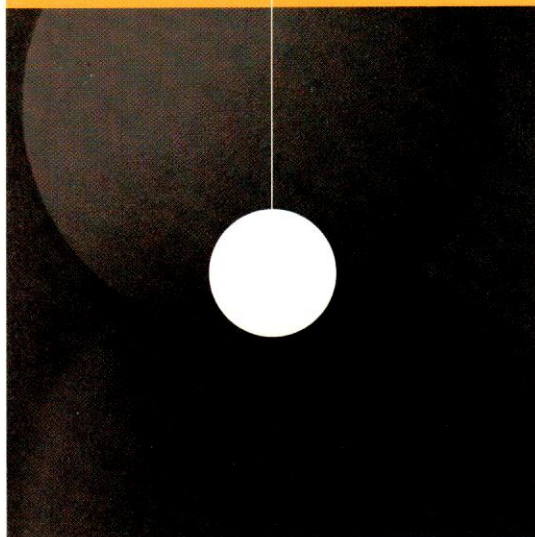


V Congreso  
Internacional  
de la Asociación  
Andrés Bello de Juristas  
Franco Latinoamericanos  
sobre Fideicomiso  
Lima, 2011



Coordinado por el Profesor Christian Larroumet

ASSOCIATION  
ANDRÉS BELLO  
DES JURISTES FRANCO-LATINO-AMERICAINS



FACULTAD  
DE DERECHO



PONTIFICIA  
UNIVERSIDAD  
CATÓLICA  
DEL PERÚ

RGB  
AVOCATS

Ricardo Guevara Bringas  
Abogados

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Presentamos una recopilación de las ponencias pronunciadas en el Quinto Congreso Internacional de la Asociación Andrés Bello de Juristas Franco Latinoamericanos sobre Fideicomiso, realizado en la ciudad de Lima, Perú, los días 13 y 14 de abril de 2011.

Es así que, en un esfuerzo por seguir promoviendo el debate jurídico y captar la atención del lector sobre la importancia de las instituciones del Derecho, esta obra busca difundir las últimas tendencias y avances del fideicomiso y, al mismo tiempo, despertar la consciencia del público y de los agentes financieros sobre las múltiples ventajas de este importante instrumento jurídico en el mercado.





**CONGRESO DE FIDEICOMISO  
LIMA 2011**



*Volumen II Biblioteca del*

**ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE**

**Congreso de Fideicomiso  
Lima 2011**

**ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE**

## CONGRESO DE FIDEICOMISO LIMA 2011

Primera edición, febrero 2013

Tiraje: 1,000 ejemplares

© Estudio MARIO CASTILLO FREYRE S.C.R.L., editor, 2012

Av. Arequipa 2327, Lince

Telfs. (511) 200-9090 / 422-6152 / 441-4166

estudio@castillofreyre.com - www.castillofreyre.com

Diseño de Cubierta: Iván Larco

Diagramación de interiores: F.M. Servicios Gráficos S.A.

Imprenta: F.M. Servicios Gráficos S.A.

Henry Revett n.º 220 - Santiago de Surco - Lima

*Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso del autor.*

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.º 2013-02492

ISBN: 978-612-46374-0-7

Impreso en el Perú - Printed in Peru

## ÍNDICE

	Páginas
Prólogo	9
1. FIDUCIA DEL DERECHO ROMANO, <i>TRUST</i> Y FIDEICOMISO DEL DERECHO MODERNO <i>Christian Larroumet</i>	13
2. LA «PROPIEDAD» FIDUCIARIA <i>Blandine Mallet-Bricout</i>	21
3. LA FIDUCIA EN GARANTÍA: EL CASO COLOMBIANO <i>Fabrizio Mantilla Espinosa</i>	45
4. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL FIDEICOMISO EN DERECHO PERUANO Y EN DERECHO FRANCÉS <i>Nicolas Balat</i>	91
5. EL FIDEICOMISO FRENTE AL DERECHO CIVIL Mario Castillo Freyre	115
6. LA CONSOLIDACIÓN DEL FIDEICOMISO EN FRANCIA: LAS OPERACIONES FIDUCIARIAS ANTES DEL FIDEICOMISO <i>Sarah Bros</i>	129

7. LAS OBLIGACIONES Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL  
DEL FIDUCIARIO COMO MEDIDAS DE PROTECCIÓN  
DEL PATRIMONIO DEL FIDEICOMISO 145  
*Rafael Ibarra Garza*
8. FIDEICOMISO CONSTITUIDO POR TESTAMENTO: UNA  
MIRADA DESDE EL DERECHO LATINOAMERICANO 167  
*Leonardo B. Pérez Gallardo*
9. EL FIDEICOMISO DE ADMINISTRACIÓN EN LA  
ARGENTINA 227  
*Sebastián Picasso*
10. EL OBJETO DEL FIDEICOMISO. LOS DERECHOS  
TRANSFERIDOS 239  
*Ricardo Guevara Bringas*
11. LA FIDUCIA Y LOS ACREEDORES. APUNTES DE LA  
REGIÓN LATINOAMERICANA 261  
*Carlos Pizarro Wilson*

## PRÓLOGO

En abril del 2011, la Asociación Andrés Bello de los juristas franco-latinoamericanos organizó su congreso en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Lima con el apoyo del Estudio Mario Castillo Freyre. Agradezco a la Pontificia Universidad Católica del Perú por habernos permitido realizar este evento y a Mario Castillo Freyre por su ayuda y su oferta de publicación de las ponencias del congreso.

El congreso se dedicó a la fiducia-fideicomiso en el derecho moderno. Es un tema muy actual. Muchos legisladores en el mundo han adoptado esa operación, sobre todo después de los años cincuenta del siglo pasado en Europa continental, como en América Latina. La fiducia-fideicomiso tiene muchas aplicaciones muy diferentes en varios ámbitos, desde la transferencia de bienes a título gratuito hasta operaciones financieras de inversión o de gestión de dinero. Hoy en día, el corazón de las aplicaciones de la fiducia-fideicomiso se encuentra en el derecho bancario o financiero.

La fiducia-fideicomiso plantea muchas cuestiones en el derecho civil, el derecho mercantil y el derecho tributario. El objetivo de este libro es tratar estas cuestiones desde el punto de vista comparativo. En efecto, todas las legislaciones europeas y latinoamericanas no consagran las mismas soluciones. Hay, en unos puntos, soluciones muy diferentes no sólo respecto al ámbito de aplicación de la operación y a

su factibilidad, sino también a sus condiciones de validez, sus efectos y su tratamiento tributario. Así, se puede considerar que no hay un concepto único de fiducia-fideicomiso, sino un conjunto de fiducias-fideicomisos diferentes. Además, la terminología no es la misma. En Latinoamérica, se habla, en principio, de fideicomiso, mientras en Europa el legislador utiliza más bien el término fiducia. Estos términos tienen su origen en el derecho romano y corresponden, en derecho moderno, a la misma operación jurídica.

Sin embargo, la fuente de inspiración de los legisladores modernos respecto a la fiducia-fideicomiso no se encuentra en el derecho romano, sino en el derecho inglés. En efecto, lo que se debe alcanzar por la utilización de la fiducia-fideicomiso es permitir que los bienes que son el objeto de la operación no sean confundidos con los bienes propios del fiduciario, lo que corresponde al *trust* anglosajón. Sin embargo, la realización de este objetivo no se puede hacer de la misma manera en el derecho anglosajón y en los derechos europeos y de Latinoamérica. La razón es que nuestros derechos continentales no conocen una división de la propiedad propia al *trust*. Por eso, se necesita utilizar otro mecanismo como el patrimonio de afectación.

Si algunos países europeos y latinoamericanos han adoptado en sus legislaciones la fiducia-fideicomiso en la segunda mitad del siglo XX, tal no es el caso del derecho francés. Éste es hasta hoy el último que consagró la fiducia en una ley del año 2007. Durante todos los siglos XIX y XX, los juristas franceses eran hostiles a la fiducia, incluso a la del derecho romano, y se podía considerar que ésa había caído en desuso. De todos modos, la fiducia romana no correspondía a las necesidades de la fiducia moderna que se inspira del *trust*.

En nombre de la Asociación Andrés Bello agradezco a todos los ponentes por haber permitido el éxito de nuestro congreso y la realización de este libro.

CHRISTIAN LARROUMET\*

---

\* Profesor emérito de la Universidad Panthéon Assas (París). Presidente de la Asociación Andrés Bello de los juristas franco latinoamericanos.



FIDUCIA DEL DERECHO ROMANO, TRUST Y  
FIDEICOMISO DEL DERECHO MODERNO  
Christian Larroumet



FIDUCIA DEL DERECHO ROMANO,  
*TRUST* Y FIDEICOMISO DEL DERECHO MODERNO

*Christian Larroumet\**

El Derecho Romano conocía la fiducia como instrumento de gestión o de garantía. En ambos casos, una persona, el constituyente o fiduciante, transfería la propiedad de uno o varios bienes a un fiduciario, el cual los conservaba en su interés propio o en el interés de un beneficiario o del constituyente mismo. También, en ambos casos, el fiduciario tenía una obligación de restituir los bienes al beneficiario o al constituyente, teniendo en cuenta el hecho de que, cuando la fiducia era un instrumento de garantía, el fiduciario adquiriría definitivamente la propiedad del bien en el caso de falta de pago por el deudor, lo que era el equivalente de un pacto comisorio.

El origen del *trust* de los sistemas de *common law* se encuentra en la fiducia romana. En efecto, en el *trust*, así como en la fiducia, el *settlor* transfiere la propiedad de uno o varios bienes al *trustee*, el cual tiene la carga de administrarlos y transferirlos al *settlor* o a un beneficiario. Sin embargo, el *trust* se ha alejado de la fiducia romana desde varios puntos de vista.

En primer lugar, no se puede utilizar el *trust* como una garantía, aunque, en Derecho moderno, el *trust* permita a un *trustee* conservar garantías reales en el interés de otras personas (*security trustee*), pero en

---

\* Profesor emérito de la Universidad Panthéon Assas (París). Presidente de la Asociación Andrés Bello.

ningún caso el *trustee* podría ser el beneficiario de la garantía. El *trust* es un instrumento de administración de bienes en el interés de beneficiarios y nunca un instrumento de garantía en el interés propio del *trustee*, el cual no puede ser el beneficiario del *trust*. La cualidad de beneficiario y de *trustee* son incompatibles, lo que se puede perfectamente entender porque el *trust* es un instrumento de gestión en el interés de otro patrimonio que el del *trustee*. En cambio, en la fiducia romana, el fiduciario puede ser el beneficiario y tal es el caso cuando se utiliza la fiducia como una transferencia de propiedad con objeto de garantía.

En segundo lugar, a diferencia de la fiducia romana, el *settlor* puede ser *trustee*, mientras el constituyente no puede ser fiduciario porque la fiducia supone necesariamente una transferencia de propiedad por el constituyente a otra persona. Lo que permite entender que el *settlor* pueda ser *trustee* es que los bienes *in trust* constituyen un patrimonio autónomo y distinto del patrimonio propio del *trustee*. Desde entonces, la confusión entre el patrimonio propio del *trustee* y de los bienes *in trust* no es posible y, por eso no hay obstáculo para permitir que el *settlor* sea *trustee* en el interés de un beneficiario. Por lo contrario, en la fiducia romana no hay separación entre el patrimonio propio del fiduciario y los bienes que son el objeto de la fiducia. Estos bienes hacen parte del patrimonio propio del fiduciario. Desde entonces, no se puede concebir que el constituyente sea en el mismo tiempo fiduciario.

En tercer lugar, la separación entre ambos patrimonios permite entender lo que caracteriza más a la fiducia en su relación con el *trust*. La fiducia del derecho romano es un contrato en virtud del cual los bienes salen del patrimonio del constituyente para integrar el patrimonio del fiduciario. Éste adquiere estos bienes, los cuales son parte de su patrimonio propio con sus otros bienes que no han sido transmitidos por el contrato de fiducia. La consecuencia es que los propios acreedores del fiduciario tienen derecho de perseguirlos en virtud del derecho de prenda general de los acreedores sobre el patrimonio del deudor. De la misma manera, estos bienes son parte de la herencia del fiduciario. En

estas situaciones es cierto que hay un riesgo de falta de restitución de los bienes al beneficiario de la fiducia. Sin embargo, se trata de un riesgo que es aceptado por el constituyente y el beneficiario, y que es inherente a la fiducia romana.

