

BREVE ENSAYO SOBRE EL DOMINIO FIDUCIARIO EN EL SISTEMA JURÍDICO PERUANO*

Freddy Escobar Rozas**

El sistema de propiedad, tal como ha sido diseñado y entendido en nuestro actual Código Civil, no resiste las dimensiones que el fideicomiso ha desplegado y facilitado actualmente al mundo financiero. El dominio fiduciario es, qué duda cabe, la titularidad financiera por excelencia y el nuevo perfil práctico que el mercado ha creado para otorgarle al sistema de propiedad otra utilidad (fuera del ámbito de los derechos reales encerrados en un numerus clausus).

El presente artículo contiene una meticulosa introducción a la titularidad fiduciaria. Es tanto un material didáctico como una exégesis crítica al sistema regulatorio actual.

Freddy Escobar Rozas

* A Bárbara, por el incommensurable amor que me ha regalado.

** Profesor de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad de Lima.

1. INTRODUCCIÓN

El dominio fiduciario, al que propiamente debería denominársele “dominio fideicomisario”¹, se ha convertido en la titularidad más importante en el mundo del financiamiento: el hecho que casi todas las operaciones financieras incorporen algún tipo de fideicomiso así lo demuestra².

Aún cuando los abogados que operan con el *civil law*³ se encuentran a estas alturas bastante familiarizados con el empleo del fideicomiso, no son pocos los problemas de orden práctico que aquéllos deben enfrentar. Tales problemas, como ocurre en nuestro caso, son básicamente atribuibles a una defectuosa regulación.

A pesar de que por limitaciones de espacio me es imposible demostrar aquí el origen de los problemas que nuestra regulación presenta, no puedo dejar de indicar que el hecho de no comprender a cabalidad la naturaleza del *trust* anglosajón, del cual –quíerese o no– deriva el fideicomiso latinoamericano⁴, es en buena medida el responsable de los desaciertos, inconsistencias y vacíos con los que tenemos que lidiar en la práctica.

Con la pretensión de contribuir en algo al estudio del fideicomiso, en las líneas que siguen me propongo presentar los principales problemas que la regulación peruana presenta respecto de los aspectos más relevantes del dominio fiduciario. De manera previa, analizaré brevemente el concepto y la naturaleza jurídica del dominio fiduciario, así como su origen.

2. ORIGEN

A pesar de que es común pensar que el origen del *trust* se encuentra en el *use*, parece ser que el antecedente más remoto del instituto bajo análisis es la *treuhand* germana⁵. De todos modos, sin embargo, no hay duda de que el nacimiento del *trust*, tal como hoy lo conocemos, está directamente vinculado al *use* inglés.

Como es sabido, antes del año 1066 d.C., el territorio inglés se encontraba fraccionado en diversas regiones gobernadas por distintos monarcas y señores feudales. La economía inglesa era fundamentalmente agraria y se encontraba organizada sobre la base de las relaciones de vasallaje feudal, que, *grosso modo*, suponían el otorgamiento de la posesión de la tierra a cambio de la prestación de una serie de servicios, básicamente de asistencia militar⁶.

Tras la conquista de Inglaterra por parte de Guillermo de Normandía⁷, ocurrida en el año indicado, las cosas empezaron a cambiar. En efecto, los monarcas normandos no quisieron mantener, por obvias razones, el fraccionamiento económico y político que existía en Inglaterra. Para eliminar tal fraccionamiento, aquéllos confiscaron las tierras e impusieron una regla autocrática, según la cual el rey era el único propietario de las mismas (*the primary and first source of the grant of land*). En consecuencia, después de la conquista en cuestión, tanto los nobles normandos (que se instalaron en territorio inglés) como los nobles ori-

¹ Por lo menos en nuestro sistema, negocio fideicomisario y negocio fiduciario no son términos que sirvan para designar un mismo fenómeno. En efecto, el negocio fideicomisario es un negocio típico, de modo que no puede tener la condición de indirecto u oblicuo. Este negocio, además, genera un patrimonio autónomo, que permite la protección *erga omnes* de los intereses del beneficiario. El negocio fiduciario, por su parte, es un negocio esencialmente atípico, cuya característica fundamental consiste en desviar una estructura típica para lograr la satisfacción de intereses distintos de los que dicha estructura presupone. Este negocio, a diferencia del anterior, no genera patrimonio autónomo alguno, de modo que los intereses del beneficiario sólo están tutelados *in personam*. De acuerdo con lo afirmado: DE ARESACOCHAGA, Joaquín. “El Trust, La Fiducia y Figuras Afines”. Madrid-Barcelona: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales. 2000. p. 34 y DE ANGELIS, Lorenzo. “Trust e fiducia nell’ordinamento italiano”. En: Rivista di Diritto Civile. Padova: Cedam. 1999. No. 3. pp. 356 y siguientes.

² Desde sus orígenes en América Latina, el fideicomiso ha estado fundamentalmente vinculado al ámbito bancario y financiero. De hecho, su introducción en las legislaciones latinoamericanas se debió en buena medida a las recomendaciones contenidas en el llamado “Reporte Kemmerer” preparado en 1921 con el objeto de analizar las causas de la ineficiencia de los sistemas bancarios latinoamericanos. El reporte en cuestión estableció que una de las referidas causas era la inexistencia del *trust* en los países de tradición romanista.

³ Esta afirmación no tiene, evidentemente, más fundamento que la mera constatación personal. De todos modos, es interesante hacer notar que la misma no parece estar alineada con la idea predominante que se tiene en otras latitudes al respecto; no en vano Sonneveltdt ha afirmado que “[f]or a civilian lawyer the trust concept is hard to grasp” (SONNEVELDT, Frans. “The Trust – An Introduction, The Trust. Bridge or Abyss between Common Law and Civil Law Jurisdictions?”. Editado por Frans Sonneveltdt y Harrie L. van Mens. Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers. 1992. p. 1). Asimismo, no en vano los common lawyers, en el contexto de las discusiones sostenidas para acordar la redacción de la Convención de La Haya (sobre la ley aplicable al trust y a su reconocimiento), afirmaron que los jueces de los países civilistas no poseían los instrumentos necesarios para ejercitar una función de vigilancia sobre los trustees, ¡como si nuestro sistema jurídico no otorgara a los tribunales herramientas de control de actividades fiduciarias similares a las que desempeña el trustee! (vgr. las de los administradores de fundaciones o de patrimonios de incapaces).

⁴ Así lo ha afirmado tajantemente: LUPOLI, Maurizio. “Trusts”. Milano: Giuffrè. 2001. p. 417. De acuerdo con esta afirmación: DOMÍNGUEZ, José Alfredo. “El Fideicomiso”. México D. F.: Porrúa. 1996. p. 139; KIPER, Claudio y LISOPRAWWSKI, Silvio. “Teoría y Práctica del Fideicomiso”. Buenos Aires: Depalma. 1999. p. 166; HAYZUS, Jorge Roberto. “Fideicomiso”. Buenos Aires: Astrea. 2001. p. 26; MALUMIÁN, Nicolás, DIPLOTTI, Adrián G. y Pablo GUTIÉRREZ. “Fideicomiso y Securitización. Análisis Legal, Fiscal y Contable”. Buenos Aires: La Ley. 2001. p. 367.

⁵ En tal sentido: BOGERT, George T. “Trusts”. West Group. 1987. p. 7 y FUENTESCA, Cristina. “Análisis de la posible relación entre la fiducia romana y el trust anglosajón”. Madrid: Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas. Enero, 1998. pp. 43 y siguientes.

⁶ WATERS, D. W. M. “Institution of the Trust in Civil and Common Law”. En: Recueil des Cours, tomo 252. Dordrecht-Boston-London: Académie de Droit International. 1995. p. 165.

⁷ La conquista de Inglaterra fue realizada por Guillermo el Conquistador, hijo ilegítimo del Duque de Normandía, “Roberto el Diablo”. “Guillermo el Conquistador”, apoyado por la Iglesia, se enfrentó durante doce años a la nobleza con el fin de recuperar el antiguo poder del Ducado de Normandía. Al morir su primo, “Eduardo el Confesor” –quien le había prometido el trono inglés–, invadió Inglaterra con 60.000 soldados y venció a su opositor, el Conde Harold II, en la batalla de Hastings (1066), siendo coronado ese mismo año en Westminster (ver: MC DONALD, John y G. D. SNOOKS. “Domesday Economy. A New Approach to Anglo-Norman History”. Oxford: Clarendon Press. 1986. pp. 7-8).

ginarios (*Saxon nobles*) pasaron a poseer y tener tierras en función de su juramento de fidelidad al rey. Todos estos nobles, por su parte, empezaron a entregar porciones de "sus" tierras a terceros, creando así un sistema de sub-vasallaje⁸.

Es importante subrayar que el sistema inglés no reconocía derechos de propiedad sobre las tierras a favor de los nobles y demás ciudadanos. El único propietario (*owner*) de las tierras era el rey. Los que recibían las tierras de la corona eran simplemente tenedores (*holders*) de las mismas⁹.

Ahora bien, la tenencia de la tierra venía acompañada de la obligación de prestar una serie de servicios al *landlord*. A esta forma de poseer las tierras se le denominaba "*tenure*". En un primer momento, los servicios eran personales y consistían en proveer al rey de ciertos recursos militares para enfrentar las guerras. En un segundo momento, los servicios a cargo de ciertos nobles se transformaron en deudas dinerarias (*rents*). Evidentemente, la existencia de la obligación de prestar servicios al *landlord* fue determinante para la creación del sistema de sub-vasallaje, que permitió a los nobles contar con los recursos necesarios para satisfacer las demandas de la Corona¹⁰.

Existían dos clases de *tenure*: el *free tenure* y el *unfree tenure*. El primero suponía que el tenedor de la tierra no estaba obligado a conservarla, de modo que podía transferirla a terceros. Asimismo, suponía que los servicios a ser prestados estaban previamente determinados. El segundo suponía que el tenedor de la tierra no podía transferirla a terceros. Asimismo, suponía que los servicios a ser prestados dependían de lo que decidiera cada *lord*. La mayoría de la población estaba sometida a la segunda modalidad de tenencia de la tierra¹¹.

Desde su conquista hasta el fin del siglo XII, Inglaterra fue gobernada por monarcas fuertes y débiles, cada uno de los cuales tuvo que lidiar con los intentos de rebelión encabezados por los barones y nobles, que se resistían a un poder omnipotente que tenía en sus manos el destino de sus tierras. En efecto, barones, nobles y, en general, todos los ciudadanos ingleses enfrentaban el peligro de la confiscación de tierras por

"traición". Como quiera que las relaciones entre barones y nobles, por un lado; y la Corona, por el otro, se fundamentaban en un juramento de fidelidad, era claro que en tiempos de inestabilidad, en los que los reyes se sucedían rápidamente debido a las múltiples luchas internas, los que apoyaban a un rey corrían el serio peligro de perder sus tierras si es que el oponente de turno llegaba al poder. Y claro, en esa época la tierra era sinónimo de riqueza y la riqueza sinónimo de poder¹².

Durante el periodo en cuestión, el sistema legal inglés fue altamente procedimental y falto de doctrina sustantiva. La fortaleza y confiabilidad de dicho sistema estaban basadas en la precisión y rigidez de sus procedimientos. Sólo a partir del siglo XIII el sistema comenzó a ser más flexible en sus procedimientos. Asimismo, a partir de ese siglo las cortes (*King's Bench*) comenzaron a ganar independencia respecto del poder del rey y de los terratenientes, ya que a pesar de que seguían siendo nombrados por la *curia regis* (consejo del rey y los barones), sus integrantes empezaron a ser elegidos de entre un grupo de abogados que formaron algo así como un colegio profesional independiente.

En lo que toca a la legislación, el periodo bajo análisis estuvo marcado por una serie de prohibiciones para la transferencia de las tierras. En efecto, las leyes feudales impedían la transferencia *mortis causa* de las tierras. Por tal razón, aquellos que viajaban a tierra santa para emprender las cruzadas, no podían celebrar testamentos para transferir a sus esposas e hijos menores la tenencia de las tierras. En efecto, en toda Inglaterra, excepto en el condado de Kent, el sistema legal sólo permitía transferir por testamento la tenencia de las tierras al primogénito. La razón era muy simple: para la Corona esta era la única forma de asegurar que la sangre de la familia que había recibido la tierra continuara poseyéndola y prestando los servicios de lealtad a favor del rey. Por consiguiente, si al momento de su muerte un terrateniente no tenía un hijo varón, la tierra retornaba al poder del respectivo *lord*¹³. Este último, evidentemente, podía redistribuirla como mejor le pareciera¹⁴.

⁸ STOEBC, William B. y WHITMAN, Dale A. "The Law of Property". St. Paul, Minnesota: West Group. 2000. p. 15.

⁹ WATERS, D. W. M. Op. cit., p. 178.

¹⁰ WATERS, D. W. M. Loc. cit.

¹¹ WATERS, D. W. M. Op. cit., p. 179.

¹² WATERS, D. W. M., Loc. cit.

¹³ WATERS, D. W. M., Op. cit., p. 169.

¹⁴ En lo que se refiere a las relaciones de sub-vasallaje, originalmente la muerte del *lord* o la del *tenant* determinaba la extinción del *tenure*. Como quiera, sin embargo, que un sistema de vasallaje que dependiera de la subsistencia de ambas partes era altamente insatisfactorio, se fue generando una costumbre entre los *landlords* de aceptar que los hijos mayores de los *tenants* los sucediesen en tales relaciones en caso de muerte de estos últimos. Si bien es cierto que inicialmente no había duda de que cada *lord* podía arbitrariamente decidir si a la muerte del *tenant* renovaba o no la relación de vasallaje con el hijo mayor de este último, la práctica seguida por algunos *lords* determinó el establecimiento de una regla general en virtud de la cual la relación de vasallaje debía renovarse obligatoriamente con el hijo mayor del *tenant*. Sin embargo, para que dicha renovación procediera, cada *lord* tenía derecho a exigir el pago de un impuesto. En un primer momento, el impuesto exigido era tan alto que prácticamente suponía una "recompra" de la tierra por parte del heredero del *tenant*. En un segundo momento, y gracias a la intervención legislativa de Enrique I, ese impuesto quedó fijado en una suma determinada, menor a la que se venía cobrando (así: STOEBC, William B. y Dale A. WHITMAN. Op. cit. p. 16).

