiento del derecho de propiedad explica la naturaleza jurídica del fideicomiso como un desdoblamiento del derecho de propiedad en dos titulares. El fiduciario sería el titular de la propiedad jurídica y el fideicomisario de la propiedad económica. Lizardi Albarrán se refiere a estos dos derechos de propiedad en los siguientes términos: «uno de estos derechos, el del fiduciario, se caracteriza, si no de manera absoluta, cuando menos en su tendencia general, por la facultad de disposición, y es por esto que el mismo fiduciario queda frente a terceros ostentándose como propietario; ya que dicha facultad es atributo esencial del derecho de propiedad... El segundo derecho es el del fideicomisario que, a diferencia de el del fiduciario, se caracteriza por tener fundamentalmente un contenido económico, válido *erga omnes*. Este derecho está intrínsecamente ligado al fin de la operación y tiende a confundirse con él, por representar dicho fin, en una forma o en otra, un beneficio económico para el fideicomisario...»³¹

Villagordoa Lozano³² critica esta teoría porque la existencia de un propietario excluye la posibilidad de que exista otro propietario. No pueden haber dos derechos reales de propiedad respecto de un mismo bien.

El problema de la teoría del desdoblamiento del derecho de propie-

³⁰ GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. Citado por Villagordoa Lozano, José Manuel. En: *Doctrina General del Fideicomiso*. Segunda Edición, Editorial Porrúa S.A., México, 1982, p. 96.

³¹ LIZARDI ALBARRÁN, Manuel. Citado por VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel. En: *Op. cit.*, p. 101.

dad se debe al intento de identificar la propiedad fiduciaria con la propiedad civil. Como veremos más adelante, a diferencia de la propiedad civil la propiedad fiduciaria es temporal, existe para realizar un fin determinado y no otorga un verdadero valor económico a su titular.

En términos civiles no pueden haber dos propietarios sobre un mismo bien, salvo el caso de copropiedad. No pueden coexistir un «propietario jurídico» y otro «económico». El hecho de que un tercero se beneficie exclusivamente de un derecho de propiedad ajeno, no hace que se convierta en «propietario económico».

Teoría del negocio fiduciario

Según la teoría del negocio fiduciario, el fideicomiso sería una especie de negocio fiduciario³³. Rodríguez Azuero se inclina por esta teoría «... por estimar que, a través de la relación obligatoria consagrada en la ley, se explica sin dificultad que el fiduciario tenga un derecho de propiedad restringido y enderezado en forma exclusiva a cumplir la finalidad prevista en el contrato»³⁴.

Esta teoría es cuestionable por dos razones. En primer lugar, porque como el propio Rodríguez Azuero lo señala «no puede afirmarse... que exista una desproporción entre el medio utilizado y la finalidad que se busca porque en cuanto se trate de figuras tipificadas, como sucede en nuestro caso, la finalidad que se busca debe conseguirse precisamente a través del expediente de la transmisión. Además, debe observarse que no se trataría, por ello, de un negocio fiduciario puro por cuanto él no radica en forma exclusiva en la confianza, sino que los derechos y obli-

³² VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel. *Op. cit.*, p. 102.

³³ Existen dos definiciones clásicas de negocio fiduciario. Según Regelsberger, el negocio fiduciario es «un negocio seriamente querido, cuya característica consiste en la incongruencia o heterogeneidad entre el fin contemplado por las partes y el medio jurídico empleado para lograrlo». Para Grassetti, en cambio, «por negocio fiduciario entendemos una manifestación de voluntad con la cual se atribuye a otro una titularidad de derecho en nombre propio pero en interés, o también en interés del transferente o de un tercero. La atribución al adquirente es plena, pero éste asume un vínculo obligatorio en orden al destino o empleo de los bienes de la entidad patrimonial». Para Mosset Iturraspe, los elementos del negocio fiduciario con tres: i) la confianza entre fiduciante y fiduciario; ii) el doble juego de relaciones: real y obligacional; y, iii) la potestad de abuso del fiduciario. Mosset Iturraspe, Jorge. *Negocios Simulados, Fraudulentos y Fiduciarios*. Tomo II, Ediar, Buenos Aires, 1975, p. 219 y ss.

³⁴ RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. *Op. cit.*, p. 630.

gaciones de las partes están cuidadosamente regulados por la ley sin que quepa entonces posibilidad de abuso, en el sentido de traición a la voluntad del constituyente que quedase impune por no existir control distinto sobre el cumplimiento de la misma ...»³⁵.