A diferencia de esta fiducia, lo que caracteriza el *trust* se encuentra en el hecho de que los bienes *in trust* no integran el patrimonio propio del *trustee*. Si bien es cierto que el *trustee* tiene un derecho de propiedad sobre los bienes *in trust*, estos bienes no son integrados a los demás bienes del *trustee* y son separados de estos. El *trustee* es propietario en el interés de otra persona y no en su interés propio. Es una situación próxima a la de un patrimonio de afectación, pero no se trata de un verdadero patrimonio de afectación, porque es una noción desconocida para el *common law*. La separación entre dos propiedades distintas que pertenecen a la misma persona es la llave que permite entender el *trust* cuya originalidad se encuentra en la distinción entre el *legal ownership* y el *beneficiary ownership*. El *trustee* tiene el *legal ownership* sobre los bienes *in trust*, mientras el beneficiario tiene el *beneficiary ownership*. El *trust* es una propiedad en el interés de otra persona, el beneficiario.

Si bien es cierto que el *settlor* puede constituirse *trustee* en el interés de un beneficiario, no se puede deducir que el *legal ownership* permite confundir los bienes *in trust* con los demás bienes del *settlor* que no son parte del *trust*. En tal situación, los bienes *in trust* salen del patrimonio general del *settlor*. También, si el beneficiario no puede ser *trustee* es porque el *trustee* tiene necesariamente un derecho de propiedad en el interés de otra persona.

Aunque la fiducia romana y el *trust* tengan en común una transferencia de propiedad y que el *trust* encuentre su origen en esta fiducia, se trata de instrumentos jurídicos muy distintos. Lo que en el *common law* podría ser equivalente a un patrimonio de afectación no existe respecto a la fiducia del Derecho Romano, porque los bienes que son el objeto de la fiducia no son separados de los demás bienes del fiduciario.

Es obvio que cuando se utiliza la fiducia como garantía, la falta de patrimonio de afectación no perjudica. Se puede encontrar la misma idea en la retención de propiedad como garantía a favor de un vendedor. La propiedad se queda en el patrimonio del vendedor hasta el pago completo del precio. Si, cuando se trata de retención de propiedad, el comprador nunca paga el precio, el vendedor conservará definitivamente la propiedad del bien y, cuando se trata de fiducia como garantía, se debe admitir la misma solución, es decir que el fiduciario sería definitivamente propietario y no tendrá que cumplir con su obligación de restitución. Es también cierto que los acreedores del fiduciario tienen derecho de perseguir el bien porque éste es parte del derecho de prenda general de los acreedores. Tal solución es conforme a la lógica de la transferencia de propiedad a título de garantía. Es la solución que consagra el Derecho francés, por ejemplo, respecto a las cesiones de créditos a título de garantía a favor de los establecimientos para garantizar el reembolso del préstamo en virtud de una ley de 1981.

En contrario, la confusión en el mismo patrimonio de los bienes propios del fiduciario con los bienes que le han sido transferidos en virtud de un contrato de fiducia no corresponde a las necesidades de la transferencia de propiedad para realizar la gestión del bien. Es una necesidad en el interés del beneficiario de no permitir que los acreedores del fiduciario puedan perseguir estos bienes. Es porque el *trust* no constituye un instrumento de garantía sino de gestión que es indispensable separar los bienes *in trust* de los demás bienes del patrimonio del *trustee*. Es también por la misma razón que el *trustee* no puede ser el beneficiario del *trust*.

Algunos sistemas jurídicos de Derecho continental se han inspirado en el *trust* como instrumento de gestión para consagrar, con el nombre de fiducia o fideicomiso, un instrumento basado sobre una separación de los bienes que son el objeto de la fiducia y de los demás bienes del fiduciario. Tal instrumento no tiene nada que ver con la fiducia del Derecho Romano. En Latinoamérica muchas legislaciones conocen una

fiducia de este tipo. Un ejemplo, entre los mejores, es Colombia (artículo 1226 y siguiente del Código de Comercio). También se puede encontrar una fiducia que tiene su inspiración en el *trust* en varios países de Asia, de Medio Oriente y de Europa, tal como Luxemburgo e Italia. Otros países europeos no tienen una legislación particular, pero una jurisprudencia innovadora ha consagrado una fiducia que también tiene su inspiración en el *trust*, tal como Suiza o Alemania.

En el Derecho colombiano, el artículo 1227 del Código de Comercio afirma que «Los bienes objetos de la fiducia no forman parte de la garantía general de los acreedores del fiduciario y sólo garantizan las obligaciones contraídas en el cumplimiento de la finalidad perseguida» (por la fiducia). También, el artículo 1238 enuncia que «Los bienes objeto del negocio fiduciario no podrán ser perseguidos por los acreedores del fiduciante». Tales disposiciones de la ley son conformes al principio de la separación de los bienes fiduciarios del patrimonio general del fiduciario y también del patrimonio del constituyente porque han salido de este patrimonio. El principio de la separación de los bienes objetos de la fiducia del patrimonio general del fiduciario es también afirmado por los artículos 1233 y 1234-2. Se trata de principios directamente inspirados del *trust*. Una de las consecuencias de la separación del patrimonio fiduciario y de los demás bienes del fiduciario y también del constituyente es que sólo el patrimonio fiduciario puede ser perseguido por los acreedores cuyo derecho de crédito tiene su origen en la gestión del patrimonio fiduciario. Además, estos acreedores no tienen derecho de perseguir los demás bienes del fiduciario y tampoco los bienes del constituyente.

Según el artículo 241 de la ley peruana n.º 26.702 «El patrimonio fideicomitido es distinto al patrimonio del fiduciario, del fideicomitente o del fideicomisario y en su caso, del destinatario de los bienes remanentes». El artículo 253 de dicha ley afirma que «El patrimonio fideicomitido no responde por las obligaciones del fiduciario o del fiduciante ni de sus causahabientes y, tratándose de las obligaciones de los de los

fideicomisarios, tal responsabilidad sólo es exigible sobre los frutos o las prestaciones que se encuentran a disposición de ellos, de ser el caso». Estas disposiciones de la ley demuestran una clara idea de la separación de los patrimonios del fiduciario, del fiduciante o fideicomitente y del beneficiario o fideicomisario. Estas disposiciones son inherentes a la fiducia, cuando ésta encuentra su origen en el *trust*.

Respecto a Francia, el artículo 2011 del Código Civil afirma el principio de la separación de los patrimonios y los artículos 2024 y 2025 al. 1 afirman implícitamente que los acreedores del fiduciario y del constituyente no pueden perseguir el patrimonio fiduciario. Sin embargo, el artículo 2025 al. 2 del Código Civil francés enuncia que «En el caso de que el patrimonio fiduciario no permitiría pagar las deudas hacia los acreedores en virtud de la gestión o de la conservación de los bienes que son objeto de la fiducia, estos acreedores pueden perseguir los bienes del patrimonio del constituyente salvo estipulación según la cual el fiduciario sería obligado al pago de estas deudas o estipulación limitando la obligación al pago al patrimonio fiduciario, a condición de que los acreedores hayan aceptado dicha estipulación». Se trata de una disposición que no se encuentra en el *trust* y tampoco en el Código colombiano. Esa disposición no es compatible con el principio de la separación de los patrimonios.

LA «PROPIEDAD» FIDUCIARIA  
Blandine Mallet-Bricout



## LA «PROPIEDAD» FIDUCIARIA<sup>1</sup>

*Blandine Mallet-Bricout\**

Sumario: 1. La realidad de la «propiedad» fiduciaria.— 1.1. Las transgresiones en los atributos clásicos de la propiedad.— 1.2. La fragilidad de la calidad de propietaria.— 1.3. La «propiedad fiduciaria» en duda.— 2. Las consecuencias prácticas de la «propiedad fiduciaria».— 2.1. Efectos emanados de la doble transferencia de la propiedad.— 2.2. Cuestiones sobre la naturaleza de los derechos de los actores del fideicomiso.— 2.2.1. La situación del fideicomitente.— 2.2.2. La situación del fideicomisario.— 2.3. Las acciones del fideicomisario en contra del fiduciario.— 2.4. Comparación con el *trust* angloamericano.— 3. Conclusión.

«El concepto de propiedad, tal como está enunciado en el Código Civil, ¿será capaz de captar todas las novedades dentro de sus viejas líneas?».

Esta pregunta, hecha por Jean Carbonnier,<sup>2</sup> quien fue un gran visionario del Derecho francés, es la que hoy nos ocupa.

La «propiedad» fiduciaria es, sin duda alguna, una novedad en el Derecho francés, ya que no concuerda con el concepto clásico de propiedad que conocemos en el Derecho Civil.

Pero la introducción de la «propiedad fiduciaria» ha sido discreta. De hecho, en la definición del fideicomiso, establecida en el artículo

---

<sup>1</sup> Quisiera agradecer a Rafael Ibarra Garza, quien tradujo mi conferencia del francés al español.

\* Profesora de la Universidad Jean Moulin-Lyon 3 (Francia)

<sup>2</sup> CARBONNIER, J. *Droit civil*, vol. 2. PUF Quadrige, 2004, n.º 737 *in fine*.

2011 del Código Civil, únicamente se hace referencia a una «transferencia» de bienes, derechos o garantías, lo cual fue interpretado inmediatamente por la doctrina como la transferencia efectiva de la propiedad de los bienes del fideicomitente al fiduciario.<sup>3</sup> No fue hasta la reforma legislativa de enero de 2009 (es decir, dos años después de la introducción del fideicomiso en el Derecho Civil francés) que la palabra «propiedad» fue expresamente utilizada por el legislador. Lo anterior fue en relación al fideicomiso de garantía (artículo 2372-1).

En efecto, la originalidad del mecanismo consiste en que el fideicomitente se deshace de ciertos bienes de su propio patrimonio y los coloca en el patrimonio fiduciario que será administrado por el fiduciario al lado de su propio patrimonio. Como consecuencia, la legislación francesa ha reconocido una forma de patrimonio de afectación, en virtud de que el fiduciario es titular de dos patrimonios: su patrimonio personal y el patrimonio fiduciario que él administra.

Por esta razón, la introducción del fideicomiso en el Derecho francés fue vista como un acontecimiento jurídico importante, puesto que el legislador ha establecido una clara excepción a la teoría clásica del patrimonio, según la cual cada persona tiene un patrimonio y solamente uno.

Sin embargo, en el Derecho francés la noción del patrimonio está en relación directa y necesaria con la noción de propiedad: un patrimonio no puede ser concebido sin un dueño. Así que hablar de propiedad fiduciaria es también hablar de patrimonio y viceversa.

Si conforme al modelo de la fiducia romana la transferencia de los bienes fideicometidos puede ser prevista a favor del patrimonio propio

---

<sup>3</sup> «La fiducie est l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires».

del fiduciario, también se puede prever que la transferencia sea a favor de un patrimonio separado: esta opción fue la elegida por el legislador francés.

La dirección tomada por el Derecho francés no fue la que tomaron los otros países de tradición civilista. En Suiza, por ejemplo, el fiduciario administra los bienes fideicometidos dentro de su patrimonio personal, sin que un «patrimonio fiduciario» sea constituido. En cambio, el Derecho de Luxemburgo mantiene la existencia de un patrimonio fiduciario autónomo, como el Derecho peruano, colombiano o boliviano.

Inclusive ciertos derechos extranjeros admiten la idea de un patrimonio sin titular, conforme a la famosa doctrina alemana de «patrimonio sin titular» (*Zweckvermögen*),<sup>4</sup> que fue consagrada en el Código Civil de Quebec (artículo 1261). De esta manera, el patrimonio yace en una voluntad que se materializa en la afectación de una masa de bienes con una finalidad determinada. El legislador francés no quiso introducir tal nivel de abstracción, puesto que sería totalmente opuesta a la teoría subjetiva de patrimonio establecida por Aubry y Rau.<sup>5</sup>

Contrario a lo que sucede en otros países, el fideicomiso francés se ha alejado de la concepción subjetivista de patrimonio y, por lo tanto, no se ha introducido en la legislación francesa la tesis del patrimonio de afectación. Lo anterior ha sido señalado por Christian Larroumet desde el 2007.<sup>6</sup> En efecto, el análisis de la disposición 2025 del Código Civil permite resaltar la falta de una autonomía absoluta del patrimonio del fideicomiso respecto al patrimonio personal del fiduciario y respecto al patrimonio personal del fideicomitente.

