

Aproximación a los negocios fiduciarios

Salvador del Solar Labarthe

Bachiller de la Facultad de Derecho de la PUCP.
Ex-miembro del Consejo Directivo IUS ET VERITAS.
y Miembro de la Asociación Civil IUS ET VERITAS.

1. NOCIÓN.

Los negocios fiduciarios constituyen una categoría singular en el universo de negocios jurídicos del Sistema Romano Germánico de Derecho. Esta afirmación no peca de excesiva si tomamos en cuenta que se trata de negocios cuyo origen se ubica en el propio derecho romano y cuya vigencia se mantiene hasta nuestros días a pesar de no haber recibido tipificación legal por ordenamiento jurídico alguno.

Su falta de tipificación no debe extrañarnos, pues justamente dicha carencia constituye su esencia y su fortaleza jurídica como instrumento de la autonomía de los particulares, ya que se trata de negocios que utilizan medios jurídicos tipificados por el ordenamiento pero con el objetivo de alcanzar un destino particular que no corresponde a la finalidad que el propio ordenamiento les ha querido otorgar. Es por esa razón que no cabe tipificación de estos negocios, pues son, por naturaleza, de finalidad atípica o, acaso el término resulta más preciso, «anti-típica»⁽¹⁾.

El medio jurídico al que por excelencia recurren los negocios fiduciarios es la transferencia de propiedad, lo que supone que una de las partes transfiere a la otra, en principio, el máximo derecho que sobre un bien se puede alcanzar dentro de nuestro

sistema jurídico. Las finalidades para las cuales se transfiere la propiedad pueden ser muy diversas, pero lo común entre ellas radica en que, para conseguir las, no es jurídicamente necesario transferir la propiedad.

Es así que la manera más común de definir a los negocios fiduciarios es señalando la disonancia entre el fin perseguido por las partes y el medio jurídico que ellas emplean para alcanzarlo. Por ejemplo, Regelsberger, en una de las concepciones mayoritariamente aceptadas por la doctrina, define al negocio fiduciario como «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»⁽²⁾. Por su parte, Jordano Barea indica que el negocio fiduciario «consiste en la transmisión definitiva de una cosa o de un derecho para un fin de administración o garantía que no exige esa transmisión definitiva»⁽³⁾. Más clara aun, resulta la definición esbozada por los italianos Bigliazzi, Breccia, Busnelli y Natoli, quienes indican que «...en el caso del negocio fiduciario, las partes utilizan un instrumento cuyo resultado (transferencia de la titularidad de un derecho de propiedad) excede jurídicamente, en su potencialidad abstracta, los fines prácticos concretamente perseguidos -en últimas- por las partes»⁽⁴⁾. Por último, consideramos también importante citar la defi-

(1) En tal sentido, GRASSETI (citado por MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Negocios simulados, fraudulentos y fiduciarios*. Tomo II. Ediar, Buenos Aires, 1974-75, pág. 215), en su libro «Del negozio fiduciario o della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico», señala que los negocios fiduciarios «...persiguen necesariamente un fin atípico, no previsto en vía específica por el ordenamiento jurídico».

(2) REGELSBERGER, citado por MOSSET ITURRASPE, Jorge. Op. cit., págs. 219-220.

(3) JORDANO BAREA, citado por MOSSET ITURRASPE, Jorge. Op. cit., pág. 220.

(4) BIGLIAZZI, BRECCIA, BUSNELLI y NATOLI. *Derecho Civil*. Tomo I. Vol. 2. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1992, pág. 935.

nición de Enneccerus, quien llama negocio fiduciario a «... la transmisión de un derecho para un fin (económico) que no exige tal transmisión; por ejemplo, transmisión de la propiedad para fines de administración o para asegurar un crédito, cesión de un crédito o endoso pleno de una letra para su cobranza...»⁽⁵⁾.

Basada en definiciones como las anteriores, ha surgido la teoría que explica los negocios fiduciarios como aquéllos en los que se presenta un «exceso del medio con relación al fin». Se asevera que, siendo el derecho de propiedad el máximo poder que se puede tener sobre un bien, resultará siempre excesivo que se utilice la transmisión de propiedad como medio para otorgar un poder menor, un poder limitado. Cabe preguntarse al respecto si efectivamente existe esa relación entre el fin perseguido por las partes y el medio que ellas utilizan, pues no parece lógico que sujetos racionales recurran a una vía que no sea la adecuada para sus intereses. Si lo que las partes quieren, por ejemplo, es que una de ellas administre un bien de propiedad de la otra, ¿cuál es la razón por la cual no celebran un contrato por el cual se encargue simplemente la administración? ¿Qué puede justificar que utilicen una transferencia de propiedad para que, una vez que una de las partes se ha convertido en propietaria, actúe como administradora en interés de la otra?

Sin duda, existen respuestas para estas preguntas que no tienen la necesidad de recurrir a la «torpeza» de los sujetos o a una eventual falta de conocimiento jurídico por parte de los mismos. Los sujetos saben lo que es bueno para ellos y, en consecuencia, utilizan los mecanismos que, en su consideración racional, mejor les permiten alcanzar sus objetivos. Es por eso que coincidimos con la opinión de quienes señalan que no existe tal desproporción entre medio y fin, pues, desde el punto de vista práctico, las partes utilizan el medio preciso para obtener el resultado por ellas previsto.

Es cierto pues, que la **potencialidad abstracta** de la transferencia de propiedad es mayor que la **necesidad jurídica** de las partes, pero en el plano práctico

éstas necesitan realizar una transferencia de propiedad para alcanzar los objetivos buscados⁽⁶⁾.

1.1 Partes en el negocio fiduciario.

En estos negocios participan siempre dos partes, aunque los efectos jurídicos generados por ellas, de acuerdo a lo que se haya pactado, pueden involucrar a terceros en calidad de beneficiarios⁽⁷⁾. Así, se conoce como fiduciante o fideicomitente al sujeto que, siendo propietario de un bien, decide enajenarlo en favor de otro, denominado fiduciario, para que éste le brinde al bien el destino que el propio fiduciante le ha señalado en el contrato. Ese destino puede estar ligado al beneficio del mismo fiduciante, en cuyo caso los efectos jurídicos del negocio se limitan a la esfera ocupada por el fiduciante y el fiduciario, o al beneficio de un tercero, que se conoce como fideicomisario.

1.2 Características de los negocios fiduciarios.

Lo comentado hasta este punto permite intuir los rasgos esenciales que distinguen a los negocios fiduciarios de los demás negocios jurídicos. Resulta pertinente, entonces, que analicemos sus características.

1.2.1 La confianza. Ésta es quizás la característica principal de los negocios fiduciarios. Baste citar, en tal sentido, a Kiper cuando señala que ella «...surge de su propia etimología, pues fiducia proviene del vocablo latino *fides*, que significa esperanza cierta, confianza»⁽⁸⁾. Sin embargo, la confianza es mencionada también como característica de otros negocios que no corresponden a la categoría de fiduciarios, por lo que resulta preciso que establezcamos la distinción entre los negocios fiduciarios y los llamados «negocios de confianza».

Hay negocios que, a pesar de encontrarse tipificados, requieren para su celebración de la existencia de un cierto nivel de confianza entre las partes. Así, mientras en un contrato de compraventa no resulta

(5) ENNECERUS, citado por MOSSET ITURRASPE, Jorge. Op. cit., pág. 220.

(6) En el mismo sentido, GRASSETTI (citado por MOSSET ITURRASPE, Jorge. Op. cit., pág. 222) señala que «no se da desproporción entre medio y fin, porque la atribución patrimonial es indispensable para la consecución del fin práctico contemplado por las partes».