Es en el contexto descrito que empieza a hacer su aparición el *use*. En efecto, como consecuencia de los deberes de fidelidad que tenían a su cargo, muchos nobles tuvieron que emprender las cruzadas para recuperar tierra santa. Habida cuenta que nada aseguraba su regreso, los que emprendían las cruzadas comenzaron a transferir las tierras a terceros (de confianza), con la condición de que éstos (i) las poseyeran y defendieran en beneficio de la familia de los primeros; y, (ii) las restituyan en caso de retorno¹⁵ ¹⁶. Evidentemente, si los adquirentes fallecían antes que los transferentes, las tierras hubieran tenido que retornar al dominio del correspondiente *overlord*. Para evitar esto, los que emprendían las cruzadas transferían las tierras a una pluralidad de personas (*joint tenants*), las cuales podían actuar como si fuesen una sola persona. Esta pluralidad era incluso susceptible de posteriores adiciones. De este modo, pues, el *transferor* se aseguraba de que el *transferee* no fallezca y, por ende, de que las tierras no retornen al dominio del *overlord*¹⁷.

En aplicación del *common law*, los adquirentes de las tierras devenían en *legal holders* de las mismas, por lo que resultaban premunidos de toda la protección legal que el sistema contemplaba a favor de los tenedores de inmuebles. Los familiares de los transferentes, que eran los beneficiarios del *use*, no tenían *actio* alguna frente a los nuevos *legal holders*. La satisfacción de sus intereses dependía, entonces, del cumplimiento de una *moral obligation*¹⁸.

Con el empleo del *use* los tenedores de tierras comenzaron a eliminar diversos inconvenientes que presentaba la *land law* del *common law*, a saber: la imposibilidad de transferir libremente, a través de testamento, el *tenure*; la necesidad de pagar los impuestos asociados a la relación de vasallaje; la necesidad de aceptar el matrimonio de ciertos miembros de la familia, etc. En efecto, mediante el *use* los tenedores de tierras no sólo encontraron la forma de que sus herederos continuaran aprovechando las mismas después de su muerte, sino que también encontraron la forma de evadir distintas obligaciones (como la de pagar impuestos, la de aceptar matrimonios con descendientes del *landlord*, etc.), pues los nuevos *holders* podían –al amparo de

un sistema legal sumamente rígido y formal– oponer al correspondiente *overlord* el hecho de poseer las tierras de manera pasiva, esto es, sin percibir los frutos o ganancias derivados de su explotación, condición *sine qua non* para que tales obligaciones fuesen amparadas por remedios específicos¹⁹.

Con el *use*, sin embargo, los tenedores de tierras se arriesgaban a que los nuevos *holders* no honraran sus obligaciones y, por consiguiente, se arriesgaban a perder todo “derecho” (*interest*) sobre las mismas. En efecto, como quiera que el *transferee* era el nuevo *legal holder*, el sistema legal le reconocía todas las prerrogativas del *tenure*. Por tal razón, y atendiendo a que dicho sistema era absolutamente rígido y formal, de modo que no concedía remedio alguno que no estuviese previamente reconocido en un *writ*, los beneficiarios del *use* se encontraban desprotegidos ante la deshonestidad del *transferee*²⁰.

Como era de suponerse, los casos de deshonestidad de los nuevos *legal holders* no tardaron en aparecer. Los beneficiarios solicitaron a las cortes cierta protección ante el incumplimiento de las obligaciones asumidas por los *transferees*. Las cortes negaron toda posibilidad de tutela real, ya que no existía un remedio específicamente previsto que impidiera al *legal holder* ejercer los atributos de su derecho de la manera más conveniente para sus intereses²¹.

En ese contexto, los afectados por la deshonestidad del *transferee* decidieron recurrir a la Corona, en búsqueda de justicia. En efecto, habida cuenta que el Rey era la autoridad suprema y tenía entre sus atributos el de impartir justicia, los afectados en cuestión, al no obtener remedio alguno en las cortes, comenzaron a solicitar justicia ante el Rey. Como quiera que las peticiones eran crecientes, debido a la alta popularidad que había alcanzado el *use* (y evidentemente a la alta tasa de deshonestidad), el Rey encomendó al canciller a intervenir y aplicar las medidas necesarias para encontrar la “justicia”. De este modo, pues, nació la Court of Chancery, que introdujo un sistema jurisdiccional distinto al de las cortes del *common law*²². Evidentemente, la Court of Chancery comenzó a aplicar un

¹⁵ PLUCKNETT, Theodore F. T. “A Concise History of the Common Law”. Boston: Little, Brown and Company. 1956. p. 577.

¹⁶ El *use* también comenzó a ser utilizado por las órdenes religiosas, aunque para fines distintos. En efecto, las Mortmain Acts prohibían la transferencia de tierras a órdenes religiosas y, consecuentemente, impedían que tales órdenes adquiriesen directamente algún *legal right* sobre esa clase de bienes. Por otro lado, algunas órdenes religiosas habían tomado votos de pobreza y por ello no podían tener *legal right* alguno. Los religiosos, sin embargo, necesitaban parcelas para poder vivir y trabajar. Con el fin de acceder a estos bienes sin violar las Mortmain Acts ni los votos de pobreza, algunas órdenes religiosas lograron que sus fieles donaran tierras a terceros bajo la condición de que las mismas sean usadas en provecho de tales órdenes. De este modo, monjes y frailes podían obtener los beneficios de las tierras sin tener la condición de *legal holders*.

¹⁷ WATERS, D. W. M. Op. cit., p. 174; BOGERT, George T. Op. cit., p. 8.

¹⁸ WATERS, D. W. M. Loc. cit.; BOGERT, George T., Op. cit., p. 9.

¹⁹ WATERS, D. W. M. Loc. cit.; SONNEVELDT, Frans. Op. cit., p. 3; PLUCKNETT, Theodore F. T. Op. cit., p. 582.

²⁰ BOGERT, George T. Op. cit., p. 9.

²¹ No sólo no existía un remedio real que impidiera el libre ejercicio de los derechos del *legal holder*, sino que tampoco existía un remedio personal que, basado en el incumplimiento del contrato, tutelase a la familia del *transferor*. En efecto, en esta época las cortes del *common law* no eran competentes para conocer asuntos relativos al derecho de los contratos. Pero hay más. Las nociones de *consideration* y de *privity of contract* hubieran hecho inviable la idea de un contrato a favor de tercero, que era el único que podía servir para sustentar las pretensiones de la familia del *transferor*.

²² BOGERT, George T. Op. cit., pp. 9-10; STOEBUCK, William B. y Dale A. WHITMAN. Op. cit., p. 19.

Derecho distinto al que aplicaban las cortes del *common law*. Este Derecho, denominado *equity*, no se oponía a aquél sino que simplemente lo complementaba, desarrollando remedios para los casos no contemplados por el sistema legal "positivo"^{23 24}.

Inicialmente, el Lord Chancellor obligó –bajo pena de multa, arresto o secuestro de bienes– al *transferee* a cumplir su promesa. Posteriormente, sin embargo, ante la insuficiencia del primer remedio, que no operaba contra el tercer adquirente, el Lord Chancellor se vio en la necesidad de crear un nuevo mecanismo de protección que tutelase *in rem* a los beneficiarios del *use*. Para ello, tuvo que echar mano del *estate*.

Como se ha visto, después de su conquista, Inglaterra fue estructurada sobre la base de dos principios: el de la propiedad y el de la tenencia. Así, mientras la propiedad estaba reservada exclusivamente para la Corona, la tenencia estaba reservada para barones, nobles, etc. Cuando la tierra se convirtió alienable en el siglo XIII, los tenedores podían vender o donar su interés; mas no la propiedad, que permanecía en la corona²⁵.

Ahora bien, los ingleses acuñaron el concepto de "estate" para describir el lapso de tiempo en el que un hombre podía retener y explotar la tierra en calidad de *holder*. El *common law* reconocía cuatro tipos de *estates*: *fee simple estate*, *fee tail estate*, *life estate* y *estate pur autre vie*. El primero era susceptible de ser transferido *mortis causa* tanto a los herederos lineales como a los colaterales. El segundo era susceptible de ser transferido *mortis causa* a los herederos lineales varones. Si no existían estos herederos, la tierra regresaba a poder del dador o de sus herederos. El tercero no era susceptible de ser transferido *mortis causa*, encontrándose vigente mientras viviera el tenedor. Finalmente, el cuarto tampoco era susceptible de ser transferido *mortis causa*, encontrándose vigente mientras viviera una persona determinada que no tuviese la condición de tenedor²⁶.

El valor económico de la tierra, pues, dependía, no del derecho de propiedad existente sobre la misma, sino del derecho de uso conferido al *holder*. El valor de este último derecho dependía del lapso de tiempo en el que se podía retener el *estate*.

Para crear un remedio que protegiera en términos reales al beneficiario del *use*, el Lord Chancellor creó el concepto del *equitable estate*. En efecto, como los mecanismos de protección real presuponían la titularidad de un *estate*, al Lord Chancellor no le quedó otra cosa que sostener que el beneficiario del *use* era titular de un *estate*, sólo que protegido por la *equity*. De este modo, pues, la Corona encontró una justificación para, sin alterar los principios del *common law*, ofrecer al beneficiario del *use* un remedio que tuviese como consecuencia enervar los efectos de la actuación del *legal estate*²⁷.

Inicialmente, sobre la base del *equitable estate*, el Lord Chancellor concedió protección al beneficiario del *use* contra el incumplimiento de las obligaciones (relativas a la explotación y defensa) del titular del *legal estate*. Posteriormente, el Lord Chancellor concedió protección al beneficiario del *use* contra el tercero adquirente del *legal estate*, en caso que éste no hubiese pagado precio alguno o no hubiese actuado con *bona fide* (lo que ocurría si tenía conocimiento de la existencia del *use* o si podía razonablemente tener tal conocimiento)²⁸. Finalmente, el Lord Chancellor reconoció la posibilidad de vender el *interest* que tenía el beneficiario del *use*; por tal razón, la transferencia del *equitable estate* y del *legal estate* pasaron a tener el mismo reconocimiento. De esta manera, pues, quedó perfilada una duplicidad de situaciones jurídicas subjetivas sobre el mismo bien, sólo que cada una resultaba protegida por un Derecho distinto²⁹.

La protección creada a favor del beneficiario del *use* impulsó notablemente el empleo de este instrumento contractual. En muchos casos, sin embargo, el *use* era constituido a fin de evadir el pago de impuestos, de sustraer los bienes de la acción de los acreedores, etc. Por consiguiente, el *use* comenzó a ser considerado como un instrumento fraudulento³⁰. Ante esta situación, en 1536 Henry VIII persuadió al parlamento para aprobar reglas que impidieran la defraudación fiscal que se venía produciendo a través del *use*. Es así que el parlamento aprobó el famoso Statute of Uses, según el cual los *equitable holders* pasaban a tener la condición de *legal holders*. De este modo, pues, la Corona quiso eliminar la barrera creada por el *use* para impe-

²³ Por tal razón, se ha acuñado la máxima según la cual "equity follows the law". Es preciso resaltar, sin embargo, que en estricto la *equity* no "sigue" la ley sino que la "imita", creando reglas sobre la base de las que contempla el *common law*. Es preciso resaltar, asimismo, que la *equity* no responde a la idea romano-germánica de "equidad". En realidad, habida cuenta que las normas de *equity* evolucionan –al igual que las normas del *common law*– conforme al sistema de precedentes, la traducción correcta del término "equidad" es "natural justice" y no "equity".

²⁴ A pesar de que en 1867 la Judicature Act abolió la Court of Chancery, persiste la Chancery Division en la High Court of Justice, pues si bien todos los tribunales del Reino pueden aplicar tanto el *common law* como la *equity*, la mayoría de cuestiones relativas a este último sistema suele ser objeto de intervención de la Chancery Division.

²⁵ WATERS, D. W. M. Op. cit., p. 178.

²⁶ WATERS, D. W. M. Op. cit., p. 182.

²⁷ WATERS, D. W. M. Op. cit., p. 184; LUPOI, Maurizio. Op. cit., p. 42 y HONORÉ, Tony. "Trust: the inessentials". En: Rationalizing property, equity and trusts. Essays in honor of Edward Burn. Reino Unido: Lexis Nexis. 2003. p. 15.

²⁸ WATERS, D. W. M. Op. cit., p. 186; SONNEVELDT, Frans. Op. cit., p. 4; GAMBARO, Antonio y Rodolfo SACCO. "Sistemi Giuridici Comparati". En: Trattato di Diritto Comparato (dirigido por Rodolfo Sacco). Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese. 2003. p. 109.

²⁹ WATERS, D. W. M. Loc. cit.; GAMBARO, Antonio y SACCO, Rodolfo. Op. cit., p. 108, nota 44.

³⁰ BOGERT, George T. Op. cit., p. 10; PLUCKNETT, Theodore F. T. Op. cit., p. 583.

dir que el beneficiario del mismo fuese compelido a cumplir las prestaciones de asistencia derivadas del *tenure*³¹.

Sin embargo, como quiera que el *use* estaba ampliamente extendido en toda Inglaterra, a todo nivel social, los jueces interpretaron el Statute of Uses de manera restrictiva. Para ello, efectuaron una lectura literal, que sugería excluir del ámbito de actuación de la norma en cuestión a diversos tipos de *uses*. De este modo, pues, los *active uses*, los *uses* que involucraban *personal properties*, entre otros, quedaron a salvo del Statute of Uses, de modo que, en contra de la voluntad del Rey, continuaron creando un *equitable estate*³².

El moderno *trust* nació durante los primeros años del siglo XVII, sobre la base de una simple recreación del *equitable use*³³. Para la creación definitiva del *trust*, tal como hoy lo conocemos, fue fundamental la labor de Lord Nottingham (que fue Lord Chancellor entre la restauración de la monarquía después de la guerra civil de 1660 y los últimos años del siglo XVI). En efecto, en su afán de otorgar tutela (*in rem*) al beneficiario del *trust* frente al adquirente del bien (así como frente a los sucesivos subadquirentes del mismo), Lord Nottingham creó la doctrina según la cual los activos en *trust* no formaban parte de los *personal assets* del *trustee*. De esta forma, pues, el *trust* pasó a generar un fondo distinto e independiente del patrimonio de las partes involucradas (*settlor, trustee y beneficiary*). Asimismo, pasó a generar una dualidad de "derechos", que en la práctica no se superponían, no sólo porque cada uno resultaba protegido por un Derecho distinto, sino también porque cada uno tenía un contenido diverso (el *legal right* permitía explotar y transferir los bienes; mientras que el *equitable right* permitía oponerse *erga omnes* –salvo *bona fide* del adquirente– al ejercicio irregular del *legal right*)³⁴.

3. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA

El dominio fiduciario³⁵ es un "atributo" (situación jurídica subjetiva) importado del *common law*. Este dato

es fundamental para entender que no siempre es posible explicar algunos aspectos de dicho dominio a la luz de las categorías tradicionales del *civil law*. El hecho que en este último sistema no exista algo parecido a la *equity* debería ser suficiente para aceptar lo afirmado.

Sin embargo, un sector de la doctrina latinoamericana parece incapaz de comprender que el origen del dominio fiduciario es un dato del que no se puede prescindir a la hora de explicar su contenido y alcances. En efecto, dicho sector doctrinal ha tratado de explicar – a la luz de las categorías tradicionales, para colmo– la naturaleza jurídica del instituto bajo examen, sin tomar en consideración que no en todos los casos se tiene el mismo antecedente histórico³⁶. Así, como si el dominio fiduciario recogido en el Código Civil de Chile o en el Código de Comercio de Costa Rica fuese asimilable al dominio fiduciario recogido en el Código de Comercio de Bolivia o en el Código de Comercio del Ecuador, se han ensayado tesis generalizadoras, que intentan explicar la naturaleza del dominio fiduciario en función de categorías bastante dudosas (el "poder" que ostenta el mandatario³⁷, la propiedad "perfecta" sujeta a condición resolutoria³⁸ o la propiedad limitada por la vía obligacional –léase, "propiedad fiduciaria" o propiedad derivada de un negocio fiduciario–³⁹). Ninguna de esas teorías, sin embargo, es aceptable, por lo menos en términos generales. Así es, todas ellas obvian un dato fundamental, sin el cual no es posible ensayar una explicación coherente acerca de la naturaleza del dominio fiduciario: la existencia o inexistencia del patrimonio autónomo. En efecto, si lo que se pretende es explicar la naturaleza jurídica del dominio fiduciario contemplado en el Código Civil de Chile o en el Código de Comercio de Costa Rica, es claro –en principio– que resulta posible echar mano a categorías propias del *civil law*, como la de la "propiedad condicionada". En cambio, si lo que se pretende es explicar la naturaleza jurídica del dominio fiduciario contemplado en el Código de Comercio de Bolivia o en el Código de Comercio del Ecuador, es claro que

³¹ WATERS, D. W. M. Op. cit., p. 192; PLUCKNETT, Theodore, F. T. Op. cit., p. 585.

³² WATERS, D. W. M. Op. cit., pp. 192-193; BOGERT, George T. Op. cit., pp. 12-13; PLUCKNETT, Theodore F. T. Op. cit., p. 586.

³³ WATERS, D. W. M. Op. cit., p. 195.

³⁴ WATERS, D. W. M. Loc. cit.

³⁵ La afirmación realizada sólo es correcta, en estricto, si se parte del contenido que la mayoría de las legislaciones latinoamericanas le ha dado al instituto bajo examen. En efecto, si se toma en consideración el hecho que Bolivia (Código de Comercio y Ley de Mercado de Valores), Brasil (Ley 9.514/97), Colombia (Código de Comercio), Ecuador (Código de Comercio y Ley de Mercados de Valores), Honduras (Ley de Mercado de Valores), México (Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito), Panamá (Ley 1 del 5 de enero de 1984), Paraguay (Ley 1036 de 1997), Perú (Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Ley Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, y Ley de Mercado de Valores) y Venezuela (Ley de Fideicomiso) han consagrado al dominio fiduciario como una titularidad limitada (por un fin específico) que actúa sobre un patrimonio autónomo, es posible afirmar, efectuando una generalización, que el fideicomiso latinoamericano deciente del *trust* inglés.

³⁶ Frente a ello no resulta tan grave la posición de De La Flor, quien opta por no molestarse demasiado y concluir, sin más, que el fideicomiso es "... una figura sui generis" (ver: DE LA FLOR MATOS, Manuel. "El Fideicomiso. Modalidades y Tratamiento Legislativo en el Perú". Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 1999. p. 83).

³⁷ Esta es la tesis del profesor panameño Ricardo Alfaro. Para una exposición detallada del pensamiento de este autor: ORTÍZ, Sergio. "El Fideicomiso Mexicano". México D. F.: Editorial Porrúa. 2001. p. 73 y siguientes.

³⁸ Esta es la tesis de los profesores chilenos Arturo Alessandri y Manuel Somarriva. Para una exposición detallada del pensamiento de estos autores: ORTÍZ, Sergio. Op. cit., p. 74 y siguientes.

³⁹ Esta es la tesis del profesor colombiano Sergio Rodríguez (ver: RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. "Contratos Bancarios. Su significación en América Latina". Bogotá: Legis. 2002. p. 835).

resulta imposible echar mano a las categorías en cuestión, ya que la existencia de un patrimonio autónomo sujeto a un atributo (real) limitado por un fin obliga a descartar cualquier tesis que quiera ver al fideicomiso a la luz de los derechos reales o personales propios del *civil law*⁴⁰.

Por lo que a nosotros respecta, si se atiende tanto a lo dispuesto en el artículo 252 de la Ley de Bancos como a lo dispuesto en el artículo 313 de la Ley de Mercado de Valores, se podrá concluir fácilmente que el dominio fiduciario subsume un haz de facultades sobre los activos que conforman el patrimonio autónomo. Ese haz de facultades, sin embargo, no es equiparable al que representa el derecho de propiedad (o a cualquier otro derecho real o personal). En efecto, entre uno y otro existen tres diferencias gravitantes. La primera diferencia tiene que ver con el lapso de vigencia. Mientras el haz de facultades del fiduciario está limitado temporalmente, el haz de facultades del propietario no lo está. La segunda diferencia tiene que ver con el contenido. Mientras el haz de facultades del fiduciario no contempla la posibilidad de modificar el bien ni la de destruirlo⁴¹, el haz de facultades del propietario sí contempla una y otra posibilidad. Finalmente, la tercera diferencia tiene que ver con la finalidad. Mientras el haz de facultades del fiduciario sólo puede ser ejercido para obtener una finalidad precisa, negocialmente establecida; el haz de facultades del propietario puede ser ejercido para obtener cualquier finalidad no prohibida por la ley.

Con las diferencias anotadas, es claro, pues, que no hay forma de explicar la naturaleza jurídica del dominio fiduciario en función del contenido y alcances del derecho de propiedad⁴².

Ahora bien, si dominio fiduciario y propiedad⁴³ constituyen dos situaciones jurídicas subjetivas autónomas, uno válidamente puede preguntarse si ambas pueden coexistir. En efecto, si dominio fiduciario y propiedad autorizan a practicar —aunque con distintos alcances— una serie de actos sobre los mismos objetos, es per-

fectamente posible considerar si aquél reemplaza o sustituye a ésta, pues de una cosa sí se puede estar seguro: dominio fiduciario y propiedad no pueden ser ejercidos al mismo tiempo.

Para eliminar la duda planteada es necesario esclarecer previamente un tema: la composición del patrimonio autónomo. Como resulta claro, un patrimonio autónomo no es otra cosa que un centro de imputaciones jurídicas conformado por un conjunto de elementos con valor patrimonial. En el caso del fideicomiso, teóricamente esos elementos pueden ser los activos o los derechos (civiles) que existen sobre los mismos.

Si se considera que son los activos los que integran el patrimonio autónomo, tendría que concluirse que los derechos existentes sobre los mismos se extinguirían una vez conformado el patrimonio en cuestión. En efecto, si el elemento integrante del patrimonio autónomo es el activo y no el derecho (civil) del constituyente, éste quedaría sin objeto una vez perfeccionado el referido patrimonio, por lo que tendría que extinguirse de manera automática.

En cambio, si se considera que son los derechos (existentes sobre los activos) los que integran el patrimonio autónomo, tendría que concluirse que, lejos de extinguirse, tales derechos continuarían existiendo una vez conformado dicho patrimonio, aunque, evidentemente, pasarían, como partes de un todo, a adquirir una nueva condición jurídica: la de centro de imputaciones jurídicas.

Ahora bien, ¿cuál de las dos posiciones es la correcta? A mi entender, la segunda. En efecto, no es posible abrazar la tesis según la cual el patrimonio autónomo está conformado por los activos, pues aquélla ineludiblemente conduce a una conclusión que es, *per se*, inaceptable: la extinción de los derechos civiles. Así es, si al “aportar” determinado edificio a un patrimonio autónomo con fines de garantía, el derecho de propiedad existente sobre el mismo se extinguiera, cómo explicar, ante el incumplimiento de alguna de las obliga-

⁴⁰ La existencia de un patrimonio autónomo hace imposible la tesis del mandato. En efecto, de acuerdo con esta tesis el fideicomitente el mandante y el fiduciario sería el mandatario. Ahora bien, como es claro, el mandato puede ser con representación o sin representación. En el primer supuesto, el fideicomitente no podría ser mandante, ya que las actuaciones del fiduciario no repercuten sobre la esfera de aquél sino sobre la esfera del patrimonio autónomo. Este último, a su vez, tampoco podría ser mandante porque, de un lado, nace como consecuencia de un acto del fiduciario; y, del otro, no emite instrucción alguna. En el segundo supuesto, por su parte, el fideicomitente no podría ser mandante porque ya no conservaría la propiedad de los bienes, que pasarían a conformar un patrimonio autónomo. Por lo demás, si el fideicomiso fuese asimilable al mandato, la muerte del fideicomitente debería provocar la extinción automática de la relación, lo que ciertamente no ocurre.

La existencia del patrimonio autónomo también hace imposible la tesis de la propiedad condicionada o limitada en su ejercicio, ya que el dominio fiduciario no contiene todas las facultades que conforman el contenido de aquel derecho real (por ejemplo la facultad de destruir el bien). Por tal razón, cualquier intento de construir dicho dominio a la luz del derecho de propiedad está condenado al fracaso.

⁴¹ A pesar de que los textos positivos no lo indican, en mi opinión el dominio fiduciario no incluye, *per se*, la facultad de modificar el bien ni la de destruirlo. En efecto, si el fiduciario tiene que “velar” por un patrimonio autónomo y destinario a determinados fines, no parece razonable que, por lo menos en aplicación de las normas positivas, aquél pueda modificar o destruir los objetos que conformen dicho patrimonio. Evidentemente, el fideicomitente podría otorgarle las facultades indicadas, ya que ellas podrían estar arregladas al fin perseguido por aquél.

⁴² De acuerdo con la conclusión anotada: RESCIGNO, Pietro. “Proprietà (diritto privato)”. En: Enciclopedia del Diritto. Volumen XXXVII. Milán: Giuffrè. p. 292; DE ARESPOCHAGA, Joaquín. Op. cit., p. 127; GONZÁLEZ, Cristina. “El Trust. La institución angloamericana y el derecho internacional privado español”. Barcelona: Bosch. 1997. p. 93. En nuestro medio: PIZARRO, Luis. “Acercamiento a los Negocios Fiduciarios: tratamiento legal al fideicomiso en la legislación peruana”. En: “Contratación Contemporánea, Instituciones de Derecho Privado”. Dirigido por Atílio Anibal Alterini, José Luis de los Mozos y Carlos Alberto Soto. Lima-Bogotá: Palestra, Temis. 2001. p. 235.

⁴³ El mismo análisis es aplicable frente a cualquier otra situación jurídica subjetiva de carácter civil. En efecto, si lo que se aporta al patrimonio autónomo es un crédito, cabe preguntarse qué ocurre con el derecho civil, que, al igual que el dominio fiduciario, recae sobre el mismo objeto: la prestación a cargo del deudor.

ciones garantizadas, la posibilidad que el fiduciario tiene de transferir ese derecho a un tercero. Cómo explicar, ante el cumplimiento de todas las obligaciones garantizadas, el deber que el fiduciario tiene de transferir ese derecho al fideicomisario. Cómo explicar, en fin, que mientras se encuentre vigente el fideicomiso, el fiduciario debe cumplir las obligaciones *propter rem*, que se sustentan en la existencia del derecho de propiedad. Similares interrogantes pueden ser planteadas respecto a otro tipo de derechos. Así es, si al "aportar" determinado terreno a un patrimonio autónomo con fines de administración, el derecho de usufructo existente sobre el mismo se extinguiera, cómo explicar el hecho que las relaciones civiles con el nudo propietario se mantienen incólumes. Cómo explicar que, ante la enajenación del terreno por parte del fiduciario, el nudo propietario pueda ejercer el retracto. Si al "aportar" (la posibilidad de exigir) determinada prestación a un patrimonio autónomo con fines de titulación, el derecho de crédito existente sobre la misma se extinguiera, cómo explicar que, sin mediar novación, el deudor se liberara de su deuda original ejecutando la misma prestación.

En mi opinión, pues, no es posible sostener válidamente que los derechos civiles existentes sobre los activos se extinguen tan pronto queda conformado el patrimonio autónomo. Tales derechos no pueden desaparecer, pues el fideicomiso, que existe única y exclusivamente para satisfacer una finalidad específica (establecida por el fideicomitente), otorga una "titularidad" limitada que evidentemente no puede reemplazar a la "titularidad" civil, que puede ser ejercida para alcanzar cualquier finalidad lícita.

Ahora bien, si los derechos civiles no se extinguen al quedar conformado el patrimonio autónomo, ¿cuál es entonces su destino? En primer lugar, se debe descartar la posibilidad de que el destino de tales derechos sea el

de permanecer en la esfera jurídica del fideicomitente. Así es, quien tiene la posibilidad de actuar sobre los activos es el fiduciario y no el fideicomitente. Por consiguiente, este último no puede ser titular de los derechos en cuestión, ya que simplemente no ostenta *facultas agendi* alguna sobre los mismos⁴⁴. Por lo demás, según el ordenamiento positivo peruano, el patrimonio autónomo es distinto del patrimonio del fideicomitente. Siendo esto así, es claro que los activos que integran el primer patrimonio no forman parte del segundo, por lo que el fideicomitente no puede tener derecho alguno sobre tales activos.