---

<sup>4</sup> VON BRINZ, A. *Lehrbuch der Pandekten*, 2<sup>ème</sup> éd., vol. II, Erlangen, A. Diechert, 1873-95. BELLIVIER, Egal. F. «Brinz et la réception de sa théorie du patrimoine en France». En *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, dir. O. Beaud et P. Waschmann, PU Strasbourg, 1997, p. 165.

<sup>5</sup> AUBRY Y RAU. *Droit civil*, tome IX, & 575-583.

<sup>6</sup> LARROUMET, C. «La loi du 19 février 2007 sur la fiducie. Propos critiques». En dossier *La fiducie*, D. 2007, 1350, spéc. n° 14.

Retomando la cuestión de la propiedad de los bienes situados en el «patrimonio del fideicomiso», hay que recalcar una particularidad evidente. Los autores interesados por la cuestión en estudio han otorgado a la propiedad fiduciaria muchos adjetivos: ella sería una propiedad «labrada», «imperfecta», «disminuida», «efímera», «transitoria», «de paso» o, peor aún, una propiedad «esclavizada». Es evidente que la «propiedad fiduciaria» no es una propiedad tradicional; sin embargo, ¿podrá ser considerada como una verdadera propiedad?

A pesar de que no existe duda alguna en la legislación, el debate sigue vivo en la doctrina francesa. Si dicho debate tiene, sin duda, un interés teórico, también tiene un interés práctico:

- ¿Cómo deberíamos percibir jurídicamente la doble transferencia de propiedad, que resulta inevitablemente del contrato de fideicomiso? Mientras que el fiduciario es el propietario de los bienes fideicometidos durante el periodo del contrato, propiedad que es **temporal** y **finalizada** (es decir, conforme a la afectación de los bienes), el fideicomisario es el destinatario final de dichos bienes.
- Mientras se encuentra vigente del contrato, ¿cuáles son las facultades del fiduciario sobre los bienes fideicometidos? El concepto de «propiedad» implica el otorgamiento al dueño de una serie de facultades que clásicamente incluimos, como el *usus*, el *fructus* y el *abusus*.
- ¿Cuál es la naturaleza de los derechos de los diferentes actores del fideicomiso (fideicomitente, fiduciario y fideicomisario) sobre los bienes fideicometidos?

De hecho, hay que partir de la observación de que el fiduciario, quien desempeña un papel fundamental en la operación en estudio, acumula varias funciones: es a la vez parte del contrato de fideicomiso, propietario de los bienes fideicometidos, administrador patrimonial y

a veces también es el acreedor del fideicomitente (en ciertos casos de fideicomiso-garantía).

Pero ¿cómo admitir que una misma persona pueda ser a la vez el propietario de los bienes fideicometidos y simple administrador de ellos en beneficio de una tercera persona?

Por lo visto, parece necesario pasar por la extraña calificación (extraña conforme al Derecho francés) de «propietario temporal a favor de tercero»: dicho propietario actuará en conformidad con los objetivos establecidos por otra persona (el fideicomitente), en beneficio de un tercero (el fideicomisario), y esto solamente por un tiempo determinado.

En lo anterior hay una clave de entrada al mundo, muy especial, de la «propiedad fiduciaria», si es que ésta se puede considerar como tal.

Por ende, quisiera desarrollar dichas cuestiones en dos puntos: después de discutir sobre la realidad de la «propiedad fiduciaria» en el acápite primero (I), vamos a analizar cuáles son las consecuencias prácticas del reconocimiento legal de esta forma especial de propiedad en el acápite segundo (II).

## 1. LA REALIDAD DE LA «PROPIEDAD» FIDUCIARIA

Como dijimos anteriormente, la creación del fideicomiso en el Derecho francés tiene *a priori* como efecto la transferencia de la propiedad de los bienes fideicometidos del patrimonio del fideicomitente al patrimonio fiduciario.

No todos los sistemas de Derecho que admiten el fideicomiso (o el *trust*) prevén la transferencia de la propiedad de los bienes fideicometidos.

Por ejemplo, el Derecho ruso o la legislación china no admiten la transferencia de la propiedad en el fideicomiso. El Derecho ruso ha instituido en su nuevo Código Civil el «*trust* de administración», inspirado parcialmente en el *trust* angloamericano. No obstante, el Código Civil ruso hace referencia al concepto de la transferencia de la propiedad en el *trust* de administración; especifica, además, que «La entrega de bienes a favor de un *trust* de administración no transfiere el derecho de propiedad al administrador del *trust*, quien tiene como obligación la de administrar la propiedad en el interés del propietario o de un tercero determinado». De la misma manera, la legislación china tampoco consagra la transferencia de propiedad de los bienes fideicomitidos a favor del fiduciario. De hecho, el artículo 2 de la *Chinese Trust Law* indica que el *settlor* «entrusts his property rights to the trustee», por ende, no podemos hablar de una transferencia de propiedad.

En algunos países de América Latina no se utiliza la palabra «propiedad» en las normas que regulan el fideicomiso, como el caso de Bolivia, Colombia o Panamá, en los cuales el fideicomitente «transfiere [o transmite] uno o más bienes», contrario a lo que consagra el Derecho argentino, mexicano, costarricense o uruguayo, en los cuales se utiliza, claramente, la palabra «propiedad» o «propiedad fiduciaria».

En relación con su tradición jurídica, Francia tomó una decisión radical: admitió claramente que el fideicomiso puede causar una doble transferencia de propiedad y, además, consagró en el 2007 la teoría de patrimonio de afectación. La «propiedad fiduciaria» constituye de esta manera, y sin duda alguna, un elemento emblemático de la institución que el legislador francés ha querido destacar, pues es la **justificación misma** del fideicomiso y del patrimonio de afectación. Si descartamos la propiedad, el producto, en sí, se vende mal... Sin dicha separación de los bienes fideicomitidos y sin la transferencia de propiedad el fideicomiso pierde su interés, toda vez que los objetivos que éste prevé son:

- En primer lugar, evitar que terceros puedan acceder a la masa de bienes en la operación del fideicomiso (fideicomiso de garantía).
- En segundo lugar, promover una administración dinámica de los bienes por parte el fiduciario (fideicomiso de administración).

La consagración de la propiedad fiduciaria debería tener como efecto el de otorgar al fiduciario un conjunto de facultades que son inherentes a la calidad de propietario. Pero en realidad, el fiduciario es un «propietario disminuido» puesto que las facultades otorgadas tradicionalmente a un propietario, pueden verse profundamente afectadas e incluso ignoradas.

De hecho, el fideicomiso francés revela una transgresión a los atributos clásicos de la propiedad, los cuales serán abordados en el punto (1.1.). Luego se expondrá la fragilidad de la calidad de propietario del fiduciario (1.2.). Para, por último tratar el tema de la propiedad fiduciaria en duda (1.3.).

### *1.1. Las transgresiones en los atributos clásicos de la propiedad*

Las dificultades y los interrogantes surgen del hecho de que el fideicomiso es también y ante todo un contrato especial y muy marcado por un alta carga obligacional. Básicamente, en el fideicomiso el contrato no es un simple soporte de una transferencia de propiedad. Es **el corazón mismo** de la operación. La «propiedad fiduciaria» es un instrumento **al servicio** de un propósito económico bien definido.

De esta manera, como la propiedad se convierte en el instrumento de conexión de obligaciones donde el régimen de éstas predomina sobre el régimen de la propiedad, se corre el riesgo que la propiedad pierda su esencia. ¿Cuál es esta esencia? ¿La del artículo 544 del Código Civil francés?

A pesar de que es difícil encontrar una definición de propiedad que sea aceptada unánimemente por la doctrina, la mayoría de los autores parecen coincidir en que la propiedad reúne todos los atributos materiales y jurídicos de los bienes, constituyendo el derecho real más completo que podemos ejercer sobre una cosa, que se manifiesta principalmente por las características de exclusividad y de perpetuidad.<sup>7</sup>

En virtud de ser el único dueño del bien, el propietario tiene el derecho a usar, el derecho al goce y, sobre todo, el derecho a disponer del bien. Ahora, ¿cómo se manifiestan estas características en el Derecho francés del fideicomiso?

En primer lugar, la **perpetuidad** no va de la mano de la «propiedad fiduciaria», al contrario, ésta es de naturaleza temporal (en conformidad al Código Civil francés se encuentra limitada a un máximo de 99 años a partir de la realización del contrato).

Sin embargo, algunos autores consideran que la propiedad fiduciaria no es temporal porque no se extinguiría —según ellos— al final del contrato del fideicomiso, sino que se transmite al fideicomisario con su objeto. Este análisis no nos parece convincente ya que la propiedad obtenida por el fideicomisario, que es una plena propiedad, no se parece en nada a la propiedad del fiduciario quien tiene una propiedad reducida.

Por otra parte, el carácter **exclusivo** de la propiedad también crea dificultades en la «propiedad fiduciaria». La exclusividad establece una «relación privativa», le confiere al propietario el «poder de

---

<sup>7</sup> BERGEL, J.L., M. BRUSCHI y S. CIMAMONTI. *Traité de droit civil. Les biens*. LGDJ, 2000, n.º 79; P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les biens*, 3<sup>ème</sup> éd. Defrénois, 2007, n.º 431; TERR, F. y P. SIMLER. *Droit civil. Les biens*, 7<sup>ème</sup> éd. Dalloz, 2006, n.º 74; CORNU, G. *Droit Civil. Les biens*, 13<sup>ème</sup> éd. Domat, 2007, n.º 26; comp. ZENATI, F. *Pour une rénovation de la théorie de la propriété*, RTDCiv., 1993, p. 305.

excluír», es decir, sacar la cosa del dominio de cualquier persona que no sea él mismo. Sin embargo, la «propiedad fiduciaria» no otorga al fiduciario dicho poder sobre el patrimonio del fideicomiso. Más bien es el propio fiduciario quien podrá ser excluído de los bienes fideicomitidos por causa de una decisión del fideicomitente o de los fideicomisarios.

En realidad, las facultades que el fiduciario ejerce sobre los bienes pueden estar muy limitadas. Si bien las disposiciones del Código Civil francés no eliminan expresamente una u otra de las facultades reconocidas tradicionalmente al derecho de propiedad, dichas disposiciones contienen, en estado latente, muchas limitaciones a los atributos de la propiedad. De esta manera:

- Las facultades de administración y de disposición del fiduciario deben estar delimitadas por el contrato de fideicomiso.<sup>8</sup>
- El fideicomitente puede retener el «uso o el goce» de los bienes colocados en el fideicomiso.<sup>9</sup>
- Y, sobre todo, el fiduciario está sujeto a un estricto control: varias disposiciones prevén a favor del fideicomitente o de un tercero un poder de control sobre la administración de los bienes fideicomitados.<sup>10</sup>

El Código Civil a menudo hace referencia a la «misión» asignada por el fideicomitente al fiduciario. El fiduciario debe rendir cuentas al fideicomitente. Él es responsable de los actos ilícitos cometidos en

---

<sup>8</sup> Artículo 2018.

<sup>9</sup> Artículo 2018-1.

<sup>10</sup> Artículos 2017, 2022, 2026 y 2027.

el desempeño de su misión, y el fideicomitente podrá «designar a un tercero para garantizar la preservación de sus intereses en el marco del contrato».<sup>11</sup> En consecuencia, el fiduciario actúa bajo la vigilancia de un representante del fideicomitente.

¿Es posible alterar la intención del artículo 544 (quinientos cuarenta y cuatro) del Código Civil francés para que éste sea más claro? El fiduciario no es un propietario libre, más bien es un administrador (fideicomiso de administración) o un depositario (fideicomiso de garantía), sometido siempre al respeto de la «finalidad específica» de la operación (artículo 2011) y de las facultades que el fideicomitente le ha otorgado.

### *1.2. La fragilidad de la calidad de propietario*

Además de lo anterior, existen varias hipótesis donde el fiduciario puede ser despojado de su derecho de «propiedad fiduciaria» en contra de su propia voluntad: de hecho el Código Civil organiza su **reemplazo**, ya sea como parte de una cláusula contractual en la que se puede prever libremente las condiciones de dicho reemplazo o ya sea por motivos legales (incumplimiento de sus obligaciones, cuando pone en peligro los intereses que le son encomendados o por la apertura de un procedimiento concursal).<sup>12</sup> En estos supuestos, el fideicomitente, el fideicomisario o el tercero inspector «pueden solicitar al tribunal el nombramiento de un fiduciario provisional o solicitar el reemplazo del fiduciario». Si el juez decide aceptar la solicitud, su decisión «tiene automáticamente como efecto la sustracción del fiduciario y la transferencia del patrimonio del fideicomiso a favor de su reemplazante».

