

El contrato de fideicomiso^(*)^(**)

Juan Antonio Castro Molina

Alumno del séptimo ciclo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Jefe de prácticas del curso de Obligaciones en la PUCP.

1. INTRODUCCIÓN.

El móvil que nos impulsó a escribir este trabajo fue que en el año 1993 tuvimos la oportunidad de participar en un caso en Colombia sobre el contrato de fideicomiso. En dicha oportunidad, la legislación peruana no contenía nada al respecto y la bibliografía que se podía conseguir era muy escasa. Por tal motivo, y con la promulgación del Decreto Legislativo 770, Ley General de Instituciones Bancarias, Financieras y de Seguros (en adelante la Ley), norma que contempla en su sección tercera, subcapítulo IX, el contrato de fideicomiso, nos sentimos en la obligación de estudiar nuevamente dicha figura, absolutamente novedosa para nosotros y que, como veremos a lo largo del presente trabajo, posee innumerables formas de aplicación.

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS⁽¹⁾ ⁽²⁾.

La palabra fiducia es un derivado de la palabra *fides* que significa fe.

El contrato de fiducia tiene sus antecedentes en el derecho romano germánico, así como en el derecho anglosajón del siglo XII, siendo esta última corriente la

que hasta la fecha tiene más seguidores, entre ellos a países como Estados Unidos, México, Colombia, Canadá, Bahamas, etc.

Remitiéndonos a la fuente romana se puede observar dos tipos de contratos de fiducia o de pactos fiduciarios:

2.1 Fiducia cum amico. La función principal que cumplió esta figura fue la de ser una garantía. Por medio de este pacto el deudor se obligaba a devolverle a su acreedor lo que había recibido de éste en mutuo, al término de la relación obligatoria.

2.2 Fiducia cum creditore. Este tipo de pacto sustituyó a la otrora recurrida *manus injectio*, y consistió también en una forma de garantía. Por medio de este pacto, el deudor, que recibía de su acreedor algún bien bajo alguna modalidad, le transmitía en propiedad a este último uno o algunos bienes para mediatizar la aversión al riesgo que todo acreedor mantiene para con su deudor.

El futuro de esta institución jurídica no fue muy prometedor ya que el deudor no tenía vías legales para hacer que el acreedor, ya satisfecho con el pago, le devolviese el bien o los bienes que había recibido de éste. Por tal razón, la desproporción que existió entre la

(*) También denominado contrato de fiducia.

(**) Agradecemos la importante colaboración del Doctor Luis Pizarro Arranguren. Obviamente, cualquier error sólo es imputable al autor.

(1) MORA DE MOISÉS, Amparo y MOISÉS MÁRQUEZ, Edgardo. La fiducia en la legislación colombiana. (Tesis de grado de la Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas y Socio Económicas, para obtener el grado de Doctor). Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia, Taller de Artes Gráficas, Bogotá, 1980, págs. 17-23.

(2) VILLALONGA LOZANO, José Manuel. Doctrina del Negocio Fiduciario. Editorial Porrúa. Segunda Edición, México 1982, págs. 85-119.

ventaja estratégica del deudor y la aversión al riesgo del acreedor hizo que el pacto de fiducia *cum creditore* cayera en desuso.

Ante la desaparición de la fiducia *cum creditore*, surgieron garantías como la prenda y la hipoteca que a lo largo del tiempo fueron desarrollándose. De los pactos de fiducia se mantuvo vigente sólo la forma de la fiducia *cum amico* en el derecho de sucesiones, forma mediante la cual el testador entregaba en propiedad a una persona un conjunto de bienes para que los administre y después los transmita a la persona designada por el testador y en la forma indicada por este último.

La fiducia *cum amico* también la encontramos en el derecho anglosajón bajo el nombre de *trust*. La función que cumple, hasta el día de hoy, es la de respaldar el cumplimiento de una obligación constituida a favor del *settlor* (deudor).

En el derecho germánico la fiducia se hacía también con la trasmisión de la propiedad, sólo que tenía la modalidad de condición resolutoria, sujeta al evento del pago del deudor.

3. ELEMENTOS DEL CONTRATO FIDUCIARIO.

El contrato de fideicomiso, según la ley, es el contrato por medio del cual una persona llamada fideicomitente, transfiere uno o más bienes a otra persona llamada fiduciario, quien se obliga a utilizarlos temporalmente en favor de aquél o de un tercero llamado fideicomisario.

3.1 Definición.

Para Sergio Rodríguez es el negocio, seriamente querido, por el cual una persona transfiere a otra bienes con el objeto de cumplir una finalidad, dando al nuevo titular un poder que excedería la finalidad específica que está buscando. Este exceso de confianza configura el negocio fiduciario.

Esta definición nos acerca a lo que es el contrato fiduciario, pero lo que en verdad busca resaltar es el elemento de la confianza, el cual, como él mismo señala, es el elemento base del contrato de fideicomiso.

3.2 Partes.

La Ley, en los artículos 314 y 326, indica que en este contrato participan tres personas: el fideicomitente, el fiduciario y el fideicomisario⁽³⁾ y que la esencia del contrato radica en la transferencia de la propiedad fiduciaria a una persona para que ésta cumpla con las indicaciones impartidas en el contrato de fideicomiso⁽⁴⁾.