En segundo lugar, se debe descartar también la posibilidad de que el destino de los derechos ya referidos sea el de integrar el patrimonio del fiduciario o el de integrar el patrimonio del fideicomisario. Las razones son obvias. El primero es titular de una serie de facultades, distintas a las que conforman al derecho de propiedad (o a cualquier otro derecho). El segundo no es titular de *facultas* alguna sobre los activos; a lo más puede considerarse titular de una expectativa o de un derecho de crédito (dependiendo del tipo de fideicomiso que se haya constituido).

Como se podrá advertir, no existe otra posibilidad distinta a la de considerar que los derechos de marras se integran al patrimonio autónomo⁴⁵. Por consiguiente, una vez que el fideicomiso produzca efectos constitutivos, los derechos civiles adquieren una nueva condición: la de ser componentes de un centro de imputaciones jurídicas (o componentes de un ente con subjetividad)⁴⁶. Tan pronto el fideicomiso decaiga o tan pronto se ejecute un acto de disposición que afecte a los derechos, éstos recuperan su condición previa y pasan a ser (otra vez) objetos de distintas relaciones de titularidad (que, como se sabe, vinculan a los sujetos de derecho con los derechos subjetivos —o, en general, con las situaciones jurídicas subjetivas—)⁴⁷.

⁴⁴ De acuerdo: LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando. "Fideicomiso, Leasing, Letras Hipotecarias, Ejecución Hipotecaria y Contratos de Consumición". Buenos Aires: Zavalia. 1996. p. 75.

⁴⁵ Esto no quiere decir, evidentemente, que todos los derechos civiles existentes sobre un bien ingresan efectivamente al patrimonio autónomo. Si el fideicomiso supone la transferencia del usufructo, es claro que la nuda propiedad permanecerá en la esfera del sujeto que constituyó aquel derecho real a favor del fideicomitente.

⁴⁶ Según D'Errico, la subjetividad requiere la existencia de capacidad patrimonial, capacidad negocial y capacidad procesal. Por consiguiente, para el autor citado, no hay duda de que el patrimonio autónomo creado por el *trust* posee subjetividad (ver: D'ERRICO, Maurizio. "Trust Convenzionale". En: *Il Trust nell'Ordinamento Giuridico Italiano*. Roma: IPSOA. 2002. pp. 30-31).

⁴⁷ A diferencia de la propiedad, cuya función (al igual que la de cualquier otro derecho real) es permitir que un sujeto de derechos pueda obtener un provecho, ventaja o utilidad (en suma, un "bien") a través de la realización de una amplia gama de comportamientos sobre una cosa (material o inmaterial), la titularidad o pertenencia no es otra cosa que la relación de correspondencia que une a un sujeto de derechos con un derecho subjetivo (o, mejor, con una situación jurídica subjetiva). Dicha relación le permite al sujeto de derechos "disponer", en el sentido más amplio, del derecho subjetivo que le corresponde. Así, por ser titular de un derecho subjetivo, el sujeto de derechos puede gravarlo, modificarlo, transferirlo o, incluso, extinguirlo (a través, por ejemplo, de un acto de renuncia). La titularidad o pertenencia es predicable respecto de cada derecho subjetivo, sin que interese la condición (público o privado; patrimonial o extrapatrimonial; transferible o intransferible; etc.) del mismo. De este modo, se es titular tanto de un derecho real (propiedad, usufructo, uso, servidumbre, superficie, etc.) como de un derecho personal (crédito, potestad, etc.). Es importante notar que, como relación de correspondencia que es, la titularidad o pertenencia queda constituida por el hecho de la adquisición de un derecho subjetivo determinado. Cuando tal derecho se transfiere, sin embargo, la titularidad o pertenencia del transferente, lejos de pasar al adquirente, se extingue. La obtención por parte de este último del derecho transferido hace que surja, en su favor, una nueva relación de titularidad o pertenencia. De lo expuesto se deduce claramente que la propiedad no puede ser identificada con la titularidad o pertenencia: mientras la primera es una herramienta que permite desplegar un conjunto de comportamientos (sobre una cosa) para satisfacer determinadas necesidades (patrimoniales) del sujeto de derechos, la segunda es una herramienta que permite identificar a quién le corresponde la posibilidad de desplegar el referido conjunto de comportamientos.

Por deficiencias que no pueden explicarse en este lugar, la diferenciación desarrollada es prácticamente desconocida en nuestro medio. Por ello, en no pocas oportunidades se han generado problemas serios de identificación de la norma aplicable para casos de transferencia de derechos distintos a la propiedad (recuerdo particularmente uno en el que alguien pretendió aplicar las reglas sobre transferencia de propiedad mueble a un supuesto de enajenación de acciones). Por tal razón, sería provechoso que cuando se reforme el Código Civil, el legislador se tome la molestia de estudiar regulaciones como la contenida en el Código Civil de Québec, que diferencian la titularidad (*property*) de la propiedad (*ownership*).

Una vez esclarecido que el patrimonio autónomo está conformado por derechos civiles (propiedad, usufructo, uso, servidumbre, crédito, etc.)⁴⁸, cabe preguntarse sobre qué cosa recae el dominio fiduciario. Si uno sigue un razonamiento simplista (el dominio fiduciario recae sobre el patrimonio y el patrimonio está compuesto por los derechos civiles), podría llegar a concluir que el dominio fiduciario recae sobre los derechos civiles. Por consiguiente, el dominio fiduciario constituiría una situación jurídica subjetiva que recae sobre otra situación jurídica subjetiva. Semejante tesis, sin embargo, no parece resistir un análisis más sólido. En efecto, tanto la Ley de Bancos como la Ley de Mercado de Valores le otorgan al fiduciario facultades que recaen tanto sobre los derechos (piénsese en la facultad de disposición) como sobre los objetos (piénsese en la facultad de cobrar la prestación). Por lo tanto, es claro que eso sobre lo que actúa el dominio fiduciario está compuesto por los derechos civiles y por los objetos de estos últimos.

Al establecer el ordenamiento que el dominio fiduciario puede actuar sobre los derechos lo que hace es reemplazar, temporalmente, a la relación de pertenencia civil que se ha “extinguido” como consecuencia de la creación del patrimonio autónomo. En efecto, como quiera que dicho patrimonio, por un lado, está conformado por derechos civiles; y, por el otro, no le pertenece a ninguno de los sujetos involucrados en la operación (fideicomitente, fiduciario y fideicomisario), es evidente que los derechos en cuestión dejan de ser objeto de “pertenencia” (no tienen titular, pues no integran ninguno de los patrimonios de los sujetos indicados) y pasan a ser componentes de un ente con subjetividad jurídica. Habida cuenta, sin embargo, que el fideicomiso no tiene vocación de permanencia, alguna fuerza jurídica debe poder actuar sobre esos derechos para convertirlos nuevamente en objetos de “pertenencia”. Esta fuerza jurídica está representada por la actuación del poder de disposición que el ordenamiento otorga al fiduciario.

Por su parte, al establecer el ordenamiento que el dominio fiduciario puede actuar sobre los objetos de los derechos lo que hace es “reemplazar” a estos últimos. En efecto, como quiera que tales derechos pasan a convertirse en componentes de una entidad con subjetividad y, por consiguiente, en entidades que no pueden ser actuadas (ningún sujeto de derechos puede ejercer las *facultas agendi* debido a que ningún sujeto de derechos tiene la condición de titular de las mismas), es evidente que se requiere de una nueva situación jurídica subjetiva que despliegue sus consecuencias sobre los “bienes” y permita la obtención de la finalidad prevista en el negocio. Esta nueva situación,

qué duda cabe, tiene que replicar, hasta donde la finalidad prevista en el negocio lo permita, el haz de facultades que en el que cada uno de los derechos indicados se resuelve. Por ello, si el fiduciario puede hacer “x” o “y”, es porque el contenido del derecho incorporado permitía, por lo menos, hacer “x” o “y”.

Ahora bien, siendo el dominio fiduciario una situación jurídica subjetiva que “reemplaza” tanto a la titularidad civil como a los derechos civiles (propiedad, usufructo, superficie, crédito, etc.), es claro que dicho dominio es el único que puede ser actuado. En efecto, los derechos civiles dejan de tener titulares, pues pasan a ser componentes de un centro de imputaciones jurídicas. Ningún sujeto, en consecuencia, puede ejercerlos, gravarlos o enajenarlos. Es claro, por consiguiente, que mientras el fideicomiso se encuentre vigente, los derechos indicados y los poderes de disposición que existen sobre los mismos (que se fundamentan en la relación de titularidad o pertenencia) quedan afectados por una situación que imposibilita su ejercicio (sin determinar su extinción). Evidentemente, una vez que se extinga el fideicomiso, los derechos en cuestión retornan a la esfera del fideicomitente o ingresan a la esfera de un tercero (fideicomisario), de modo que dejan de estar afectados por la situación descrita (pues ya existe alguien que pueda decidir su actuación). Pero aun cuando no se extinga el fideicomiso, el fiduciario, a fin de obtener la finalidad prevista en el negocio, tiene la posibilidad de excluir los derechos del patrimonio autónomo, transfiriéndolos a un tercero o incluso al fideicomitente. En tal supuesto, esos derechos pasan a tener titulares y, en consecuencia, pueden volver a ser ejercidos. Evidentemente, cuando los derechos abandonan el patrimonio autónomo e ingresan a la esfera de un sujeto de derechos, el dominio fiduciario pierde “competencia” sobre los objetos de esos derechos, de modo que nunca se presenta una situación de superposición de situaciones jurídicas subjetivas.

De lo indicado en las líneas precedentes, es posible concluir, pues, que el dominio fiduciario constituye una situación jurídica subjetiva distinta de cualquier derecho real o personal tradicional. Esta situación coexiste con los derechos reales o personales existentes sobre los objetos que conforman —en segundo grado— el patrimonio fideicometido. Por consiguiente, al igual que lo que ocurre en el *common law*, donde el *trust* implica la existencia de dos situaciones jurídicas subjetivas sobre el mismo bien, el fideicomiso genera la coexistencia de dos tipos de situaciones jurídicas subjetivas (la fiduciaria y la civil). La diferencia está en que mientras en el *common law* cada una de las situaciones indicadas está protegida por un sistema propio (*common law* y *equity*), en nuestro caso ambas situa-

⁴⁸ En materia de *trust*, al *trustee* se le puede transferir toda clase de derechos, sean éstos reales o personales. En tal sentido: HASKELL, Paul G. “Preface to Wills, Trusts and Administration”. Nueva York: The Foundation Press. 1994. p. 86.

ciones están protegidas por un solo sistema. Esto explica porqué las mismas no pueden ser actuadas al mismo tiempo.

4. PROBLEMAS DE LA REGULACIÓN

a) Constitución del patrimonio autónomo

Un primer gran problema que presenta la regulación del fideicomiso es el relativo al momento de la constitución del patrimonio autónomo. Como resulta claro, el fideicomitente tiene que manifestar su voluntad a fin de que determinados derechos patrimoniales abandonen su esfera jurídica y pasen a formar el contenido del patrimonio autónomo. En teoría, el negocio de fideicomiso podría directamente constituir el patrimonio en cuestión y dotar al fiduciario de las facultades y poderes necesarios para cumplir el encargo establecido por el fideicomitente. Pero también podría transferir al fiduciario los derechos ya indicados para que este último sea el que constituya el patrimonio autónomo a través de una ulterior declaración de voluntad (seguida de un modo, según sea el caso)⁴⁹.

Desde un punto de vista conceptual, cualquiera de las dos posibilidades es aceptable. Sin embargo, las consecuencias que uno u otro negocio tendrían en el terreno práctico son bastante disímiles. En efecto, si el negocio constituyera directamente el patrimonio autónomo, tan pronto la declaración de voluntad del fideicomitente fuese eficaz, sus derechos pasarían a conformar un ente con subjetividad propia, de modo que ni sus acreedores ni los acreedores del fiduciario o del fideicomisario podrían accionar contra los componentes de dicho ente (que serían los objetos de los derechos indicados). A lo sumo los primeros acreedores podrían, si fuera el caso, intentar obtener, a través de la "acción pauliana", la inoponibilidad de la constitución del patrimonio autónomo. Pero si el negocio no constituyera directamente el patrimonio autónomo, tan pronto la declaración de voluntad del fideicomitente fuese eficaz, sus derechos pasarían a formar parte del patrimonio del fiduciario. Es cierto que el fiduciario tendría que "aportar" los derechos transferidos por el fideicomitente a fin de constituir el patrimonio autónomo; pero es cierto también que tales derechos integrarían su patrimonio hasta el momento anterior al del efectivo nacimiento del patrimonio en cuestión. En tal sentido, los acreedores del fideicomitente podrían, a través de la acción pauliana, obtener la inoponibilidad no sólo del negocio fideicomisario sino también del acto de constitución del patrimonio autónomo (si este acto es considerado, cosa absolutamente posible, como generador de una "subadquisición de mala fe"). Por otro lado, los acreedores del fiduciario podrían dirigirse contra los derechos

indicados desde el momento de su adquisición por parte de aquél hasta el momento de su efectiva integración al patrimonio autónomo. Es más, podrían también, a través de la acción pauliana, obtener la inoponibilidad del acto de constitución del patrimonio autónomo. Si antes de la efectiva constitución del patrimonio autónomo el fiduciario quedara comprendido en una situación de concurso, los bienes transferidos por el fideicomitente quedarían comprendidos en la "masa", cosa absolutamente dramática.

Como se podrá advertir, pues, el hecho de optar por uno u otro modelo no es en absoluto intrascendente. Sentadas así las cosas, veamos qué es lo que establece nuestro derecho positivo con relación a la constitución del patrimonio autónomo.

El artículo 241 de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros ("Ley de Bancos") establece que "[e]l fideicomiso es 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. El patrimonio fideicometido es distinto al patrimonio del fiduciario, del fideicomitente, o del fideicomisario y, en su caso, del destinatario de los bienes remanentes..." (el énfasis es agregado).

Por su parte, el artículo 2 del Reglamento del Fideicomiso y de las Empresas de Servicios Fiduciarios establece que "[e]l fideicomiso es una relación jurídica por la cual **una persona**, denominada fideicomitente, **transfiere bienes 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 o fines específicos a favor de un tercero o del propio fideicomitente, a quienes se denomina fideicomisarios..." (el énfasis es agregado).