Además, el legislador prevé la posibilidad de que el fideicomitente pueda **revocar** la constitución del fideicomiso al fiduciario teniendo

---

<sup>11</sup> Artículo 2017.

<sup>12</sup> Artículo 2027.

como consecuencia la pérdida de la propiedad de los bienes colocados en el fideicomiso.<sup>13</sup>

¿Qué tipo de «propiedad» es ésta? Tan frágil que la podemos perder por una sustitución o por una revocación a petición de un tercero.

### *1.3. La «propiedad fiduciaria» en duda*

Hay que reconocer que el fiduciario tiene menos prerrogativas sobre el patrimonio fiduciario que las que tenía originalmente el fideicomitente o de las que tendrá el fideicomisario al final del fideicomiso.

Estamos eminentemente en presencia de una operación afectada a un fin donde el actor principal (o se supone que es) está en realidad subordinado a las decisiones de los otros actores de la operación. Cuando se habla de la propiedad fiduciaria, también se hace referencia a una «propiedad gravada» o sujeta a un gravamen (toda vez que dicha propiedad representa ciertas obligaciones para el fiduciario).

Sin embargo, el «propietario» fiduciario no es el único propietario que vería, por lo menos durante un tiempo, una limitación de sus facultades. En el caso de la cláusula de reserva de dominio (o cláusula de reserva de propiedad), nos encontramos necesariamente con una limitación de las facultades del propietario. Pero hay que destacar que existe una diferencia importante entre estas dos hipótesis de propiedad finalizada:

- El vendedor, quien se ha reservado la propiedad, acepta limitar temporalmente sus facultades en su propio interés,
- Mientras que en el caso del fideicomiso, estas limitaciones se aplican en el interés de un tercero.

---

<sup>13</sup> Artículo 2028.

Esto ha llevado a algunos autores a establecer que el fiduciario es un propietario por la cuenta de un tercero.<sup>14</sup>

Pero ¿podemos todavía hablar de propiedad cuando el fiduciario pierde las facultades, otorgadas tradicionalmente a un propietario, de manera permanente y en el interés de un tercero? El fiduciario, tal como está previsto en el Código Civil, no es un propietario libre y en la mayoría de los casos es propietario en beneficio de un tercero, el fideicomisario.

También hay que dejar a un lado los fideicomisos de garantía donde el fiduciario es también un acreedor del fideicomitente: en estos casos el fideicomiso de garantía se asemeja mucho a la cláusula de reserva de propiedad, puesto que el fiduciario tiene la propiedad de los bienes en su propio interés. Esto conlleva a interrogarnos sobre la coherencia del fideicomiso francés, conformado por el fideicomiso de administración y el fideicomiso de garantía, porque está claro que el análisis de la propiedad fiduciaria difiere mucho en uno y otro caso.

Todos estos resultados conllevan a dudar sobre la calificación misma de propietario aplicada al fiduciario.

Un autor (Rémy Libchaber)<sup>15</sup> rechaza la idea de que al fiduciario le sea otorgada una propiedad fiduciaria y considera más bien que el fideicomitente permanece como el propietario de los bienes fideicometidos. Según el mismo autor, el fiduciario ejercería únicamente un derecho real sobre el bien de un tercero.

---

<sup>14</sup> DANOS, F. *Propriété, possession et opposabilité*, préf. L. Aynès, Economica 2007, n.º 43 (une «propriété» au service d'autrui); KACZMAREK, L. *Propriété fiduciaire et droits des intervenants à l'opération*, D. 2009, 1845, spéc; n.º 11 (une «propriété dans l'intérêt d'un tiers»).

<sup>15</sup> LIBCHABER, R. *Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007*, Defr. 2007, art. 38631.

Es cierto que este análisis probablemente reflejaría mejor la situación jurídica que surge en el marco del contrato de fideicomiso. Sin embargo, dicho análisis no es el adoptado por el legislador quien establece claramente la existencia de un derecho de propiedad a favor del fiduciario.

Otro autor destacado (Michel Grimaldi),<sup>16</sup> destacado considera que la propiedad fiduciaria no se puede equiparar con la propiedad clásica, porque el fiduciario no tiene todas las facultades de un propietario común. La propiedad es temporal y la riqueza, un elemento clave de la propiedad clásica, permanece en las manos del fideicomitente (o del fideicomisario). Sin embargo, este autor reconoció que la propiedad fiduciaria tiene la característica de ser exclusiva, por ende dicho autor concluye en que es una propiedad especial.

Por el contrario, otro autor (Pierre Crocq)<sup>17</sup> sostiene que la propiedad fiduciaria sería una propiedad clásica, aunque afectada a una finalidad, lo que explicaría las limitadas facultades del fiduciario sobre los bienes fideicometidos.

Como se puede observar, el debate aún no está cerrado.

A finales del 2009, el legislador francés fue aún más intrépido, toda vez que propuso añadir al artículo 2011 del Código Civil un segundo párrafo<sup>18</sup> que tenía como objetivo subyacente dividir la propiedad

---

<sup>16</sup> GRIMALDI, M. *La fiducie: réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de la loi qui la consacre*, Defr. 1991, p. 897.

<sup>17</sup> CROCQ, P. *Propriété fiduciaire, propriété unitaire*, 15<sup>èmes</sup> journées nationales de l'Association Henri Capitant, 2010; *adde*, BOUTEILLE, M. *La propriété fiduciaire, une modalité externe de la propriété*, RLDC sept. 2010, p. 64.

<sup>18</sup> «Le fiduciaire exerce la propriété fiduciaire des actifs figurant dans le patrimoine fiduciaire, au profit du ou des bénéficiaires selon les stipulations du contrat de fiducie». V. Rapport au Sénat n.º 442 de M. Philippe Marini sur la proposition de loi relative à l'accès au crédit des petites et moyennes entreprises et à l'amélioration du fonctionnement des marchés financiers <www.senat.fr>.

fiduciaria en dos derechos de propiedad muy distintos. Inspirados en el *trust* angloamericano, la reforma proponía que el fiduciario sería el titular de la «propiedad legal» mientras que el beneficiario lo sería de la «propiedad económica». Este intento de reforma fue dictada por la voluntad del legislador de permitir la introducción en la legislación francesa, de un instrumento financiero islámico (el *sukuk*),<sup>19</sup> para lo cual es necesario que el fideicomisario tenga realmente un derecho directo sobre los activos del patrimonio fiduciario, y que su derecho no se limite únicamente a actuar personalmente contra el fiduciario en el caso de incumplimiento de su parte. El Consejo Constitucional finalmente anuló dicha disposición (*cavalier législatif*).

Sin embargo, detrás de este análisis percibimos la influencia del derecho anglosajón, que ha reconocido, desde hace mucho tiempo, una división entre *legal ownership* y *beneficial ownership*. Esta división permite explicar el mecanismo del *trust*. Sin embargo, la separación jurídica de la titularidad del derecho y los beneficios que el Derecho otorga, contradicen un principio fundamental del Derecho Civil: el de la «unidad» de la propiedad tal como se concibe en el artículo 544 del Código Civil. Afortunadamente, dicha reforma legislativa no fue aceptada, toda vez que se caracterizaba por instrumentalizar el fideicomiso francés, y como tal, merecía por lo menos de una seria discusión.<sup>20</sup>

Ahora toca analizar las consecuencias prácticas del reconocimiento legislativo de la «propiedad fiduciaria».

<sup>19</sup> JOUINI, E. y O. PASTRE. *Enjeux et opportunités du développement de la finance islamique pour la place de Paris* (Rapport Paris Europlace); ARTHUIS, J. *La finance islamique en France: quelles perspectives?*, Rapport fait au nom de la commission des finances, Sénat, n.º 329, 2007-2008, dans lequel la modification de la fiducie est également préconisée afin qu'elle puisse s'adapter à la finance islamique; *adde*: *La finance islamique: l'autre finance*, Société de législation comparée, 2009 ; LUCAS, F. X. *La fiducie au pays de l'Or noir*, Bull. Joly Sociétés 2009, p. 825.

<sup>20</sup> MALLET-BRICOUT, B. «Fiducie et propriété». En *Liber amicorum* Christian Larroumet, éd. Economica 2010, p. 297.

## 2. LAS CONSECUENCIAS PRÁCTICAS DE LA «PROPIEDAD FIDUCIARIA»

El reconocimiento de la «propiedad» fiduciaria en el Derecho francés tiene consecuencias prácticas. Una de ellas es la existencia de una doble transferencia de la propiedad (A). Además, dicho reconocimiento nos conlleva a preguntarnos acerca de la naturaleza de los derechos de los actores del fideicomiso (B).

### *2.1. Efectos emanados de la doble transferencia de la propiedad*

Dentro del esquema del fideicomiso francés hay dos transferencias sucesivas de propiedad. Sin embargo, a excepción de los efectos fiscales, el legislador no se preguntó sobre las consecuencias prácticas de esta situación.

Por ejemplo, el Derecho francés prevé reglas de inscripción y de registro de los derechos de propiedad de ciertos bienes: en este caso, ¿se deberá inscribir sucesivamente al fiduciario como propietario del bien fideicometido y posteriormente al fideicomisario?

Otras preguntas surgen de la doble transferencia: ¿habrá o no que verificar las capacidades jurídicas del fiduciario en relación a sus facultades como propietario fiduciario de un bien determinado?; ¿esa misma verificación tendrá que realizarse también en la persona del fideicomisario?; ¿habrá que pagar impuestos de transferencia de propiedad sobre las dos transferencias sucesivas?

Es probable que estas cuestiones y otras más vayan a surgir como efecto de la situación jurídica creada en torno al concepto de propiedad en la operación del fideicomiso. El legislador prácticamente no anticipó dichas cuestiones, delegando así su análisis a los doctrinantes y a los jueces.

Únicamente las cuestiones del Derecho Fiscal relacionadas a la doble transmisión de la propiedad fiduciaria fueron resueltas por el legislador. Con el fin de «separar la transmisión jurídica de la transmisión fiscal»,<sup>21</sup> el legislador se apoyó en gran medida en los principios de neutralidad y transparencia fiscal.<sup>22</sup> Así, desde el punto de vista fiscal, la transferencia de propiedad sólo tendrá lugar al final del fideicomiso; de esta manera, durante la duración del fideicomiso, la propiedad fiduciaria es prácticamente ignorada por la administración tributaria. El fiduciario sólo aparece como propietario temporal, por no decir aparente.

Sin embargo, otras interrogantes siguen sin ser respondidas por el legislador, en particular en el caso de la introducción al patrimonio del fideicomiso de bienes comerciales.

Si, por ejemplo, un «fondo de comercio» entra en un fideicomiso, puede ser que el fiduciario se encuentre imposibilitado en administrar dicho bien (particularmente, si es un abogado en virtud de ciertas inhabilitaciones ligadas a su profesión). Además, la cuestión de la inscripción en el Registro de Comercio y de Sociedades del nuevo propietario fiduciario del fondo de comercio no fue especificada por el legislador.

Si la propiedad fiduciaria se considera como una verdadera propiedad, una respuesta se impone a nuestra interrogante: la inscripción deberá realizarse a partir de la primera transferencia hecha al patrimonio del fideicomiso a nombre del «propietario» fiduciario, después, al momento de una segunda transferencia deberá registrarse a nombre del fideicomisario o del fideicomitente.

Es evidente que desde un punto de vista práctico, esta solución no es muy satisfactoria. Pero es indicativa de la ambigüedad que se presenta en el estatus del propietario fiduciario, quien detiene los bie-

---

<sup>21</sup> BARRIÈRE, F. *Entretien à la Rev. dr. aff. univ. Panthéon-Assas* 2007, p. 29 sq, spéc. p. 38.

<sup>22</sup> PIERRE J. L. *Quelle neutralité fiscale pour la fiducie?*. Dr. et patr. oct. 2009, p. 95.

nes fideicometidos, no en su interés personal sino en el interés de un tercero. En consecuencia, que el fiduciario sea inscrito en el registro de comercio como propietario del fondo de comercio transferido al patrimonio fiduciario no corresponde a ninguna realidad económica (ni jurídica).