3.2.1. *Fideicomitente*. Es la persona que transfiere en propiedad fiduciaria los bienes para su administración y designa al banco fiduciario. Con respecto al fideicomitente se puede decir que éste tiene los siguientes derechos y obligaciones:

a. Designar al banco fiduciario. Esta designación puede ser por acto entre vivos o por testamento. Si es por acto entre vivos el contrato debe ser por escritura pública. Asimismo, este derecho, para ser oponible a terceros requiere de su inscripción en el registro pertinente.

El artículo 319, *in fine*, señala también que en los casos en los que el título y el modo no coincidan será necesaria la tradición, endoso u otros medios pertinentes.

Si la designación del banco fiduciario se realiza vía testamento, y el banco elegido para tal fin no acepta tal designación, deberá proponer a otra institución para que actúe como tal. Si ninguno acepta se tiene por extinguido el fideicomiso.

b. Designar al fideicomisario. En la escritura de constitución del fideicomiso, el fideicomitente deberá determinar a la persona del fideicomisario, pudiendo ser el mismo fideicomitente.

El fideicomisario no debe estar necesariamente determinado al momento de constitución del fideicomiso, pero sí debe ser determinable. Del artículo 319 se puede establecer que no es necesario que el fideicomisario participe con su consentimiento al momento en que se perfecciona el contrato, lo cual no significa que no forma parte del negocio, sino que, conforme al artículo 321, el fideicomisario adquiere a título propio los derechos que en el contrato de constitución se establecieron a su favor, y en los términos redactados en el mismo documento. Asimismo, los

(3) La Ley dispone que sólo pueden ejercer como fiduciarios las empresas bancarias. Esta disposición es peculiar, ya que en algunas legislaciones tales como la de Colombia, Estados Unidos, Canadá, Bahamas, Inglaterra, entre otras, no exigen que sean bancos pero estas instituciones sí tienen un riguroso trámite de constitución y un estrecho control por partes del Estado.

(4) A pesar de que la Ley señala que los bienes se transmiten en propiedad, las facultades de disposición sobre el patrimonio afecto pueden ser dispuestas en el documento de constitución, conforme lo señala el artículo 326 de la Ley. En el supuesto caso que el fiduciario traspase dichas facultades, la Ley establece que dichos actos son anulables, leáse ineficaces, salvo en dos casos: adquirente de buena fe y transferencia a través de la Bolsa de Valores. Sin embargo, el artículo 316 de la Ley dispone que el contrato fiduciario no es válido si el fideicomitente no da al fiduciario la facultad de disponer de los bienes y derechos que transmita.

términos del contrato de fideicomiso no pueden ser alterados sin el consentimiento del fideicomisario⁽⁵⁾.

c. Designar a los sustitutos del fideicomisario. El artículo 323 de la Ley permite que los fideicomisarios puedan sustituirse sucesivamente, por la causal prevista en el contrato de constitución de fideicomiso⁽⁶⁾.

d. Otorgar al banco fiduciario la facultad de disposición de los bienes y derechos que transmita. Es un requisito para que se pueda considerar válido el contrato, ya que sin esta facultad delegada al fiduciario, éste no tendría las atribuciones propias del contrato de fideicomiso.

“... en la fiducia civil cualquier persona puede fungir como fiduciario, mientras que en la mercantil debe ser una entidad que cuente con la autorización de un órgano del Estado...”

e. Otorgar la libre disposición de los bienes al banco fiduciario. Si bien el artículo 316 establece que es presupuesto del contrato de fideicomiso el otorgar al fiduciario la facultad de disposición de los bienes y derechos que transmite, el fideicomitente puede optar entre darle la libre facultad de disponer de los bienes (para bienes fungibles o en el caso que no se estipule la restitución de un bien determinado) o no; si elige por el primer caso, entonces no va a poder reclamar lo que le reponga el fiduciario al término del contrato⁽⁷⁾.

f. Determinar la finalidad del contrato de fideicomiso y los límites a la libre disposición del bien o bienes que se constituyan bajo este concepto. Este pun-

to es muy importante sobretodo en los casos en los que se transmite un bien no fungible y se quiere que éste sea restituido.

g. Entregar los bienes dados en fideicomiso en el lugar y forma pactados en la escritura de constitución.

h. Ceder sus derechos. El artículo 341 faculta a los fideicomitentes a ceder sus derechos. Sin embargo, esta disposición no debe entenderse que se refiere a los beneficios de la renta del fideicomiso o la transmisión de los bienes al término de la relación jurídica, salvo el caso previsto en el artículo 345⁽⁸⁾, ya que este derecho le corresponde al fideicomisario; debe entenderse referido a los derechos que le pertenezcan como constituyentes del fideicomiso.

3.2.2 *Fiduciario*. Ésta es la otra parte que debe intervenir de manera activa en el contrato de fiducia. Según lo dispuesto en la Ley, sólo puede ejercer como fiduciario una entidad bancaria. Este sujeto es el que recibe los bienes fideicomitados para administrarlos y lograr la mayor productividad con ellos, dentro de los límites del comerciante ordenado, diligente y leal.