En segundo lugar, porque cuando se dice que el fideicomiso es una especie de negocio fiduciario no se dice nada sobre la naturaleza jurídica del fideicomiso. ¿Cuál es, a su vez, la naturaleza jurídica del negocio fiduciario?

Teoría del contrato

La teoría del contrato ha sido sostenida por Rodolfo Batiza³⁶. Batiza critica la naturaleza jurídica del fideicomiso como acto unilateral y sostiene que su naturaleza es contractual. En definitiva, según esta teoría, el fideicomiso sería un contrato.

La Ley del Sistema Financiero define el fideicomiso como una relación jurídica. Esta definición nos permite distinguir el fideicomiso del acto mediante el cual se constituye. El fideicomiso puede constituirse a través de un contrato o mediante un acto unilateral³⁷, pero no debe confundírsele con el contrato que le da nacimiento. Lo mismo ocurre con el derecho de propiedad regulado por el Código Civil. La propiedad puede surgir de un contrato o de un acto unilateral. La naturaleza jurídica de la propiedad, sin embargo, no es contractual.

Opinión personal

El fracaso de las distintas teorías que tratan de explicar la naturaleza jurídica del fideicomiso se debe al intento de «encuadrar» esta institución dentro de otras instituciones pre-existentes.

El fideicomiso es una institución *sui generis* con características propias. El elemento central del fideicomiso es en nuestra opinión la afectación de un patrimonio. El fideicomiso sirve y es útil en tanto se separa y afecta un patrimonio para un fin determinado. Sin este elemento el fideicomiso no tendría razón de ser ni utilidad alguna. Al separarse el pa-

³⁵ *Ibid*, p. 630

³⁶ BATIZA, Rodolfo. *Principios Básicos del Fideicomiso y de la Administración Fiduciaria*. Editorial Porrúa S.A., México, 1977, p. 35 y ss.

³⁷ Artículo 246 de la L. del S.F.

patrimonio fideicometido se vuelve prácticamente «intocable». No responde por las deudas del fideicomitente, del fiduciario ni del fideicomisario. Las únicas obligaciones por las que responde el patrimonio fideicometido son aquellas contraídas por el fiduciario en ejercicio del fideicomiso.

El titular del patrimonio fideicometido es el fiduciario, quien se convierte así en titular de dos patrimonios: del suyo propio y del patrimonio fideicometido. Ambos patrimonios, sin embargo, son distintos, están separados.

Un segundo elemento del fideicomiso, necesario para su funcionamiento, es la «aceptación» del fiduciario. Esto nos obliga a tratar nuevamente el tema sobre la naturaleza contractual del fideicomiso.

Como decíamos anteriormente, el fideicomiso puede constituirse mediante un contrato o a través de un testamento. Su naturaleza jurídica, sin embargo, no es contractual. Con respecto al fideicomiso testamentario, según el artículo 247 de la Ley del Sistema Financiero, no es necesaria para su validez la aceptación de la empresa fiduciaria designada en el testamento. Si la empresa declina su designación, debe proponer a una reemplazante y si ninguna otra acepta el encargo, el fideicomiso se extingue. El artículo 247 agrega que el fideicomiso testamentario se entiende constituido desde la apertura de la sucesión.

Podría sostenerse que si el fideicomiso se extingue por no ser aceptado finalmente el encargo por alguna empresa, entonces estamos en presencia de un contrato donde la oferta estaría constituida por la disposición testamentaria. Discrepamos de lo anterior. Para la validez de la oferta es necesario que esta sea recepticia³⁸. En este sentido concluye De la Puente y Lavalle al señalar que «... nuestro Código Civil otorga a la oferta carácter recepticio, al establecer que es una declaración dirigida a determinada persona, agregando que este carácter recepticio está orientado a que la oferta sea conocida por el destinatario»³⁹. Pues bien, si la disposición testamentaria fuese una oferta, esta no sería recepticia, ya que como hemos mencionado anteriormente, podría terminar aceptando el fideicomiso alguna empresa que no fue designada en el testamento.

De otro lado, el artículo 247 de la Ley del Sistema Financiero dice

³⁸ Sólo en el caso de la oferta al público (artículo 1388 del C.C.) es discutible que la oferta sea recepticia.