Otra cuestión práctica surge de la situación en la cual el fiduciario vendiera un bien fideicometido a pesar de que la facultad de disposición le haya sido retirada por el contrato de fideicomiso: si un derecho de propiedad es en realidad concedido al fiduciario, deberíamos reconocer que las sanciones aplicadas a la venta de una propiedad ajena deben ser excluidas.

En dicha hipótesis, ¿qué medidas podría tomar el fideicomitente, o el fideicomisario, en contra del fiduciario? Al analizar la naturaleza de los derechos de los actores del fideicomiso a continuación abordaremos dicha pregunta.

## *2.2. Cuestiones sobre la naturaleza de los derechos de los actores del fideicomiso*

El fiduciario aparece como un intermediario entre el fideicomitente y el fideicomisario sobre la base de un contrato entre él y el fideicomitente. Si se considera que el fiduciario es el propietario de los bienes fideicometidos, no podrán ser considerados como tal, ni el fideicomitente y el fideicomisario.

### *2.2.1. La situación del fideicomitente*

Como vimos anteriormente, el fideicomitente no pierde el control de los bienes fideicometidos: él es quien define las facultades del fiduciario sobre dichos bienes y puede recuperar el control si revoca el fideicomiso, o bien si decide sustituir al fiduciario. De esta manera modifica, esencialmente, el derecho de propiedad ejercido sobre dichos bienes.

En virtud del contrato de fideicomiso, el fideicomitente tiene algunas obligaciones a favor del fiduciario:

- Transferir la propiedad de los bienes.
- Entregar dichos bienes (a menos de que vaya a retener la posesión conforme a lo pactado en el contrato de fideicomiso, artículo 2018-1 del Código Civil).
- Eventualmente remunerar al fiduciario.

*A priori*, el fideicomitente es titular de derechos personales sobre los bienes fideicometidos, puesto que a pesar de sus amplios poderes es difícil encontrar en la legislación francesa un fundamento legal que sustente un derecho real del fideicomitente. En el marco del fideicomiso no existe ningún desmembramiento de la propiedad. La ley no concede al fideicomitente ninguno de los atributos de la propiedad. Además, es el fideicomisario y no el fideicomitente quien obtendrá algún día la plena propiedad.

### 2.2.2. *La situación del fideicomisario*

¿Tendrá el fideicomisario un derecho real sobre los bienes fideicometidos? Esta interrogante fue planteada por la doctrina en virtud a que el otorgamiento de un derecho real al fideicomisario confiere sin duda alguna una mejor protección.

En el Código Civil se hace poca alusión al fideicomisario: es solamente un personaje secundario y relativamente pasivo; es el destinatario de las acciones realizadas por el fiduciario conforme a la voluntad expresa del fideicomitente.

No obstante, puede renunciar libremente al fideicomiso (que en sí no lo extingue) y, sobre todo, puede exigir, en ciertos casos (convencional o legalmente establecidos), el nombramiento de un fiduciario provi-

sorio o el remplazo del fiduciario (artículo 2027 del Código Civil). Una vez que el fideicomisario haya aceptado el fideicomiso, el fideicomitente ya no puede revocar al fiduciario (artículo 2028 Código Civil).

Actualmente, el fideicomisario es un acreedor personal del fiduciario: tampoco parece que él tenga un derecho real sobre los bienes fideicomitidos, en todo caso, no existe ningún índice en este sentido en las disposiciones relativas al fideicomiso. El esquema del fideicomiso más bien se asemeja al de una estipulación a favor de un tercero, como lo han señalado algunos autores.

### *2.3. Las acciones del fideicomisario en contra del fiduciario*

Esta situación jurídica obliga a que nos preguntemos sobre las posibles acciones que puede interponer el fideicomisario en contra del fiduciario, cuando éste no respete las facultades de administración o no actúe en el interés del fideicomisario; por tanto ¿cuál sería el fundamento jurídico para que el fideicomisario pueda actuar en contra del fiduciario?

En virtud de la falta de regulación en el Código Civil que nos permita dar una respuesta a dicha pregunta, la doctrina francesa se ha cuestionado al respecto. En particular, ¿qué puede hacer el fideicomisario en caso de que el fiduciario haya disipado algunos bienes fideicomitidos?

Hay que admitir que en ausencia de un sustento legal, el fideicomisario no tiene ningún derecho de persecución o derecho de preferencia. Algunos autores reconocen la posibilidad que pueden tener los fideicomisarios para tomar algunas medidas cautelares si la administración del fiduciario amenazara sus intereses.<sup>23</sup> La posibilidad de reivindicar los bienes fideicomitidos se encuentra *a priori* excluida, puesto que el fideicomisario no es propietario de dichos bienes.

---

<sup>23</sup> GOUTHIÈRE B., LOPATES C. et BLANDIN A.-L. *La fiducie, mode d'emploi*, 2<sup>e</sup> éd. Francis Lefebvre, 2009, n.º 3750.

Sin embargo, él puede obtener la restitución de los bienes fideicometidos por parte del fiduciario en el caso de un fideicomiso de garantía. Nuevamente hay que dejar a un lado el fideicomiso de garantía, situación particular donde el fiduciario es también acreedor del fideicomitente.

Como consecuencia el fideicomisario solamente tiene derecho a exigirle al fiduciario el cumplimiento de los actos que éste se había comprometido a cumplir,<sup>24</sup> principalmente el de transferir la propiedad de los bienes fideicomitidos al final del fideicomiso. También puede exigir una indemnización por daños y perjuicios en contra del fiduciario, pero como el fideicomisario no participó en el contrato de fideicomiso no se aplica el régimen de la responsabilidad contractual. Por esa misma razón, el fideicomisario no puede demandar la resolución del contrato de fideicomiso.

#### 2.4. Comparación con el trust angloamericano

Las lagunas e incertidumbres de la legislación francesa en esta materia contrastan con la acción de *breach of trust*, creada especialmente por el *common law* para proteger al *beneficiary*.<sup>25</sup>

En Inglaterra, el desarrollo histórico del *trust* ha conducido a que el *beneficiary* carezca de derechos (pero posee únicamente *beneficial interests*) para convertirse en el titular de derechos personales, hasta llegar a tener derechos *in personam ad rem acquirendam*.<sup>26</sup>

<sup>24</sup> WITZ. *La fiducie en droit privé français*, préface D. Schmidt, éd. Economica 1981, n.º 284; DE LAJARTE. *La nature juridique des droits du bénéficiaire d'un contrat de fiducie*, RLDC mai 2009, p. 71.

<sup>25</sup> PAPANDREOU-DÉTERVILLE, M. F. *Droit anglais des biens*, éd. LGDJ 2004; Adde, F. Barrière, *La réception du trust au travers de la fiducie*, éd. Litec, 2004.

<sup>26</sup> HAYTON, D. «The distinctive characteristics of the Trust in Anglo-saxon law». En A. Prüm et C. Witz (dir.) *Trust eet fiducie*, éd. Montchrestien 2005, p. 11.

El fideicomiso francés también contrasta con la regla que establece que la persona que adquiera a título gratuito o de mala fe algún bien confiado al *trustee* se convierte, en virtud de dicha transmisión, en un *trustee* y debe administrar dicha propiedad en el interés del *beneficiary*. Por lo tanto, los bienes siguen siendo gravados por el derecho de equidad perteneciente al *beneficiary*, quien, a su vez, tiene un derecho de persecución.

Como el fideicomiso francés otorga al fiduciario un derecho de propiedad unitario y solamente un derecho personal al fideicomisario, es imposible fundamentar jurídicamente soluciones parecidas a las que regulan el *trust*.

### 3. CONCLUSIÓN

El tema de la «propiedad fiduciaria» no ha visto su punto final y continuará interesando a la doctrina francesa y a la comunidad jurídica en general.

Por un lado, no hay duda alguna que todo comienza por el fideicomitente y, por lo tanto, en cierta medida de quien todo se desprende.

Por el otro lado, el fiduciario es en efecto declarado propietario y *a priori* es el único que tiene un derecho real sobre los bienes fideicometidos, a pesar de estar frente a una «propiedad confrontada jurídicamente», muy distinta a la propiedad clásica del Derecho Civil.

Y, por último, respecto al fideicomisario, acreedor personal del fiduciario, solamente se le puede reconocer un derecho de propiedad «futuro» o «potencial», que no implica consecuencia jurídica alguna en nuestro derecho positivo.



LA FIDUCIA EN GARANTÍA: EL CASO COLOMBIANO  
Fabricio Mantilla Espinosa



## LA FIDUCIA EN GARANTÍA: EL CASO COLOMBIANO\*

*Fabricio Mantilla Espinosa\*\**

En el entender de muchos, las instituciones jurídicas tienen una suerte de guía de ruta preestablecida, con etapas que deben surtirse para proseguir en una línea recta demarcada por el concepto de progreso.<sup>1</sup> El factor cronológico determina la rapidez o lentitud con la cual se sigue el curso establecido; la coincidencia o divergencia entre su aplicación y el patrón determinado en el derrotero permiten calificar su evolución como un éxito o un fracaso. La perspectiva comparatista incita a los juristas a establecer parangones entre los distintos sistemas jurídicos, siempre con la esperanza de precisar lineamientos correctos que deben orientar sus desarrollos.<sup>2</sup>

---

\* Este ensayo está basado en la conferencia que presenté con ocasión del Congreso Internacional de Fideicomiso organizado en mayo de 2011 por la Pontificia Universidad Católica del Perú y, en gran medida, conserva la estructura y el lenguaje de la exposición oral. Todas las citas de textos en francés son traducciones libres.

\*\* Profesor de la Universidad del Rosario (Bogotá).

<sup>1</sup> «El tiempo, tal como los griegos lo concebían, era cíclico, repetitivo, desprovisto de toda evolución sin retorno. Luego, con el pensamiento agustiniano, la historia adquirió sentido, y el tiempo se expresó entre un origen y un fin. Con la filosofía del iluminismo, la idea de **progreso** aparece indisociable del correr del tiempo, todo encaminado hacia ese fin. Dentro de esta perspectiva, precisamente, suele ser percibida la evolución del derecho en Occidente, incluso si esta visión ya ha sido morigerada». OPPETIT, Bruno. «L'apparition de tendances régressives». En *Droit et modernité*. París: Ed. PUF, coll. Doctrine juridique, 1998, p. 114.

<sup>2</sup> Véase: LEGRAND, Pierre. *Le droit comparé*. París: Ed. Puf, coll. Que sais-je? 2006.

Sin embargo, la vida misma nos muestra que el tiempo juega con las instituciones, balanceándolas en interminables ires y venires<sup>3</sup> en los cuales acaban entremezclándose los distintos objetivos que persiguen las sociedades en sus diferentes momentos históricos, y las moldea, en gran medida, a través de los impredecibles azares políticos y económicos.<sup>4</sup>

El caso colombiano de la fiducia en garantía nos ofrece un bello ejemplo de una evolución que difícilmente podemos considerar como un recorrido lineal y ordenado guiado por el derrotero seguro que algunos llaman progreso.<sup>5</sup> Comencemos partiendo de un

---

<sup>3</sup> «Vale la pena recodar que las dos grandes civilizaciones de las cuales nuestra cultura occidental es una continuación entremezclada —la grecorromana y la judía— en ningún momento de su historia sostuvieron la idea de un progreso lineal e irreversible». VON WRIGHT, Georg Henrik. *Le mythe du progrès*. Traducción Philippe Quesne. París: Ed. L'Arche, 2000, p. 44.

Véase también: BORGES, Jorge Luis. «La doctrina de los ciclos». En *Historia de la eternidad*. Bogotá: Ed. Debolsillo, 2011, pp. 83-100.

<sup>4</sup> «Se trata, en términos generales, de romper la rigidez del marco normal del tiempo que avanza hacia el futuro o vuelve hacia el pasado. El curso natural de las cosas opone resistencia a esta clase de intentos, sobre todo, a aquéllos del segundo tipo que contraría directamente la irreversibilidad del tiempo. Ésta puede limitar o morigerar su eficacia, pero, sin llegar a impedirlos de forma absoluta. Podríamos contemplar la posibilidad de clasificar estas instituciones en dos grupos opuestos: uno orientado hacia el futuro y el otro hacia el pasado. Empero, rápidamente nos damos cuenta de que estas categorías se entremezclan. Es la manipulación la que termina por disociar momentos diferentes y sucesivos, que el acto en cuestión alcanza de forma continua. Así, pues, éstos se presentan como un adelanto, desde una de las perspectivas, y como una regresión, desde la otra». HEBRAUD, Pierre. «Observations sur la notion du temps dans le droit civil». En *Etudes offertes à P. Kayser*. Marseille: Ed. PUAM, 1979, tome II, p. 35.