Entre sus principales atribuciones indicamos las siguientes:

a. Reclamar al fideicomitente que le confíe la facultad de disponer de los bienes y derechos que transfiera. Dentro de los derechos que se le pueden otorgar al banco fiduciario pueden estar los de enajenar, gravar o transformar los bienes.

b. Devolver los bienes a los herederos forzosos si se han perjudicado sus legítimas o si en el momento de constitución se estipuló una fiducia filantrópica a favor de ellos. En el primer caso, es el banco el que elige qué bienes va a entregar al heredero para restituir su legítima. En el supuesto de los herederos que adquieran o recobren la capacidad, éstos tienen el derecho de exigirle al banco fiduciario la restitución de los bienes fideicomitados.

c. No aceptar la designación que lo convierte en fiduciario.

d. Proponer a otra institución bancaria para que se encargue del fideicomiso, en caso la designación sea por testamento.

(5) Sin embargo el fideicomitente puede estipular en el contrato que puede modificar las cláusulas relacionadas con el fideicomisario, con la limitación de no lesionar derechos adquiridos.

(6) La facultad de mantener fideicomisarios sucesivos es prohibida en la legislación colombiana (artículo 1230, inciso 2 del Código de Comercio) para evitar que la propiedad de algunos bienes se perpetúe en una familia y que esta situación no contribuya al crecimiento de la economía del país.

(7) El Código Civil colombiano en el artículo 819, inciso 2, señala que el fiduciario tiene el deber de mantener indivisa la propiedad para restituirla al fideicomisario.

(8) "Artículo 345.- Si el convenio constitutivo no contiene indicación de la persona a la que, al término del fideicomiso debe entregarse los bienes, se devuelven éstos al fideicomitente o a sus causa habientes..."

e. Adquirir la propiedad de los bienes señalados en la escritura de constitución del fideicomiso, y exigir que se le haga entrega de ellos en el lugar y en el tiempo pactados. Entendemos que el banco, como titular de un derecho real, puede ejercer su derecho vía una acción reivindicatoria, sobretodo en el caso de los bienes inmuebles, en que la propiedad se transfiere con el mero consentimiento⁽⁹⁾.

f. No exponer el patrimonio fideicomitado a acreencias del fideicomitente o del fideicomisario. El artículo 327 señala que el banco fiduciario debe oponerse a las medidas cautelares que puedan recaer en los bienes fideicomitados y que, en el caso del fideicomisario, sólo debe permitir los gravámenes sobre los frutos del patrimonio fideicomitado⁽¹⁰⁾.

g. Prestar en garantía personal o real los bienes del patrimonio fideicomitado para respaldar las obligaciones contraídas en virtud del contrato fiduciario. Esta disposición que faculta al fiduciario a garantizar, con los bienes fideicomitados, las obligaciones contraídas en virtud del contrato de fideicomiso, tiene como límite lo estipulado en el contrato de fiducia.

h. El banco fiduciario está prohibido de respaldar ante el fideicomitente los resultados del fideicomiso.

i. No realizar operaciones o actos con los fondos y bienes fideicomitados en beneficio de las personas enumeradas en el artículo 334 de la Ley⁽¹¹⁾.

j. Responder por los bienes perjudicados por actos cometidos con dolo o culpa grave. Cabe indicar que la obligación del banco es una de medios y no de

resultado, por tanto sólo será responsable por las operaciones que no sean compatibles con las de un comerciante diligente, ordenado y leal⁽¹²⁾.

k. Expedir certificado de participación del patrimonio fideicomitado a los fideicomisarios, en la proporción que le corresponda a cada uno.

l. Cobrar retribución por el servicio. La Ley señala en el artículo 337, inciso a), que la remuneración será de acuerdo a lo estipulado en el contrato de constitución y a falta de esta estipulación, se indica que este cobro no puede ser mayor al uno por ciento del patrimonio fideicomitado⁽¹³⁾.

m. Cobrar al fideicomisario los gastos realizados en el ejercicio del contrato de fideicomiso. Si bien la Ley no señala a quién se le debe cobrar los gastos, es de entender que éstos deben de ser reclamados al fideicomisario, ya que en el supuesto que éste no cumpla con la devolución, es contra él ante quien se va a ejercer el derecho de retención. Lo dicho anteriormente es sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 345 de la Ley.

n. Restituir las prestaciones pactadas en el contrato de constitución.

ñ. Designar el factor fiduciario. El factor fiduciario es quien asume la responsabilidad por los actos celebrados sobre el patrimonio fideicomitado. Es el encargado por el banco fiduciario, de administrar el patrimonio entregado en fideicomiso.

o. Designar una comisión administradora del fideicomiso. Esto, si una sola persona (factor) no lo puede

(9) En el caso de los bienes inmuebles, el banco fiduciario adquiere la propiedad fiduciaria por el sólo consentimiento de las partes dadas en el contrato de constitución, conforme al artículo 949 del Código Civil.

