

“Liquidando” las garantías reales tradicionales

El fideicomiso en garantía como alternativa

Andrés Kuan-Veng Cabrejo

Bachiller en Derecho de la Universidad de Lima.

Luis Pizarro Aranguren

Abogado. Profesor de derecho civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

En el ejercicio cotidiano de nuestra profesión, venimos advirtiendo que el sistema tradicional de garantías reales viene siendo dejado de lado en las transacciones comerciales y financieras. Creemos que la razón principal de esta “crisis” o “decadencia” de la prenda e hipoteca del Código Civil se encuentra en la necesidad de los agentes económicos por encontrar mecanismos de garantía alternativos que aseguren la recuperación expeditiva de sus colocaciones o inversiones ante el eventual incumplimiento de sus deudores. Por ello, la demanda bancaria y empresarial se orienta a encontrar instrumentos legales que sacrifiquen el sistema tradicional de garantías reales que se basa principalmente en la solidez de los bienes, para dar paso a otros que ofrezcan, sobre todo, liquidez⁽¹⁾.

Así, uno de los principales problemas que enfrenta el tradicional esquema de garantías reales es la intervención del Poder Judicial, que no ofrece adecuados caminos de solución rápida a las pretensiones que se someten a su jurisdicción. Esta realidad ha motivado que las partes exijan de sus

asesores legales el diseño de instrumentos alternativos, distintos de las garantías del Código Civil, a través de los denominados “negocios jurídicos indirectos”, que aseguren una expeditiva recuperación de sus recursos. En este contexto, surgen productos legales colaterales atípicos como el otorgamiento de opciones, los “repos” o las cesiones de crédito en garantía, por citar algunos ejemplos.

En consecuencia, la falta de liquidez del esquema de garantías reales, agregado a la ausencia de mecanismos procesales idóneos para su rápida ejecución, en caso de incumplimiento de los deudores, eleva los denominados “costos de transacción” de las operaciones de financiamiento, lo que genera ineficiencia, en otras palabras, que los créditos no se otorguen o que se otorguen en condiciones desproporcionadas a los parámetros del mercado.

Ante esta realidad, creemos que el fideicomiso en garantía se presenta como un producto legal económicamente eficiente que puede ofrecer un alto grado de seguridad y agilidad, expeditivo para

(1) Es conveniente tomar en consideración que todas las políticas de otorgamiento de créditos de las instituciones financieras se sustentan en determinar el flujo de ingresos del cliente futuro deudor, a fin de determinar la procedencia de la operación y sus condiciones. En ese contexto, las garantías patrimoniales sólo resultan ser mecanismos complementarios. En otros términos, los bancos no otorgan créditos en razón de las garantías patrimoniales, aunque éstas tengan como objeto bienes de gran valor. De hecho, las normas de la Superintendencia de Banca y Seguros que regulan la clasificación de los créditos, las provisiones y las garantías establecen con toda claridad el carácter subsidiario de las garantías patrimoniales y la extrema importancia de los flujos de ingresos futuros de los deudores.

la realización de los bienes, que descongestiona el Poder Judicial y que permite a los acreedores obtener en forma rápida la satisfacción de sus acreencias.

1 Función económica de las garantías.

Conceptualmente, las garantías son un conjunto de figuras legales que pretenden neutralizar la descompensación derivada del cumplimiento no simultáneo de las prestaciones en las operaciones de crédito, lo que origina un desequilibrio de poder entre los contratantes, pues el sujeto que ya recibió el bien o servicio materia de la operación cumplirá con pagar el precio o retribución en el futuro.

La consecuencia natural de esta situación de asimetría entre los contratantes es la generación de una “ventaja estratégica” -“*the problem of contract opportunism*” en el *common law*⁽²⁾-, para la parte que ejecutará su prestación con posterioridad a la de la otra.

De esta manera, si Primus (el cliente) tiene interés en adquirir un vehículo de propiedad de Secundus (la empresa comercial), ya sea con financiamiento directo de Secundus o por virtud de un préstamo que le otorgue Tercius (una institución financiera); Primus tendrá una “ventaja estratégica” contra Secundus o Tercius, dependiendo del caso, lo cual origina en estos últimos una “aversión al riesgo” (riesgo de incumplimiento) que puede generar una de las dos siguientes consecuencias, ambas ineficientes: a) que la “aversión al riesgo” de Secundus o Tercius los haga abstenerse de formalizar la operación; o, b) que la “aversión al riesgo” de Secundus o Tercius eleve el valor de la operación en niveles que no correspondan a la prestación realmente recibida.

Ante la situación planteada el Derecho ha estructurado diversos mecanismos, algunos más óptimos que otros, para neutralizar esta situación de asimetría. Estos mecanismos legales tienen como finalidad crear una “ventaja estratégica” contraria,

a favor del acreedor (la empresa que comercializa al crédito o la institución financiera), que a su vez origina una “aversión al riesgo” para el deudor (el cliente).

De esta manera, el mecanismo será considerado eficaz cuando la “aversión al riesgo” que se cree en el deudor neutralice su “ventaja estratégica” frente al acreedor.

Bajo este contexto, en términos generales, el mecanismo típico para alcanzar el objetivo antes indicado es el otorgamiento de garantías, las cuales pueden tener como objeto: a) el patrimonio integral de una persona natural o jurídica (una fianza, por ejemplo); o, b) la afectación de bienes específicos (una prenda, una hipoteca o un fideicomiso en garantía, por ejemplo).

2 Regulación de las garantías en el Código Civil.

En el caso de las garantías sobre un patrimonio, ellas presuponen la intervención de un tercero que compromete universalmente el íntegro de su patrimonio en respaldo de la obligación asumida por un deudor. Los mecanismos legales típicos para instrumentar esta garantía son la fianza, figura contractual regulada en el Código Civil, y el aval, figura cambiaria regulada por la Ley de Títulos Valores.

La experiencia ha demostrado que en muchos casos la “aversión al riesgo” que se crea en el deudor no llega a constituir la suficiente fuerza para mediatizar su “ventaja estratégica” frente al acreedor, toda vez que los bienes que conforman el patrimonio pueden ser objeto de diversas operaciones, posteriores a la constitución de la garantía, en perjuicio del acreedor.

Por lo tanto, las garantías que tienen como objeto bienes específicos e individualizados otorgan, generalmente, una mayor seguridad en la transacción crediticia, en razón a que el Derecho permite que el acreedor pueda mantener la garantía

(2) CANTUARIAS, Fernando. *La función económica del Derecho: A propósito de los derechos de prenda e hipoteca*. En: *Derecho civil peruano: perspectivas y problemas actuales*. Lima: PUCP, 1993. p. 61.

vigente, no obstante las transacciones que realice el deudor sobre el bien específico, posteriores a su formalización. En ese contexto, el caso típico de estas garantías son la prenda y la hipoteca sobre bienes determinados, dependiendo de su naturaleza. Estos derechos pertenecen a la categoría de derechos reales regulados en Libro V del Código Civil.