Como se podrá advertir, a la luz de los artículos glosados, el negocio de fideicomiso no tiene efectos constitutivos, de modo que no determina la creación del patrimonio autónomo. En efecto, al establecer que por el negocio de fideicomiso el fideicomitente transfiere bienes al fiduciario, es claro que dichos artículos únicamente atribuyen al negocio en cuestión efectos traslativos. Evidentemente, el hecho que según los mismos la transferencia se efectúe con el fin de que se constituya el patrimonio autónomo en nada afecta la conclusión anotada, ya que una cosa es lo que se hace y otra muy distinta para qué se hace.

⁴⁹ El tema es tan importante que para el caso italiano La Porta ha defendido el modelo real al amparo de la autonomía privada (ver: LA PORTA, Ubaldo. "Cause traslative, autonomia privata ed opponibilità nel dibattito in materia di trust". En: *Il Trust nell'Ordinamento Giuridico Italiano*. Roma: IPSOA. 2002. p. 43 y siguientes).

El modelo establecido por los artículos glosados parece encontrar, sin embargo, una primera nota disonante en el primer párrafo del artículo 246 de la Ley de Bancos, que establece lo siguiente: “[l]a constitución del fideicomiso **se efectúa y perfecciona por contrato** entre el fideicomitente y la empresa fiduciaria, formalizado mediante instrumento privado o protocolizado notarialmente” (el énfasis es agregado). En efecto, si uno considera que “fideicomiso” significa “relación jurídica” (tal como lo sugieren los artículos 241 de la Ley de Bancos y 2 del Reglamento del Fideicomiso y de las Empresas de Servicios Fiduciarios), la norma bajo análisis no se aparta del modelo del negocio traslativo. Sin embargo, ¿qué sentido tiene establecer que la constitución de la relación fideicomisaria se efectúa por contrato? Como es evidente, salvo que exista plazo suspensivo o condición suspensiva, la relación contractual queda en todos los casos (automáticamente) perfeccionada por efecto del contrato. Por consiguiente, no es necesario que una norma establezca expresamente que la relación jurídica fideicomisaria queda perfeccionada una vez celebrado el contrato entre fideicomitente y fiduciario. Si, en cambio, uno considera que “fideicomiso” significa “patrimonio autónomo”, las cosas cambian (y se complican). En efecto, esta interpretación, que tiene el mérito de otorgar cierto sentido a la norma comentada, se aparta del modelo del negocio traslativo para abrazar el modelo opuesto. Para suerte del legislador (que se supone ha adoptado un sistema coherente), el tercer párrafo del artículo comentado establece que “[p]ara 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 que la otra clase de bienes y derechos se perfeccionen con la tradición, el endoso u otro requisito exigido por la ley” (el énfasis es agregado). Como se podrá advertir, la claridad de este párrafo obliga a interpretar el párrafo anteriormente comentado en el sentido menos lógico pero más apropiado para salvar la coherencia del sistema.

La suerte del legislador, sin embargo, tiene límites. El modelo creado por los artículos tantas veces mencionados parece encontrar una segunda nota disonante en el artículo 262 de la Ley de Bancos, que establece que “[e]s obligación del fideicomitente o de sus causahabientes **integrar en el patrimonio del fideicomiso** los bienes y derechos señalados en el instrumento constitutivo, en el tiempo y lugar estipulados”. En efecto, según este artículo, es el fideicomitente y no el fiduciario el que tiene a su cargo la integración de los derechos y bienes al patrimonio autónomo. Ello significa, entonces, que tales derechos y bienes no ingresarían a la esfera del fiduciario, a menos, claro está, que se quiera sostener que el fideicomitente, luego de haber transferido sus derechos al fiduciario, tiene la

obligación de intervenir en la esfera de éste a fin de realizar los actos y negocios jurídicos requeridos para la constitución del patrimonio autónomo, que sería, a su vez, el objeto de una obligación con pluralidad de deudores (fideicomitente y fiduciario).

Es justo reconocer, sin embargo, que si bien este artículo difiere de los demás debido a que hace al fideicomitente (y no al fiduciario) responsable de la integración de los bienes al patrimonio autónomo, no abraza el modelo del negocio constitutivo, ya que establece que la integración en cuestión es resultado o consecuencia del cumplimiento de una obligación.

Sobre la base de lo expuesto, parece claro, pues, que la Ley de Bancos ha adoptado el modelo del negocio traslativo y no el del negocio constitutivo. En consecuencia, con los riesgos e inconvenientes que supone, el negocio fideicomisario determina la transferencia de derechos a favor del fiduciario, quien debe (¿?) constituir el patrimonio autónomo.

El camino seguido por la Ley de Mercado de Valores es más errático que el seguido por la Ley de Bancos. En efecto, ese cuerpo normativo contiene normas que claramente adoptan modelos distintos y contradictorios. Veamos.

El artículo 301 de la Ley de Mercado de Valores establece lo siguiente: “[e]n el fideicomiso de titulización una persona, denominada fideicomitente, se obliga a efectuar la **transferencia fiduciaria de un conjunto de activos a favor del fiduciario** para la constitución de un patrimonio autónomo, denominado patrimonio fideicometido, sujeto al dominio fiduciario de este último y afecto a la finalidad específica de servir de respaldo a los derechos incorporados en valores, cuya suscripción o adquisición concede a su titular la calidad de fideicomisario (...) La sociedad titulizadora, mediante acto unilateral, puede también constituir patrimonios fideicometidos. En virtud de dicho acto, la sociedad titulizadora se obliga a efectuar la transferencia fiduciaria de un conjunto de activos para la constitución de un patrimonio fideicometido sujeto a su dominio fiduciario, reuniendo en tal supuesto las calidades de fideicomitente y fiduciario (...)” (el énfasis es agregado). Como se podrá fácilmente advertir, el artículo glosado adopta el modelo contemplado en el artículo 241 de la Ley de Bancos, al establecer que el fideicomitente transfiere “activos” al fiduciario a fin de que éste constituya con los mismos un patrimonio fideicometido.

De manera esquizofrénica, sin embargo, el artículo 310 de la misma ley establece lo siguiente: “[e]l **acto constitutivo**, una vez cumplida la forma establecida, **genera un patrimonio autónomo**, distinto al patrimonio propio de la sociedad titulizadora, del fideicomitente, del fideicomisario y de la persona designada como desti-

nario de los bienes remanentes del fideicomiso” (el énfasis es agregado). De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 10 del Reglamento de los Procesos de Titulización de Activos, el acto constitutivo de marras es tanto el contrato celebrado entre el fideicomitente (originador) y el fiduciario (sociedad titulizadora), como el acto unilateral celebrado por el “fideicomitente-fiduciario”. Por otro lado, de acuerdo con lo establecido por el artículo 308 de la Ley de Mercado de Valores, la forma del acto constitutivo es la escritura pública⁵⁰. En consecuencia, resulta claro que según el artículo glosado tanto el contrato como el acto unilateral generan el patrimonio autónomo. Esto quiere decir, entonces, que los derechos del fideicomitente, lejos de ingresar a la esfera del fiduciario para que éste luego constituya el patrimonio autónomo, se incorporan automáticamente a dicho patrimonio⁵¹. Como se podrá entender, el artículo bajo comentario adopta el modelo del negocio constitutivo.

Me confieso incapaz de encontrar una fórmula interpretativa que permita armonizar los textos de los artículos 301 y 310 de la Ley de Mercado de Valores. En tal sentido, no puedo afirmar cómo se constituyen los patrimonios autónomos con fines de titulización. Evidentemente, esto básicamente demuestra un *handicap* de orden personal. De todos modos, tengo que hacer notar que la aplicación del mecanismo de protección contemplado por el artículo 298 de la ley indi-

cada, del que me ocuparé más adelante, puede variar sustancialmente en función de la posición que se adopte acerca del asunto.

b) Impugnación por fraude a los acreedores

Un segundo gran problema que presenta la regulación del fideicomiso es el relativo al remedio aplicable ante la constitución fraudulenta del patrimonio autónomo. Como resulta claro, al “deshacerse” de los activos que pasan a integrar el patrimonio autónomo, el fideicomitente puede poner en peligro la satisfacción de los créditos de sus acreedores. Si ello ocurre, estos últimos, al amparo de la legislación civil, quedarían legitimados para atacar el acto de constitución del patrimonio autónomo a través de una “acción pauliana”⁵².

La Ley de Bancos regula específicamente el supuesto de la constitución fraudulenta del patrimonio autónomo, al disponer que los acreedores del fideicomitente puedan anular la transmisión fiduciaria. En efecto, el artículo 245 de dicha ley establece literalmente lo siguiente: “[l]a acción para **anular** la transmisión fideicomisaria realizada en fraude a los acreedores caduca a los seis (6) meses de publicado en el Diario Oficial, por tres días consecutivos, un aviso que dé cuenta de la enajenación. En todo caso, esa caducidad opera a los dos (2) meses de la fecha en que el acreedor haya sido notificado personalmente de la constitución del fideicomiso” (el énfasis es agregado).

⁵⁰ Es pertinente aclarar que la forma de la manifestación de voluntad (o, si se prefiere, del negocio jurídico) no es un elemento autónomo del negocio. En efecto, toda manifestación de voluntad tiene forma, desde que ésta no es otra cosa que la manera en la cual el sujeto exterioriza su querer. Lo que ocurre es que en algunos casos el ordenamiento permite exteriorizar ese querer de cualquier manera (negocios con forma libre) y en otros sólo de ciertas maneras (negocios con forma impuesta). Por consiguiente, el hecho que el artículo 310 de la Ley de Mercado de Valores establezca que el acto constitutivo genera un patrimonio autónomo una vez cumplida la forma, no significa que el negocio no tenga carácter constitutivo, pues la forma no es un hecho jurídico que se adicione al acto en cuestión (de modo que no puede fungir como modo).

⁵¹ Ello, evidentemente, no es del todo exacto a pesar de la literalidad del artículo comentado, pues para el caso de los derechos de crédito es imprescindible cumplir con el modo dispuesto por el artículo 296 de la Ley de Mercado de Valores.

⁵² La “acción pauliana” no es otra cosa que un mecanismo de tutela preventiva que el ordenamiento concede al acreedor a fin de que éste obtenga la inoponibilidad de ciertos actos realizados por su deudor y evite así un “perjuicio”. Tradicionalmente, la “acción pauliana” sirvió para impugnar los actos de disminución del activo patrimonial efectuados por el deudor. Con el transcurso del tiempo, el ámbito de esta acción se amplió hasta comprender a ciertos actos de renuncia mediante los cuales el deudor evitaba acrecentar su activo patrimonial. Actualmente, la “acción pauliana” se aplica para contrarrestar todos aquellos actos que lesionen o puedan lesionar la garantía patrimonial del acreedor, sin que interese la naturaleza o calificación de los mismos. De acuerdo con una autorizada doctrina (ABREU FILHO, José. “O Negócio Jurídico e Sua Teoria Geral”. Sao Paulo: Saraiva, 1997. p. 325; FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio. “El Fraude de Acreedores: la Acción Pauliana”. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia. 1998. p. 162 y siguientes; TUCCI, Giuseppe. “Responsabilità Patrimoniale e Causa di Prelazione”. En: “Istituzioni di Diritto Privato”. Editado por Mario Bessone. Torino: Giappichelli. 1999. p. 1212), para que la “acción pauliana” proceda es necesario que el acreedor pruebe lo siguiente: la existencia del derecho de crédito; la existencia del acto de disminución del activo patrimonial, de renuncia de derechos o de incremento del pasivo patrimonial; la existencia de la lesión a la garantía patrimonial crediticia (o del peligro razonable de que ello ocurra); la existencia de la relación de causalidad entre el acto de disminución patrimonial, de renuncia de derechos o de incremento del pasivo patrimonial, y la lesión a la garantía patrimonial (o el peligro razonable de que ella se produzca); y, la existencia —en cierto tipo de actos— del “*consilium fraudis*” (conocimiento de la lesión a la garantía patrimonial o del peligro de que ella se produzca) por parte del deudor y del tercero. De acuerdo con el artículo 195 del Código Civil, la “acción pauliana” procede contra los actos gratuitos del deudor por los que renuncia a derechos o por los que disminuya su patrimonio conocido. En ambos casos, es requisito indispensable que tales actos “perjudiquen el cobro del crédito”. Se entiende que existe “perjuicio” cuando el acto del deudor provoca la imposibilidad de ejecutar íntegramente la prestación debida u ocasiona la dificultad de su cobro. Según el mismo dispositivo legal, para que la “acción pauliana” proceda contra los actos onerosos, es necesario que, además del requisito señalado en el párrafo precedente, concurren, de manera alternativa, los que a continuación se detallan: si el crédito es anterior al acto de disminución patrimonial (o de renuncia), que el tercero haya tenido conocimiento del perjuicio o que, según las circunstancias, haya estado en razonable situación de conocerlo; o, si el crédito es posterior al acto de disminución patrimonial (o de renuncia), que el deudor y el tercero lo hubiesen celebrado con el propósito de perjudicar la satisfacción del crédito del futuro acreedor. Se presume dicha intención en el deudor cuando éste dispone de los bienes de cuya existencia hubiera informado al futuro acreedor. Se presume dicha intención en el tercero cuando éste conoce —o puede conocer— tanto la posibilidad de que surja el crédito como la inexistencia de otros bienes registrados del deudor. Es importante destacar que si bien la “acción pauliana” requiere de la concurrencia de todos los requisitos anteriormente señalados, cualquier análisis que se realice para determinar su procedencia debe empezar por constatar la presencia del “*eventus damni*”, ya que si los actos del deudor (de disminución de activo, de renuncia de derechos o de incremento de pasivo) no perjudican el cobro del crédito, el titular de este último no podrá, por carecer de interés tutelable, pretender la inoponibilidad de los mismos. De igual modo, es importante destacar que el examen de la existencia del perjuicio creditorio debe efectuarse “*in concreto*”, esto es, tomando en consideración las reales posibilidades del acreedor de recibir la prestación tanto antes como después de la realización del acto deudor. En tal sentido, si eventualmente la disminución del activo patrimonial conocido va a permitir a determinado acreedor mejorar las posibilidades de cobro que tenía antes de que ocurra dicha disminución, es evidente que aquél, lejos de perjudicarse, habrá recibido un beneficio. Por consiguiente, tal acreedor no estará legitimado para obtener la inoponibilidad del correspondiente acto deudor.