(10) El Código de Comercio colombiano dispone en el artículo 1238 que "...los bienes objeto del negocio fiduciario no podrán ser perseguidos por los acreedores del fiduciante, a menos que sus acreencias sean anteriores a la constitución del mismo..." Consideramos que el artículo 327 de la Ley bien pudo contener una disposición semejante para cautelar las acreencias anteriores a la constitución del fideicomiso.

Si bien el artículo 318 de la Ley contempla el fraude, esto no llena el vacío ya que, como señala Pedro Flores Polo, el fraude es una conducta intencional, por lo tanto la deficiencia del artículo 327 no es subsanada por el artículo 318 de la Ley.

(11) "Artículo 334.- El banco fiduciario está prohibido de realizar operaciones, actos y contratos con los fondos y bienes de los fideicomisos, en beneficio de:

a) El propio banco.

b) Sus directores y trabajadores y los miembros del comité a cargo del fideicomiso.

c) Los factores fiduciarios.

d) Los trabajadores de su departamento fiduciario y los contratados para el fideicomiso de que se trate.

e) Sus auditores externos, incluidos los profesionales socios que tengan una firma y los profesionales que participen en las labores de auditoría del propio banco.

Los impedimentos a que se refiere este artículo alcanzan al cónyuge y los parientes, que en conjunto, tengan personalmente una participación superior al cincuenta por ciento.

Son nulas las operaciones que se realiza en contravención de las prohibiciones señaladas."

(12) En la legislación colombiana el fideicomisario puede pedir caución de conservación si cree que los bienes peligran en manos del fiduciario. Este derecho no tiene lugar cuando el fiduciario tiene la facultad de libre disposición.

(13) En Colombia se acostumbra, según lo dispuesto en el artículo 1237 del Código de Comercio, que la Superintendencia Bancaria expida tarifas al respecto. Es importante destacar que según la Ley sólo existe limitación legal máxima cuando no se ha pactado remuneración y deja al mercado para que regule las tarifas.

hacer debido a la magnitud de operaciones que merece el patrimonio fideicomitado.

p. Llevar la contabilidad separada de los bienes fideicomitados con respecto a la contabilidad del patrimonio del banco y de otros fideicomisos. Esto debido a que cada fideicomiso es un patrimonio autónomo.

q. Las demás obligaciones señaladas en el artículo 332⁽¹⁴⁾.

3.2.3 Fideicomisario. Por último, la tercera persona que participa como parte en el negocio fiduciario es el fideicomisario, quien es la persona que se beneficia con éste. Percibe la renta y/o los bienes fideicomitados al final del contrato de fiducia. Esta persona forma parte del contrato aunque no es necesario para ello que participe en la escritura de constitución de manera activa. El fideicomisario es designado por el fideicomitente y puede ser determinado o determinable.

La situación de fideicomitente y fideicomisario puede recaer en la misma persona.

Algunos de los derechos y obligaciones que recaen en esta persona son los siguientes:

a. Identificar y rescatar los bienes y derechos del patrimonio fideicomitado cuando el banco fiduciario entra en liquidación. En principio el fideicomisario no tiene derechos sobre los bienes hasta que concluya el contrato de fideicomiso, sino que tiene una mera expectativa. Por esta expectativa es que debe tener el derecho de exigir las medidas conservatorias sobre los bienes fideicomitados, si es que estos bienes están en peligro de deterioro o desaparición.

b. Exigir las prestaciones estipuladas en la escritura de constitución.

c. Ceder sus derechos a otra persona, salvo que por la cualidad de ella este derecho sea *intuitu personae*

y que el cesionario no caiga en las restricciones señaladas en el artículo 334 de la Ley.

d. Tiene la obligación de celebrar Juntas de Fideicomisarios, si es que son más de cinco. La Ley, en el artículo 340, señala que dichas juntas se realizarán con sujeción a las reglas dispuestas por la Ley General de Sociedades para las asambleas de obligacionistas.

e. Reembolsar al banco fiduciario los gastos que realizó por la administración. La Ley no dice expresamente quién debe reembolsarlos pero, como indicáramos en líneas anteriores, consideramos que debe ser el fideicomisario.

f. Reconocer los gravámenes que pesen sobre el patrimonio fideicomitado. Esto debido a que el fiduciario, en virtud de su derecho de propiedad fiduciaria, tuvo derecho a gravar los bienes, por tanto es natural que el fideicomisario se encuentre obligado a reconocer las garantías reales que se hayan constituido.

4. DOS GRANDES TIPOS DE FIDUCIA.

En el derecho comparado hemos podido observar dos grandes especies de fideicomisos: el fideicomiso civil y el mercantil.

La diferencia más notoria entre estos contratos es que en la fiducia civil cualquier persona puede fungir como fiduciario, mientras que en la mercantil debe ser una entidad que cuente con la autorización de un órgano del Estado para cumplir tales fines. En el caso peruano, por ejemplo, sólo pueden ser los bancos. Otra diferencia es que en la fiducia civil el fiduciario sí se puede quedar con los frutos que genere el patrimonio fideicomitado.