³⁹ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. «El Contrato en General. Comentarios a la sección primera del Libro VII del Código Civil». En: *Biblioteca para leer el Código Civil. Vol. XI, Primera parte, Tomo III*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial 1991, p. 227.

expresamente que para la validez del fideicomiso testamentario no es necesaria la aceptación del banco fiduciario. Estamos pues en presencia de un acto jurídico unilateral con consecuencias jurídicas, por lo que reiteramos que la naturaleza jurídica del fideicomiso no es contractual.

Ahora bien, imaginemos que el fideicomitente dispone en su testamento que sus bienes inmuebles se transfieran en fideicomiso a una empresa. A su muerte los bienes, en efecto, se transmiten al fiduciario, quien meses después declina su designación. Desde la muerte del fideicomitente hasta la declinación de la designación, ¿quién es el propietario de los bienes? En nuestra opinión, si la empresa designada ni alguna otra acepta el encargo, el fideicomiso se extingue. Los bienes nunca habrían salido del patrimonio del fideicomitente. De lo anterior resulta que para que los bienes pasen a la empresa fiduciaria, ésta debe aceptar el encargo. Los efectos de esta aceptación se retrotraen al momento de la apertura de la sucesión, como sucede en la aceptación y renuncia de la herencia, donde sus efectos también se retrotraen al momento de la apertura de la sucesión⁴⁰.

Lo anterior significa que para que opere el fideicomiso testamentario se requiere necesariamente la aceptación de la empresa fiduciaria. Esta aceptación, sin embargo, no constituye jurídicamente la conformidad a una oferta contractual.

V El patrimonio fideicometido

Existe discusión en la doctrina sobre la noción de patrimonio. No pretendemos zanjar la discusión en este trabajo. Siguiendo a Valencia Zea, diremos que «todos los derechos patrimoniales de los que es titular una persona –derechos reales, de crédito, inmateriales y hereditarios– se consideran como si formaran un todo, es decir, una universalidad jurídica que recibe el nombre de patrimonio»⁴¹.

«En principio, una persona tiene solamente un patrimonio... Excepcionalmente puede presentarse una separación de distintas masas patrimoniales del mismo titular; en este caso, junto a un patrimonio principal o patrimonio regular, al que se aplican los preceptos ordinarios, posee aquél uno o varios patrimonios especiales a los que son aplicables nor-

⁴⁰ Artículo 677 del C.C.

⁴¹ VALENCIA ZEA, Arturo. *Derecho Civil. Tomo II, Derechos Reales*, Quinta Edición, Editorial Temis, Bogotá 1976, p. 34.

mas en partes divergentes. La separación de las masas patrimoniales puede ser relevante para la administración del patrimonio, el poder de disposición del titular, la adjudicación de utilidades y la responsabilidad por deudas»⁴².

Existen diversos casos de patrimonios separados en la legislación peruana. Uno de ellos se presenta en el régimen patrimonial de los cónyuges. En efecto, en el régimen de sociedad de gananciales pueden haber bienes propios de cada cónyuge y bienes de la sociedad⁴³. Cada cónyuge administra independientemente sus bienes propios y puede disponer de ellos y gravarlos. La administración y disposición de los bienes sociales –que conforman un patrimonio en común– corresponde a ambos cónyuges. Cada cónyuge es titular de dos patrimonios: uno compuesto por los bienes y derechos patrimoniales propios, y otro integrado por bienes y derechos comunes.

En el ámbito empresarial un caso de patrimonios separados se presenta en el contrato de riesgo compartido regulado por el D.S. N° 03-94-EM (joint venture minero).

Otro caso de patrimonios separados lo constituye el fideicomiso. Aquí los bienes y derechos que recibe el fiduciario forman un patrimonio autónomo, cuyo titular es el propio fiduciario. El fiduciario se convierte así en titular de dos patrimonios distintos, independientes uno del otro: del suyo propio y del patrimonio fideicometido. Esta separación de los patrimonios se traduce en la exclusión de la garantía de los acreedores del fiduciario, del fideicomitente y del fideicomisario y en la separación contable del patrimonio. Veamos.