<sup>5</sup> «Dejando de lado aquellos que tienen la idea, antigua pero recurrente, de que la evolución se produce de forma circular o en espiral, algunos piensan que los sistemas jurídicos están totalmente animados por un eterno movimiento de noria: pasan continuamente por el ciclo tiranía-democracia-anarquía-tiranía. Otros se conforman con observar, de forma menos general, pero, sin duda, más pertinente, cómo al filo de los siglos aparecen, se eclipsan y resurgen las instituciones particulares [...]. Desde una perspectiva ligeramente diferente, muchos observadores encuentran que ciertos fenómenos jurídicos de gran envergadura, como la criminalidad,

momento histórico determinado: la consagración de la fiducia en el Título XI del Libro IV, De los contratos y obligaciones mercantiles, del Código de Comercio expedido en 1971 y vigente desde el 1 de enero de 1972.<sup>6</sup> La estructura básica de la fiducia mercantil colombiana se halla en tres disposiciones que me permito citar textualmente:

Artículo 1226.- «La fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario.

Una persona puede ser al mismo tiempo fiduciante y beneficiario.

---

obedecen a pulsiones cíclicas cuyas causas deben ser dilucidadas. Probablemente, los más numerosos son los creyentes de la evolución lineal, a pesar de que se dividen en dos bandos: los regresionistas y los progresistas». CARBONNIER, Jean. «Hypothèses fondamentales pour une sociologie théorique du droit». En *Flexible droit*. París: Ed. LGDJ, 1998, p. 13.

«Quien ve las cosas presentes ya ha visto todo, cuanto ha sucedido desde la eternidad y cuanto sucederá indefinidamente: todo es del mismo género y especie». MARCO AURELIO. *Pensamientos. Cartas. Testimonios*. Trad. Javier Ocampo Daroca. Madrid: Ed. Tecnos. Col. Clásicos del pensamiento 157, 2004, p. 78, n.º 37. Véase también: BORGES, Jorge Luis. «El tiempo circular». En *Historia de la eternidad. Op. cit.*, pp. 101-109.

<sup>6</sup> Sobre los fideicomisos del Código Civil de 1873 (artículos 793-822) y de la Ley n.º 45 de 1923 (artículos 105-111), consúltese: TERNERA BARRIOS, FRANCISCO. *Bienes*. Bogotá: Ed. Universidad del Rosario, 2011, pp. 225-229; DÍAZ RAMÍREZ, ENRIQUE. *Contratos bancarios*. Bogotá: Ed. Temis, 1993, pp. 35-38; DÍAZ RAMÍREZ, ENRIQUE. «La fiducia en garantía en Colombia». En TAPIA RODRÍGUEZ, MAURICIO y otros. *Estudios sobre garantías reales y personales. Libro homenaje al profesor Manuel Somarriva Undurraga*. Bogotá: Ed. Universidad del Rosario/Editorial Jurídica de Chile, pp. 548-565, y RENGIFO GARDEAZÁBAL, MAURICIO. *Teoría general de la propiedad*. Bogotá: Ed. Universidad de los Andes/Temis, 2011, pp. 274-301.

Sólo los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias, especialmente autorizados por la Superintendencia Bancaria, podrán tener la calidad de fiduciarios».

Artículo 1227.- «Los bienes objetos de la fiducia no forman parte de la garantía general de los acreedores del fiduciario y sólo garantizan las obligaciones contraídas en el cumplimiento de la finalidad perseguida».

Artículo 1233.- «Para todos los efectos legales, los bienes fideicomitidos deberán mantenerse separados del resto del activo del fiduciario y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios, y forman un patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo».

Se trata de una operación contractual —por mor de simplicidad, dejaré de lado la posibilidad de constituirla mediante testamento (artículo 1228 del Código de Comercio)— entre el fiduciante y el fiduciario —necesariamente una entidad financiera controlada— que implica la transferencia de unos bienes al patrimonio de este último, los cuales estarán separados del resto de sus bienes, conformando un patrimonio autónomo,<sup>7</sup> afecto a una destinación específica, determinada por el contrato de fiducia.<sup>8</sup> La institución conlleva, entonces, un elemento

<sup>7</sup> A diferencia del Derecho quebequense, en el Derecho colombiano el fiduciario adquiere efectivamente los derechos fideicomitidos, los cuales entran a formar parte de un patrimonio separado del cual él es el titular. Consúltese: BEAULNE, Jacques. *Droit des fiducies*. Québec: Ed. Institut Wilson&Lafleur Inc., 1995; CANTIN CUMYN, Madeleine. *L'administration du bien d'autrui*. Québec: Ed. Yvon Blais, 1998, pp. 1-67; RENGIFO GARDEAZÁBAL, Mauricio. *Op. cit.*, pp. 265-301. Véase también: CATALA, Pierre. *La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne*. RTD. Civ. 1966, pp. 185-215. ZENATI, Frédéric. *Mise en perspective et perspectives de la théorie du patrimoine*. RTD. Civ. (4) 2003, pp. 667-677; BIANCA, Mirzia. *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*. Padova: Ed. CEDAM, 1996.

<sup>8</sup> «La definición de la palabra *patrimonio* es, en nuestra opinión, demasiado compleja con respecto a la simplicidad de su finalidad. [...] El papel que cumple la noción de patrimonio en el lenguaje jurídico es, simplemente, el de garantizar los

real, la transferencia de derechos, y un elemento personal que implica la limitación contractual de los derechos del fiduciario.<sup>9</sup>

Así las cosas, la fiducia del Código de Comercio —ampliamente inspirada de la Ley General de Títulos e Instituciones de Crédito (28 de junio de 1932) y de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (27 de agosto de 1932) del Derecho mexicano—<sup>10</sup> busca dotar a un sistema de Derecho continental, como es el colombiano, de una institución jurídica que permita, en cierta medida, servir

---

derechos de crédito —derechos personales— de los acreedores. [...] La noción de patrimonio se presenta así como un vínculo ficticio establecido por el derecho entre los bienes y las deudas de una persona». SILVA ROMERO, Eduardo. *Wittgenstein et la philosophie du droit*. París: Ed. PUF. Coll. Droit, éthique et société, 2002, p. 83.

<sup>9</sup> Situación que no deja de implicar una gran paradoja: el fiduciario deviene titular de una «propiedad» respecto de un bien particular. El fiduciario es «propietario», pero este derecho no forma parte de la prenda general de los acreedores; es «propietario», pero sus poderes no son absolutos sino limitados a la finalidad establecida en el contrato. Esta situación, inevitablemente, me recuerda el famoso cuchillo de Lichtenberg que carecía de hoja y tampoco tenía mango. LICHTENBERG, Georg Christoph. *Aforismos. Capítulo VIII. «El cuchillo sin hoja, al que le falta el mango»*. Traducido por Juan Villoro. Santiago de Chile: Edit. Fondo de Cultura Económica, 1995, p. 227.

En una sentencia reciente la Corte Suprema precisó: «A dicho respecto, en afán de claridad, precisa ahora la Corte, el fiduciario “no recibe —ni se le transfiere— un derecho real integral o a plenitud”, para sí mismo; esto es, no adquiere el dominio para incorporarlo a su propio patrimonio sino para conformar un patrimonio autónomo y aplicarlo a la finalidad fiduciaria, pero para estos menesteres la transferencia del derecho real es plena, integral y con todos sus caracteres. Dicho en otras palabras, el derecho real de dominio se transfiere a plenitud para integrar un patrimonio autónomo y aplicarlo a los fines fiduciarios». C.S.J. Cas. Civ. 30/07/2008 M.P. William Namén Vargas. Expediente n.º 11001-3103-036-1999-01458-01.

Sobre la «propiedad fiduciaria», consúltese: TERNERA BARRIOS, Francisco. *Op. cit.*, pp. 221-225; RENGIFO GARDEAZÁBAL, Mauricio. *Op. cit.*, pp. 245-301, y MALLET-BRICOUT, Blandine. «Fiducie et propriété». París: En BROS, Sarah y Blandine MALLET-BRICOUT *Liber amicorum Christian Larroumet*. Ed. Économica, 2010, pp. 297-327.

<sup>10</sup> Véase: RENGIFO GARDEAZÁBAL, Mauricio. *Op. cit.*, pp. 284-301.

para algunas de las aplicaciones prácticas del *trust* anglosajón,<sup>11</sup> el cual, como bien lo precisó el profesor Rémy Libchaber, es una suerte de «navaja suiza jurídica»: un instrumento que sirve casi para cualquier cosa.<sup>12</sup>

Ahora bien, el Código de Comercio colombiano no incluye disposiciones que consagren, expresamente, la función de garantía que puede cumplir la fiducia. El órgano de control —en su momento, la Superintendencia Bancaria— durante los años setenta calificó el contrato como ilícito y sólo a partir de los ochenta aceptó su validez.<sup>13</sup>

La Circular Jurídica Externa 046 de 2008 de la Superintendencia Financiera, que modificó la Circular 007 de 1996 de la Superintendencia Bancaria, definió la fiducia en garantía en los siguientes términos:

---

<sup>11</sup> Sobre la adaptación del *trust* anglosajón a los sistemas de derecho continental, consúltese: ZIMMERMANN, Reinhard. *Europa y el Derecho Romano*. Traducción de Ignacio Cremades Ugarte. Madrid: Ed. Marcial Pons, 2009, pp. 82-94. MORELLO, Umberto. «Fiducia e trust: due esperienze a confronto». En *Fiducia, trust, mandato ed agency*. Quaderno n.º 2. Convegni di studio. Madonna di campiglio. Milano: Ed. Giuffrè, 1991, pp. 17-99; HALPÉRIN, Jean-Louis. *Histoire du droit des biens*. París: Ed. Economica, 2008, pp. 348-351; EMERIC, Yaël. *Les fondements conceptuels de la fiducie française face au trust de la common law: entre droits des contrats et droit des biens*. RIDC, 2009-1, París, pp. 49-71; LEPAULLE, Pierre. *Traité théorique et pratique des trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*. Ed. Rousseau et Cie. París, 1932; LEPAULLE, Pierre. *De la validité des trusts en France*. En *Revue du droit international privé*, 1927, pp. 309-314; LEPAULLE, Pierre. «De la nature du trust». En *Journal de droit international privé*, 1927, pp. 965-982.

<sup>12</sup> LIBCHABER, Rémy. «Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007». En *Répertoire du Notariat Deffrénois*, pp. 1094 y ss.

<sup>13</sup> Sobre la aceptación de la validez de la fiducia en garantía en Colombia por parte del órgano de control, consúltese: RENGIFO GARCÍA, Ernesto. *La fiducia mercantil y pública en Colombia*. Bogotá: Ed. Universidad Externado de Colombia, 2006, pp. 112-119, y RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. *Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina*. Bogotá: Ed. Legis, 2005, pp. 468-477.

**Fiducia en Garantía.** Es el negocio fiduciario que se constituye cuando una persona entrega o transfiere a la sociedad fiduciaria bienes o recursos, con la finalidad de garantizar el cumplimiento de obligaciones propias o de terceros. Puede presentar las siguientes modalidades: **Fiducia en garantía propiamente dicha.** Es el negocio fiduciario que consiste en la transferencia irrevocable de la propiedad de uno o varios bienes a título de fiducia mercantil o la entrega en encargo fiduciario irrevocable, con la finalidad de garantizar el cumplimiento de obligaciones propias del fideicomitente o de terceros, a favor de uno o varios acreedores. La garantía se realiza de conformidad con las instrucciones contenidas en el contrato, mediante la venta o remate de los bienes fideicomitados para que, con su producto, o mediante dación en pago, se cancele el valor de la obligación garantizada. **Fiducia en garantía y fuente de pagos** Es el negocio fiduciario que consiste en la transferencia o entrega irrevocable a una sociedad fiduciaria de un flujo futuro de recursos producto de una cesión de derechos económicos a favor del fideicomitente, que se destinan a garantizar el cumplimiento de una obligación y a la atención de la deuda producto de la misma [...].