En la práctica muchos abogados entienden que el artículo glosado contiene una “regla de excepción”, de modo que a ningún fideicomiso bancario (que lesione los intereses de los acreedores del fideicomitente) le resultaría aplicable la regla general contemplada por el artículo 195 del Código Civil. Por consiguiente, muchos abogados consideran que tan pronto transcurra el plazo de caducidad de seis o de dos meses, el riesgo de impugnación desaparece.

Entendiendo la lógica que sustenta la interpretación comentada, uno válidamente puede preguntar si el artículo 245 de la Ley de Bancos realmente contiene una “regla de excepción”. En efecto, de acuerdo con dicho artículo, ante la constitución fraudulenta del patrimonio autónomo cabe la posibilidad de que los acreedores –se entiende “perjudicados”– interpongan la acción de anulabilidad. Dicha acción, evidentemente, provocaría, de declararse procedente, el decaimiento –retroactivo– de los efectos del negocio de fideicomiso o, lo que es lo mismo, la destrucción del patrimonio autónomo. Por lo tanto, todos los acreedores del fideicomitente podrían embargar los activos, ya que la anulación del acto constitutivo del patrimonio autónomo tendría efectos *erga omnes*⁵³. En cambio, de acuerdo con el artículo 195 del Código Civil, ante la constitución fraudulenta del patrimonio autónomo cabe la posibilidad de que los acreedores perjudicados interpongan, cada uno por separado, la “acción pauliana”. Dicha acción, a diferencia de la anterior, únicamente provocaría la inoponibilidad de los efectos del acto constitutivo⁵⁴, por lo que éste no sólo sería plenamente eficaz entre las partes sino también oponible a terceros. Por lo tanto, sólo los acreedores del fideicomitente que hubiesen interpuesto –exitosamente– la acción pauliana podrían embargar los activos, pues sólo ellos podrían “desconocer” la existencia de los efectos que se han producido.

Si se reconoce la diferencia de los efectos que despliegan las acciones indicadas, es perfectamente posible dudar si ante la constitución fraudulenta del patrimonio autónomo los acreedores del fideicomitente sólo pueden recurrir al remedio previsto en el artículo 254 de la Ley de Bancos. En efecto, a pesar de que la lógica indica que ante la constitución de un fideicomiso bancario fraudulento únicamente sea de aplicación el remedio específico contemplado por la ley de la materia (que, por lo demás, restringe notablemente la posibilidad de atacar el acto al contemplar plazos de caducidad sumamente cortos⁵⁵), nada impide considerar que los acreedores del fideicomitente se encuentran legitimados para anular la “transmisión fideicomisaria” al amparo del artículo 254 de la Ley de Bancos o para tornarla inoponible al amparo del artículo 195 del Código Civil. La primera acción podría ser interpuesta dentro de los 6 meses de publicado (en el diario oficial) el tercer aviso que dé cuenta de la transmisión indicada o dentro de los dos meses de efectuada la notificación personal de la existencia del fideicomiso. La segunda acción podría ser interpuesta dentro de los 24 meses siguientes de celebrado el negocio transmisivo.

Aceptando que se puede ensayar una explicación atendida para excluir la aplicación del remedio previsto en el Código Civil al caso del fideicomiso fraudulento, lo cierto es que el asunto es, cuando menos, opinable. Por consiguiente, no hay que ser perspicaz para constatar que el legislador (y no los jueces) ha generado una situación de incertidumbre respecto de un asunto de suma importancia como es el de la posibilidad de atacar el patrimonio autónomo por fraude creditorio.

c) Ejercicio no autorizado

Un tercer gran problema que presenta la regulación del fideicomiso es el relativo al remedio aplicable al caso en el que el fiduciario ejerza el dominio fidu-

⁵³ De La Flor ha mostrado su conformidad con la sanción contemplada por el artículo 245 de la Ley de Bancos, indicando que “... con muy buen criterio, dadas las específicas características del fideicomiso (pues mediante él es factible burlar las acreencias del fideicomitente), la Ley es mucho más drástica al establecer la sanción de anulabilidad, pues ello significa que el acto será nulo desde su celebración, por efecto de la sentencia que declare esta situación ...” (ver: DE LA FLOR, Manuel. Op. cit., p. 203). A pesar de la convicción con la que el autor citado defiende la postura legislativa comentada, es claro que el fideicomiso no posee esas “características” especiales que justificarían una regresión histórica brutal en materia de fraude creditorio (recuérdese que la tesis de la invalidez del negocio en fraude creditorio, sostenida con muchos problemas sobre la base del artículo 1234 del Código Civil italiano de 1865, fue objeto de una demoledora crítica por parte la doctrina italiana del siglo XIX). En efecto, no existe un negocio especialmente idóneo para burlar el pago de las deudas. Cualquier negocio, hasta el más extraño con relación a las circunstancias del caso, puede servir, en función de cómo haya sido estructurado, para burlar dicho pago. Contra lo que De La Flor cree, el fideicomiso no es especialmente idóneo para lograr el cometido comentado; al contrario, habida cuenta que el adquirente de los derechos (del fideicomitente) es el fiduciario, no existe la posibilidad de que éste alegue buena fe a fin de evitar las consecuencias de la acción pauliana, en tanto que, por lo menos en los casos de fideicomisos de titulación, legalmente debe conocer la situación patrimonial del fideicomitente. En tal sentido, si alguien quiere burlar a sus acreedores, la operación fideicomisaria no es recomendable ya que difícilmente el fiduciario podrá alegar buena fe, motivo por el cual el acto puede ser fácilmente atacado. Pero aun cuando fuese cierta la afirmación de De La Flor, no hay razón alguna para que el patrimonio autónomo decaiga en su totalidad como consecuencia de la afectación que sufra un acreedor del fideicomitente. Recuérdese que el fraude creditorio no exige la existencia de incumplimiento sino solamente la existencia de peligro de inactuación de la garantía patrimonial ante un hipotético caso de incumplimiento. Por tal razón, hacer decaer un patrimonio autónomo por la (fundada) creencia de que ante un hipotético incumplimiento de las deudas del fideicomitente no existirán bienes suficientes para embargar es algo absolutamente desproporcionado.

⁵⁴ Aunque el artículo 195 del Código Civil hace referencia a la “ineficacia” del acto impugnado, es claro que en nuestro ordenamiento la “acción pauliana” no provoca la pérdida de efectos de tal acto, el cual sigue vinculando a las partes que lo celebraron. En realidad, lo que dicha acción provoca es que el efecto del acto en cuestión no sea oponible frente al acreedor demandante, de modo que éste pueda considerarlo inexistente y, por ende, actuar sobre los bienes materia del mismo (a través de la ejecución forzada –*in natura* o por equivalente–). Para un acertado desarrollo de la función de la pauliana: NATOLI, Ugo y LINA BIGLIAZZI GERI. “I Mezzi di Conservazione della Garanzia Patrimoniale. Le Azioni Surrogatoria e Revocatoria”. Milán: Giuffrè. 1974. p. 142 y siguientes.

⁵⁵ Por tal razón, contra lo que afirma De La Flor, la Ley de Bancos no ha querido ser drástica con el fideicomitente sino más bien contra los acreedores de éste.

ciario para alcanzar un fin distinto del previsto en el negocio fideicomisario. A este respecto, el artículo 252 de la Ley de Bancos establece lo siguiente: “[...] la empresa fiduciaria sólo puede disponer de los bienes fideicometidos con arreglo a las estipulaciones contenidas en el instrumento constitutivo. Los actos de disposición que efectúe en contravención con lo pactado son **anulables**, si el adquirente no actuó de buena fe, salvo el caso de que la transferencia se hubiese efectuado en una bolsa de valores. **La acción puede ser interpuesta por cualquiera de los fideicomisarios, el fideicomitente y aun por la propia empresa fiduciaria**” (el énfasis es agregado).

A pesar de la literalidad del artículo glosado, es claro que no sólo los actos de disposición deben ser efectuados en función de lo previsto en el negocio fideicomisario, pues el ejercicio del dominio fiduciario no se agota con ese tipo de actos. En efecto, dicho dominio autoriza también a realizar actos de adminis-

tración, de conservación, etc. Por consiguiente, el fiduciario debe observar lo previsto en el negocio en cuestión no sólo cuando pretenda enajenar sino también cuando pretenda gravar, ceder el uso, etc.

Ahora bien, como lo establece el artículo ya referido, los actos realizados por el fiduciario en contravención de lo dispuesto en el negocio fideicomisario son anulables (a no ser que el tercero afectado por tales actos hubiese actuado con buena fe). Esto quiere decir que los actos en cuestión producen efectos “precarios”, esto es, efectos que pueden ser, dentro de un plazo determinado, confirmados (a fin de que se conviertan en “firmes”) o destruidos (con retroactividad).

Cuando un negocio presenta una anomalía estructural (cosa que ocurre cuando algún presupuesto o algún elemento no cumple con algún requisito legalmente exigible), el ordenamiento lo considera inválido⁵⁶. Sin embargo, dependiendo del tipo de la anomalía, la invalidez asume la forma de la nulidad⁵⁷ o la de la

⁵⁶ La invalidez negocial presupone la existencia de un “juicio de conformidad” en virtud del cual se concluye que el negocio no cumple con las “directrices” establecidas por el ordenamiento jurídico. El fenómeno indicado (“incumplimiento de las directrices”) se presenta cuando por lo menos alguno de los “elementos” (manifestación de voluntad, objeto o causa) o de los “presupuestos” (sujetos, bienes y servicios) del negocio no presenta alguna de las condiciones o características exigidas por el ordenamiento jurídico. La invalidez negocial viene a constituir una sanción que el ordenamiento jurídico impone al negocio que presenta “irregularidades”. Esta sanción puede determinar (i) que dicho negocio no produzca las consecuencias jurídicas a las cuales está dirigido (lo que significa que es absolutamente ineficaz); o, (ii) que dicho negocio produzca las consecuencias a las cuales está dirigido, pero que éstas puedan ser “destruidas” (lo que significa que es precariamente eficaz).

⁵⁷ La nulidad (del negocio jurídico) supone lo siguiente:

- a) La ineficacia total y original del negocio.
- b) La imposibilidad de que el negocio sea “saneado”.
- c) La naturaleza declarativa de la sentencia (o laudo) que compruebe su existencia.
- d) La posibilidad de que el juez (o el árbitro) la declare de oficio.
- e) La imprescriptibilidad de la acción para que sea declarada.
- f) La posibilidad de que terceros con interés puedan accionar para que sea declarada.

El Código Civil recoge expresamente casi la totalidad de las características enunciadas. Así, en su artículo 220 establece que la nulidad no puede subsanarse por confirmación y que el juez la “declara” a pedido de quienes tengan interés o del Ministerio Público, o de oficio cuando resulte manifiesta. Evidentemente, el Código Civil no necesita prescribir expresamente que el negocio nulo no produce efectos.

Respecto de la característica de la imprescriptibilidad de la acción para que se declare la nulidad del negocio, sorprendentemente el Código Civil no la acoge, al contemplar, en el inciso 1 de su artículo 2001, que la acción de nulidad prescribe a los diez años. Es cierto que esta postura no es desconocida en la legislación comparada (por ejemplo, el Código Civil español también la acoge), pero es cierto también que las razones esgrimidas para su consagración positiva carecen de sustento. En efecto, no tiene sentido establecer la prescripción de la acción de nulidad a fin de tutelar el interés en conservar las “situaciones” adquiridas como consecuencia de la “ejecución” del negocio, pues semejante interés resulta protegido con creces por dos institutos especialmente contemplados al efecto: la usucapación y el decaimiento de las acciones de repetición por pago indebido o por enriquecimiento sin causa.

Tomando en consideración que el mero transcurso del tiempo no puede, *per se*, convertir lo ilícito en lícito, lo imposible en posible, lo indeterminado en determinado, etc., resulta claro que el cumplimiento del plazo prescriptorio en ningún caso puede legitimar a las partes (o a los terceros beneficiarios) para “reclamar” el cumplimiento de lo establecido en el negocio. En realidad, el vencimiento del plazo prescriptorio únicamente impide que se revise, en sede judicial, la validez del negocio. Ahora bien, si el negocio aún no se ejecutó, el transcurso del plazo prescriptorio adquiere relevancia únicamente en caso que una de las partes pretenda el cumplimiento del mismo. En tal supuesto, la parte que, sobre la base de la nulidad, no está dispuesta a ejecutar el negocio, tendrá que esperar que la otra interponga la demanda correspondiente a fin de oponer una excepción de nulidad, la cual no está sujeta a plazo prescriptorio alguno. Si, por el contrario, el negocio ya se ejecutó, el transcurso del plazo prescriptorio adquiere relevancia únicamente en caso que no hubiese funcionado la usucapación o no hubiese prescrito la acción de repetición por pago indebido, pues en tal supuesto dicho plazo impediría exigir, a través de una demanda, la restitución de lo ejecutado.

La nulidad de un negocio no supone la total “irrelevancia” del mismo. Así es, si bien es cierto que todos los efectos jurídicos emanan directamente de la norma, también lo es que cuando la misma contempla la figura del negocio jurídico, los efectos que establece se “nutren” de la reglamentación de intereses fijada o acordada, respectivamente, por la parte o las partes que celebran dicho negocio. A estos efectos se les denomina “negociales”. Junto a los efectos “negociales” normalmente surgen otros, denominados “no negociales”, que no se “alimentan” de la referida reglamentación. Cuando el negocio es válido, en líneas generales la función de estos últimos efectos consiste, por un lado, en “corregir” las desviaciones que pueda presentar la reglamentación ya indicada; y, por el otro, en “complementar” el contenido de la misma, cuando existan determinados aspectos de la operación económica no tomados en consideración por la parte o las partes que celebran el negocio jurídico.