(14) "Artículo 332.- Son obligaciones del banco fiduciario:

- a) Cuidar y administrar los bienes y derechos que constituyen el patrimonio fideicomitado, con la diligencia y con la dedicación de un ordenado comerciante y leal administrador.
- b) Defender el patrimonio del fideicomiso, preservándolo tanto de daños físicos cuanto de acciones judiciales o actos extrajudiciales que pudieran afectar o mermar su integridad.
- c) Proteger con póliza de seguros los riesgos que corran los bienes fideicomitados, de acuerdo con las circunstancias.
- d) 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 el propio banco fiduciario pone en sus asuntos.
- e) Llevar el inventario y la contabilidad de cada fideicomiso, con arreglo a la Ley y cumplir sus obligaciones tributarias sustantivas y formales.
- f) Preparar balances y estados financieros de cada fideicomiso, cuanto menos una vez al semestre, así como un informe o memoria anual, y poner tales documentos a disposición de los fideicomitentes y fideicomisarios, sin perjuicio de su presentación a la Superintendencia.
- g) Guardar reserva respecto a las operaciones, actos, contratos, documentos e información que se relacionen con los fideicomisos, con los mismos alcances que esta Ley establece para el secreto bancario.
- h) Reconocer y abonar intereses, en beneficio del patrimonio fideicomitado, a la tasa prevista en el instrumento constitutivo, sobre los fondos líquidos que conserve en su poder, mientras no lo invierta, coloque o emplee. A falta de estipulación, se aplica la tasa pasiva promedio ponderado que publica la Superintendencia.
- i) Notificar a los fideicomisarios de la existencia de bienes y servicios disponibles a su favor, dentro del término de diez días de que el beneficio esté expedito.
- j) Devolver al fideicomitente o a sus causahabientes, al término del fideicomiso, los remanentes del patrimonio fideicomitado, salvo que atendida la finalidad de la transmisión fideicomisaria, corresponda la entrega a los fideicomisarios o a otras personas.
- k) Transmitir al nuevo banco fiduciario, en los casos de subrogación, los recursos, bienes y derechos del fideicomiso.
- l) Rendir cuenta a los fideicomitentes y a la Superintendencia, al término del fideicomiso o de su intervención en él."

5. CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE FIDEICOMISO.

Para concluir esta primera parte del trabajo, y pasar a ver la naturaleza jurídica del contrato de fideicomiso, tenemos a bien señalar, a modo de resumen, las características del contrato en referencia⁽¹⁵⁾:

- a. Es general, en cuanto abarca y comprende todos los usos que se le puede dar al bien.
- b. Es exclusivo, en la misma medida que el derecho de propiedad, y por su naturaleza es oponible *erga omnes*.
- c. Es temporal, ya que tiene una extensión limitada en el tiempo.

"Por su constitución, es real y solemne"⁽¹⁶⁾ y para su validez exige formalidades propias de la transferencia de propiedad.

6. NATURALEZA JURÍDICA⁽¹⁷⁾.

Se ha hablado mucho acerca de su naturaleza jurídica, ya que es una figura jurídica peculiar.

Entre las teorías que se han formulado a este respecto, las principales y más aceptadas son dos posiciones absolutamente antagónicas:

6.1 Teoría de la unidad del negocio.

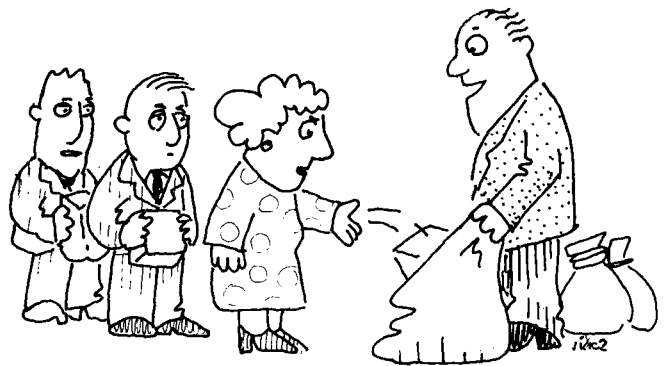
Los que mantienen esta posición argumentan que el negocio fiduciario es uno solo que está conformado por dos relaciones jurídicas que actúan como una dicotomía; estas dos relaciones son: "una real, que hace posible la transmisión del bien o derecho del fiduciante al fiduciario, y una obligatoria, por la que el fiduciario se encuentra constreñido frente al fiduciante de retransmitirle ese bien o derecho, o retransmitírselo a un tercero"⁽¹⁸⁾.

6.2 Teoría de la separación del negocio.

Las personas que sostienen esta tesis, señalan que "El negocio fiduciario consta de dos contratos de índole y efectos diferentes: 1) Un contrato real, positivo que produce la transferencia de la propiedad o del

crédito y que se realiza de modo perfecto e irrevocable y, 2) Un contrato obligatorio negativo, la obligación del fiduciario de usar tan sólo de cierta forma el derecho adquirido, para ser restituido después al transferente o a un tercero."⁽¹⁹⁾.