Todos los bienes que integran el patrimonio de un deudor garantizan sus obligaciones. «A esta afectación genérica de todos los bienes del deudor, existentes al momento de la ejecución, se ha dado en llamarla «prenda general». Con esta denominación imperfecta se pretende destacar que dichos bienes del patrimonio del deudor, están implícitamente afectados al cumplimiento de sus obligaciones de tipo patrimonial o mixto. Al decir «implícitamente» hago referencia a la circunstancia de que no se precisa afectación expresa; es decir, no es menester la declaración del deudor de que se grava los bienes de su patrimonio en garantía de las obligaciones contraídas; ese gravamen existe por mandato del derecho»⁴⁴.

⁴² LARENZ, Karl. *Derecho Civil Parte General*. Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, 1978, p. 414.

⁴³ Artículo 301 y ss del C.C.

⁴⁴ AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. «La prenda». En: *Derechos Reales, Materiales de ense-*

Pues bien, como quiera que los bienes fideicometidos constituyen un patrimonio autónomo, los bienes que lo integran no están «implícitamente» afectados al cumplimiento de las obligaciones propias de la entidad fiduciaria. El patrimonio en fideicomiso garantiza únicamente las obligaciones del fiduciario relacionadas con el ejercicio del fideicomiso⁴⁵.

El patrimonio fideicometido tampoco responde por las obligaciones del fideicomitente ni por las del fideicomisario⁴⁶. En el caso del fideicomitente, al transferir los bienes al fiduciario los separa de su patrimonio, por lo que los acreedores no pueden perseguirlos, salvo que la transmisión de los bienes hubiera sido realizada en fraude de acreedores⁴⁷. Con respecto al fideicomisario, los bienes en fideicomiso tampoco integran su patrimonio, pues no es propietario de los bienes fideicometidos. Simplemente tiene el derecho de exigir a la empresa fiduciaria los beneficios que del patrimonio fideicometido se generen⁴⁸. Por esta razón los acreedores del fideicomisario no pueden dirigirse contra los bienes en fideicomiso, salvo sobre los frutos o las prestaciones objeto del fideicomiso que se encuentren a su disposición⁴⁹.

Con respecto a la separación contable del patrimonio, por cada fideicomiso la empresa fiduciaria debe llevar una contabilidad separada⁵⁰. Esta separación «... busca que los bienes constituidos en fideicomiso no se confundan con los propios del fiduciario ni con aquellos correspondientes a otros fideicomisos en cabeza de la entidad. Supone la existencia de cuentas separadas para cada uno de los fideicomisos con indicaciones precisas sobre el constituyente, el beneficiario, etc., en forma que no quede ninguna duda sobre la manera como están constituidos los incrementos recibidos, los cargos hechos, etc.»⁵¹.

VI El dominio fiduciario

El artículo 252 de la Ley del Sistema Financiero señala que «el fiducia-

ñanza para el estudio del libro V del Código Civil en la Facultad de Derecho. Segunda Edición, corregida y aumentada, 1988, p. 277.

⁴⁵ Artículo 254 de la L. del S.F.

⁴⁶ Artículo 253 de la L. del S.F.

⁴⁷ Artículo 245 de la L. del S.F.

⁴⁸ Artículo 263 de la L. del S.F.

⁴⁹ Artículo 253 de la L. del S.F.

⁵⁰ Artículo 273 de la L. del S.F.

⁵¹ RODRÍGUEZ AZUERO, *Op. cit.*, p. 637.

rio ejerce sobre el patrimonio fideicometido, dominio fiduciario, el mismo que le confiere plenas potestades, incluidas las de administración, uso, disposición y reivindicación sobre los bienes que conforman el patrimonio fideicometido, las mismas que son ejercidas con arreglo a la finalidad para la que fue constituido el fideicomiso, y con observancia de las limitaciones que se hubieren establecido en el acto constitutivo». El artículo 273, por su lado, dispone que «la empresa fiduciaria no tiene derecho de propiedad sobre los bienes que conforman el patrimonio fideicometido, siendo responsable de la administración del mismo.

¿Existen diferencias entre el dominio fiduciario y el derecho de propiedad regulado por el Código Civil? La respuesta es afirmativa.