(7) Discrepamos de los autores que, como FARINA (FARINA, Juan. Contratos comerciales modernos. Astrea, Buenos Aires, 1993, pág. 352), consideran que los negocios fiduciarios pueden ser celebrados con la participación de dos o tres sujetos (partes). No debe confundirse la posibilidad de que el beneficiario sea un tercero distinto del fiduciante, con el hecho que ese tercero pueda ser considerado como parte de un negocio en el que definitivamente no participa. Yes que, como veremos más adelante, el hecho que el fiduciario se convierta en propietario de los bienes le otorga un poder del que podría abusar, sin que nadie pueda reclamarle la propiedad adquirida, y mucho menos el fideicomisario.

(8) KIPER, citado por FARINA, Juan. Op. cit., pág. 344.

indispensable, en principio, que las partes siquiera se conozcan, en el ámbito de otros negocios como el mandato -y con mayor énfasis en el mandato sin representación-, la comisión, el mutuo, el comodato y el depósito, entre otros, la exigencia de ciertas cualidades personales -como probidad, lealtad o diligencia- con respecto a una de las partes, hace que resulte indispensable la existencia de cierta confianza entre ellas. En estos negocios, la «...mera ausencia [de confianza] o ciertos aspectos dudosos en la conducta de la otra parte, aunque no lleguen a ser antijurídicos, son motivos suficientes para dejar sin efecto el contrato»⁽⁹⁾. La consideración de las cualidades personales influye como motivo psicológico para la realización de estos negocios⁽¹⁰⁾.

“...una limitación temporal del derecho de propiedad no atenta en modo alguno contra el orden público, por lo cual no cabe descalificar a los negocios fiduciarios aduciendo como causal el carácter no definitivo del derecho adquirido por el fiduciario”

La confianza es común a ambos tipos de negocios, pero, y he aquí la diferencia, en los negocios fiduciarios ésta alcanza un nivel tan preponderante que el fiduciante apoya sus derechos provenientes de la relación fiduciaria tan sólo en la buena fe del fiduciario, consciente de que desde el punto de vista legal, éste se ha convertido en el nuevo propietario del bien transferido.

Es el derecho que está en juego el que demarca tajantemente la frontera entre ambas clases de negocios; mientras que en los negocios de confianza el poder

que se otorga a una de las partes es considerablemente amplio (como en el mandato sin representación), en los negocios fiduciarios el poder otorgado es el máximo, es el derecho de propiedad, de modo que el fiduciante pierde la conducción jurídica del destino del bien objeto de la relación.

Otra diferencia entre estas categorías -la hemos dejado entrever líneas arriba- reside en la tipificación jurídica. Así, mientras los negocios de confianza son contemplados detenidamente por la legislación, de manera que la protección de los intereses del sujeto acompañan a la confianza existente, en los negocios fiduciarios la carencia de tipicidad y la consecuente falta de protección jurídica directa exigen que el grado de confianza sea realmente elevado.

1.2.2 *La dualidad de relaciones.* Esta característica abandona el terreno subjetivo y hasta moral⁽¹¹⁾ en el que se ubica la anterior, para mostrarnos un rasgo objetivo que resulta definitorio de los negocios fiduciarios. Al interior de la compleja vinculación fiduciaria, la primera relación jurídica que identifica la doctrina es la relación «real» que encierra la transferencia de propiedad que realiza el fideicomitente en favor del fiduciario. Pero además, toda vez que el negocio es celebrado con la intención de que el fiduciario utilice el bien de acuerdo a lo que el fiduciante le ha encomendado, se descubre la otra relación, de carácter «personal», que es la que contiene las obligaciones a las que debe sujetarse el fiduciario (por ejemplo, explotar el bien de una determinada forma, entregar sus frutos al fideicomisario o al fideicomitente y, cumplido el plazo o la condición que se haya señalado, transferir la propiedad al fideicomisario o al propio fideicomitente)⁽¹²⁾.

1.2.3 *La posibilidad de abuso del fiduciario.* Es muy claro que la transferencia de propiedad a favor del fiduciario lo coloca públicamente frente a los terceros como el titular de dicho derecho, lo que conlleva el riesgo de que éste transfiera la propiedad sin que el fiduciante pueda reivindicarla en modo alguno.

Esta característica está vinculada a la de la confianza, ya que el riesgo que asume el fiduciante al transferir la propiedad y crear con ello la posibilidad de un abuso irremediable por parte del fiduciario sólo

(9) FARINA, Juan. Op. cit., pág. 343.

(10) En tal sentido, MOSSET ITURRASPE, Jorge. Op. cit., págs. 225-226.

(11) Ibidem, pág. 228.

(12) El caso de la restitución de la propiedad por parte del fiduciario al fideicomitente resulta particularmente interesante en nuestro ordenamiento, pues la existencia de distintos regímenes de transferencia de propiedad para los bienes muebles e inmuebles hace que una obligación como la de retransmitir la propiedad alcance consecuencias radicalmente diferentes, especialmente en relación a terceros subadquirentes.

puede sustentarse en la confianza que aquél es capaz de depositar en éste⁽¹³⁾.

2. ANTECEDENTES.

Para tener una idea integral de los negocios fiduciarios, consideramos necesario realizar una breve revisión de su evolución histórica, partiendo de su concepción romana, atendiendo posteriormente a las variaciones que con respecto al negocio fiduciario original introdujo el derecho germánico y haciendo también una comparación con la figura anglosajona del *trust*, muchas veces considerada como una figura idéntica al negocio fiduciario, cuando en realidad tan sólo resulta similar.

2.1 Derecho romano.

En Roma, los negocios fiduciarios tuvieron dos antecedentes muy claros: el «*pactum fiduciae*» y los «fideicomisos testamentarios».

2.1.1 El *pactum fiduciae*. El *pactum fiduciae* consistía en la transmisión de propiedad, vía *mancipatio* o *in jure cessio*, que el *tradens* hacía en favor del *accipiens*, quien recibía dicho derecho sujeto a la obligación de remancipar, es decir, de retransmitir la propiedad, una vez que se hubieran realizado ciertos fines, al propio *tradens* o una tercera persona por éste designada⁽¹⁴⁾.

Del *pactum fiduciae*, tal como lo hemos definido, se derivaron dos formas dependiendo de la finalidad específica que en cada caso se buscaba con dicho pacto: la fiducia *cum creditore* y la fiducia *cum amico*.

2.1.1.1 La fiducia *cum creditore*. La fiducia *cum creditore* se utilizaba con la finalidad de garantizar el cumplimiento de obligaciones, de modo que el *accipiens* (fiduciario), quien era acreedor del *tradens* (fiduciante) en virtud de otra relación jurídica, quedaba obligado a retransmitir la propiedad que el *tradens* le transfería en virtud de la relación fiduciaria, sólo cuando éste, en su

calidad de deudor de la relación causal, hubiera cumplido con pagar la deuda que con aquél tenía.

Como puede apreciarse, la fiducia *cum creditore* cumplía la función de garantía que posteriormente han venido a cumplir las garantías reales. Dicha fiducia alcanzó su apogeo en la época clásica⁽¹⁵⁾, cayendo posteriormente en desuso. Además de la aparición de las garantías reales, que por no necesitar de una transferencia de propiedad a favor del acreedor representaban una clara ventaja para el deudor en comparación con la fiducia *cum creditore*, otro factor que contribuyó a la desaparición de esta fiducia en su función de garantía fue el desuso en el que cayeron la *mancipatio* y la *in jure cessio* como formas de transmitir la propiedad⁽¹⁶⁾.

2.1.1.2 La fiducia *cum amico*. Por su parte, con la fiducia *cum amico* se entregaba en propiedad un bien a una persona (fiduciario) con la obligación, característica en la fiducia, de retransmitir la propiedad al fideicomitente o a un tercero (beneficiario) cuando ocurran ciertos hechos o se alcancen determinados fines.