Villalonga, que respalda la teoría de la unidad del negocio, en contraposición con Ferrara, que se adhiere a la teoría de la separación del negocio fiduciario, acertadamente zanja la discusión condenando el hecho que se separe en dos partes autónomas a este contrato, ya que una se encuentra en razón de la otra. Además, afirma Villalonga, que si la relación de carácter real no va de la mano, en una relación de subordinación, con la relación obligatoria que la limita, los efectos reales de la fiducia pueden ser confundidos con los efectos reales no traslativos.



Otra teoría que se esboza es la teoría del desdoblamiento de la propiedad, y sus gestores sostienen que hay dos titulares de un mismo derecho: el fiduciario y el fideicomisario. El primero tiene la titularidad jurídica y el segundo la económica. El obvio tropiezo de esta tesis es tratar de insertar en un mismo

(15) MORA DE MOISÉS, Amparo y MOISÉS MÁRQUEZ, Edgardo. Op. cit., pág. 30.

(16) Ibidem, pág. 31

(17) VILLALONGA LOZANO, José Manuel. Op. cit. págs. 85-119.

(18) Ibidem, pág. 56.

(19) Loc. cit.

derecho, que de por sí es exclusivo y oponible *erga omnes*, a la fiducia.

6.3 ¿Nuevo derecho real?

Como hemos podido ver en líneas anteriores, existen dos momentos en los cuales se transfiere la propiedad fiduciaria: el primero es del fideicomitente al fiduciario y el segundo, del fiduciario al fideicomisario.

En palabras de Luis Diez Picazo, "... el concepto de derecho real viene definido por las coordenadas que forman el carácter inmediato y el carácter absoluto de este especial tipo de poder jurídico. Con el primero -carácter inmediato- se entiende que el poder del titular se realiza y se ejercita de una manera directa sobre los bienes que constituyen el objeto del derecho, sin necesidad de una especial colaboración o intermediación de otras personas. Con lo segundo -carácter absoluto- se suele entender que el titular del derecho hace eficaz y satisface su interés, no sólo frente a un especial sujeto pasivo, concreto y determinado, sino también frente a terceros..."⁽²⁰⁾.

Luego de haber leído la cita de Diez Picazo no cabe duda de que el negocio fiduciario es un derecho real.

Ahora, por lo dispuesto en el artículo 881 del Código Civil son derechos reales los regulados en ese cuerpo legal y en otras normas, tal es el caso del Decreto Legislativo 770, Ley General de Instituciones Bancarias, Financieras y de Seguros.

7. SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS CON OTRAS INSTITUCIONES.

7.1 Derecho de propiedad.

Si bien es cierto que la Ley señala en el artículo 326 que el fiduciario adquiere la propiedad de los bienes fideicomitidos, este derecho no es en realidad uno de propiedad, ya que como la propia Ley lo señala, los bienes dados en fideicomiso no forman parte del patrimonio del fiduciario y tampoco puede éste apropiarse de los frutos que este patrimonio genere.

La propiedad fiduciaria es una en la cual ciertos bienes quedan afectos a un fin determinado. De igual forma, la propiedad fiduciaria se diferencia en

que ésta puede estar limitada por el contrato de fideicomiso, en contraste con la propiedad del Código Civil que no admite prohibiciones contractuales a los derechos de enajenar o gravar un bien, salvo que otra disposición legal lo permita⁽²¹⁾.

7.2 Contrato de mandato.

A este respecto cabe decir que hay quienes consideran al negocio fiduciario como un mandato irrevocable. Acerca de esta tesis podemos mencionar lo siguiente:

- a. El mandato es un negocio que por naturaleza es, y debe ser, revocable, sin expresión de causa.
- b. El mandatario actúa a nombre del mandante; en la fiducia el fiduciario actúa a nombre propio.

7.3 Usufructo.

Por definición, el usufructuario debe recibir los frutos del bien, lo cual no ocurre en el contrato de fiducia.

8. MODALIDADES DEL NEGOCIO FIDUCIARIO.

8.1 Por la forma como se estipula.

En la doctrina podemos ver, entre otras formas a las siguientes:

- a. Secreto. No es muy común verlo en las legislaciones, salvo la de Bahamas, y para evitar esta práctica se imponen ciertos requisitos para su constitución. Por el mismo hecho que es un derecho oponible no se concibe fácilmente que sea secreto.
- b. Sucesivo. Como lo señaláramos anteriormente, en algunas legislaciones, como la colombiana, está prohibida esta forma de fiducia. La Ley la acoge y con muy buen criterio la regula en el artículo 323, al señalar, que "el fideicomiso puede constituirse en beneficio de varias personas que sucesivamente deban sustituirse por la muerte del anterior o por otro evento, siempre que la sustitución tenga lugar en favor de personas que existan cuando quede expedito el derecho del primer designado".

8.2 Por la finalidad.

Por la finalidad perseguida pueden haber va-

(20) DIEZ PICAZO, Luis. Citado En: AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. Material de Enseñanza del Curso de Derechos Reales de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, pág. 327.