Respecto a este tipo de derechos, Díez Picazo⁽³⁾ nos dice que el “derecho real” se define como un derecho subjetivo que protege con carácter absoluto el interés de una persona sobre una cosa, otorgándole un poder directo e inmediato sobre ella y al mismo tiempo una eficacia general en relación con terceros.

**El negocio fiduciario se muestra
como un negocio complejo y
flexible a la realización de
múltiples transacciones, como
una combinación entre un
negocio real de transmisión de
un dominio especial y diferente a
la propiedad plena.**

Precisamente, este último aspecto, que se conoce como la oponibilidad que surge de los derechos reales, habría llevado a los legisladores del Código Civil a suponer que dichas relaciones jurídicas deberían ser finitas y, en consecuencia, los privados no podrían crear otras, pues podrían violentar el interés de la colectividad, imponiendo el criterio *numerus clausus*, prohibiendo a las partes crear derechos reales distintos de los regulados legalmente.

Lo anterior resulta absurdo, pues el carácter oponible de una relación jurídica no es otorgado por la ley, sino por los mecanismos de publicidad o cognoscibilidad (el registro y la posesión), tanto para

los denominados “derechos reales” como para los “derechos personales”; así, un contrato de arrendamiento inscrito puede ser más oponible que un usufructo no inscrito, por lo que el mantenimiento de una lista cerrada de derechos reales no cumple ninguna función que justifique su existencia.

En el caso concreto de las garantías reales, la prenda es la garantía que proyecta oponibilidad, respecto de bienes no registrables o no registrados, a través de la posesión; y la hipoteca es la garantía que proyecta oponibilidad, respecto de bienes registrados, a través del registro⁽⁴⁾.

Como veremos luego, el fideicomiso, en su modalidad de “fideicomiso en garantía” es otro derecho real de garantía, generalmente sobre bienes específicos, que puede lograr su oponibilidad con la posesión, respecto a los bienes no registrables o no registrados, y con el registro, respecto a los bienes registrados.

Lo que ocurre es que el fideicomiso en garantía, independientemente de su oponibilidad, proyecta otros atributos que lo constituye en una alternativa de garantía altamente aconsejable para las operaciones financieras, gracias a su seguridad y su fácil ejecución. En otras palabras, creemos que el fideicomiso en garantía puede cumplir eficientemente en crear una “aversión al riesgo” en los deudores, con la consiguiente “ventaja estratégica” en los acreedores, que como hemos adelantado, implica la esencia de los instrumentos de garantía.

3 Consideraciones generales sobre el negocio fiduciario.

3.1 Algunos antecedentes generales.

Muchas veces la referencia a los antecedentes históricos de las diversas instituciones jurídicas puede resultar poco útil a la luz de la evolución del

(3) DIEZ PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil*. 2da.ed. Vol. I. Madrid: Tecnos, 1983. p.36

(4) El Código Civil también regula la denominada “prenda con entrega jurídica” que es una prenda sobre bienes registrables que se constituye, obviamente, por registro, creando una confusión semántica que se origina por una pésima clasificación de los bienes.

pensamiento y dinámica del mercado. El caso de la fiducia⁽⁵⁾ resulta ser una situación especial, ya que se trata de una de las instituciones jurídicas de mayor antigüedad y que, a pesar del tiempo, ha conservado la finalidad para la cual fue concebida en muchos de sus aspectos. Por lo tanto, resulta ilustrativo explorar el origen de esta institución para comprender su lógica y funcionamiento.

En ese contexto, se debe tener presente que la fiducia se encuentra presente tanto en el ordenamiento legal romano, como en el *common law*⁽⁶⁾.

3.1.1 Fiducia en Roma.

La ausencia de garantías reales en el derecho civil en la época del imperio romano llevó a las personas a abstenerse de llevar adelante diversas transacciones, por cuanto sólo les quedaba confiar en la palabra del otro contratante, lo que resultaba ineficiente para neutralizar su aversión al riesgo. Para suplir esta necesidad, el ingenio romano ideó entonces una figura de derecho común, a la que dio el nombre de *fiducia*, palabra que en latín significa “confianza”.

Esta modalidad de la fiducia romana era la denominada *fiducia cum creditore*, la cual se celebraba como un pacto accesorio a un contrato de mutuo y que consistía básicamente en que la parte deudora transmitía la propiedad de un bien al acreedor, el cual conservaba tal bien hasta que el deudor cumpliera con su obligación. Una vez concluido este evento, le era devuelta al deudor la propiedad del bien con todos sus atributos. Esta modalidad admitía también la posibilidad que la propiedad del bien se transmitiera fiduciariamente a un tercero que debía ser de la confianza del acreedor y del deudor.

3.1.2 Nacimiento del *trust*⁽⁷⁾ en el *common law*.

Esta institución surge a consecuencia de la rigidez exagerada del régimen de la propiedad

inmueble en la Europa feudal. Durante esa época, los derechos sobre inmuebles estaban cuidadosamente regulados en el *common law*. Este fue el caso del Estatuto de Manos Muertas mediante el cual los señores feudales prohibieron a los religiosos adquirir y poseer tierras, ya que estos últimos gozaban de privilegios en cuanto a las contribuciones y cánones que reconocían a los primeros.

Para superar esta prohibición, los religiosos crearon la figura de los *uses* (antecedente del *trust*) que operaba de la siguiente manera: la orden religiosa que quería adquirir determinado inmueble conseguía a un amigo laico que hiciera la compra respectiva a su propio nombre, utilizando dinero proporcionado por los religiosos. El comprador tenía el compromiso y la obligación de conciencia de destinar el inmueble al uso de la orden respectiva, la cual entraba a disfrutar de todos los privilegios de propietario, sin tener que soportar las cargas propias de su condición, toda vez que para el *common law* dicha condición correspondía al amigo laico.

La difusión del *trust* fue en aumento y reforzada por sentencias de Tribunales de Equidad del *common law* que reconocieron un desdoblamiento del derecho de propiedad sobre los bienes en el *trust*, existiendo el propietario legal *trustee* y el propietario de equidad *cestui que trust* (el que confía).

Ambos antecedentes de la fiducia tienen aspectos propios que los caracterizan no obstante su génesis diferente. Sin embargo, es incuestionable que el móvil esencial presente en ambos casos es la confianza que depositan las partes contratantes en el fiduciario, en la medida que le transfieren sus propiedades pero no de manera absoluta. Se aprecia una transferencia transitoria o afecta al cumplimiento de un fin específico.