El Código Civil peruano no contempla el dominio fiduciario⁵². Para el Código Civil el derecho de propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien⁵³. Estos atributos del propietario se complementan con los caracteres clásicos del derecho de propiedad, los cuales delínean este derecho. «La doctrina señala cuatro caracteres: es un derecho real, es un derecho exclusivo, es un derecho absoluto y es un derecho perpetuo. Por ser un derecho real, la propiedad confiere a su titular las facultades de persecución y de preferencia; y además establece respecto de la cosa una relación directa e inmediata. Por ser un derecho exclusivo la propiedad es erga omnes, esto es, se puede oponer a todos y excluye de su ámbito a todo otro titular. Por ser un derecho absoluto, la propiedad confiere a su titular todas las facultades posibles sobre el bien. Acá se insertan precisamente los atributos del propietario... Y por ser un derecho perpetuo, la propiedad sólo se extingue cuando el bien desaparece o cuando es abandonado, no así por el simple no uso del titular»^{54, 55}.

A diferencia del derecho de propiedad regulado por el Código Civil,

⁵² Otros códigos civiles sí regulan la propiedad fiduciaria. El artículo 794 del Código Civil colombiano, por ejemplo, se refiere a la propiedad fiduciaria y la define como aquella «... que está sujeta al gravamen de pasar a otra persona por el hecho de verificarse una condición...». El artículo 2662 del Código Civil argentino, por su lado, dice que el dominio fiduciario es aquel «... que se adquiere hasta el cumplimiento de una condición resolutive, o hasta el vencimiento de un plazo resolutive, para el efecto de restituir la cosa a un tercero».

⁵³ Artículo 923 del C.C.

⁵⁴ AVENDAÑO V., Jorge. «Atributos y caracteres del derecho de propiedad». En: *Para leer el Código Civil*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 1985, p. 103.

⁵⁵ La definición y los caracteres clásicos del derecho de propiedad son cuestionables. Sobre este tema puede verse Pizarro Aranguren, Luis. «Un estudio preli-

el dominio que adquiere el fiduciario no es «definitivo». Al término del fideicomiso el fiduciario debe devolver al fideicomitente o al fideicomisario los bienes fideicometidos⁵⁶. El fiduciario no podrá nunca convertirse en propietario «definitivo» de los bienes fideicometidos.

El dominio fiduciario no es un derecho absoluto. El fiduciario debe atender con los bienes fideicometidos el cumplimiento de las finalidades del fideicomiso. Las facultades del banco fiduciario están así reducidas a su mínima expresión. Sólo puede disponer de los bienes fideicometidos con arreglo a las estipulaciones del instrumento constitutivo del fideicomiso⁵⁷.

El dominio que adquiere el fiduciario es por esencia temporal: su plazo máximo es de 30 años, con las excepciones que se señalan en el artículo 251 de la Ley del Sistema Financiero. Esto no ocurre en la propiedad tal como la estipula el Código Civil.

Finalmente, el dominio fiduciario no otorga un verdadero valor económico al fiduciario. El fiduciario simplemente cobra una retribución por sus servicios⁵⁸. El contenido económico que otorga la propiedad es para el fideicomisario, quien recibe los beneficios del fideicomiso.

Como se puede apreciar con lo antes expuesto, el «derecho de propiedad» del fiduciario respecto de los bienes fideicometidos no «encuadra» dentro del concepto de propiedad regulado por el Código Civil. En este sentido, podemos concluir que se trata de una «propiedad» diferente a la del Código Civil. Es por ello, quizá, que la Ley del Sistema Financiero habla de dominio fiduciario y no de propiedad fiduciaria.

En el dominio fiduciario es como si los atributos de la propiedad se hubieran dividido entre el fideicomisario y el fiduciario. El fideicomisario tiene el disfrute y el fiduciario el uso y la disposición. El fideicomisario recibe los beneficios del fideicomiso y puede exigir al fiduciario los beneficios que del patrimonio fideicometido se generen⁵⁹. Puede inclusive defender el patrimonio fideicometido, si no lo hace el fiduciario⁶⁰. El fiduciario, por su lado, usa y dispone de los bienes pero con una serie de limitaciones según lo vimos anteriormente.

minar sobre la modificación integral del libro de Derechos Reales del Código Civil de 1984». En: *El Derecho Civil peruano, perspectivas y problemas actuales*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial 1993, p. 207 y ss.

⁵⁶ Artículo 256, numeral 9 de la L. del S.F.

⁵⁷ Artículo 252 de la L. del S.F.

⁵⁸ Artículo 261 numeral 1 de la L. del S.F.

⁵⁹ Artículo 263 de la L. del S.F.

⁶⁰ Artículo 253 de la L. del S.F.