Ahora bien, la nulidad determina que el negocio jurídico no produzca los efectos “negociales”, que son los efectos deseados por la parte o las partes que lo celebran. En ciertos casos, sin embargo, la nulidad no impide que surjan efectos “no negociales”, derivados del hecho de la celebración del negocio (nulo) o de la ejecución del mismo. En tales casos, la función de los referidos efectos consiste en tutelar ciertos intereses de una de las partes. Lo descrito ocurre, por ejemplo, cuando, transgrediendo las reglas de la buena fe objetiva, una de las partes induce a la otra a celebrar un negocio nulo; o cuando, ignorando la existencia de una causal de nulidad, una de las partes ejecuta en favor de la otra una de las prestaciones previstas en el negocio. En el primer caso el ordenamiento jurídico le otorga “relevancia” a la celebración del negocio nulo a fin de concederle a la parte que sufre el engaño el derecho de exigirle a la otra el pago de una indemnización (supuesto de responsabilidad pre-contractual). En el segundo caso el ordenamiento jurídico le otorga “relevancia” a la ejecución del negocio nulo a fin de concederle a la parte que realizó la prestación el derecho de exigirle a la otra la restitución de la misma (sea *in natura* o por equivalente).

anulabilidad⁵⁸. Cuando la anomalía afecta principios fundamentales del ordenamiento (por ejemplo, el principio de la coherencia, que resulta protegido a través del requisito de la “licitud”), la invalidez asume la forma de la nulidad, de modo que el negocio no produce ni puede en el futuro producir efecto alguno (ya que tiene la condición de “incurable”). En cambio, cuando la anomalía afecta los intereses de una de las partes (por ejemplo, el interés en quedar vinculado en función de lo realmente querido), la invalidez asume la forma de la anulabilidad, de modo que el negocio produce efectos precarios, esto es, susceptibles de destrucción unilateral (en función de lo que decida la parte perjudicada con la anomalía). Tales efectos, sin embargo, pueden convertirse en firmes (a través de la conformación) si la parte perjudicada considera que el negocio, a pesar de presentar anomalías, aún satisface sus intereses.

Si el ejercicio del dominio fiduciario contraviene lo establecido en el negocio fideicomisario, es claro que se produce una afectación al interés del fideicomitente. Las razones son obvias. También es claro que puede producirse una afectación al interés del fideicomisario. Esta afectación puede tener distintos grados, dependiendo de si este último tiene una expectativa o un crédito firme (por ejemplo, si en un fideicomiso con fines de administración el fideicomisario debe recibir todos los meses un porcentaje de las rentas que cobre el fiduciario, aquél se vería directamente afectado en caso que este último reduzca indebidamente el monto de dichas rentas). Lo que no resulta claro, sin embargo, es cómo se afecta el interés del fiduciario. Y la preocupación es atendible debido a que la Ley de Bancos permite que cualquiera de las tres “partes” solicite la anulación del

acto en el que se resuelve el ejercicio “irregular” del dominio fiduciario, lo que genera un problema bastante grave de cara a la confirmación. En efecto, de acuerdo con lo establecido por el artículo 230 del Código Civil, la confirmación puede ser ejercida por el titular de la acción de anulación. Por consiguiente, en aplicación de este artículo, así como fideicomitente, fiduciario y fideicomisario pueden anular el acto en cuestión, fideicomitente, fiduciario y fideicomisario pueden también confirmarlo. Ahora bien, ¿es esto justo y razonable? No, evidentemente. En efecto, ¿cómo es posible que siendo el causante de la anomalía (que afecta al fideicomitente y eventualmente al fideicomisario) el fiduciario pueda confirmar el acto anulable? Nótese que al convertir los efectos precarios en firmes, el fiduciario provocaría una lesión definitiva de los intereses del fideicomitente y del fideicomisario. Y dicha lesión podría no generar responsabilidad alguna, en caso sea considerada consecuencia del ejercicio de un derecho.

Pero eso no es todo. ¿Qué ocurre si el fideicomisario desea confirmar el acto anulable y el fideicomitente no? O viceversa, ¿qué ocurre si el fideicomitente desea confirmar el acto anulable y el fideicomisario no? ¿Qué voluntad prima? ¿O será que ambos tienen que estar de acuerdo?

A diferencia de la Ley de Bancos, la Ley de Mercado de Valores no contiene norma alguna que resuelva el problema del ejercicio irregular del dominio fiduciario. Ante ello, evidentemente, no queda sino aplicar el Código Civil. Como quiera que el artículo 313 de la Ley de Mercado de Valores establece que las facultades que integran el dominio fiduciario deben ser ejercidas con arre-

⁵⁸ La anulabilidad (del negocio jurídico) supone lo siguiente:

- a) La eficacia “precaria” del negocio.
- b) La posibilidad de que el negocio sea “saneado”.
- c) La naturaleza constitutiva de la sentencia (o laudo) que compruebe su existencia.
- d) La imposibilidad de que el juez (o el árbitro) la declare de oficio y de que los terceros con interés puedan accionar para que la misma sea declarada.
- e) La prescriptibilidad del derecho a solicitar que la misma sea declarada.

El Código Civil recoge la totalidad de las características enunciadas. Así, en su artículo 222 establece (i) que el acto anulable es nulo desde su celebración por efecto de la sentencia que lo declare; y, (ii) que este tipo de nulidad se pronuncia a petición de parte, no pudiendo ser alegada por otras personas distintas a las designadas por ley. De igual modo, en su artículo 230 establece que el acto anulable puede ser “confirmado”.

A diferencia de la nulidad, que no otorga a la parte o a las partes derecho alguno que se encuentre dirigido a “atacar” al negocio (en tanto que aquella opera de *iure*), la anulabilidad concede a la parte afectada por la “irregularidad” que éste presenta un derecho potestativo negativo, consistente en la posibilidad de alterar la esfera jurídica de la otra parte (o del tercero beneficiario) mediante la destrucción de los efectos – precarios– generados por el negocio.

En efecto, el negocio anulable es siempre eficaz, por lo que la parte o las partes asumen directamente las consecuencias jurídicas previstas en el mismo. Sin embargo, como quiera que tal negocio presenta una “anomalía” que perjudica los intereses de la parte o de una de las partes, el ordenamiento jurídico le otorga a la misma el derecho de decidir si –a pesar de la lesión de su interés– ejecuta el negocio o si destruye (con efectos retroactivos) las consecuencias desplegadas por el mismo. En tal sentido, durante cierto lapso, las consecuencias jurídicas desplegadas por el negocio anulable tienen la condición de “precarias”.

Ahora bien, si la parte afectada por la “anomalía” decide ejecutar el negocio, éste quedará “saneado” (“confirmado”) y, por tanto, sus consecuencias “precarias” se convertirán en “firmes”. En cambio, si esa parte decide destruir las consecuencias indicadas, modificará, con efectos retroactivos, la esfera jurídica de la otra parte (o del tercero beneficiario), al hacerle perder las situaciones jurídicas subjetivas que la misma hubiese adquirido en función del negocio.

El derecho potestativo negativo otorgado a la parte afectada por la “irregularidad” del negocio está sujeto a un plazo de prescripción. El inciso 4 del artículo 2001 del Código Civil establece que la acción de anulabilidad prescribe a los dos años. A pesar de que literalmente la norma en cuestión hace referencia a la “acción”, es evidente que, en virtud de la regulación dispuesta por los artículos 2 y 3 del Código Procesal Civil, ésta no puede estar sujeta a plazo prescriptorio alguno. En efecto, la acción no es más que un poder jurídico que permite solicitar un pronunciamiento judicial determinado. Para ejercer la acción no hace falta tener la titularidad de una situación jurídica subjetiva –material–, pues con o sin “derecho” se puede, en cualquier momento, interponer una demanda. Por tanto, es claro que no es dicho poder el que prescribe sino la situación jurídica subjetiva –material– que se trata de tutelar en sede judicial. En este sentido, se debe entender que el plazo prescriptorio establecido por el artículo citado ataca, no a la acción, sino al derecho potestativo tantas veces indicado.

glo a la finalidad para la que fue constituido el fideicomiso, un acto celebrado para la obtención de una finalidad distinta violaría lo dispuesto en dicho artículo, de modo que incurriría en causal de nulidad (por ilicitud de objeto o de causa). Nótese que en este caso de nada serviría la buena fe del tercero, ya que el régimen general de nulidad contemplado en el Código Civil no toma en consideración –como debe ser– la confianza de una de las partes, de ambas o de terceros a efectos de aplicar la sanción de invalidez absoluta.

Como se podrá advertir, al amparo del sistema vigente, el ejercicio irregular del dominio fiduciario genera consecuencias bastante disímiles (cuando no absurdas), según el tipo de fideicomiso que se haya constituido (bancario o financiero). Y la pregunta que uno puede legítimamente formular es si resulta razonable y prudente que en un caso el ejercicio irregular del dominio fiduciario provoque la anulabilidad y en otro la nulidad; si resulta razonable y prudente que en un caso la buena fe del tercero sea relevante y en otro no.

d) Invalidez e ineficacia

Un cuarto gran problema que presenta la regulación del fideicomiso es el relativo al remedio aplicable al caso de la constitución anómala de un patrimonio autónomo (con fines de titulización).

Al igual que cualquier otro negocio jurídico, el negocio de constitución de un patrimonio autónomo puede presentar problemas que afecten su validez o su eficacia. Y tales problemas pueden ser desde los más comunes (como el error o el incumplimiento) hasta los más infrecuentes (como la intimidación o la alteración de las circunstancias).

Con el propósito de otorgar a los inversionistas que suscriban los bonos titulizados una protección especial contra los remedios que el fideicomitente o terceros puedan emplear a fin de atacar la validez o la eficacia del acto por el que se constituye el patrimonio fideicometido (que respalda el pago de los títulos en cuestión), el artículo 298 de la Ley de Mercado de Valores establece lo siguiente:

“No podrá declararse la nulidad, por simulación, la anulación, ni la ineficacia por fraude del **acto por el cual una o más personas naturales o jurídicas constituyen un patrimonio de propósito exclusivo y se obligan a transferir activos para que se incorporen en dicho patrimonio**, cuando pudiera derivar en un perjuicio para quienes hubieren suscrito o adquirido valores por oferta pública, o que habiéndolos suscrito o adquirido en virtud de una negociación privada, hubieren obrado de buena fe y pudieran sufrir un perjuicio.

Por tal motivo, no son de aplicación al acto a que se refiere el artículo anterior (sic) las disposiciones que

establecen la nulidad de los actos celebrados por persona en proceso de reestructuración, liquidación extrajudicial o declarada en quiebra, contenidas en las normas relativas a la reestructuración patrimonial de las empresas en los supuestos señalados en el párrafo anterior.

Del mismo modo, en relación al acto a que se refiere el primer párrafo del presente artículo, la persona o personas obligadas a transferir los activos no podrán, salvo pacto en contrario, solicitar la rescisión por lesión, la resolución o reducción de su prestación por excesiva onerosidad de la misma, ni la resolución por incumplimiento del adquirente del pago de la prestación debida en los supuestos ahí señalados...” (el énfasis es agregado).

Como se podrá advertir, la norma glosada hace referencia al acto por el cual una persona constituye un patrimonio exclusivo y se obliga a transferir los activos para que se incorporen a dicho patrimonio. ¿Qué acto es ese? El acto por el cual el fideicomitente se obliga a efectuar la transferencia fiduciaria de un conjunto de activos a favor del fiduciario para la constitución de un patrimonio autónomo o el acto por el cual el fiduciario constituye el patrimonio en cuestión (obligándose a transferir los activos indicados). En otros términos, el acto que resulta inmune a una serie de remedios de invalidez o ineficacia es el acto que origina el proceso de titulización (en el que interviene fideicomitente y fiduciario) o es el acto que genera el patrimonio autónomo. Aun cuando resulta razonable entender que el acto de marras es el que origina el proceso indicado, la letra de la ley permite otra lectura, por lo que enfrentamos una situación de incertidumbre.

El primer remedio excluido por la norma analizada es el que provoca la invalidez absoluta por simulación. En consecuencia, sea cual sea el acto protegido, lo cierto es que el mismo no puede ser declarado nulo en caso que fideicomitente y fiduciario sólo hayan aparentado querido celebrar el negocio fideicomisario con fines de titulización.

El segundo remedio excluido por la norma analizada es el que provoca la invalidez relativa del acto. Como quiera que la norma en cuestión no hace referencia a causal alguna de ese tipo de invalidez, se entiende que el remedio no procede en ningún caso. Por consiguiente, no interesa si el fideicomitente es incapaz relativo (por ser toxicómano, ebrio habitual, pródigo, etc.), si su voluntad ha estado viciada, etc. Cualquier supuesto de anulabilidad pasa a ser jurídicamente irrelevante en este caso.

El tercer remedio excluido por la norma analizada es el que provoca la “ineficacia” (entiéndase, inoponibilidad) del acto en caso de ser fraudulento. Por consiguiente, a diferencia de lo que ocurre con el fideicomiso banca-

rio, que podría ser atacado hasta por dos remedios distintos, el fideicomiso financiero es inmune a la acción de los acreedores del fideicomitente.

Para que la exclusión de los remedios indicados opere, es necesario que los mismos sean capaces de generar un perjuicio para los que hubiesen suscrito o adquirido los valores (i) mediante oferta pública; o, (ii) mediante negociación privada, pero con buena fe. De acuerdo con lo establecido por el artículo 299 de la Ley de Mercado de Valores, el perjuicio indicado se produce cuando la aplicación de alguno de los remedios descritos genera (i) la imposibilidad o la dificultad de efectuar el pago de las prestaciones debidas a los titulares de los valores; o, (ii) el descenso en la categoría de riesgo asignada a estos últimos.

Por otro lado, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 7 del Reglamento de los Procesos de Titulización de activos, para que la exclusión ya referida opere es necesario que los valores hayan sido colocados o transferidos a título oneroso a los inversionistas.

Ahora bien, como resulta claro tanto la nulidad como la anulabilidad van a producir el perjuicio ya referido, pues si el decaimiento del patrimonio no genera la imposibilidad o dificultad de pago (debido a la fortaleza de las garantías), de todas maneras va a producir la caída del *rating* otorgado a los valores. En consecuencia, en términos prácticos, sólo ante la posibilidad de que la constitución del patrimonio autónomo sea inoponible a cierto acreedor, tiene sentido evaluar si se produce o no el perjuicio.

Por otro lado, si la suscripción de los valores se produce como consecuencia de una negociación privada, muy difícilmente los suscriptores podrán alegar mala fe, ya que usualmente los mismos tienen acceso a la documentación financiera y patrimonial del fideicomitente, de modo que pueden darse cuenta del perjuicio que la "transmisión fiduciaria" causaría a los acreedores de este último.