(21) Creemos que la salvedad que hace el artículo 882 no es aplicable a la fiducia ya que, como hemos venido exponiendo, la propiedad fiduciaria es diferente a la propiedad del Código Civil.

rias formas. La Ley, en el artículo 325, al momento que regula los plazos señala los siguientes, que son algunos de los más usados:

- a. Vitalicio. Es en beneficio de personas ya nacidas o por concebirse y se extingue con la muerte del último de los fideicomisarios. Esta forma sirve para regular, por ejemplo, fondos de pensiones.
- b. Cultural. Se constituye como fideicomisario a instituciones que están relacionadas con la labor cultural y subsiste mientras se pueda seguir cumpliendo con la finalidad.
- c. Filantrópico. Se constituye en favor de personas que no pueden valerse por sí mismas, y subsiste mientras se pueda cumplir con dicha finalidad.
- d. De promoción. Para financiar el desarrollo nacional; el plazo máximo en este caso es de 40 años⁽²²⁾.

8.3 La fiducia en garantía.

Por medio de este contrato el fideicomitente transfiere la propiedad fiduciaria a un banco fiduciario con la finalidad de garantizar una deuda pendiente de pago con un tercero acreedor.

En el supuesto de que el deudor no pague su deuda, el banco fiduciario saca a remate el bien, en la forma y condiciones pactadas en la escritura de constitución⁽²³⁾ y el producto de esta venta sirve para pagar al acreedor.

En este contrato intervienen, al igual que en el fideicomiso simple -al que nos hemos estado refiriendo- las siguientes personas:

- a. Fideicomitente. Es el deudor de la relación obligatoria en la cual se va a constituir la garantía y el que transfiere los bienes en propiedad fiduciaria.
- b. Fiduciario. En nuestro caso es una entidad bancaria que recibe los bienes fideicomitados y las instrucciones del fideicomitente respecto al remate y demás condiciones.
- c. Fideicomisario. Es el acreedor de la relación obligatoria.

Aunque el contrato fiduciario no varía en sí mismo, sino en su finalidad, es conveniente indicar que se debe guardar especial cuidado en incluir algunas cláusulas referidas con su función de garantía. Entre las estipulaciones más importantes se encuentran las siguientes:

- a. Destino de los bienes y de sus frutos. Al igual que en la fiducia común y corriente, se debe indicar las

facultades con las que cuenta el fiduciario para la administración de los bienes, y la persona a la cual se le deben entregar los frutos, ya que la persona que recibe los frutos puede ser diferente a la que se le entregan los bienes fideicomitados.

- b. Tasación del bien y períodos de revisión de ésta. Debido a que el contrato de fideicomiso es un contrato que por naturaleza debe tener una duración de mediano a largo plazo, es indispensable que la tasación realizada al momento de su constitución sea revisada periódicamente, sobretodo por el hecho que, aparte de que el patrimonio fideicomitado puede sufrir las variaciones de precio de las que son susceptibles todos los bienes, éste es un patrimonio que puede aumentar o disminuir su valor en el tiempo, de acuerdo a la administración que se le aplique.

Es importante indicar, al momento de constitución del fideicomiso, la forma como se va a castigar el valor del patrimonio fideicomitado, si es que se va a castigar de ser el supuesto, previendo el caso que no se presenten postores.

- c. Plazo máximo para ejecutar la garantía. Esta estipulación salva la posibilidad de que se perjudiquen los intereses de algunas de las partes por el transcurso del tiempo.
- d. Intervención de terceros, tales como martilleros o notarios.
- e. Formalidades que deben revestir los documentos que acreditan los pagos y demás actos para efectos de probanza.

Frente a las figuras tradicionales de garantía, el negocio fiduciario contiene importantes ventajas, como las siguientes:

- a. Costos. No se castiga el precio del bien a la hora de sacarlo a venta. Este se remata por el total de su valor de tasación, si es que las partes así lo han acordado.
- b. Ejecución. Las partes pueden convenir en que la ejecución de los bienes dados en garantía fiduciaria sea extrajudicial.
- c. Depositario. Quien actúa como depositario es un banco fiduciario, una entidad sólida, confiable y supervisada por el Estado.
- d. Maximización de la capacidad de garantía y endeudamiento del deudor.

A pesar de las evidentes ventajas de esta figura, ha habido quienes objetan su viabilidad jurídica argumentando las siguientes razones:

- a. Violación del derecho al debido proceso. Algu-

(22) Por ejemplo el Banco Interamericano de Desarrollo otorgó en fideicomiso al Gobierno de Venezuela la cantidad de US\$ 500,000,000.00 para que se fortalezca el sector empresarial de ese país.

(23) La ejecución de la garantía es extrajudicial.

nos han sostenido que se violan las normas del debido proceso, pero hay que tener en cuenta que la ejecución de la garantía se realiza siguiendo estrictamente las instrucciones del fideicomitente (deudor) impartidas en la escritura de constitución. Por tal motivo, mal se puede decir que se le ha negado su derecho a la legítima defensa, sobretodo cuando el banco fiduciario no ha ejercido ningún tipo de labor jurisdiccional, sino que ha actuado exactamente como le ordenó el fideicomitente (deudor).