En este caso, a diferencia de la fiducia *cum creditore*, las finalidades por las cuales se realizaba la fiducia *cum amico* podían ser muy variadas. Así, Bigliuzzi, Breccia, Busnelli y Natoli mencionan el siguiente ejemplo: «Un sujeto transfiere un bien a un amigo para sustraerlo a un procedimiento de ejecución forzada, y a tal fin se pone de acuerdo con la contraparte en el sentido de que ésta última administrará el bien en interés del enajenante, usándolo en forma determinada, conservando los frutos y proveyendo luego a retransferirlo al vendedor; o incluso, si fuere el caso, enajenándolo a un tercero, pero en el entendido de que el precio deberá ser cubierto al enajenante»⁽¹⁷⁾.

Pero no todos los motivos de esta fiducia están orientados a burlar las acciones legales de los acreedores, en cuyo caso el negocio fiduciario deviene en nulo. En tal sentido, Farina señala, siguiendo a Messineo, que

(13) Es interesante anotar que si bien en los negocios de confianza existe también el riesgo de que la persona en la que se confió disponga del bien transfiriéndolo a un tercero, este tercero sólo será protegido si -además de cumplir con otros requisitos- tiene buena fe; si no tiene buena fe, el propietario podría recuperar su bien. En cambio, en los negocios fiduciarios, en principio, una vez que el fiduciario transfiere el bien a un tercero, el fiduciante pierde toda posibilidad de reivindicar la propiedad, resultando indiferente que el tercero haya tenido o no buena fe, toda vez que quien le transfirió el bien era su verdadero propietario.

(14) VILLAGORDA LOZANO, José Manuel, citado por GARCÍA DE LA TORRE, Fernán. El fideicomiso de inversión. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1990, págs. 4-5.

(15) MOSSET ITURRASPE, Jorge. Op. cit., págs. 212-213.

(16) GARCÍA DE LA TORRE, Fernán. Op. cit., págs. 5-6.

(17) BIGLIAZZI, BRECCIA, BUSNELLI y NATOLI. Op. cit., págs. 934-935.

el objetivo general que se busca con los negocios fiduciarios -y esto resulta especialmente aplicable a la fiducia *cum amico*- es «conferir poderes al fiduciario para que éste pueda cumplir -de modo particularmente eficaz- un encargo que le hace el fiduciante»⁽¹⁸⁾. Así, pueden citarse como ejemplos de motivos legales para realizar una fiducia de este tipo, facilitar el ejercicio de una posterior transferencia de propiedad, confiar la custodia de ciertos bienes a una persona por medio de una transferencia con una serie de obligaciones entre las que muy probablemente se encontrará la de retransmitir, facilitar la administración de ciertos bienes o simplemente asegurar a terceros los beneficios producto del bien o bienes transmitidos fiduciariamente.

2.1.1.3 Consideraciones comunes. Podemos observar que en ambos tipos de fiducia se acude a un esquema de transferencia distinto al de la compraventa, es decir que no se produce una transferencia de propiedad de un bien a cambio de un precio. En lugar de precio, el fiduciario queda sujeto a una serie de obligaciones ante el enajenante. Con esas obligaciones se busca reducir las posibilidades de acción del fiduciario, de modo que, a final de cuentas, no tenga más facultades que las que tendría un simple mandatario.

De otro lado, es importante señalar que, contra lo que algunos pueden pensar, los negocios fiduciarios no siempre se celebran en interés del propio fiduciante o de terceros por éste designados, ya que también cabe la posibilidad del negocio fiduciario celebrado en interés del propio fiduciario. La fiducia *cum creditore* es un claro ejemplo de ello, pues es el fiduciario quien, en su condición de acreedor, exige para su mayor seguridad que se le transmita la propiedad de un bien como garantía de la deuda que para con él tiene el fiduciante. Además, nada excluye la posibilidad de una fiducia *cum amico* que, por motivos altruistas del fiduciante, sea celebrada en completo interés del fiduciario y con la sola obligación de éste de retransmitir la propiedad al fiduciante en determinado momento.

2.1.2 La fiducia testamentaria. Como detalla García de la Torre, los fideicomisos testamentarios eran utilizados en Roma «cuando un testador quería favorecer a otra persona con la cual no tenía la *testamenti factio*»; de aquí que, no podía hacer otra cosa que esperar que su heredero a quien le transmitía la herencia fiduciariamente, ejecutase su voluntad en favor del beneficiario»⁽¹⁹⁾.

En este caso, el testador celebraba un pacto

fiduciario con el futuro heredero, quien al convertirse en propietario de lo heredado, quedaría «obligado» a transferir a favor del tercero lo que había convenido con el testador en el mencionado pacto. Colocamos la palabra «obligado» entre comillas por la sencilla razón que, habiendo muerto el testador, nadie podía exigirle legalmente al heredero el cumplimiento de la transferencia a favor del tercero, de manera que el testador sólo podía confiar en la buena fe del heredero para tal cumplimiento. Esto, como hemos visto, es característico en los negocios fiduciarios, en la medida que el elemento «confianza» resulta central para la comprensión de los mismos.

2.1.3 Relevancia del vínculo fiduciario. En inmediata relación con lo recién mencionado se encuentra el tema del vínculo fiduciario, vale decir, de la relación jurídica que surge del pacto fiduciario y de los efectos que del mismo se originan. Así, comenzando por la fiducia testamentaria, resulta muy claro que el vínculo jurídico existe entre el testador y el futuro heredero, quedando el beneficiario completamente fuera de dicha relación y tan sólo a la espera de la buena disposición y lealtad para con el testador por parte del heredero. Muerto el testador, ninguna exigencia jurídica al heredero es posible.

En las variedades del *pactum fiduciae* se presentan algunas diferencias. Así, en la fiducia *cum amico*, como ya se ha visto, el beneficiario del pacto puede ser tanto el fiduciante como un tercero por él designado (fideicomisario), de manera que se presentan dos posibilidades: si el beneficiario es el propio fiduciante, tiene la posibilidad de reclamar los derechos que le corresponden como tal en virtud del pacto; si, por el contrario, el beneficiario del pacto es un tercero ajeno a la relación, éste no tendrá ninguna posibilidad de reclamar por sí mismo el cumplimiento de las obligaciones establecidas a su favor en dicho pacto, por no ser parte del mismo. Obviamente, el fiduciante sí puede exigir al fiduciario dicho cumplimiento en favor del tercero.

En el caso de la fiducia *cum creditore*, el beneficiario es, por lo general, el propio enajenante, ya que la transferencia ha sido realizada en garantía del pago de una deuda, de modo que, siendo parte de la relación fiduciaria, tiene todas las posibilidades de reclamar el cumplimiento de las obligaciones en ella contenidas.

Pues bien, la relevancia fundamental del vínculo fiduciario radica en que el fiduciario se convierte en propietario del bien o bienes que se le han transferido,

(18) FARINA, Juan. Op. cit., pág. 346.

(19) GARCÍA DE LA TORRE, Fernán. Op. cit., pág. 6.

de manera que, aunque se encuentra obligado a actuar de una determinada forma frente al fiduciante o frente a un tercero, nada le impide, desde el punto de vista «real» comportarse con los poderes absolutos de un propietario. Como consecuencia de ello, si el fiduciario viola las disposiciones del acuerdo fiduciario y, al comportarse como propietario que es, transfiere la propiedad a un tercero cualquiera, dicha transferencia resultará jurídicamente válida y efectiva, puesto que es facultad de un propietario enajenar los bienes de su propiedad. Si esto ocurre, el fiduciante tiene la posibilidad de reclamar por el incumplimiento del pacto fiduciario, pero su reclamo sólo podrá ser atendido por la vía de una compensación por los daños ocasionados, mas no con la devolución de la propiedad. Si el beneficiario del pacto fiduciario era un tercero, tal como ya se ha señalado, éste no tendrá posibilidad alguna de reclamo.