3.2 Función económica de los negocios fiduciarios.

Cierta doctrina moderna define al negocio

(5) Para efectos del presente artículo las palabras “fiducia” y “fideicomiso” deben entenderse como análogas. En el Perú la regulación bancaria y del mercado de valores hacen referencia a fideicomiso, mientras que otros países, como Colombia, el término utilizado es el de fiducia.

(6) CASAS SANZ DE SANTAMARÍA, Eduardo. *El ABC de los servicios fiduciarios en Colombia*. Bogotá: Temis, 1987. p.21.

(7) Como se aprecia, el elemento confianza no era ajeno en el antecedente anglosajón del fideicomiso, ya que la palabra *trust* en castellano significa también confianza.

fiduciario como “una declaración de voluntad a través de la cual el fiduciante (o fideicomitente) inviste a otro, el fiduciario, de una posición jurídica frente a terceros, como medio que excede al fin práctico tenido en vista por las partes, con la obligación de devolver el derecho, estando su realización limitada por la convención fiduciaria⁽⁸⁾”.

La definición propuesta resalta algunos aspectos típicos que son inherentes a la celebración de los negocios fiduciarios. Para algunos autores como Villagorda Lozano⁽⁹⁾, los negocios fiduciarios se caracterizan por “la excedencia del medio empleado frente al fin que se quiere obtener”. Bajo la óptica de esta corriente de autores, el fiduciario se hace propietario de un bien a pesar de que lo que en realidad se busca es simplemente garantizar una obligación.

Esta situación se podría graficar con los siguientes ejemplos:

Caso 1: Primus quiere adquirir una casa al crédito. Secundus financia a Primus los fondos suficientes para la adquisición de la vivienda, a cambio de una tasa x de interés. A fin de resguardar el pago oportuno del crédito, Primus transfiere el inmueble que ha comprado, en dominio fiduciario, a favor del Banco Tercius, quien venderá (rematará o ejecutará) la casa en caso Primus no le pague a Secundus, o dejará de ser titular fiduciario de la casa cuando Primus cancele a Secundus el íntegro del préstamo.

Caso 2: Primus es viudo y padre de tres hijos menores de edad. Preocupado por el futuro económico de sus hijos ante cualquier riesgo personal, decide que, en caso de muerte, la propiedad de sus bienes pasará en dominio fiduciario a favor de Secundus, con el expreso encargo de administrar los referidos bienes en provecho de los hijos de Primus. En el momento que los hijos de Primus sean mayores de edad, Secundus dejará de ser titular fiduciario. Adviértase que desde la muerte de Primus, sus hijos han sido propietarios de los bienes, independientemente de la fiducia.

Caso 3: Primus es una empresa que ha construido el Centro Comercial Matute *Plaza Shopping Center*. Secundus es una administradora de centros comerciales que ha adquirido a plazos los diversos locales del mencionado centro comercial. Tercius por su parte es una empresa del sistema financiero que ha financiado a Primus la adquisición de maquinarias y equipos para la construcción.

En ese contexto, Tercius solicita a Primus que en respaldo de las obligaciones pendientes que le mantiene, deposite en una cuenta bancaria (en el Banco Cuartius) un porcentaje mensual de las cuotas que Secundus le paga, monto que quedaría depositado como garantía fiduciaria. En este contexto, pueden ocurrir dos situaciones: si Primus le paga a Tercius todo el crédito por la maquinaria, Cuartius le entrega su dinero que estaba depositado en garantía. En caso Primus incumpliera con pagarle a Tercius, Cuartius tendría que entregarle a Tercius el dinero depositado que a su vez había sido entregado por Secundus.

Como se puede apreciar, el negocio fiduciario se muestra como un negocio complejo y flexible a la realización de múltiples transacciones, como una combinación entre un negocio real de transmisión de un dominio especial y diferente a la propiedad plena, vinculado a un negocio obligacional o crediticio.

En ese sentido, el negocio fiduciario resulta de la unión de dos figuras de índole y efectos diferentes. Por un lado, un elemento real positivo en cuya virtud se transmite una “especie de dominio” sobre determinados bienes, y como freno un elemento obligacional que impone al fiduciario la obligación de administrar los bienes de un modo determinado.

Ahora bien, en este caso el elemento de la confianza también juega un papel transcendental ya que muchas legislaciones, en salvaguarda del tráfico mercantil, han establecido que los actos de disposición del fiduciario, excediendo el encargo

(8) LISOPROWSKI, Silvio y KIPER, Claudio. *Fideicomiso, dominio fiduciario y securitización*. Buenos Aires: Depalma, 1995. p.109.

(9) VILLAGORDA LOZANO, José. *Doctrina General del Fideicomiso*. México: Porrúa, 1982. p.4.

fiduciario, serán anulables, en la medida que el adquirente actúe de mala fe⁽¹⁰⁾.

3.3 El patrimonio fideicometido o patrimonio autónomo.

Para continuar comprendiendo la figura del negocio fiduciario, conviene precisar que la titularidad respecto de los bienes transferidos a favor del denominado “fiduciario” no tiene un reflejo igual a la de los demás derechos (u obligaciones) que este fiduciario detenta. Lo que ocurre en realidad es que en el interior de su contabilidad los bienes adquiridos en dominio fiduciario forman un patrimonio autónomo que no se contamina con las demás cuentas de los estados financieros del fiduciario. La razón es muy simple: la independencia legal del patrimonio otorga plena seguridad al otorgante del fideicomiso (el denominado “fideicomitente”) que el fiduciario administrará los bienes conforme a sus precisas indicaciones y en cumplimiento de los fines específicos que motivaron su constitución.

Ahora bien, la protección de los bienes entregados en fideicomiso, a través del nacimiento de patrimonios autónomos, ha sido analizada por diversos autores que han elaborado teorías para explicar la situación jurídica de dichos bienes, concluyendo que el ordenamiento jurídico admite la legalidad excepcional de los patrimonios autónomos, afectados para el cumplimiento de un negocio específico determinado.

Estas teorías dejan de lado las explicaciones que proponían algunos autores como Zacharie y Aubry y Rau⁽¹¹⁾, que concebían al patrimonio como un atributo de la personalidad, siendo dicho patrimonio inseparable de la persona. Esta posición ha sido superada por diversas teorías que se fundamentan en el hecho que es válido afectar bienes a un fin determinado o particular, en tanto que normativamente se permita.

Según afirma Rivera⁽¹²⁾, “(...) los llamados patrimonios separados presentan las siguientes características primarias: (i) necesitan previsión legal desde que son una excepción al principio general de que el patrimonio es la prenda común de los acreedores; (ii) tienen independencia del patrimonio general, aunque más preciso será hablar de separación de bienes para efectos del fideicomiso; y, (iii) responden sólo por las deudas contraídas en virtud del patrimonio especial”.