El artículo 326 de la antigua Ley de Bancos hablaba de una propiedad que estaba sujeta a un cargo. En rigor, no se trataba del cargo como modalidad del acto jurídico, pues éste sólo tiene lugar en los actos de liberalidad.

En efecto, el cargo «... consiste en una declaración accesoria de voluntad por la cual se impone a quien se concede a título gratuito un derecho patrimonial, la obligación de realizar un hecho cualquiera, ya sea en un determinado uso de la cosa dada o en una prestación, de índole pecuniaria, o no, en favor de quien ha transmitido el derecho, o de un tercero»⁶¹. El cargo no puede consistir en transferir el bien a un tercero, como ocurre en el fideicomiso. Es cierto que el cargo constituye una obligación, pero la obligación que asume el fiduciario no es jurídicamente un cargo. De otro lado, el fideicomiso no es un acto de liberalidad.

No estábamos pues en presencia del cargo como modalidad del acto jurídico. Se trataba simplemente de una obligación que asumía el fiduciario. Por esto el artículo 252 de la Ley del Sistema Financiero ya no se refiere al cargo, sino al ejercicio de las facultades por parte del fiduciario, «con arreglo a la finalidad para la que fue constituido el fideicomiso».

Restan dos temas finales sobre el dominio fiduciario. La empresa fiduciaria sólo puede disponer de los bienes de acuerdo a lo pactado. ¿Y si contraviene lo pactado?

Los actos de disposición en contravención a lo estipulado en el documento de constitución del fideicomiso son anulables, si el adquirente actúa de mala fe, salvo que la transferencia se hubiera efectuado en una bolsa de valores⁶². La mala fe consiste en que el tercero conozca que el fiduciario no podía disponer de los bienes de una forma determinada.

Por último, para oponer el fideicomiso a terceros la transmisión de los bienes y derechos registrales debe inscribirse en el registro público correspondiente. Si los bienes o derechos no son inscribibles, deben ser entregados⁶³.

VII Modalidades del fideicomiso

El fideicomiso adopta una serie de modalidades. La Ley del Sistema Fi-

⁶¹ COVIELLO, Nicolás. Citado por VIDAL RAMÍREZ, FERNANDO. En: *Op. cit.*, p. 303.

⁶² Artículo 252 de la L. del S.F.

⁶³ Artículo 246 de la L. del S.F.

nanciero hace referencia a los fideicomisos vitalicios (artículo 251, numeral 1), culturales (artículo 251, numeral 2), filantrópicos (artículo 251, numeral 3), de titulización (artículos 242 y 265, numeral 3) y en garantía (artículo 274). A continuación nos referiremos al fideicomiso de administración (no regulado por la Ley del Sistema Financiero) y el fideicomiso en garantía.

Fideicomiso de administración

Por el fideicomiso de administración el fideicomitente transfiere a la empresa fiduciaria la propiedad de bienes a fin de que los administre. A modo de ejemplo, se puede transferir un inmueble a un banco con el objeto de que lo arriende, pague los impuestos y entregue la renta neta a una persona determinada.

Una de las modalidades del fideicomiso de administración es el fideicomiso de inversión. En esta modalidad además de administrar el bien, la empresa fiduciaria invierte el producto de la administración. «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 reemplazo (se vende el establecimiento de comercio y se compra un hotel o las acciones de una compañía de textiles)⁶⁴.

Diversas razones pueden llevar a una persona a transferir sus bienes a un banco para que los administre: su edad u ocupación que le impiden dedicarse por entero a la administración de los bienes, su incapacidad para administrarlos, su falta de experiencia en los negocios, o simplemente su interés en separarlos de su patrimonio.

¿Quién asume los riesgos de la administración? ¿Corresponde al fiduciario garantizar el resultado de la administración? La obligación del fiduciario consiste en cuidar y administrar los bienes fideicometidos con la diligencia y dedicación de un ordenado comerciante y leal administrador y en cumplir los encargos que constituyen la finalidad del fideicomiso con la misma diligencia que él mismo pone a sus asuntos⁶⁵. En este sentido su obligación es de medio y no de resultado⁶⁶, por lo que no

⁶⁴ RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. *Op. cit.*, p. 665.

⁶⁵ Artículo 256 numerales 1 y 4 de la L. del S.F.