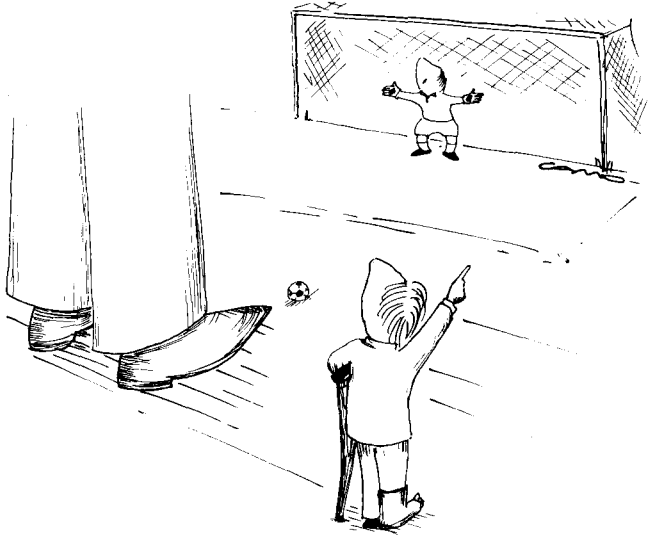
2.2 Concepción germánica.

Bajo la concepción germánica, como nos explica Farina, «el derecho que adquiere el fiduciario está sometido a una condición resolutoria, de suerte que el abuso de este derecho provoca el retorno de los bienes al fiduciante o a sus herederos, incluso en perjuicio de terceros adquirentes»⁽²⁰⁾.

Al respecto, el comentario de Mosset Iturraspe, resulta también sumamente claro e ilustrativo: «(...) fue importante por su fecundidad jurídica la fiducia en el derecho germánico común; pero si bien una y otra - romana y germánica- coincidían en su fundamento, función y fin, diferenciábanse en el poder del fiduciario (...); mientras en la romana era absoluto e ilimitado desde el punto de vista real, constreñido sólo por el «*pactum fiduciae*» de base obligacional, en la germánica era limitado realmente y resultaba condicionado resolutoriamente al uso predeterminado, de suerte que cuando se violaba esta obligación el uso era eficaz y podía producirse la reivindicación de la cosa por el fiduciante o sus herederos, incluso en perjuicio de terceros adquirentes, porque ya la enajenación a éstos había sido realmente ineficaz»⁽²¹⁾.

La posición del derecho germánico hace desaparecer, pues, el riesgo característico de los negocios fiduciarios bajo su concepción romana original y, por lo tanto, hace lo propio con la confianza como elemento sustancial e indispensable de los mismos; de manera

que, aunque el adquirente se convierta en propietario de los bienes, su derecho tendrá una importante limitación en comparación con el de los adquirentes no fiduciarios.



Sin embargo, retomando lo señalado por Mosset Iturraspe, las finalidades que se pretenden alcanzar con la fiducia germánica corresponden a las de la fiducia romana, toda vez que se trata de separar un bien del propio patrimonio con un objetivo específico. El derecho germánico, como es en él característico, tomó la figura y la transformó a un modo más seguro de lograr los fines perseguidos.

2.3 El *trust*.

El *trust* es una figura del sistema jurídico anglosajón que es muy similar a los negocios fiduciarios. Si bien el *trust* es señalado por algunos como idéntico a éstos, aquél cuenta con una evolución histórica propia, lo que nos lleva a revisarla, al menos sucintamente, con la finalidad de alcanzar una precisión conceptual sobre el tema. Con tal motivo, conviene atender brevemente a ciertas características propias del sistema de Derecho anglosajón para entender de manera cabal algunas diferencias entre ambas figuras.

Es necesario tener en cuenta, en primer lugar, que el sistema jurídico anglosajón tiene como fuentes normativas, por un lado, a las costumbres locales recogidas a través del tiempo (Derecho Común o *Common*

(20) FARINA, Juan. Op. cit., pág. 351.

(21) MOSSET ITURRASPE, Jorge. Op. cit., pág. 213.

Law) y por otro, a la *Equity Law* o Derecho de Equidad, el mismo que responde a principios distintos a los del *Common Law*, tendiendo a atemperar soluciones cuyo excesivo rigor afectarían una real aplicación de la justicia.

De hecho, como bien señala García de la Torre⁽²²⁾, en un momento coexistieron dos jurisdicciones: la de los Tribunales del Derecho Común, que aplicaban de manera rigurosa las costumbres consagradas como normas de la comunidad y la *Equity Jurisdiction*, que fue reconocida por Enrique IX, quien, con el objetivo de otorgar al Canciller la posibilidad de resolver los casos en los que la solución obtenida con la aplicación del Derecho Común resultase injusta, creó el Tribunal de la Cancillería.

En el año de 1873, de acuerdo a lo mencionado por el citado autor, ambas jurisdicciones se unieron, lo que no ha impedido, sin embargo, que los principios inspiradores de cada una ellas se mantengan sustancialmente diferenciados.

Pues bien, en la evolución del *trust*, encontramos como antecedente a la figura del *use*, que casi no presenta distinción con la de la fiducia romana, toda vez que consistía en una transmisión de propiedad realizada por el *settlor* (constituyente del *use*, también denominado *feoffor to use*) a favor de una persona (*feoffee to use*) que se convertía en propietaria legal del bien objeto de la transmisión bajo la condición de que otra persona (*cestui que use*) tendría el derecho de gozar y disfrutar de la cosa, como si fuera la verdadera propietaria. Ello originó un doble tipo de dominio sobre los bienes transferidos en *use*: el dominio legal, reconocido por el *Common Law* y el dominio «beneficioso» o «equitativo», reconocido, inicialmente como un deber de conciencia que debía cumplir el *feoffee to use*⁽²³⁾.

Según lo expuesto por García de la Torre, el gran apogeo del *use* sobrevino con la promulgación del *Statute of Mortmain* (Estatuto de Manos Muertas), que prohibió que las agrupaciones religiosas poseyeran tierras en consideración a que ya eran muchas las que tenían en su poder. Fue entonces, con el objetivo de evadir el cumplimiento del mencionado estatuto, que se utilizó fundamentalmente esta figura.

Pero más allá de los motivos que hubieran impulsado la utilización de la institución bajo estudio, nos interesa saber que quienes recurrían a ella, como ya se ha dicho, no podían exigir legalmente que el *feoffee to*

use cumpliera con su obligación, puesto que se trataba de una obligación de conciencia, siendo éste el único propietario desde el punto de vista legal.

Para solucionar los problemas que rodeaban al *use*, se expidió en la primera mitad del siglo XVI el *Statute of Uses*, el mismo que efectuó ciertas modificaciones a la figura, de modo que pudieran protegerse adecuadamente los derechos de las partes. Con estas modificaciones, se reconoció el derecho de los beneficiarios (*cestui que use*) por la vía del Derecho de Equidad, de manera que dejó de ser una mera obligación de conciencia por parte del *feoffee que use* la de cumplir con los designios del *settlor*, sino que podían éstos ser exigidos jurídicamente. Otra modificación recayó sobre el nombre, que pasó a ser el de «*trust*», modificándose también el del *feoffee que use* por el de *trustee* y el de *cestui que use* por el de *cestui que trust*.