Y mediante el Decreto 2785 de 2008 se estableció, como condición de oponibilidad, su inscripción en el registro mercantil de la Cámara de Comercio del domicilio del constituyente.<sup>14</sup>

---

<sup>14</sup> «Artículo 1.- Inscripción en el registro mercantil de los contratos de fiducia mercantil con fines de garantía que constan en documento privado. Los contratos de fiducia mercantil con fines de garantía celebrados por las personas naturales comerciantes y las jurídicas no excluidas de la aplicación del régimen de insolvencia y que consten en documento privado, así como su terminación y las modificaciones en cuanto la clase de contrato, las partes y los bienes fideicomitados, deberán inscribirse por el fideicomitente en el registro mercantil de la cámara de comercio con jurisdicción en el domicilio del fiduciante, sin perjuicio de la inscripción o registro que, de acuerdo con la clase de acto o con la naturaleza de los bienes, deba hacerse conforme a la ley. Parágrafo 1.- Los contratos de fiducia mercantil a que hace referencia el presente artículo, que no sean inscritos en el registro mercantil, serán inoponibles ante terceros». Adicionalmente, cabe recordar que el contrato de fiducia es una convención solemne que requiere escritura pública (artículo 1228 del Código de Comercio) y que, en el caso de la transferencia de bienes inmuebles, ésta necesita del registro en la Oficina de

Ahora bien, en el Derecho colombiano esta figura es posible gracias a dos disposiciones específicas del Código de Comercio:

Artículo 1244.- «Será ineficaz toda estipulación que disponga que el fiduciario adquirirá definitivamente, por causa del negocio fiduciario, el dominio de los bienes fideicomitidos».

Artículo 1236.- «Al fiduciante le corresponderán los siguientes derechos: [...] 2. Revocar la fiducia, cuando se hubiere reservado esa facultad en el acto constitutivo, pedir la remoción del fiduciario y nombrar el sustituto, cuando a ello haya lugar [...]».

Su combinación le confiere a la fiducia en garantía colombiana unos rasgos característicos que la asemejan más al *trust* anglosajón que a la *fiducia cum creditore* romana.<sup>15</sup> En efecto, al excluirse la posibilidad de que el fiduciario sea el mismo acreedor, sumada a la posibilidad de pactar la irrevocabilidad del encargo, se erige al fiduciario en un verda-

---

Registro de Instrumentos Públicos (artículos 756 del Código Civil, 922 del Código de Comercio y D. n.º 1250/1970).

<sup>15</sup> «[L]a estructura del *trust* no es la misma de la fiducia. Si bien es cierto que en el *trust* —que normalmente involucra tres personas el *settlor*, el *trustee* y el beneficiario— pueden participar sólo dos personas, las calidades de *trustee* y de beneficiario no pueden converger en una misma persona. En la fiducia es perfectamente posible transferir al fiduciario un derecho en su propio interés. Tal es el caso de la fiducia utilizada con fines de garantía del pago de un crédito: el deudor (fiduciante) transfiere al acreedor (fiduciario) un derecho sobre un bien, pero con la obligación de retransferirlo en caso de que la deuda se pague al vencimiento. El fiduciario, en esta hipótesis, es también el beneficiario de la fiducia. El *trust* puede, igualmente, ser utilizado para garantizar el pago, pero de forma diferente: el *settlor* (deudor) transfiere un bien a un *trustee*, en interés de un beneficiario (el acreedor). Es evidente que no se trata de la misma operación». LARROUMET, Christian. «La fiducia mercantil colombiana inspirada en el *trust*». En MANTILLA ESPINOSA, Fabricio y FRANCISCO TERNERA BARRIOS. *Los contratos en el Derecho privado*. Bogotá: Ed. Legis/Universidad del Rosario, 2007, p. 476. Sin mencionar el hecho simple, pero evidente, de que la fiducia en garantía colombiana permite la transferencia de créditos al fiduciario, mientras que la *fiducia* romana era un pacto accesorio a la *mancipatio* o a la *in jure cessio*, las cuales sólo servían para la transferencia de bienes corporales. Véase: WITZ, Claude. *La fiducie en droit français*. París: Ed. Économica, 1981, p. 22.

dero intermediario encargado de gestionar la garantía para el pago de una obligación externa al negocio fiduciario, a diferencia de lo que sucede en el Derecho francés, en donde el artículo 2016 del Código Civil permite al acreedor mismo fungir como fiduciario.<sup>16</sup>

Así y todo, el Código de Comercio no pretendió incorporar el *trust* anglosajón directamente al sistema jurídico colombiano, sino que se sirvió del lenguaje del Derecho continental, en general, y de la *fiducia* romana, en particular, para adaptarlo a nuestro ordenamiento. Nos encontramos, entonces, frente a un claro ejemplo de sincretismo,<sup>17</sup> una mezcla entre instituciones distintas, un híbrido que resulta de construir una figura que cumple, en cierta medida, las funciones del *trust* anglosajón, pero con las herramientas conceptuales del Derecho continental.

Después de hacer estas precisiones generales desde una perspectiva histórico-comparatista, abordaré un par de temas puntuales de la fiducia en garantía del derecho colombiano, partiendo de dos de las palabras del título: fiducia (I) y garantía (II).

<sup>16</sup> Artículo 2016 del Código Civil francés: «Le constituant ou le fiduciaire peut être le bénéficiaire ou l'un des bénéficiaires du contrat de fiducie» (El constituyente o el fiduciario puede ser el beneficiario, o uno de los beneficiarios del contrato de fiducia).

<sup>17</sup> «Sincretismo: [...] Sistema filosófico que trata de conciliar doctrinas diferentes. [...] Concentración de dos o más funciones gramaticales en una sola forma». Real Academia de la Lengua. *Diccionario de la lengua española*. Madrid, 1992, tomo I, p. 1884. «Este proceso se conoce como *sincretismo*, una palabra derivada del griego que significa *unir cosas de distintos modelos*». MONATERI, P.G. «Gayo el negro: una búsqueda de los orígenes multiculturales de la tradición jurídica romana». EN MORALES DE SETIÉN RAVINA, Carlos. *La invención del Derecho privado*. Bogotá: Ed. Siglo del hombre, p. 163.

«[...] el *sincretismo de los juegos de lenguaje* es la búsqueda del sentido de una proposición que pertenece a un juego de lenguaje con base en las reglas gramaticales y palabras de otro juego de lenguaje. Las analogías fortuitas no son más que un pretexto para aplicar las reglas gramaticales y las palabras de un juego de lenguaje A con el fin de determinar el significado de una proposición que pertenece a un juego de lenguaje B». SILVA ROMERO, Eduardo. *Op. cit.*, p. 59.

## I

El vocablo ‘fiducia’ está íntimamente ligado a *fides*, palabra que servía a la vez para designar nociones religiosas<sup>18</sup> y jurídicas,<sup>19</sup> propias del carácter místico del Derecho Romano.<sup>20</sup> En el Derecho Romano arcaico, las operaciones fiduciarias, basadas en una firme relación de confianza, eran utilizadas principalmente, aunque no de forma exclusiva, en ma-

<sup>18</sup> «Las funciones desempeñadas por cada divinidad son complementarias: *Fides*, [...], individua relaciones con tendencias a la desigualdad que, en cuanto no se encuentran previstas por el orden natural, deben ser reguladas de conformidad con los principios que rigen el orden jurídico religioso existente, en el que “*Maiestas*” juega un papel primordial, comoquiera que es la que determina las relaciones entre el particular y el sistema de jerarquías, en tanto que “*Terminus*” tutela la estabilidad de dicho orden». NEME VILLARREAL, Martha Lucía. *La buena fe en el Derecho Romano. Extensión del deber de actuar conforme a buena fe en materia contractual*. Bogotá: Ed. Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 33.

<sup>19</sup> «En el mundo romano antiguo “*fides*” significa también promesa, acepción que a su vez presenta una variedad de significados, comoquiera que “*fides*” se utiliza para indicar la promesa misma, el acto de compromiso, que se evidencia en los usos “*fidem dare*” y “*fidem accipere*” [...]; igualmente “*fides*” indica el vínculo que crea la promesa al estrechar un lazo entre el promitente y el destinatario, como lo demuestran las expresiones “*in fide stare*”, “*fidem frangere*” o “*fidem solvere*”; finalmente “*fides*” hace relación a los presupuestos éticos del compromiso, aquellos en los que el vínculo se realiza, esto es, veracidad en las declaraciones y constancia en el mantener los compromisos». NEME VILLARREAL, Martha Lucía. *Op. cit.*, pp. 84-85. Véase también: C.S.J. Cas. Civ. 30/07/2008 M.P. William Namén Vargas. Expediente n.º 11001-3103-036-1999-01458-01.

<sup>20</sup> «De acuerdo con el sentir romano primitivo, el derecho es un mundo de fuerzas invisibles que existen más allá de nuestros sentidos, pero que no por ello son menos reales, y que en el sentido literal de la palabra *obligan* o *dominan* a las cosas y a las personas. Estas fuerzas pueden ser invocadas por medio de actos mágico-rituales en beneficio de ciertas personas, quienes de esta forma obtienen un dominio, un poder, cuya fuente está, por cierto, fuera del individuo mismo y de su naturaleza física, y que es por consiguiente un dominio jurídico y no natural. Así, el más primitivo acto creador de derecho romano, *per aes et libram*, se nos presenta llanamente en forma de un acto mágico, rodeado de fórmulas y ritos, cuyo efecto era establecer un nexo, real aunque invisible, por el cual la cosa o persona obligada se sometía al dominio jurídico del receptor del derecho». Ross, Alf. *Hacia una ciencia realista del derecho. Crítica del dualismo en el derecho*. Trad. Julio Barboza. Buenos Aires: Ed. Abeledo-Perrot, 1997, p. 240.

teria de sucesiones y de emancipación de *alieni iuris*.<sup>21</sup> En el Derecho clásico, la fiducia comienza a utilizarse, principalmente, en el campo de las relaciones económicas. Para los fines específicos que persigo, limitaré mis comentarios exclusivamente a la institución conocida como *fiducia cum creditore*.<sup>22</sup>

Para garantizar su crédito, el deudor transfería al acreedor la propiedad de un bien corporal (mediante *mancipatio* o *in iure cessio*), acompañándola de la promesa de restituirlo si el deudor honraba su deuda (*pactum fiduciae*). Esta operación no sólo implicó reemplazar la persona del deudor —entendida como su corporeidad misma o como su fuerza de trabajo—<sup>23</sup> por una cosa corporal, como garantía de la deuda, sino que, además, realizó una verdadera inversión de la relación de confianza propia a todas las operaciones de crédito:<sup>24</sup> «[...] a la confianza del acreedor se sustituye la confianza del deudor. La noción de confianza es inherente a la noción de crédito y de acreedor; el acreedor confía en el deudor y le confiere un crédito. Las garantías son el signo de los límites de la confianza personal que inspira el deudor, pero, son también el instrumento de la confianza finalmente obtenida. Con la enajenación fiduciaria los factores se invierten, provisto de la propiedad, el acreedor ya no tiene nada que temer, el deudor es ahora quien debe preocuparse por la no restitución del bien, es él quien se somete a la *fides* de su acreedor».<sup>25</sup>

<sup>21</sup> Véase al respecto: DEROUSSIN, David. *Histoire du droit des obligations*. París: Ed. Économica, 2007, pp. 208-209.

<sup>22</sup> Sobre la *fiducia cum amico*, consúltese: GIRARD, Paul Frédéric. *Manuel élémentaire de droit romain*. París: Ed. Dalloz, 2003, pp. 552-558.

<sup>23</sup> Consúltese al respecto: CARBONNIER, Jean. «L'obligation entre la force et la grâce». En *Flexible droit*. *Op. cit.*, pp. 289-302.

<sup>24</sup> «Crédito: [...] del latín *creditum*, del verbo *credere*. Confianza que una persona inspira respecto de su solvencia (tener crédito); confianza en la solvencia del deudor (darle crédito)». CORNU, Gérard. *Vocabulaire juridique*. París: Ed. PUF, 1996, p. 227.

<sup>25</sup> DERRUPPÉ, Jean. «De la fiducie au crédit-bail». En *Religion, société et politique: mélanges en hommage à Jacques Ellul*. París: Ed. Puf, 1983, pp. 450-451. Consúltese también: C.S.J. Cas. Civ. 30/07/2008 M.P. William Namén Vargas. Expediente n.º 11001-3103-036-1999-01458-01.