Nuestro ordenamiento legal no es ajeno a la afectación de determinados bienes para conformar un patrimonio autónomo destinado a un fin específico. Este es el caso del fideicomiso bancario, el fideicomiso de titulización, y la constitución de fondos mutuos y fondos de inversión, casos en los cuales los constituyentes afectan una parte de su patrimonio a una inversión u operación específica.

3.4 El dominio fiduciario.

La principal duda conceptual en relación a la transferencia de dominio fiduciario radica en determinar si dicha transferencia implica la transmisión de propiedad de los bienes que integran el patrimonio autónomo afecto al negocio fiduciario. Es de señalar que en este punto distintos tratadistas afirman que dicha transferencia conlleva una transferencia de propiedad, pero que la misma implica un derecho de propiedad imperfecto⁽¹³⁾, toda vez que existe una limitación a la misma en virtud de que el fiduciario sólo podrá disponer plenamente del bien una vez realizadas determinadas condiciones. Otros, en cambio, sostienen la naturaleza especial e independiente del fideicomiso respecto a la propiedad.

Ante tal conflicto de posiciones, será necesario dilucidar si esa transferencia fiduciaria es de propiedad (imperfecta o especial) o de un derecho distinto.

(10) Este es el caso del fideicomiso regulado en la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, Ley No.26702, cuyo artículo 252 señala que los actos de disposición que efectúa el fiduciario serán anulables si el tercer adquirente actuó de mala fe, salvo en los casos de transferencias en la bolsa de valores en cuyo caso los valores mobiliarios son irrevindicables.

(11) Citados por LISOPRAWSKI, Silvio y KIPER, Claudio. Op.cit.; p.133.

(12) RIVERA, Julio César. *Instituciones de Derecho Civil*. Parte General. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1992.

(13) Algunos autores, como Manuel Albaladejo, distinguen entre el derecho de propiedad pleno (señorío pleno sobre la cosa) y el no pleno.

En relación al concepto de dominio fiduciario, diversos autores, como Kiper y Lisoprawski⁽¹⁴⁾, señalan que éste no es un derecho real distinto al de propiedad sino una modalidad de ésta y, por lo tanto, tiene la naturaleza de un derecho real de dominio. Así, señalan que el dominio fiduciario es un derecho real sobre cosa propia, característica esencial del derecho real de propiedad, pues los derechos reales sobre cosa ajena son los desmembrados, como por ejemplo los de disfrute o de garantía (usufructo o hipoteca por ejemplo), concluyendo que el dominio fiduciario es efectivamente un derecho real de dominio pero sujeto a modalidades; no existiendo desmembración alguna, pues ésta se configura cuando existe otro derecho real sobre la misma cosa que impide al titular ejercer todas sus facultades; no obstante, en el dominio fiduciario existe un dominio real absoluto sobre la cosa, pero dada su especial naturaleza se encuentra limitado.

Nosotros admitimos que en cada país, conforme se haya estructurado el sistema de derechos patrimoniales podrá concluirse respecto a la independencia o no del fideicomiso con relación a la propiedad, sin embargo, creemos que en el Perú, tal como lo desarrollamos más adelante, la figura del fideicomiso implica la existencia de un derecho real absolutamente diferente a la propiedad y que el denominado “dominio fiduciario” no es sinónimo de “dominio”.

4 Regulación del fideicomiso en el Perú.

4.1 Antecedente: La anterior Ley de Bancos.

El ordenamiento peruano, concretamente las legislaciones que han regulado el funcionamiento del sistema bancario y financiero, se han adherido a la corriente doctrinaria que concibe al fideicomiso como una categoría de los negocios fiduciarios.

Es así que la Ley General de Instituciones Bancarias, Financieras y de Seguros, aprobada mediante el Decreto Legislativo No.770 (la anterior Ley de Bancos), reguló por vez primera el contrato de fideicomiso en la legislación nacional definiéndolo en su artículo 314 de la siguiente manera:

“Artículo 314.- El fideicomiso es una relación jurídica por la cual una persona, llamada fideicomitente, transfiere uno o más bienes a otra persona, llamada fiduciario, quien se obliga a utilizarlos en favor de aquél, o de un tercero llamado fideicomisario”.

Como lo señala Morales Casas⁽¹⁵⁾ “(...) este tipo de operaciones recibe también la denominación de servicios bancarios, término que ciertamente es apropiado porque en realidad eso es lo que son. Desde luego que por la prestación del servicio el banco cobra el valor del mismo, pues no lo hace gratuitamente. Pero ello no implica que los dineros que reciba por este concepto puedan soportar la connotación de captación, porque se trata de situaciones esencialmente diferentes”.

Siguiendo la coherencia de las características de la operación, el artículo 348 de la misma norma señaló que por cada fideicomiso, el banco fiduciario estaba en la obligación de llevar una contabilidad separada, manteniéndola conciliada con la contabilidad propia. Es que realmente la contabilización del fideicomiso como operación bancaria neutra no tiene preciso lugar dentro del balance, pues no incide en el resultado mismo del balance.

Este razonamiento lógico se alteró por la equivocada redacción empleada por el artículo 326 de aquella Ley de Bancos, cuyo primer párrafo indicaba lo siguiente:

“Artículo 326.- El fiduciario adquiere la propiedad de los bienes y la titularidad de los derechos que constituyen el patrimonio fideicometido, sujeto al cargo de atender con ellos al cumplimiento de las finalidades señaladas en el acto constitutivo”.

(14) Estos autores señalan que “el dominio fiduciario es una especie del género dominio imperfecto, que es, en suma, el derecho real de dominio (...) pero desprovisto de una de sus características, la perpetuidad, en la medida en que puede extinguirse por el cumplimiento de un plazo o una condición resolutoria, o por alguna causa de extinción del fideicomiso”.

(15) MORALES CASAS, Francisco. *Fundamentos de la actividad y de los negocios bancarios*. 2a.ed. Santa Fe de Bogotá: Jurídica Radar, 1994. p.641.

La redacción empleada hizo que surjan una serie de dudas teóricas y prácticas en relación a los alcances de la transmisión al fiduciario, en razón a que un sector de asesores legales se inclinó a equiparar el derecho que se transmitía al fiduciario con el de propiedad plena regulado en el Código Civil, de lo que se derivaban una serie de efectos civiles, financieros y tributarios impropios de la naturaleza de los negocios fiduciarios.