Son muchas, pues, las semejanzas entre ambas figuras, pero existen también algunas diferencias que no permiten la utilización de ambas instituciones como sinónimos. Así, podemos señalar que las modalidades del *trust* han sido reguladas por leyes de algunos países anglosajones, lo que no ocurre con los negocios fiduciarios que, por naturaleza son radicalmente atípicos. Otra diferencia importante es la dotación de medios jurídicos propios mediante los cuales el *cestui que trust* puede reclamar al propio *trustee* y, por supuesto, al *settlor* el cumplimiento de las obligaciones que lo benefician. Esto tiene que ver con otra diferencia sustancial, y es que mientras en los negocios fiduciarios las partes son sólo el fiduciante y el fiduciario, mas no el beneficiario -si se trata de un tercero-, en el *trust* el beneficiario es parte en el negocio, de manera que puede recurrir a medios directos de defensa de sus derechos frente al *trustee*. Por último, mientras que hay *trusts* que pueden surgir de la voluntad del legislador, los negocios fiduciarios sólo son fruto de acuerdos de voluntades⁽²⁴⁾.

3. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL.

Conviene que, habiendo revisado hasta el momento tanto la noción como el origen de los negocios fiduciarios, y su relación con instituciones similares o derivadas, realicemos un análisis comparativo de los mismos con otras clases de negocios jurídicos, con el objeto de precisar los límites conceptuales de aquéllos.

(22) GARCÍA DE LA TORRE, Fernán. Op. cit., págs. 9-10.

(23) MOSSET ITURRASPE, Jorge. Op. cit., pág. 262.

(24) Ibidem, pág. 265.

3.1 Negocios indirectos.

Se conoce como negocios indirectos a aquéllos en los que las partes utilizan un esquema negocial típico con la finalidad de alcanzar no sólo las consecuencias jurídicas propias del mismo, sino también otras finalidades ajenas al esquema negocial utilizado. Así, puede decirse que la fiducia *cum creditore* es un negocio indirecto, en la medida que se utiliza un negocio traslativo con la finalidad de que la propiedad sea efectivamente transferida, pero con el objetivo adicional de que tal transferencia sirva como garantía de una deuda pendiente de pago, siendo este objetivo adicional ajeno a la función típica que cumple un negocio de transferencia o enajenación.

Bigliazzi, Breccia, Busnelli y Natoli nos indican que hay un negocio indirecto «... cuando las partes realizan alteraciones a un esquema típico por medio de la inserción de cláusulas que desvían el acto de la función abstractamente predeterminada»⁽²⁵⁾. Los mismos autores establecen con claridad «una relación en la que los negocios fiduciarios son una especie contenida dentro del género de los negocios indirectos, señalando que el negocio indirecto (...) -como categoría en la que está comprendida la figura del negocio fiduciario- puede ser caracterizado por la persecución de un resultado que es extraño y adicional al empleo instrumental normal del modelo legal preseleccionado (...) En tanto que en el caso del negocio fiduciario los efectos de la adquisición de la propiedad, como se dijo, están atemperados por la previsión de efectos obligatorios (necesidad de usar el bien de un determinado modo o de retransmitirlo al enajenante o de enajenarlo a un tercero), se pueden dar hipótesis de negocio indirecto en donde el resultado que se persigue es exactamente el opuesto, esto es, el de conferir a un sujeto las facultades sustanciales del propietario, sin atribuirle la titularidad formal y utilizando a ese fin, con adaptaciones oportunas, un contrato de efectos obligatorios (es el caso, por ejemplo, de un contrato de mandato irrevocable para administrar el bien y enajenarlo sin obligación de rendir cuentas)»⁽²⁶⁾.

Entonces, en cuanto a los elementos característicos de los negocios indirectos, podemos mencionar, siguiendo una vez más a Mosset Iturraspe, que son básicamente dos: «(...) la elección de una vía transversal u oblicua en lugar de la que sería natural (...) y, como consecuencia, la disonancia entre el medio jurídico y el

resultado final perseguido»⁽²⁷⁾.

De modo que, desarrollando un poco más la definición formulada de negocios indirectos, podemos precisar que la finalidad ulterior y ajena que las partes añaden al esquema negocial elegido por ellas puede corresponder tanto a un objetivo que exceda los alcances típicos de dicho esquema negocial, como a uno que resulte insuficiente para alcanzarlos.

En relación a ello, una de las posibilidades en las que el esquema negocial elegido como medio resulte excesivo para alcanzar el fin deseado es el negocio fiduciario, pues, en las dos variantes del *pactum fiduciae* (fiducias *cum amico* y *cum creditore*), la transferencia de propiedad resulta innecesaria, ya sea para lograr la transferencia de un bien a un tercero ajeno a la relación, para administrarlo en beneficio de terceros o del propio fiduciante (fiducia *cum amico*) o para otorgarlo en garantía de una deuda (fiducia *cum creditore*).

En consecuencia, como habíamos adelantado, los negocios fiduciarios son una especie comprendida en el género de los negocios indirectos.

3.2 Negocios simulados.

El acercamiento al tema de la simulación resulta imprescindible en todo trabajo relacionado con los negocios fiduciarios, pues el negocio fiduciario ha sido y es constantemente confundido con el negocio simulado. Es necesario, entonces, que realicemos una aproximación que nos permita abordar el tema de la simulación de manera suficiente como para poder encontrar la relación de los negocios simulados con los negocios fiduciarios.

Como sabemos, la simulación consiste básicamente en celebrar un negocio falso con la finalidad de engañar a terceros. Para lograr tal objetivo, los simulantes deben recurrir a un acuerdo especial (conocido como acuerdo simulatorio), que, a manera de contra-declaración, constituye la característica fundamental de la simulación.

Tal como nos indican Bigliazzi, Breccia, Busnelli y Natoli, en virtud del mencionado acuerdo simulatorio las partes pueden acordar «a) que el negocio realizado constituye una mera apariencia, que no los vincula y que, por lo mismo, carece de toda función (simulación absoluta); o b) que el negocio aparentemente realizado sirve para ocultar un empeño negocial distinto y efecti-

(25) BIGLIAZZI, BRECCIA, BUSNELLI y NATOLI, Op. cit., pág. 933.

(26) Ibidem, págs. 936-937.

(27) MOSSET ITURRASPE, Jorge. Op. cit. Tomo I, pág. 150

vo de los sujetos, que tiene una función autónoma (simulación relativa)»⁽²⁸⁾.

Pues bien, la comparación que nos incumbe es la que existe entre el negocio fiduciario y uno de los negocios contenidos en una simulación relativa: el negocio simulado, es decir, aquél que las partes aparentan haber celebrado entre ellas. En este sentido, se ha sostenido que la diferencia existente entre ambos negocios se basa en el tema de la voluntad de las partes, en el entendido de que en los negocios simulados las partes no quieren la realización del negocio, mientras que en los fiduciarios, por el contrario, las partes sí desean el negocio celebrado. Esta postura, sin embargo, ha sido descartada en favor de una visión más sutil de la diferencia. En relación a ello, Mosset Iturraspe indica que para la moderna doctrina sí existe voluntad tanto en el negocio simulado como en el disimulado, resultando ambos queridos por las partes; «... el negocio simulado es querido como apariencia, para obtener un fin que no es el suyo; como medio para alcanzar un fin distinto, que es el acordado en el negocio disimulado. En el negocio fiduciario, en cambio, «el valor vinculante se adhiere perfectamente al significado objetivo de la declaración»⁽²⁹⁾.

La diferencia radicaría, entonces, no en la voluntad de las partes respecto a la existencia del negocio -puesto que en ambos casos el negocio es querido por ellas-, sino respecto a la eficacia del mismo, ya que sólo en el caso del negocio fiduciario es que las partes desean la producción de sus efectos, mientras que en el caso del negocio simulado ello no ocurre, pues los efectos deseados son los del negocio oculto o disimulado.

En consecuencia, utilizando la hipótesis de la celebración de un contrato de compraventa, pero con la sola finalidad de que una de las partes administre el bien, puede decirse que cuando el negocio es fiduciario, los efectos de la transferencia de propiedad se producen tanto para las partes como para los terceros, mientras que, cuando el negocio es simulado, tales efectos -

que son los que en principio debiera producir el negocio simulado- no se producen⁽³⁰⁾.