“ La propiedad fiduciaria es una institución autónoma y con elementos y características diferentes a la propiedad descrita en el Código Civil ”

A este respecto Hernán López Blanco grafica el descargo a esta crítica diciendo que sostener que en este caso se viola las normas del debido proceso, es como decir que si un mandante ordena a su mandatario que pague una deuda y éste lo hace siguiendo sus indicaciones, pueda decir después, el mandante, que se violó las normas del debido proceso perjudicándolo por tal razón.

Lo que estrictamente sucede con el pago del fideicomitente (deudor) al fideicomisario (acreedor), es que pactan una dación en pago.

b. Pacto comisorio. En algunas legislaciones como la mexicana, se permitía que se pague al acreedor con los mismos bienes fideicomitados, no sacándolos a venta. Sin embargo a pesar de que este error ya ha sido subsanado, y que casi no existe en ninguna legislación vigente, hay quienes sostienen que se viola el pacto comisorio.

En Colombia hubo un pronunciamiento oficial de parte de la Superintendencia Bancaria que rechazó esta violación y que ayudó a aclarar el concepto; en este pronunciamiento se estableció que no se viola el pacto comisorio, por lo siguiente:

- a. El fiduciario no es el acreedor.
- b. El beneficiario acreedor no goza de una garantía real sobre los bienes fideicomitados⁽²⁴⁾.
- c. No es el beneficiario acreedor quien realiza la garantía fiduciaria a su favor.
- d. El fiduciario, al pagar la deuda, cumple con una obligación contractual que le ha sido impuesta por el mismo constituyente-deudor.

Entre otras funciones que cumple la fiducia, sobre todo la civil, hemos encontrado apuntes de Joaquín Garrigues⁽²⁵⁾. Cuando se refiere a los sindicatos de accionistas señala que, como en España es dudosa la procedencia de un mandato irrevocable, constituye un problema el hecho de que en plena actuación del sindicato de accionistas, en la Junta de Accionistas las personas revoquen el poder que anteriormente le habían otorgado. Por tal razón escribe lo siguiente: "Nacen los trusts para eludir los inconvenientes, ya apuntados de los puros pactos sobre el ejercicio del derecho a voto, o sea la liberación temporal y la libre disponibilidad del gestor con el nombre de trust. El procedimiento consiste en que los accionistas mayoritarios transmiten a uno o varios fiduciarios llamados trustees, las acciones en propiedad, de suerte que estos trustees se convierten en propietarios de las acciones y se legitiman como tales propietarios frente a la sociedad emisora, aunque claro es, comprometiéndose -porque esto es la esencia de la fiducia- a no utilizar esos votos más que en beneficio de los transmitentes y siguiendo las instrucciones de ello"⁽²⁶⁾.

También Messineo⁽²⁷⁾ cuando escribe acerca del derecho a voto, propone al fideicomiso como una figura adecuada de representación y gestión.

En países como en los Estados Unidos de América, la fiducia es utilizada en sistemas de pensiones en los cuales la empresa administradora recibe los fondos de los pensionistas y los administra por un determinado periodo de tiempo, cobrando una comisión fija por esta gestión. Al tiempo en que los trabajadores se ven en la necesidad de jubilarse, reciben el capital depositado

(24) No es una garantía real porque en este tipo de garantías el acreedor es titular del derecho de preferencia y persecución, así como también puede exigirse a cualquier persona la restitución del bien. Esta garantía es una de carácter personal.

(25) GARRIGUES, Joaquín. Sindicato de Accionistas. En: Temas de Derecho Vivo. Editorial Tecnos, Madrid, 1978, pag. 31.

(26) Loc. cit.

(27) MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. Tomo V, Ediciones Jurídicas Europe-América, Buenos Aires, 1971, pág. 438.

durante años de servicios incrementado con los frutos de éste. Incluso este capital, más los frutos que rindió, lo reciben en acciones de empresas o valores de capital que les ofrecen una renta periódica.

9. NOTAS CONCLUSIVAS.

a. Al momento de empezar a escribir este artículo no fue nuestra intención tratar el régimen tributario de la fiducia mercantil, como tampoco lo es ahora, pero es innegable el hecho de que, para que esta figura llegue a tener el desarrollo que tiene en otros lugares, y se pueda desenvolver como una figura atractiva, se le debe dar un tratamiento acorde con su situación; en caso contrario será muy onerosa, lo que a su vez determinará que no sea utilizada.

b. En el Perú sólo se regula la fiducia mercantil, por lo que se debe evaluar la conveniencia de incorporar la fiducia civil, para dar de esta manera opción a mayores aplicaciones del fideicomiso.

c. El contrato de fiducia es uno de naturaleza real.

d. La fiducia en garantía no es de naturaleza real.

e. La fiducia en garantía tiene viabilidad jurídica y no viola principios tales como el derecho al debido proceso o el pacto comisorio.

f. La propiedad fiduciaria es una institución autónoma y con elementos y características diferentes a la propiedad descrita en el Código Civil.

g. El contrato de fideicomiso tiene innumerables formas de aplicación, las cuales en muchos casos ofrecen mayores ventajas a las partes intervinientes que cualquier otra figura civil o mercantil. 聖