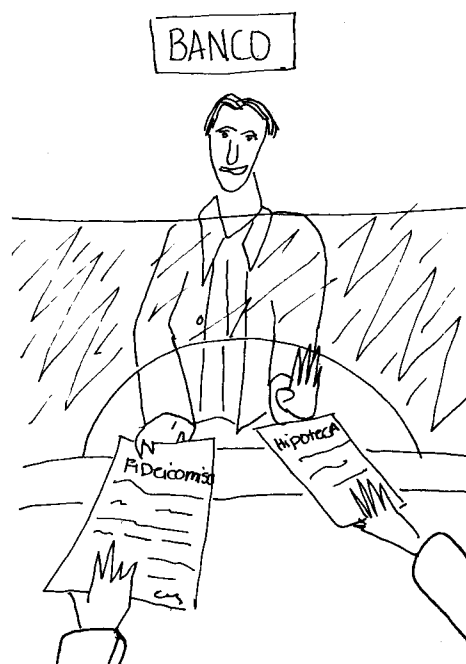
Incluso, quienes negaban la condición de derecho real autónomo que nacía del fideicomiso, tenían serias dificultades para justificar algunas de las normas contenidas en la antigua Ley de Bancos que convertían al derecho de “propiedad” del fiduciario en uno muy limitado. Así por ejemplo: (i) el artículo 316 de la Ley de Bancos establecía como requisito de validez para el fideicomiso que el fideicomitente transmita al fiduciario la facultad de disponer de los bienes transferidos; (ii) el derecho del fiduciario era temporal, por cuanto estos contratos tenían un plazo máximo de duración al amparo del artículo 325 de aquella Ley de Bancos; (iii) el tercer párrafo del artículo 326 de la Ley de Bancos señalaba que el banco fiduciario sólo podía disponer de los bienes fideicometidos con arreglo a las estipulaciones contenidas en el acto constitutivo, siendo anulables los actos de disposición que contravengan dicho pacto; y, (iv) el fideicomitente conserva el derecho de recuperar los bienes que integran el patrimonio fideicometido al término del fideicomiso.

Obviamente, estas limitaciones que eran inherentes a la transmisión derivada del contrato de fideicomiso, tal como se desarrolla más adelante, difieren marcadamente de las características propias de la naturaleza del derecho de propiedad.

4.2 Regulación del fideicomiso en la actual Ley de Bancos.

El legislador advirtió las inconsistencias que surgieron en la redacción empleada por la anterior Ley de Bancos. Es por ello que la Ley

General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, aprobada mediante la Ley No.26072 (Ley de Bancos vigente), introduce una serie de elementos que presentan adecuadamente el derecho que emana del fideicomiso, denominado dominio fiduciario, como un derecho real autónomo y diferente de los regulados en el Código Civil.



Efectivamente, el artículo 241 de la Ley de Bancos al definir el fideicomiso señala que éste constituye: “(...) una relación jurídica por la cual el fideicomitente transfiere bienes en fideicomiso a otra persona, denominada fiduciario, para la constitución de un patrimonio fideicometido, sujeto al **dominio fiduciario** de este último y afecto al cumplimiento de un fin específico a favor del fideicomitente o un tercero denominado fideicomisario” (resaltado nuestro).

Uno de los elementos innovadores que introduce la Ley de Bancos es el “dominio fiduciario” cuyas características se infieren del propio artículo 252 que señala lo siguiente:

“Artículo 252.- El fiduciario ejerce sobre el patrimonio fideicometido, dominio fiduciario, el mismo que le confiere plenas potestades, incluidas las de administración, uso, disposición y reivindicación sobre los bienes que conforman el patrimonio fideicometido, **las mismas que son ejercidas con arreglo a la finalidad para la que fue constituido el fideicomiso, y con observancia de las limitaciones que se hubieren establecido en el acto constitutivo (...).** La empresa fiduciaria **sólo puede disponer de los bienes fideicometidos con arreglo a las estipulaciones** contenidas en el instrumento constitutivo” (resaltado nuestro). En la misma línea, para descartar cualquier posible asimilación del dominio fiduciario al derecho de propiedad, el último párrafo del artículo 273 de la Ley de Bancos señala lo siguiente: “(...) La empresa fiduciaria **no tiene derecho de propiedad** sobre los bienes que conforman el patrimonio fideicometido, siendo responsable de la administración del mismo” (resaltado nuestro).

La concordancia y coherencia de estas normas resulta ser incuestionable y nos presentan, en consecuencia, un nuevo derecho real: el dominio fiduciario, que emana de los contratos de fideicomiso.

4.3 Dominio fiduciario vs. propiedad.

El hecho que la Ley de Bancos haya introducido una serie de disposiciones que diferencian al dominio fiduciario del derecho de propiedad, no debe satisfacer nuestra inquietud y afán de cuestionamiento de las instituciones jurídicas. Es por ello que analizamos las características de ambos derechos reales y establecemos sus similitudes y diferencias a la luz del ordenamiento legal vigente.

En ese contexto, se debe tener presente que la Ley de Bancos hace referencia a un conjunto de conceptos que deben ser analizados en su contenido jurídico por las normas generales que regulan los derechos reales (para estos efectos, derechos que

establecen las relaciones entre las personas respecto de bienes) y los derechos personales u obligacionales (para estos efectos, derechos que establecen las relaciones patrimoniales entre las personas).

Al analizar la definición contenida en el artículo 241 de la Ley de Bancos las preguntas iniciales que surgen del texto anterior son:

a) ¿Qué significa “transfiere”? ¿transferencia de propiedad? ¿transferencia de posesión? ¿transferencia de otro derecho real?

b) ¿Qué es “dominio fiduciario”? ¿en qué se diferencia del simple dominio? ¿el dominio fiduciario es igual que la propiedad? y,

c) ¿Es compatible con el concepto de propiedad el hecho que se transfiera un bien afecto al cumplimiento de un fin específico?

Asumiendo que las respuestas a este conjunto de preguntas no se ubican en la Ley de Bancos, y que su campo de regulación no alcanza para otorgar elementos de interpretación o contenido a la naturaleza de los derechos, resulta imprescindible recurrir al Código Civil y a las instituciones civiles en general para entender los alcances del dominio fiduciario.

Las relaciones patrimoniales que las personas tienen respecto a los bienes, que se denominan derechos reales, están reguladas en el Código Civil. El referido cuerpo normativo establece la existencia de once derechos reales que son: la propiedad, el usufructo, el uso, la habitación, la posesión, las servidumbre, la superficie, la prenda, la hipoteca, la anticresis y la retención.

Seguidamente el propio Código Civil establece un principio que se denomina *numerus clausus*, que dicho en términos simples, es un impedimento para que los particulares puedan crear libremente otros derechos reales diferentes a los once antes detallados. Por lo tanto, a menos que una norma con rango de ley cree otro derecho real, cualquier derecho que tenga que ver con bienes tiene, necesariamente, que encajar en alguno de los once derechos reales previstos.