3.3 Interposición de persona.

Otra figura que guarda relación con los negocios fiduciarios es aquella especie de representación conocida doctrinariamente como interposición real de persona o representación indirecta.

“...el derecho de propiedad que adquiere el fiduciario no se encuentra limitado en ninguna medida (...) Lo que ocurre es que el fiduciario se obliga personalmente a actuar de una manera determinada en relación al uso del bien”

La representación, como es sabido, es un fenómeno atinente al elemento subjetivo de los negocios jurídicos y específicamente referido a la posibilidad de actuar en interés de otro, y tiene como función «... permitirle a un sujeto (representante) cooperar con otro (representado) en el desenvolvimiento de una actividad que concierne a la esfera de intereses jurídicos del representado (...). En especial, dicha cooperación se traduce en uno o varios actos de voluntad que son propios del representante, si bien dentro de los límites establecidos y las instrucciones impartidas por el representado»⁽³¹⁾.

(28) BIGLIAZZI, BRECCIA, BUSNELLI y NATOLI, Op. cit., pág. 917.

(29) MOSSET ITURRASPE, Jorge. Op. cit., Tomo I, pág. 144. La cita incluida al final es tomada por el autor de: BETTI, Emilio. Teoría general del negocio jurídico, pág. 301.

(30) Es muy importante establecer la diferencia entre la falta de producción de efectos del negocio simulado y las posibles implicancias que ello pueda traer -por las apariencias creadas- respecto a los derechos de terceros. En nuestro Código Civil, la norma que se refiere a la simulación relativa es el artículo 191, el mismo que señala lo siguiente: «Cuando las partes han querido concluir un acto distinto del aparente, tiene efecto entre ellas el acto ocultado, siempre que concurran los requisitos de sustancia y forma y no perjudique el derecho de tercero». La norma reconoce, en la relación interna entre las partes, la producción de los efectos que ellas realmente deseaban -los del «acto oculto» o negocio disimulado-, sin que se produzcan en ninguna medida los del negocio simulado o aparente. Sin embargo, no podrá afectarse los derechos de los terceros que hayan celebrado algún tipo de negocio con el titular aparente (en el ejemplo, con Pedro, quien simula ser propietario).

(31) BIGLIAZZI, BRECCIA, BUSNELLI y NATOLI, Op. cit., pág. 703.

En el caso de la representación propiamente dicha o representación directa, el representante actúa en nombre y en interés del representado, de manera que la celebración de cualquier negocio por parte del representante se entenderá realizada con el representado, pues los efectos jurídicos lo vinculan directamente. No es el mismo el supuesto de la llamada representación indirecta, ya que ésta supone la carencia de poder por parte del «representante indirecto». Se trata del caso típico del mandato sin representación: el mandante encarga al mandatario que adquiera un bien para que luego se lo transfiera a él, de modo que el mandante no se vincula jurídicamente con el vendedor sino con el propio mandatario⁽³²⁾.

Este mecanismo de interposición de persona ha venido a denominarse «interposición real de persona», en contraposición a la interposición ficticia o simulada, que es aquella en la que el adquirente es aparente, siendo tan sólo un prestanombre o testaferro a cuyo favor, en realidad, no se produce ningún efecto jurídico⁽³³⁾. En la interposición real de persona el intermediario adquiere efectivamente para sí el derecho de propiedad, mientras que en la interposición simulada el intermediario nunca se convierte en propietario⁽³⁴⁾.

Otro supuesto de interposición real, que, resultando inverso al regulado por el artículo 1810 del Código Civil no ha sido contemplado en el código referido, es el de la persona que encarga a otra, sin otorgarle poder -de modo que, en rigor, no lo hace su representante-, la transferencia de un bien a un tercero. Por alguna razón, el propietario del bien no desea transferirlo de manera directa a esa persona y entonces opta por transferirlo antes a un intermediario que se compromete a traspasar la propiedad al destinatario original. Este supuesto de interposición real de persona corresponde de manera precisa a un posible caso de

fiducia *cum amico*, de modo que sí existe relación entre la interposición real de persona y una de las clases de negocio fiduciario⁽³⁵⁾.

3.4 Negocios fraudulentos.

Más que un análisis de semejanzas y/o diferencias entre los negocios fiduciarios y los fraudulentos, lo que corresponde es esclarecer una idea y acaso hasta un prejuicio en contra de los negocios fiduciarios ya que, en la medida que los negocios fiduciarios utilizan una vía raramente transitada para conseguir los fines buscados por los sujetos, se tiende a relacionarlos con los negocios fraudulentos. No puede negarse que mediante los pactos fiduciarios resultaría muy fácil incurrir en fraude, pero tampoco puede señalarse que ésta sea la única finalidad buscada con los mismos.

El fraude, ya sea que se adopte una visión doble o unitaria del fenómeno, puede ser analizado a partir de dos vertientes: el fraude a la ley y el fraude a los acreedores⁽³⁶⁾. Aunque el fraude a la ley tiene que haber implicado un perjuicio a algún particular o tercero genéricamente hablando, y el fraude a los acreedores implica sin duda un perjuicio a los intereses del ordenamiento (de la ley), en uno y otro caso se trata de perjuicios indirectos, de manera que cabe establecer la diferencia correspondiente.

3.4.1 *El fraude a la ley y la fiducia cum creditore*. El fraude a la ley supone la realización de un negocio que atente contra disposiciones imperativas, de orden público o contra las buenas costumbres. Sin embargo, se puede afectar estas normas de diversa manera, es decir, pretendiendo alcanzar finalidades que la ley ha prohibido o fines análogos que, aunque no han sido expresamente vedados, atentan contra el espíritu de la norma prescriptiva. Es por eso preciso que distingamos entre

(32) Este supuesto es contemplado por el artículo 1810 del Código Civil; «El mandatario queda automáticamente obligado en virtud del mandato a transferir al mandante los bienes adquiridos en ejecución del contrato, quedando a salvo los derechos adquiridos por los terceros de buena fe».

Los efectos del contrato celebrado por el mandatario se producen en relación a él mismo, puesto que actúa en nombre propio, pero, en virtud del mandato, se producen de manera indirecta en relación al mandante; por eso se conoce a esta figura como representación indirecta o interposición de persona.

(33) La interposición ficticia o simulada de persona es un caso de simulación relativa subjetiva, ya que se finge celebrar un negocio entre «A» y «B», cuando realmente se celebra entre «A» y «C». El negocio simulado es con la parte aparente y el disimulado -único que produce efectos jurídicos- es con el sujeto verdaderamente interesado.

(34) Al respecto, MOSSET ITURRASPE (Op. cit., Tomo I, pág. 149) señala que «En la interposición ficticia, muy por el contrario, el sujeto interpuesto no adquiere derechos ni contrae obligaciones, porque sólo actúa para encubrir al verdadero contratante».

(35) En opinión de MESSINEO (MESSINEO, Francesco. Op. cit., pág. 63), en este caso, «... el contrato fiduciario daría lugar a una interposición de persona; pero a una interposición efectiva (y no ficticia), análogamente a lo que ocurre con la representación indirecta».

(36) En tal sentido, LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. El negocio jurídico. Studium, Lima, 1987, págs. 301 y ss.

los negocios en fraude de la ley (*in fraudem legis*) y los negocios contrarios a la ley (*contra legem*). En ambos hay comportamientos antijurídicos, pero mientras que éstos buscan abiertamente la finalidad prohibida por el ordenamiento, aquéllos utilizan caminos aparentemente sumisos al mismo⁽³⁷⁾.