Además de los remedios indicados, el artículo bajo examen excluye cuatro remedios más. El primer remedio adicional que resulta excluido es el de inoponibilidad por causa concursal. A pesar de que la norma bajo comentario hace referencia a la nulidad de los actos celebrados por la persona comprendida en un proceso de reestructuración, de liquidación extrajudicial o de quiebra, el remedio excluido es el de inoponibilidad, ya que, a diferencia de la Ley de Reestructuración Patrimonial, que establecía la nulidad de los actos en cuestión, la actual Ley General del Sistema Concursal concede ese remedio a los acreedores del deudor incurso en alguno de los procesos indicados. En efecto,

según el artículo 19 de esta ley, el juez declarará inoponibles, entre otros, los actos extraordinarios (que son los que no corresponden al desarrollo de la actividad ordinaria), gratuitos u onerosos, por los que el deudor transfiera bienes y perjudique su patrimonio, aun cuando los mismos hubieran sido celebrados antes de la declaración de la situación de concurso⁵⁹.

Aplicando lo dispuesto por la norma bajo comentario, es claro que si el fideicomiso de titulización ha sido constituido antes de que la junta de acreedores del fideicomitente opte por la reestructuración patrimonial o la disolución y liquidación, aquéllos no podrán atacar el acto constitutivo, a pesar de que el mismo no responda al desarrollo normal de las actividades del fideicomitente y a pesar de que el mismo perjudique el patrimonio de este último. Como se podrá advertir, ante la disyuntiva de proteger a los tenedores de los títulos o proteger a los acreedores del fideicomitente, la norma en cuestión opta por lo primero. Ahora bien, no queda claro si la exclusión del remedio que tendrían los acreedores al amparo de la Ley General del Sistema Concursal opera sólo cuando los titulares de los valores sufran algún perjuicio. Tampoco queda claro si tal exclusión opera tanto en el caso en el que la suscripción o adquisición de los títulos se haya producido como consecuencia de una oferta pública, como en el caso en el que dicha suscripción o adquisición se haya producido como consecuencia de una negociación privada. Si se procede con algo de sentido común y equidad, tendría que concluirse que si la inoponibilidad del fideicomiso no ocasiona perjuicios a los tenedores de los títulos o si éstos han sido adquiridos sin buena fe en el contexto de una negociación privada, los acreedores del fideicomitente (en proceso de reestructuración o de disolución y liquidación) deben poder actuar el mecanismo de protección contemplado a su favor por el artículo 19 de la Ley General del Sistema Concursal. Sin embargo, el segundo párrafo del artículo 298 de la Ley de Mercado de Valores literalmente no condiciona la exclusión del remedio comentado al cumplimiento de requisito alguno. Por consiguiente, nos encontramos, otra vez, ante un asunto dejado a la interpretación.

El segundo remedio adicional que resulta excluido es el de rescisión por lesión. Según la norma bajo comentario, salvo pacto en contrario, el obligado a transferir los activos no puede solicitar la rescisión por lesión. Habida cuenta que ese obligado sólo puede ser el fideicomitente, resulta casi imposible que el negocio fideicomisario se vea afectado por lesión. En efecto, el fideicomiso con fines de titulización es constituido por negocio unilaterial o por negocio bilateral. En el primer caso, la lesión

⁵⁹ Están comprendidos los actos celebrados dentro del año anterior a la fecha (i) en la que el deudor presenta su solicitud para acogerse a uno de los procedimientos concursales; (ii) en la que es notificado con la resolución de emplazamiento; o, (iii) en la que es notificado con la resolución de inicio del proceso de disolución y liquidación.

está descartada de plano, pues la unilateralidad del negocio excluye la existencia de la parte que se aprovecha del estado de necesidad apremiante (a no ser, claro está, que se considere que la sociedad titulizadora, que actúa como fideicomitente y fiduciaria, puede aprovecharse del estado de necesidad apremiante que ella misma sufre). En el segundo caso, la lesión también está, en principio, descartada de plano; pues el fiduciario puede, en el peor de los casos, tener conocimiento de la "presión" que ejerzan los acreedores del fideicomitente para "forzarlo" a titularizar. Tal conocimiento, sin embargo, no determinaría la existencia de "aprovechamiento" (del estado de necesidad apremiante)⁶⁰.

Sea como sea, sin embargo, la solución establecida por la norma es realmente curiosa. Si se considera que es posible que el fideicomitente sea "lesionado" al celebrar el contrato de fideicomiso con fines de titulización, la tutela que el ordenamiento le debe otorgar no puede depender del hecho que aquél consiga dejar a salvo su derecho de impugnar el contrato. Si el fideicomitente acepta transferir ciertos derechos a un valor exiguo, es porque la otra parte se aprovecha del estado de necesidad apremiante que lo afecta. En este contexto, ¿cómo exigirle al fideicomitente que deje a salvo su derecho? ¿La parte que se aprovecha aceptará incluir una previsión contractual que delate su actuación lesiva? Como se advertirá, pues, la norma comentada ofrece una protección ridícula, que en la práctica constituye una burla.

El tercer remedio (alternativo) adicional que resulta excluido es el de resolución del contrato o reducción de la prestación por excesiva onerosidad. De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1440 del Código Civil, ante la grave alteración del equilibrio económico del contrato, la parte perjudicada puede solicitar la reducción de la prestación o el incremento de la contraprestación. En caso ello no sea posible o no sea aceptado por la otra parte, el juez debe declarar resuelto el contrato. La norma bajo comentario excluye la posibilidad de que el fideicomitente solicite la reducción de la prestación a su cargo o la resolución del contrato. Para que tal posibilidad surja, los activos que el fideicomitente debe transferir tendrían, por causas extraordinarias e imprevisibles, que ver incrementado su valor de una manera tal que el equilibrio económico del contrato de fideicomiso quedase gravemente alterado. Ahora bien, tomando en consideración es condición indispensable que la ruptura del equilibrio económico del contrato se produzca antes de que el fideicomitente cumpla la prestación a su cargo, resulta imposible que los inversionistas se perjudiquen con la actuación del remedio previsto por el artículo 1440 del Código Civil, ya que en ese estado del proceso de titulización aquéllos aún no tendrían la con-

dición de suscriptores de los valores. Pero incluso si tuviesen dicha condición, la acción de reducción de la contraprestación en nada los perjudicaría, ya que la misma únicamente provocaría el reestablecimiento del equilibrio económico del contrato y, por consiguiente, del valor del patrimonio autónomo previamente aceptado por todas las partes del proceso en cuestión. Como se advertirá, resulta ilógico e injusto impedir por *default* la actuación del remedio natural contra la excesiva onerosidad de la prestación.

Sin perjuicio de lo expuesto, nótese que la norma bajo comentario no excluye la posibilidad de que el fideicomitente solicite, no la reducción de la prestación, sino el aumento de la contraprestación. Por consiguiente, una interpretación literal del tercer párrafo del artículo 298 de la Ley de Mercado de Valores permite al fideicomitente exigir el aumento de la contraprestación, lo cual es absurdo debido a que si algún remedio debió excluirse, éste es precisamente el que no está considerado. En efecto, si se produce un supuesto como el comentado en el párrafo precedente, existen —entre otros— dos posibilidades: que el fideicomitente desee continuar con el proceso de titulización, previa disminución de la prestación a su cargo; o que el fideicomitente ya no desee continuar con el proceso en cuestión (a pesar de haber celebrado el contrato de fideicomiso). Si lo que ocurre es esto último, el fideicomitente fácilmente puede lograr su cometido si echa mano al remedio del aumento de la contraprestación (nótese que el artículo 1440 del Código Civil le otorga a la parte perjudicada —por la ruptura grave del equilibrio económico del contrato— la libertad de solicitar la reducción de la prestación o el aumento de la contraprestación). Así es, dicho remedio supondría necesariamente una modificación de la estructura económica del fideicomiso, afectando los colaterales o incluso el monto nominal de los valores. Ante ello, es casi seguro que los inversionistas no deseen participar en el proceso. Por lo tanto, el fideicomitente tendría expedito su derecho a solicitar la resolución del contrato. Como se podrá entender, el legislador ha errado gravemente: debiendo permitir —sin necesidad de pacto expreso— la posibilidad de que el fideicomitente solicite la reducción de la prestación a su cargo e impedir la posibilidad de que el mismo solicite el aumento de la contraprestación, ha excluido la primera posibilidad y dejado a salvo la segunda.

Finalmente, el cuarto remedio adicional que resulta excluido es el de resolución por incumplimiento. Según la norma bajo comentario, salvo pacto distinto, el fideicomitente no puede resolver el contrato por incumplimiento del "adquirente" del pago de la prestación debida. Lo primero que hay que esclarecer es el significado del término "adquirente". En efecto, ¿quién

⁶⁰ Así: MINERVINI, Enrico. "La Rescissione". En: "I Contratti in Generale". Tomo II. Editado por Enrico Gabrielli. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese. 1999. p. 1440.

es? El fiduciario que adquiere (¿?) los bienes (*rectius*, derechos) para luego constituir el patrimonio autónomo; o el grupo de inversionistas que adquiere los títulos una vez constituido tal patrimonio.

Si el adquirente es el fiduciario, entonces la prestación incumplida no puede ser otra que la de entregar los fondos captados por la colocación de valores. En esta línea, resulta razonable que ante la falta de ejecución de dicha prestación el fideicomitente no pueda resolver el contrato y exigir la restitución de lo entregado al fiduciario (porque ello significaría liquidar el patrimonio autónomo). Pero lo que no resulta razonable es que se permita el pacto en contra, no sólo porque así se desincentiva la colocación de los títulos, sino también porque dicho pacto no va a ser eficaz. En efecto, de acuerdo a lo previsto en el artículo 1372 del Código Civil, la resolución no perjudica el derecho de terceros que hayan actuado de buena fe. Si se considera que los inversionistas tendrían esa condición, resulta que el fideicomitente no podría, a pesar de la resolución, exigir la liquidación del patrimonio autónomo, porque ello perjudicaría a los primeros. En este contexto, si este último, que entregó todo lo que tenía que entregar, no va a poder, a pesar del incumplimiento del fiduciario, recibir el contenido del patrimonio autónomo, ¿qué sentido tiene que resuelva el contrato?

Si, por el contrario, el adquirente es el grupo de inversionistas, entonces de la prestación incumplida no puede ser otra que la de entregar los fondos que representen el valor de los títulos suscritos. En esta línea, no queda claro cuándo se produciría el incumplimiento (¿basta que uno de los inversionistas no pague?). Al margen de ello, no parece razonable que, vía pacto en contrario, el fideicomitente pueda resolver el contrato. Así es, además de las razones ya anotadas, aquí entra en consideración un elemento adicional, que tiene que ver con lo injusto que sería permitir que el incumplimiento de uno genere una situación resolutive que terminaría perjudicando a los demás.

Como se podrá advertir, pues, la posibilidad de pactar en contra de la exclusión de la resolución por incumplimiento, no es más que una quimera.

5. A MODO DE CONCLUSIÓN

El fideicomiso –como contrato– y el dominio fiduciario –como situación jurídica subjetiva– constituyen dos fenómenos jurídicos de enorme relevancia en el campo económico. Tomando en consideración el hecho que estos fenómenos provienen del *common law*, resulta claro que en este caso, como quizás en ningún otro, la regulación clara y adecuada es algo determinante.

Tanto la Ley de Bancos como la Ley de Mercado de Valores presentan problemas adicionales a los comentados en las líneas precedentes (piénsese, por ejemplo, en

el curioso tratamiento que la primera dispensa a la nulidad del fideicomiso: ¿qué pasa si el objeto es indeterminable? ¿por qué ante la incapacidad de uno de los fideicomisarios, el fideicomiso necesariamente es válido para los restantes? ¿por qué si uno de los bienes queda fuera del comercio, el fideicomiso necesariamente es válido para los restantes?); los cuales no han podido ser analizados por cuestiones de espacio. Pero ni los gruesos problemas descritos ni estos otros generan tanta ineficiencia como la limitación existente para realizar operaciones fideicomisarias con sujetos que no estén administrativamente calificados para tal fin. En efecto, no hay razón alguna para que el fideicomiso, con todos sus efectos, no pueda ser celebrado por simples personas físicas o jurídicas. No hay razón para exigir que el fiduciario cuente con una autorización especial otorgada por una entidad gubernamental. No hay razón incluso para que el Estado supervise, en cualquier supuesto, la labor de esa persona. Evidentemente, resulta razonable que de manera excepcional el Estado reserve ciertos fideicomisos (por ejemplo, los que tienen como finalidad captar recursos públicos) a entidades especializadas que cuenten con un “título habilitante” y que queden sujetas a fiscalización administrativa. Pero la regla general debería ser la de la libertad. Si una persona puede donar libremente sus bienes a otra, ¿por qué no puede constituir un patrimonio autónomo y confiarle su gestión a otra?

En el ámbito latinoamericano, el fideicomiso dejó de ser hace mucho tiempo un novel instituto (¡en Costa Rica su recepción se produjo en 1964!). En nuestro medio, sin embargo, existe la creencia de que el fideicomiso sólo es útil en el ámbito bancario y financiero. Nada más alejado de la realidad. Dejemos que el fideicomiso penetre todos los sectores de la actividad económica del país; dejemos que la regla general permita a cualquier persona ser fiduciario (sigamos en este el ejemplo del proyecto de ley de fideicomiso de Uruguay); dejemos que los costos de mantener un fideicomiso se reduzcan sensiblemente; dejemos, en fin, que cada uno decida si confía el patrimonio autónomo a la gestión de una persona natural o de una empresa especialmente calificada y supervisada por el Estado. El mercado siempre encontrará los mecanismos adecuados para excluir a los que no se encuentren capacitados de asumir encargos fiduciarios.

Los abogados, jueces y juristas del país tienen, pues, una deuda enorme con el fideicomiso. En términos generales, en nuestro medio poco se sabe de él. Los escasos textos que se han escrito (incluyendo este ensayo, claro está) no pasan de ser aproximaciones muy generales sobre ciertos aspectos (generalmente poco controvertidos) del instituto en cuestión. Lo expuesto a lo largo de estas páginas, sin siquiera constituir una expresión acabada de mi pensamiento, únicamente pretende fungir de llamada de alerta.