Como consecuencia, desde el punto de vista del derecho civil, podemos concluir, respecto al dominio fiduciario, que sólo existen dos posibilidades: (i) es uno de los derechos reales existentes en el Código Civil; o, (ii) es un nuevo derecho real y, por lo tanto, no se le aplican las consecuencias civiles, contractuales, tributarias, financieras y contables de algún otro derecho real.

El derecho real más cercano al derecho de fideicomiso es la propiedad, por lo tanto, para los efectos del presente análisis, tendríamos que excluir la compatibilidad del dominio fiduciario con los otros diez derechos reales.

La propiedad es definida por el artículo 923 del Código Civil como el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Como consecuencia natural, el derecho de propiedad le otorga facultades a su titular con características de incondicionalidad, irrevocabilidad y permanencia en el tiempo. En otros términos, quien adquiere el dominio o propiedad de un bien puede usarlo, destruirlo, venderlo, administrarlo, gravarlo, prestarlo, alquilarlo, transformarlo, donarlo o permutarlo a su plena, libre y absoluta libertad, sin que el derecho sobre el bien esté sujeto a ninguna restricción o dirección específica.

De la misma forma, quien transfiere la propiedad de un bien se desvincula totalmente de su titularidad y no guarda ningún atributo o expectativa de recuperación del bien. Por ende, la propiedad no se transfiere temporalmente, pues si alguien transfiere propiedad y luego estima conveniente recuperarla debe esperar que el nuevo titular decida transferírsela nuevamente.

En ese contexto es que diferenciamos claramente el derecho de propiedad del dominio fiduciario. Conforme las definiciones de fideicomiso, éste es un derecho temporal, provisorio, transitorio, condicionado y afecto a fines concretos, apartándose de la naturaleza del derecho de propiedad.

Terminológicamente se podrá hacer referencia a una "propiedad fiduciaria" o "dominio fiduciario", pero la referencia conceptual está enfocada a un derecho con elementos sustancialmente distintos a la propiedad.

En este orden de ideas, es necesario sostener que la Ley de Bancos ha creado un nuevo derecho real, lo cual es absolutamente posible legalmente⁽¹⁶⁾. Este derecho tiene una naturaleza propia e independiente.

Como consecuencia:

- a) El dominio fiduciario no es identificable con el derecho de propiedad;
- b) El concepto de dominio fiduciario no es identificable con el de dominio;
- c) La transferencia de bienes en fideicomiso no es identificable con la transferencia de bienes en propiedad; y,
- d) Las consecuencias contractuales, tributarias, contables y financieras del derecho de fideicomiso no serían asimilables a las del derecho de propiedad. En este caso, por ejemplo, la transferencia de bienes en fideicomiso no genera ningún tributo relacionado a transferencia de bienes en propiedad (impuesto general a las ventas para bienes muebles o alcabala para bienes inmuebles).

4.4 Modalidades.

Sin perjuicio de las características del contrato de fideicomiso y del dominio fiduciario desarrolladas anteriormente, debemos destacar que la actual Ley de Bancos, al igual que su antecedente, permite que este contrato sea muy flexible.

En este sentido, las partes intervinientes cuentan con amplia libertad para definir las características del encargo fiduciario, lo que determina que puedan celebrarse fideicomisos con diversas características, entre los que se incluyen el fideicomiso vitalicio, el fideicomiso testamentario, el fideicomiso de inversión, el fideicomiso cultural o el filantrópico expresamente reconocidos en la Ley de Bancos; el fideicomiso de titulización

(16) En aplicación del principio de jerarquía de las normas legales, es jurídicamente posible que una ley (Ley de Bancos), introduzca un nuevo derecho real.

expresamente regulado por la Ley del Mercado de Valores y el Reglamento de Titulización de Activos aprobado por CONASEV; u otras modalidades de fideicomiso reconocidas en la doctrina como el fideicomiso público, el fideicomiso de seguros, el fideicomiso de administración empresarial, etc.

Pues bien, una de las modalidades de este contrato de mayor difusión y uso en otros países es la fiducia o fideicomiso en garantía, el mismo que ha sido expresamente regulado por la Ley de Bancos y al que nos referimos a continuación.

5 Fiducia en garantía en el Perú.

5.1 Noción de fideicomiso en garantía.

El fideicomiso en garantía se puede definir como el acto jurídico por el cual se transfiere al fiduciario, en dominio fiduciario, bienes para garantizar con ellos o con su producto, el cumplimiento de ciertas obligaciones a su cargo o a cargo de terceros, designando como beneficiario al acreedor o a otro beneficiario, en cuyo favor, en caso de incumplimiento, se pagará una vez realizados (ejecutados) los bienes, el valor de la obligación o el saldo insoluto de ella, conforme lo previsto en el contrato. En ese sentido, al fiduciario se le transfieren en fiducia los bienes afectados en garantía para que, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, proceda a su venta o entregue en propiedad los bienes al beneficiario o a un tercero acreedor, según se haya previsto en el pacto constitutivo.

La mecánica operativa del fideicomiso en garantía se puede graficar en el siguiente ejemplo: Primus es una empresa constructora que mantiene una deuda con Secundus, una empresa del sistema financiero que ha financiado a Primus la adquisición de maquinarias y equipos. Secundus solicita a Primus que en respaldo de las obligaciones pendientes que mantiene con éste, transfiera fiduciariamente mediante un fideicomiso en

garantía un determinado inmueble de su propiedad, transfiriéndolo en dominio fiduciario a Tercius (una empresa que cuenta con autorización para celebrar contratos de fideicomiso), quien recibe el encargo fiduciario de vender extrajudicialmente el inmueble en caso se presente un incumplimiento por Primus.

Como se aprecia, la finalidad del fideicomiso es garantizar las obligaciones de Primus frente a Tercius derivadas del financiamiento otorgado por este último.

En este ejemplo, Primus actúa como fideicomitente-deudor, Secundus es el fideicomisario-acreedor y Tercius es el fiduciario. Incluso, la posición de Primus podría ser asumida por Cuartius, un tercero que afecte bienes de su propiedad en respaldo de las obligaciones asumidas por Primus frente a Secundus.

Como se aprecia, mediante el fideicomiso en garantía, el fideicomitente afecta bienes de su patrimonio, transmitiéndoselos (en dominio fiduciario) al fiduciario para garantizar el cumplimiento de una obligación principal con el fideicomisario.

5.2 Regulación en la Ley de Bancos.

El artículo 274 de la Ley de Bancos define al fideicomiso en garantía de la siguiente manera:

“Artículo 274.- La empresa que otorgue créditos con una garantía fiduciaria constituida con una tercera empresa fiduciaria se resarcirá del crédito incumplido con el resultado que se obtenga de la ejecución del patrimonio fideicometido, en la forma prevista en el contrato o con el propio patrimonio fideicometido cuando éste se encuentre integrado por dinero, dando cuenta en este último caso a la superintendencia. Son excluyentes la calidad de fiduciario y acreedor”.