A manera de ejemplo puede mencionarse el caso del pacto comisorio, cuya prohibición se encuentra contemplada en los artículos 1066 y 1111⁽³⁸⁾ de nuestro Código Civil para los casos de prenda e hipoteca, respectivamente. Lo que se prohíbe con ambas normas es la apropiación por parte del acreedor del bien otorgado en garantía. Pues bien, si dos sujetos acuerdan que uno de ellos podrá apropiarse del bien que el otro le otorgó en garantía en caso que no se realice el pago, tal acuerdo será nulo por atentar contra una norma prohibitiva. Dicho acuerdo no implica un negocio en fraude de la ley sino un negocio contrario a la ley.

Distinto es el caso de la fiducia *cum creditore*, mediante la cual no se otorga un bien en prenda o se constituye en hipoteca, sino que se realiza la transmisión de la propiedad al acreedor (fiduciario) con la obligación de restituirlo al deudor (fiduciante) una vez que se haya realizado el pago. Obviamente, si el pago no llega a realizarse, el acreedor mantendrá la propiedad del bien fideicomitido. Como puede apreciarse, la finalidad buscada por los sujetos en este caso es exactamente la misma que buscaban los que celebraron el pacto comisorio; dicha finalidad ha sido expresamente prohibida por nuestro ordenamiento, de manera que la sanción para uno y otro caso es exactamente la misma: la nulidad. Sin embargo, la fiducia *cum creditore* constituye un negocio en fraude a la ley, pues si bien una transferencia de propiedad en principio no atenta contra el ordenamiento (sumisión aparente a sus normas), si se realiza con la finalidad de garantizar un crédito sí lo hace.

En conclusión, al prohibir nuestro Código Civil el pacto comisorio, la fiducia *cum creditore* queda identificada como un negocio fraudulento, en fraude a la ley, que es sancionado con la nulidad.

3.4.2 *El fraude a los acreedores y la fiducia cum amico*. La figura del fraude a los acreedores es la que engloba a los actos que realiza un deudor afectando su patrimonio de modo tal que disminuye la garantía global que éste supone para sus acreedores. Esta afec-

tación puede ocurrir por dos vías: por la de los actos o negocios dispositivos del deudor y por la de los actos omisivos o abdicativos del mismo.

En cualquiera de los dos casos, por supuesto, no basta la existencia de los actos mencionados, pues un sujeto que tenga deudas tiene perfecto derecho a renunciar a créditos o a donar parte de su patrimonio. El requisito que indispensablemente debe acompañar a dichos actos es el estado de insolvencia al que el deudor accede por la realización de los mismos. Cuando este estado aparece es cuando se puede hablar de fraude a los acreedores.

Analizado someramente el supuesto del fraude a los acreedores, y no siendo éste el lugar apropiado para realizar una crítica a su regulación en nuestro Código, conviene que establezcamos su eventual relación con la fiducia *cum amico*. Esta clase de negocio fiduciario puede llegar a relacionarse, como resulta obvio, sólo con los negocios en fraude a los acreedores que impliquen una disposición patrimonial, toda vez que los negocios fiduciarios, en cualquiera de sus variantes, implican siempre una transferencia de propiedad por parte del fiduciante.

Es común que se pretenda identificar a la fiducia *cum amico* con situaciones de fraude a los acreedores, pues en dicha clase de fiducia generalmente el fiduciario queda obligado a restituir o retransmitir el bien al fiduciante al configurarse determinadas circunstancias. Se piensa, entonces, que tal fiducia constituye la vía perfecta para que un deudor oculte parte de su patrimonio a sus acreedores, por un tiempo, y evite con ello el embargo y ejecución de algunos de sus bienes.

Sin duda, la celebración de una fiducia *cum amico* que corresponda a una situación como la descrita constituirá un fraude a los acreedores, siempre que se cumpla con los demás requisitos para ello, es decir, que el deudor alcance una situación de insolvencia que no le permita pagar a sus acreedores la integridad de sus créditos y que se den las situaciones que nuestro Código Civil detalla para el caso. Pero con igual seguridad podemos afirmar que la sola posibilidad de aplicación de la fiducia *cum amico* para burlar a los acreedores no permite catalogar o calificar a dicha especie de negocio fiduciario como un negocio fraudulento. Del mismo modo que una donación no es intrínsecamente fraudulenta, a pesar de que puede utilizarse en fraude de los

(37) MOSSET ITURRASPE, Jorge. Op. cit., págs. 40-41.

(38) «Artículo 1066.- Aunque no se pague la deuda, el acreedor no puede apropiarse del bien prendado por la cantidad prestada. Es nulo el pacto en contrario».

«Artículo 1111.- Aunque no se cumpla la obligación, el acreedor no adquiere la propiedad del inmueble por el valor de la hipoteca. Es nulo el pacto en contrario».

acreedores, la fiducia bajo comentario tampoco lo es. Y es muy importante que tengamos esto en cuenta para el momento en que abordemos la discusión de la admisibilidad de los negocios fiduciarios en nuestro ordenamiento.

4. TRANSFERENCIA DE PROPIEDAD POR PARTE DEL FIDUCIARIO.

Como adelantamos al revisar las características de los negocios fiduciarios, pueden presentarse diversas consecuencias jurídicas aplicables al hecho que el fiduciario, abusando de la confianza en él depositada, transfiera la propiedad del bien a un tercero. Es el mismo hecho, pero, por la diferente regulación que tiene la transferencia de propiedad para bienes muebles e inmuebles, podrían presentarse soluciones distintas.

En tal sentido, sabemos que para la transferencia de propiedad de bienes muebles es necesaria la realización de la tradición como requisito adicional a la existencia de un contrato, tal como lo dispone el artículo 947 del Código Civil, mientras que para el caso de la transferencia de propiedad de los bienes inmuebles basta la existencia de una obligación de transferir propiedad que resulte exigible entre las partes para que, en virtud de lo establecido en el artículo 949, se considere transferida la propiedad.

Si consideramos, entonces, que resulta común en los negocios fiduciarios la inclusión de una cláusula que estipule que ante la ocurrencia de cierto hecho (el vencimiento de un plazo o el cumplimiento de una condición suspensiva) el fiduciario deberá restituir o retransmitir la propiedad al fiduciante, el régimen de transferencia de propiedad sobre inmuebles de nuestro Código Civil nos plantea situaciones interesantes. Y es que, si la sola existencia de una obligación exigible transfiere la propiedad al acreedor, la sola ocurrencia del hecho predeterminado en el convenio fiduciario hace que el fiduciante recupere la propiedad originalmente transferida.

Teniendo ese punto en claro, pueden presentarse dos supuestos en relación al caso en que el fiduciario haya transferido la propiedad a algún tercero: a) que dicha transferencia se haya producido con anterioridad a la ocurrencia del hecho generador de la retransmisión automática de la propiedad; y b) que la enajenación se produzca con posterioridad a tal ocurrencia.

Si lo que ocurre es lo primero, el tercero adquirente se convertirá en propietario sin que influya en ninguna medida el hecho que supiera o no que el transferente era un propietario fiduciario, porque, a final de cuentas era el verdadero propietario del bien, de modo que no puede exigírsele buena fe.

En cambio, si la transferencia de propiedad que realiza el fiduciario se efectúa con posterioridad a la ocurrencia del hecho generador de la retransmisión automática de la propiedad en favor del fiduciante, el tercero adquirente sólo será considerado como propietario y recibirá la protección del Derecho si es que tenía buena fe, porque quien le transfiere el bien en tal caso (el fiduciario) ya no es el verdadero propietario del bien.

De manera que es muy importante tener en cuenta, en nuestro ordenamiento, la existencia en el convenio fiduciario de una cláusula de retransmisión de la propiedad, pues ello puede afectar la condición jurídica en la que quedarán los terceros adquirentes, ya sea que adquieran un derecho de propiedad o cualquier otro derecho.

5. ADMISIBILIDAD DE LOS NEGOCIOS FIDUCIARIOS.

Luego de haber revisado el concepto de los negocios fiduciarios, sus antecedentes, su relación con otras instituciones jurídicas y sus principales características, llega el momento de discutir su admisibilidad en el marco jurídico peruano.