⁶⁶ En la obligación de medio el deudor se obliga a un determinado comportamiento y a nada más, pero no a un resultado determinado. En la obligación de resultado en

responde con su propio patrimonio por las eventuales pérdidas, ni debe garantizar el resultado. Como dice Rodríguez Azuero, «es entendido que en cuanto el 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 las resultas de sus gestiones, de donde puede concluirse que su obligación es fundamentalmente de medio y no de resultado»⁶⁷.

El fideicomisario puede prever en el instrumento de constitución del fideicomiso la existencia de un comité, junta u otro órgano de gobierno, que permitan la intervención del fideicomitente o del propio fideicomisario en la administración del fideicomiso.

Un ejemplo particularmente interesante de fideicomiso de administración en el Perú, quizá el primero desde que se promulgó la antigua Ley de Bancos (Decreto Legislativo N° 637), lo constituye el contrato que celebraron la Corporación Nacional de Desarrollo (CONADE) y el Banco de Lima, a propósito de la privatización de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones del Perú S.A. (ENTEL). CONADE era propietaria del 100% del accionariado de ENTEL, pero sólo tenía interés en vender a inversionistas extranjeros el 35%. Esto generaba dos problemas: de un lado, al mantener CONADE la propiedad de un porcentaje de acciones, la empresa continuaría estando regida por la Ley de la Actividad Empresarial del Estado, aun después del proceso de privatización, y de otro, el comprador no tendría la mayoría suficiente que le diera el control de la compañía. Estos dos problemas, que hacían poco atractiva

cambio, el deudor se compromete a obtener un resultado. «Jordano Fraga opina que «la relevancia de la distinción se coloca en el plano del cumplimiento. La realización de la actividad diligente (que puede ser técnica) basta para que la obligación de medios se considere cumplida, aunque el interés primario del acreedor no se realice. Así, el médico cumple, se libera, prestando una cura diligente, aunque el enfermo no llegue a curarse. Es lo primero (la prestación de diligencia, en este caso técnica) el contenido de la obligación y no lo segundo (curación). En cambio, para cumplir una obligación de resultado, el interés primario típico del acreedor contenido en la obligación, ha de realizarse (el traslado hasta el punto de llegada en las condiciones pactadas cuando se trate de la prestación de transporte). Por ello, la base de la distinción de ambas clases de obligaciones ha sido puesta en la aleatoriedad del resultado final en el caso de las obligaciones de medios, en las que su efectiva producción depende en gran medida de factores ajenos al control del deudor...». Citado por Arias Schreiber Pezet, Max. En: Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo III, San Jerónimo Ediciones, 1989, p. 71.

⁶⁷ RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. *Op. cit.*, p. 666.

la compra de las acciones, fueron solucionados con el contrato de fideicomiso celebrado entre CONADE y el Banco de Lima. CONADE transfirió en fideicomiso al Banco de Lima la propiedad de un cierto número de acciones de ENTEL, por un plazo determinado (el saldo restante fue vendido a los trabajadores). De esta forma, ENTEL dejó de ser una empresa estatal de derecho privado. Con respecto al control de la empresa, el Banco de Lima se obligó a ejercitar su derecho de voto de una manera tal que permita a la compradora tener el control de ENTEL.

Fideicomiso en garantía

Las garantías juegan un rol muy importante en el otorgamiento de los créditos bancarios, al hacer que disminuyan los riesgos de eventuales pérdidas por incumplimiento de los deudores. Su eficacia radica principalmente en la rapidez de la ejecución, lo que permite al acreedor recuperar su crédito.

En materia hipotecaria la venta del bien supone necesariamente un proceso judicial. Dicho proceso se rige por las normas del Código Procesal Civil y es teóricamente simple y breve. En la práctica, sin embargo, puede ser muy engorroso y durar muchos meses (y hasta años), lo cual ha ocasionado que la hipoteca se devalúe como garantía.

Una alternativa eficaz de garantía en el sistema financiero está constituida por el fideicomiso en garantía. Según el artículo 273 de la Ley del Sistema Financiero, «la empresa que otorgue créditos con una garantía fiduciaria constituida con una tercera empresa fiduciaria se resarcirá del crédito incumplido con el resultado que se obtenga de la ejecución del patrimonio fideicometido, en la forma prevista en el contrato o con el propio patrimonio fideicometido cuando éste se encuentre integrado por dinero, dando cuenta, en este último caso a la Superintendencia».