Un aspecto importante del fideicomiso en garantía regulado en la Ley de Bancos es que la norma admite expresamente la posibilidad que un mismo bien sea susceptible de varios contratos de

fideicomiso en garantía, o en todo caso de distintas cargas o gravámenes.

Para estos casos, el último párrafo del artículo 246 de la Ley de Bancos ha señalado lo siguiente: “(...) Para los casos de fideicomisos en garantía, la inscripción en el registro respectivo le otorga el mismo orden de prelación que corresponde, en razón al tiempo de su inscripción”.

En consecuencia, una persona podría otorgar un bien en fideicomiso en garantía y luego hipotecarlo, en cuyo caso el orden de las inscripciones determinaría las preferencias.

Por otro lado, la mención a la incompatibilidad entre la función de fiduciario y la de acreedor podría resultar lógica en la medida que busca proteger al deudor y evitar excesos del acreedor.

Por el momento, y en resumen, la fiducia en garantía (i) vincula ineludiblemente a tres partes: el fideicomitente (que puede ser el deudor de la obligación principal o un tercero), el fiduciario (una empresa de operaciones múltiples o una compañía de seguros de acuerdo a la Ley de Bancos); y, el fideicomisario (acreedor de la obligación principal); (ii) se trata de un negocio jurídico accesorio (al igual que las tradicionales garantías reales o personales), por cuanto su existencia no podría darse sin el soporte de la obligación principal que garantiza; (iii) en principio, el acreedor de la obligación garantizada sería otra empresa del sistema financiero; y, (iv) en lo que respecta a la ejecución del patrimonio fideicometido, la norma permite que ésta se efectúe extrajudicialmente, siendo responsabilidad del fiduciario llevar a cabo dicha ejecución ante el incumplimiento en la obligación principal.

5.3 Elementos del contrato de fideicomiso en garantía.

5.3.1 En cuanto a los sujetos.

Tal como lo indicamos, este contrato vincula

ineludiblemente a tres sujetos distintos. Ahora bien, literalmente parecería que la Ley de Bancos exige que dos de los sujetos intervinientes sean empresas que se rigen por la aludida norma (el fiduciario y el fideicomisario).

En efecto, la función del fiduciario necesariamente debe ser asumida por una empresa que, de conformidad con la Ley de Bancos, pueda desempeñar esta función en los contratos de fideicomiso bancario. En ese sentido, esta responsabilidad puede recaer sobre bancos, financieras, cajas rurales de ahorro y crédito, cajas municipales de ahorro y crédito, cajas municipales de crédito popular, EDPYMES, compañías de seguros y las empresas especializadas en servicios fiduciarios.

El caso del fideicomisario (acreedor) no es tan claro, por lo que se debe analizar la redacción que emplea la Ley de Bancos para delimitar los alcances de la norma.

Por ello, en primer término debemos apreciar que el artículo 274 de la Ley de Bancos indica que el fideicomiso en garantía respalda a “la empresa que otorgue créditos (...)”.

En ese sentido, se debe tener presente que el Anexo-Glosario que forma parte integrante de la Ley de Bancos, define como “empresas” a aquellas que forman parte del Sistema Financiero y de seguros autorizadas a operar en el país y sus subsidiarias, con exclusión de aquellas que prestan servicios complementarios.

Toda vez que la definición antes indicada establece una relación entre la definición de empresas y la de sistema financiero, se debe señalar que el propio Anexo-Glosario define como “sistema financiero” a “el conjunto de empresas, que debidamente autorizadas operan en la intermediación financiera”; y, adicionalmente, define como parte del sistema financiero a las subsidiarias de éstas que requieran de autorización de la Superintendencia de Banca y Seguros para constituirse.

Bajo los criterios antes expuestos, se puede afirmar que la Ley de Bancos sólo facultaría a ser fideicomisarios de los contratos de fiducia en garantía a: (i) aquellas empresas o sociedades cuya actividad económica consiste en la realización de operaciones de intermediación financiera, vale decir “la captación habitual consistente en la captación de fondos, bajo cualquier modalidad, y su colocación en forma de créditos o inversiones”; y, (ii) a las empresas subsidiarias en las que las antes indicadas hubiesen aportado un capital.

En segundo lugar, la obligación principal que es garantizada por el fideicomiso en garantía emana de un crédito. Si bien el otorgamiento de créditos no es una actividad privativa de las empresas del sistema financiero (como sí lo es la captación habitual), lo cierto es que ella configura una de las facetas más importantes de la actividad bancaria. Es que el otorgamiento de créditos es el ejemplo típico de las operaciones activas de las empresas del sistema financiero.

En nuestra opinión, resultaría injustificable limitar esta figura jurídica a garantizar créditos de las instituciones financieras, por lo que se amerita una aclaración normativa que extienda su campo de aplicación.

Otra limitación que impone la Ley de Bancos es el hecho que el fideicomiso en garantía se limite a respaldar créditos. Ello puede generar una restricción sin sentido, ya que se excluiría a otras obligaciones, tales como las que emanan de la emisión de valores mobiliarios, de los contratos de prestación de servicios, arrendamientos, suministros u otros contratos atípicos de los que no necesariamente subyace un crédito, salvo que se interprete que en este caso el término “crédito” comprende todo tipo de obligación.

En todo caso, consideramos que la regulación vigente requiere de ciertas precisiones para poder difundir adecuadamente la utilización del fideicomiso en garantía, de modo tal que no

pueda interpretarse que se trata de un privilegio reservado a ciertos agentes o a ciertas operaciones.

5.3.2 En cuanto al objeto.

En lo que refiere a los bienes que se transfieren en virtud a un contrato de fideicomiso en garantía, vale decir los bienes que conforman el patrimonio fideicometido, consideramos que son los que se mencionan en el cuarto párrafo del artículo 246 de la Ley de Bancos, que alude a los requisitos para la oponibilidad del fideicomiso, la misma que señala lo siguiente: “(...) Para oponer el fideicomiso a terceros se requiere que la transmisión al fiduciario de los bienes y derechos inscribibles sea anotada en el registro público correspondiente, y la otra clase de bienes y derechos se perfeccione con la tradición, el endoso u otro requisito exigido por la ley”.

La norma resulta por demás interesante y constructiva, ya que supera la tradicional y cuestionada clasificación contenida en el Código Civil que divide a los bienes en muebles e inmuebles, y utiliza el criterio de oponibilidad en base a bienes registrables y no registrables.