Al respecto, cabe señalar que son dos las principales razones por las que podría negarse la admisión de la figura estudiada en cualquier ordenamiento jurídico: a) por una eventual naturaleza fraudulenta o ilícita; y b) por tratarse de una figura que restringe el derecho de propiedad, atentando contra la función que éste cumple en nuestro sistema.

La primera razón expuesta ha sido discutida ya a propósito del análisis de los negocios fraudulentos y su relación con los negocios fiduciarios, arribándose a la conclusión que los negocios fiduciarios no son negocios ilícitos ni fraudulentos por naturaleza, aunque puedan ser utilizados comúnmente con objetivos reñidos con la legalidad. En todo caso, y como ocurre con cualquier otra categoría negocial, el hecho que algunos sujetos utilicen ciertos mecanismos para burlar la ley no puede, en principio, calificar a los mecanismos de fraudulentos, ya que para ello es necesario que la ley contenga una prohibición expresa contra dichos mecanismos o que éstos atenten contra el orden público o las buenas costumbres.

Es por ello que, como quedó señalado en el acápite anterior, la fiducia *cum creditore* no encuentra cabida dentro del ordenamiento peruano, en la medida que ésta procura la consecución de una finalidad expresamente sancionada con la nulidad por el Código Civil.

Sin embargo, ¿puede señalarse lo mismo con relación a la fiducia *cum amico*? ¿cabe sostener que la transferencia de un derecho de propiedad «restringido» o «limitado» constituye una violación del orden

público? La respuesta a esta pregunta se encuentra ligada al segundo argumento esgrimido en contra de la admisibilidad de los negocios fiduciarios.

“...no existen diferencias entre la propiedad fiduciaria y la propiedad común o civil. Si tal diferencia existiese, es decir, si el derecho que adquiere el fiduciario estuviese efectivamente limitado, como ocurre en el caso de la fiducia germánica, los negocios fiduciarios perderían su razón de ser”

Quizás es en este tema en el que se encuentran las principales reticencias frente a los negocios fiduciarios; no parece admisible, de primera impresión, que el derecho de propiedad, el máximo derecho real y el sustento de toda la estructura jurídica de una sociedad que se organiza fundamentalmente de acuerdo a los dictados del mercado, pueda ser limitado por un acuerdo entre particulares al punto que un propietario no pueda tener plenas facultades sobre sus bienes.

En tal sentido, son dos las limitaciones más importantes que afectan al derecho de propiedad que adquiere el fiduciario: la primera es de orden temporal y tiene que ver con el carácter no definitivo de la propiedad fiduciaria, toda vez que el fiduciario, cumplido cierto objetivo o determinado plazo, debe restituir la propiedad al fiduciante o transferirla a un tercero; y la segunda responde más bien al hecho que la propiedad transferida al fiduciario no es plena, en la medida que éste se entiende obligado a actuar de una determinada manera.

5.1 El problema de la propiedad no definitiva.

Podría pensarse que un derecho de propiedad que no sea definitivo no tiene cabida dentro nuestro sistema, y sin embargo, el caso de la propiedad fiduciaria no sería el primer caso de propiedad temporal que reconoce el Código Civil peruano. Así, es absolutamente factible que se transfiera un derecho de propiedad sujeto a condición resolutoria, en cuyo caso, una propiedad perfectamente transferida podría revertir en favor de su titular anterior por el solo cumplimiento de

la condición estipulada por las partes.

Existe, además, un ejemplo que resulta aun mejor que el anterior para demostrar que la temporalidad del derecho de propiedad no se encuentra impedida por la ley ni por el orden público; nos referimos al caso del pacto de retroventa, según el cual, tal como lo establece el artículo 1586 del Código Civil, «...el vendedor adquiere el derecho de resolver unilateralmente el contrato, sin necesidad de decisión judicial». Éste es un claro caso en el que, por decisión de las partes contratantes, el derecho de propiedad no es transferido de un modo definitivo en favor del adquirente. Y es más, el pacto bajo comentario no sólo limita el derecho de propiedad en cuanto al tiempo, sino que también, en caso que el pacto haya sido inscrito en el registro, establece una limitación fundamental en relación a la posibilidad de transferir el bien, pues, de acuerdo a lo señalado en el artículo 1591, en tal circunstancia resulta oponible a terceros.

Consideramos que los ejemplos mencionados en los párrafos anteriores resultan más que suficientes para demostrar que una limitación temporal del derecho de propiedad no atenta en modo alguno contra el orden público, por lo cual no cabe descalificar a los negocios fiduciarios aduciendo como causal el carácter no definitivo del derecho adquirido por el fiduciario.

5.2 El problema de la propiedad no plena.

La otra razón generalmente esgrimida para rechazar la admisión de los negocios fiduciarios es la que señala que el derecho que se transfiere no es pleno, lo que no corresponde a la esencia del derecho de propiedad.

Al respecto, es muy importante esclarecer que el derecho de propiedad que adquiere el fiduciario no se encuentra limitado en ninguna medida; es un derecho de propiedad común, como el que adquiere cualquier sujeto por medio de una compraventa regular. Lo que ocurre es que el fiduciario se obliga personalmente a actuar de una manera determinada en relación al uso del bien, lo que puede también suceder cuando un propietario normal se obliga a entregar su bien en arrendamiento o en usufructo o cuando de cualquier manera autolimita su posibilidad de acción en relación a su posibilidad de uso.

En ese orden de ideas, y a mayor abundamiento, no debe olvidarse que el fiduciario, como cualquier otro propietario, puede incluso enajenar el bien a favor de un tercero, incumpliendo sus obligaciones en relación al fiduciante, pero actuando como verdadero y pleno propietario que en realidad es. Si esto no fuera así, los negocios fiduciarios perderían por completo su calidad de negocios de confianza y dejarían de tener como una

de sus características principales al riesgo que asume el fiduciante cuando transfiere la propiedad.

De manera que los negocios fiduciarios no tienen como característica limitar el derecho de propiedad que adquiere el fiduciario, sino tan sólo que éste actúe de acuerdo a lo pactado con el fiduciante para el cumplimiento de los fines establecidos en el contrato.

5.3 La propiedad fiduciaria y la propiedad civil.

Finalmente, es pertinente, luego de lo dicho, establecer si existe una relación de identidad entre el derecho de propiedad que surge de un negocio fiduciario y el derecho de propiedad regulado en el ámbito del Derecho Civil.

En tal sentido, la falsedad del argumento que indica que la propiedad fiduciaria es una propiedad restringida nos lleva a establecer como conclusión que no existen diferencias entre la propiedad fiduciaria y la propiedad común o civil. Si tal diferencia existiese, es decir, si el derecho que adquiere el fiduciario estuviese efectivamente limitado, como ocurre en el caso de la

fiducia germánica, los negocios fiduciarios perderían su razón de ser.

6. COMENTARIO FINAL.

Los negocios fiduciarios residen en un lugar no visitado por el derecho positivo; allí donde las relaciones entre las partes casi no necesitan del orden jurídico, donde la creatividad de los particulares -sin necesidad de atentar contra dicho orden- genera las nuevas fuentes de relaciones jurídicas, donde la confianza existente entre ellos es considerada la mejor garantía, el mejor contrapeso para equilibrar el riesgo que desde un punto de vista objetivo supone traspasar la propiedad cuando ello aparentemente no es necesario. La defensa del orden público debe limitarse a sancionar aquellos actos que sean contrarios a éste y no debe implicar necesariamente la inadmisibilidad de las figuras que, como los negocios fiduciarios, pueden ser utilizadas por los particulares para la satisfacción de una serie de necesidades que la regulación positiva nunca alcanzará a contemplar de manera absoluta. 𐆆