No obstante la redacción es poco feliz, el artículo 273 permitiría que un deudor (fideicomitente) transfiera a una empresa fiduciaria la propiedad de un inmueble a fin de que garantice el pago de una deuda frente a un acreedor (fideicomisario). Si el deudor no cumple con su obligación, el fiduciario procedería a la venta del bien en la forma pactada al constituirse el fideicomiso, destinando el producto de la venta a satisfacer la deuda del acreedor (que podría ser un banco). La única limitación en esta operación sería que el acreedor no podría ser el fiduciario.

Dos objeciones podrían hacerse al fideicomiso en garantía. De un

lado, a través de esta institución se podría vender el bien prescindiendo de acudir al Poder Judicial y de aplicar normas procesales de cumplimiento obligatorio, las cuales tienen por objeto asegurar el derecho de defensa del deudor y que el bien sea vendido en los mejores términos y condiciones. De otro lado, el fideicomiso podría violar la prohibición del pacto comisorio.

Las dos objeciones son refutables en nuestra opinión. Las normas del proceso de ejecución de garantías se aplican exclusivamente a las garantías reales y no al fideicomiso. El fideicomiso es una institución totalmente distinta de la hipoteca. De otro lado, es el propio deudor (fideicomitente) quien transmite voluntariamente la propiedad de su bien al fiduciario para que sirva de garantía y sea vendido en caso de incumplimiento. El fiduciario simplemente cumple con el encargo del deudor, en la forma señalada por éste, disponiendo del bien con arreglo a las estipulaciones contenidas en el instrumento de constitución del fideicomiso.

Debe tenerse en cuenta que solo determinadas empresas pueden ser fiduciarias. Por la propia naturaleza y rol económico de estas instituciones, gozan de una serie de prerrogativas. A modo de ejemplo, están facultadas a solicitar la venta de los bienes que les dan en garantía, si el deudor realiza actos de disposición o constituye otros gravámenes sobre los bienes afectados⁶⁸, a pesar que según el Código Civil no se puede establecer contractualmente la prohibición de enajenar o gravar⁶⁹. O en el caso de la especialidad de la hipoteca en cuanto al crédito, donde es usual que los deudores constituyan a favor de empresas del sistema financiero las denominadas hipotecas sábanas (aquella que garantiza todas las obligaciones del deudor, inclusive las indeterminadas), cuando según el artículo 1099, inciso 2 del Código Civil, es requisito para la validez de la hipoteca que asegure el cumplimiento de una obligación determinada o determinable.

Lo mismo ocurre con el fideicomiso. Sólo determinadas empresas del sistema financiero, en su calidad de fiduciarias, debidamente reguladas y controladas por la Superintendencia de Banca y Seguros, pueden vender los bienes fideicometidos, sin necesidad de recurrir a procesos judiciales. Exigir la intervención del Poder Judicial significaría reducir la eficacia del fideicomiso.

Con respecto al pacto comisorio⁷⁰, el fiduciario no se apropia –ni

⁶⁸ Artículo 175 numeral 4 de la L. del S.F.

⁶⁹ Artículo 882 del C.C.

⁷⁰ El pacto comisorio es aquel por el cual el acreedor se apropia del bien, en caso de incumplimiento del deudor.

puede apropiarse— del bien. El fiduciario —que no puede ser fideicomisario— adquiere la propiedad del bien y debe disponer del mismo en la forma pactada en el documento de constitución del fideicomiso. En cuanto al fideicomisario, éste tampoco se apropia del bien. Sólo ve satisfecho su crédito con el producto de la venta directa del bien. Si el fiduciario tuviera el encargo de transferir el bien al acreedor con cargo al crédito insatisfecho, ¿se atentaría contra el pacto comisorio? Estimamos que no, ya que la prohibición del pacto comisorio existe solamente para las garantías reales⁷¹ y no para el fideicomiso.

El fideicomiso en garantía ofrece un inconveniente para el fideicomitente. Como quiera que al transferir el bien deja de ser propietario, ya no podría constituir sobre él nuevos gravámenes. Esto no ocurre en la prenda y en la hipoteca, donde el deudor puede constituir segundas y ulteriores prendas o hipotecas⁷².

⁷¹ Artículo 1066 y 1111 del C.C.

⁷² Artículos 1060, 1068 y 1113 del C.C.