De lo anterior se infiere que la Ley de Bancos en este aspecto es flexible, ya que permite que los bienes que integran el patrimonio fideicometido sean de distinta naturaleza. En todo caso, lo que debe predominar no es la naturaleza de los bienes sino la facilidad para liquidar y ejecutar los bienes afectados en garantía.

5.3.3 Mecanismo de oponibilidad.

Manteniendo estrictamente los dos esquemas de bienes propuestos (“bienes registrables” y “bienes no registrables”), que a su vez generan dos esquemas de publicidad de los derechos que nacen sobre los mismos (el registro y la posesión), la transferencia en dominio fiduciario de los bienes que integran el patrimonio objeto de fideicomiso en garantía, queda condicionado a tales parámetros.

En este sentido, si los bienes que conforman el patrimonio fideicometido son considerados como “registrables”, la seguridad para las partes, en especial para el acreedor fideicomisario, se originará desde el momento de la inscripción de la transferencia en dominio fiduciario a favor del fiduciario en el registro; mientras tanto, en caso los bienes tengan la condición de “no registrable”, obtendrán su objetivo sólo en el caso que tengan la posesión del bien.

Así, en el primer caso, si la transferencia en dominio fiduciario está debidamente inscrita, resultará indiferente para el fideicomisario que el fiduciario tenga la posesión de los bienes o que un tercero inscriba en el registro algún otro derecho posterior al fideicomiso en garantía; lo que no ocurre en el segundo caso, pues si el bien no es registrable, la única posibilidad de impedir que el fideicomitente transfiera o constituya otra garantía sobre el mismo bien es despojándolo de su posesión, la misma que debe pasar al fiduciario.

5.4 Fiducia en garantía vs. garantías reales.

Los aspectos y particularidades de esta modalidad de fideicomiso guardan similitudes con los derechos reales de garantía, reconocidos por el Código Civil.

Sin embargo, a pesar de ciertas similitudes, el fideicomiso en garantía es un mecanismo legal que surge como alternativa al rígido esquema de garantías reales que se basa más en la solidez que en la liquidez.

El problema del esquema de garantías reales basado en la prenda e hipoteca es que no asegura un flujo inmediato de dinero que permite la recuperación expeditiva de las colocaciones o inversiones que realizan las agentes que cuentan con excedentes de riqueza.

Es por ello que los agentes financieros (empresas del sistema financiero) privilegian las garantías en función al criterio de liquidez

(facilidad de realización) sobre el de solidez (valor de mercado) de los bienes.

Este criterio se puede apreciar claramente en las normas que regulan los límites para el otorgamiento de créditos por parte de las empresas del sistema financiero y las normas aprobadas por la Superintendencia de Banca y Seguros para la evaluación y clasificación de cartera y exigencia de provisiones a dichas empresas.

Así por ejemplo, el artículo 207 de la Ley de Bancos señala que el límite individual para el otorgamiento de créditos puede incrementarse del 10% del patrimonio efectivo al 15% cuando el exceso este respaldado por hipoteca, prenda, *warrants* o fiducia en garantía constituida sobre bienes muebles e inmuebles.

De igual modo, para efectos de provisiones, éstas van decreciendo en la medida que las garantías sean más o menos líquidas. Así por ejemplo, la prenda sobre automóviles demanda una mayor provisión que una prenda sobre acciones que se negocian en la bolsa de valores.

En consecuencia, en el caso de las empresas del sistema financiero, sus normas especiales sí han buscado privilegiar la liquidez de la garantía sobre la solidez.

Ahora bien, consideramos que la liquidez de la garantía depende de dos factores: la negociabilidad del bien (su mercado secundario); y, el mecanismo de ejecución fijado por las partes. El primer elemento depende enteramente de los contratantes y el mercado. El segundo aspecto sí encuentra trabas legales, dado que la ejecución extrajudicial sólo está permitida claramente para el caso de la prenda⁽¹⁷⁾.

Es que uno de los principales problemas que enfrenta el tradicional esquema de garantías reales es el Poder Judicial, que no ofrece adecuados mecanismos de solución rápida de las pretensiones que se someten a su jurisdicción.

Incluso para el caso del procedimiento de

(17) Las prendas pueden ser ejecutadas por el acreedor prendario sin necesidad de tener que recurrir a la vía judicial, conforme el artículo 1069 del Código Civil, que establece que “Vencido el plazo sin haberse cumplido la obligación, el acreedor puede proceder a la venta del bien en la forma pactada al constituirse la obligación. A falta de pacto, se tramita como proceso de ejecución de garantías. La oposición del deudor sólo puede sustentarse en prueba documental que acredite indubitablemente el pago” (el resaltado es nuestro).

ejecución extrajudicial que las partes establezcan, se encuentran serias dificultades para su implementación, especialmente en el caso de la prenda sin desplazamiento, en la cual los deudores se niegan a entregar los bienes o a intervenir en el acto de la transferencia.

Ante estas dificultades, la posibilidad de constituir un fideicomiso en garantía ofrece importantes ventajas comparativas frente a las garantías reales tradicionales, entre las que destacamos las siguientes: (i) la responsabilidad sobre el manejo de la garantía recae sobre una entidad especializada sujeta a la supervisión de una entidad estatal (la Superintendencia de Banca y Seguros); (ii) la ejecución de los bienes, independientemente de su naturaleza, es directa (extrajudicial), evitando tener que someterse al Poder Judicial; (iii) el valor que puede obtenerse a consecuencia de la ejecución del bien es al valor de mercado del mismo y no un precio castigado como ocurre frecuentemente en un remate judicial; y, (iv) la transferencia en dominio fiduciario de los bienes que integran el patrimonio autónomo fideicometido separa jurídica y contablemente los bienes afectados, haciendo muy difícil que sean perseguidos por acreedores distintos al fideicomisario.

El aspecto vinculado a la ejecución del

patrimonio fideicomoteido es por demás atractivo, especialmente para el caso de bienes inmuebles, para los cuales el Código Civil no permitiría la ejecución extrajudicial y directa.

6 Conclusiones.

1) El fideicomiso genera un derecho real independiente de la propiedad.

2) Al ser un derecho distinto, al fideicomiso no se le aplican las consecuencias civiles, tributarias, bancarias o contables que corresponden al derecho de propiedad.

3) El fideicomiso en garantía constituye una atractiva alternativa que compite positivamente con las otras garantías reales tradicionales, dada la seguridad que proyectan la transferencia fiduciaria y la constitución de un patrimonio autónomo, y la agilidad de la ejecución en caso de incumplimientos.

4) La importancia de los negocios fiduciarios en general y de la fiducia en garantía en particular requiere un desarrollo más extendido de su aplicación, probablemente en el Código Civil, y un detalle normativo más depurado en la regulación bancaria. ¹⁴