Ahora bien, con el fin de evitar que el deudor quedara completamente a merced del acreedor, en el Derecho clásico, se aceptó la incorporación de ciertas disposiciones especiales en las operaciones fiduciarias, entre las cuales cabe resaltar:<sup>26</sup> (i) los pactos de arrendamiento o de precario que permitían al deudor conservar la cosa y (ii) el famoso *pactum de vendendo* que, en caso de incumplimiento del deudor, impedía al acreedor conservar buenamente el bien, *lex commissoria*,<sup>27</sup> obligándolo a venderlo y a restituir al deudor el excedente del precio de la venta respecto del monto de la deuda.<sup>28</sup>

Estas «sofisticaciones» de la *fiducia* romana estaban claramente encaminadas a establecer una suerte de equilibrio entre el interés del acreedor de satisfacer su crédito y del deudor de protegerse de los eventuales abusos que pudiera cometer el primero en su calidad de propietario de la cosa fideicomitada. Si se me permite la expresión, podríamos decir que para la *fiducia cum creditore* los romanos realizaron una verdadera «administración de la *fides*».

En el Derecho colombiano contemporáneo, esta «administración de la *fides*» opera de forma muy particular. A diferencia de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito del Derecho mexicano que establece expresamente la posibilidad que tienen las partes de convenir la forma en que la institución fiduciaria procederá a enajenar extrajudicialmente el bien fideicomitado, estableciendo condiciones mínimas y, a

<sup>26</sup> Consúltese: WITZ, Claude. *Op. cit.*, p. 25, DERRUPPÉ, Jean. *Op. cit.*, pp. 451-452; GIRARD, Paul Frédéric. *Op. cit.*, pp. 814-820, y LÉVY, Jean-Philippe y André CASTALDO. *Histoire du droit civil*. París: Ed. Dalloz, 2002, p. 1063.

<sup>27</sup> «La *lex commissoria* constituyó un primer avance. A través de esta se acordaba que el acreedor que no recibía satisfacción al vencimiento del plazo de la deuda podía conservar la cosa a título de pago, siendo dispensado de la obligación de restitución. Esta solución, necesariamente desventajosa para una de las partes en caso de que el valor del bien no correspondiera al monto de la deuda, fue superada por el *pactum de vendendo* [...]». DERRUPPÉ, Jean. *Op. cit.*, pp. 451-452.

<sup>28</sup> Este *pactum* pronto se entendió inherente a la operación misma, lo cual implicó la invalidez de las eventuales disposiciones que se pactaran en contrario. Véase: WITZ, Claude. *Op. cit.*, p. 25.

falta de acuerdo, remite a las normas especiales del Código de Comercio (artículos 1414 bis -1414 bis 20),<sup>29</sup> el Código de Comercio colombiano no incluye disposición alguna sobre la fiducia en garantía. En Colombia se prefirió confiar completamente la realización de la garantía a la *fides* del fiduciario.

Como bien lo precisa la profesora Carmenza Mejía Martínez en su brillante ensayo,<sup>30</sup> el «trasplante» de la figura jurídica a nuestro sistema

---

<sup>29</sup> Artículo 403 Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (México): «En el fideicomiso de garantía, las partes podrán convenir la forma en que la institución fiduciaria procederá a enajenar extrajudicialmente, a título oneroso, los bienes o derechos en fideicomiso, siempre que, cuando menos, se pacte lo siguiente: I. Que la institución fiduciaria inicie el procedimiento de enajenación extrajudicial del o los bienes o derechos en fideicomiso, cuando reciba del o los fideicomisarios comunicación por escrito en la que soliciten la mencionada enajenación y precisen el incumplimiento de la o las obligaciones garantizadas; II. Que la institución fiduciaria comunique por escrito al o los fideicomitentes en el domicilio señalado en el fideicomiso o en acto posterior, la solicitud prevista en la fracción anterior, junto con una copia de la misma, quienes únicamente podrán oponerse a la enajenación, si exhiben el importe del adeudo, acreditan el cumplimiento de la o las obligaciones precisadas en la solicitud por el o los fideicomisarios de conformidad con la fracción anterior, o presentan el documento que compruebe la prórroga del plazo o la novación de la obligación; III. Que sólo en caso de que el o los fideicomitentes no acrediten, de conformidad con lo previsto en la fracción anterior, el cumplimiento de la o las obligaciones garantizadas o, en su caso, su novación o prórroga, la institución fiduciaria procederá a enajenar extrajudicialmente el o los bienes o derechos fideicomitados, en los términos y condiciones pactados en el fideicomiso, y IV. Los plazos para llevar a cabo los actos señalados en las fracciones anteriores.

El texto que contenga el convenio de enajenación extrajudicial a que se refiere este artículo deberá incluirse en una sección especial del fideicomiso de garantía, la que contará con la firma del fideicomitente, que será adicional a aquélla con que haya suscrito dicho fideicomiso.

A falta del convenio previsto en este artículo, se seguirán los procedimientos establecidos en el Libro Quinto Título Tercero Bis del Código de Comercio para la realización de los siguientes actos: a) La enajenación de los bienes en fideicomiso que en su caso deba llevar a cabo el fiduciario, o b) La tramitación del juicio que se promueva para oponerse a la ejecución del fideicomiso».

<sup>30</sup> MEJÍA MARTÍNEZ, Carmenza. «¿Qué garantías ofrece la “fiducia en garantía”?». En VENEGAS FRANCO, Alejandro y otros. *Estudios de Derecho privado. Liber amicorum en*

se hizo de forma incompleta e inadecuada. Así, pues, se dejó en las manos de las sociedades fiduciarias —entidades financieras que, las más de las veces, ostentan una posición dominante— la calificación jurídica para determinar si el deudor incumplió o no sus obligaciones, el avalúo del bien objeto de la garantía y las condiciones de la venta o de la dación en pago al acreedor.

A título de ejemplo, me permito citar algunas de las disposiciones de un contrato tipo utilizado por una sociedad fiduciaria colombiana:

Cuando un BENEFICIARIO determine que EL FIDEICOMITENTE ha incurrido en un incumplimiento cualquiera de las obligaciones a su favor lo comunicará por escrito a LA FIDUCIARIA, adjuntando copia auténtica del documento en el cual conste la obligación vencida, una declaración provisional de la misma y la declaración de que presentó el documento para el pago y no se pagó [...] LA FIDUCIARIA al siguiente día hábil a la recepción de esa comunicación requerirá a EL FIDEICOMITENTE para que en un plazo máximo de treinta (30) días calendario contados desde la fecha del requerimiento, pague o pruebe el pago de la obligación. LA FIDUCIARIA sólo aceptará como prueba de pago la presentación de un recibo o documento equivalente suscrito por un representante o una firma autorizada del BENEFICIARIO, o el documento contentivo de la obligación, si el pago es total. Si dentro del término señalado EL FIDEICOMITENTE no paga o prueba el pago, LA FIDUCIARIA avisará del incumplimiento, dentro de los cinco (5) días siguientes hábiles, a los demás BENEFICIARIOS. EL FIDEICOMITENTE imparte desde ese momento, instrucciones irrevocables a LA FIDUCIARIA para que pasados sesenta (60) días calendario contados desde el requerimiento a EL FIDEICOMITENTE, sin que éste pague o pruebe el pago, todas las obligaciones garantizadas se entienden como de plazo vencido, y para que LA FIDUCIARIA inicie el proceso de liquidación

---

*homenaje a César Gómez Estrada*. Bogotá: Ed. Universidad del Rosario, 2009, tomo II, pp. 117-145.

del PATRIMONIO AUTÓNOMO y pago de todas las obligaciones. [...] LA FIDUCIARIA tiene un término de treinta (30) días calendario contado desde el vencimiento del plazo de sesenta (60) días calendario mencionado en la cláusula anterior, para actualizar el avalúo comercial del bien fideicomitado y decidir la estrategia de venta [...]. Vencido el plazo de treinta (30) días calendario referido, LA FIDUCIARIA iniciará el proceso de venta del bien fideicomitado [...]. Si LA FIDUCIARIA no logra enajenar el bien fideicomitado por el setenta por ciento (70%) del valor establecido en el avalúo, lo entregará a título de dación en pago por ese mismo valor a los BENEFICIARIOS [...].

Si bien es cierto que el fiduciario en Colombia, al igual que el *trustee*, es un intermediario que gestiona la garantía para asegurar la satisfacción de un crédito ajeno, esta calidad de tercero respecto de la obligación asegurada no es suficiente para que, de facto, funja como juez.<sup>31</sup>

En primer lugar, es el fiduciario quien entra a determinar si hubo o no un incumplimiento por parte del deudor. Lo que resulta más curioso de esta situación es que la Corte Suprema de Justicia colombiana considera esto como la comprobación de una simple situación de hecho<sup>32</sup> —*quaestio facti*—, sin tener en cuenta que al calificar una conducta como cumplimiento o incumplimiento de una obligación subsume un acto en el campo de aplicación de una norma, profiriendo así un enunciado normativo que califica el hecho sometido a examen —*quaestio iuris*—:<sup>33</sup>

<sup>31</sup> Sobre la definición de función jurisdiccional, véase: OPPETIT, BRUNO. *Teoría del arbitraje*. Trad. Eduardo Silva Romero y otros. Bogotá: Ed. Legis/Universidad del Rosario, 2006, pp. 85-183.

<sup>32</sup> C.S.J. Cas. Civ. 14/02/2006 M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Expediente n.º 05001-3103-012-1999-1000-01.

<sup>33</sup> «a) es “hecho” todo y solamente aquello que se refiere a la verificación de la verdad o falsedad de los hechos relevantes, salvo lo concerniente a la aplicación de las normas relativas a la admisibilidad y a la asunción de la pruebas, o de las normas de prueba legal; b) es “derecho” todo aquello que concierne a la aplicación de las normas, es decir, particularmente: *b1*) la selección de la norma aplicable al caso; *b2*) la interpretación

«La calificación jurídica de un hecho es un tipo de interpretación de hechos, que se realiza desde la perspectiva de las normas jurídicas. Calificar un hecho es subsumir al hecho individual dentro de una categoría prevista en una norma jurídica. El hecho interpretado/calificado no existiría (no sería posible tal interpretación: la calificación) si no existiera la norma jurídica (que es la que crea la clase genérica de hechos en la que se subsume el hecho individual), de manera que no es posible sostener que los problemas de calificación son cuestiones específicamente de hecho».<sup>34</sup>

En segundo lugar, el Código de Procedimiento Civil reglamenta, de forma general, el procedimiento aplicable para la realización de los bienes del deudor, de suerte tal que se respete el principio del debido proceso y, en especial, el derecho de defensa del deudor y el justo avalúo de los bienes que responderán por sus deudas (artículos 521-560). A falta de normas especiales, como las del Derecho mexicano, ¿qué justifica que se prescinda de la aplicación de las reglas generales?; ¿hasta qué punto se puede disponer en un contrato que el deudor deja en manos del fiduciario la gestión absoluta de la realización del bien objeto de la garantía<sup>35</sup>?; ¿basta con argumentar, como lo hace la Corte Suprema co-

---

de tal norma; b3) la calificación jurídica de los hechos y subsunción de ellos en el “supuesto de hecho (*fattispecie*) abstracto”; b4) la determinación de las consecuencias jurídicas que está previstas por la norma y que están referidas al caso concreto». TARUFFO, Michele. «El control del derecho y del hecho en casación». En *El vértice ambiguo. Ensayos sobre casación civil*. Trad. Juan Monroy Palacios y Juan Monroy Gálvez. Lima: Ed. Palestra, 2006, pp. 168-169.

<sup>34</sup> GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. *Quaestio Facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*. Lima-Bogotá: Ed. Palestra/Temis, 2005, pp. 41 y 42. Véase también: TARUFFO, Michele. «Legalidad y justificación de la creación judicial del Derecho». En *Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil*. Trad. Beatriz Quintero. Bogotá: Ed. Temis, 2006, pp. 179 y 180, y HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael. *Las obligaciones básicas de los jueces*. Madrid: Ed. Marcial Pons, 2005, pp. 193-245.

<sup>35</sup> Artículo 16 del Código Civil: «No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres». Artículo 6 del Código Procesal Civil: «Las normas procesales son de derecho público y orden público y, por consiguiente, de obligatorio cumplimiento, y en ningún caso, podrán ser derogadas, modificadas o sustituidas por los funcionarios o particulares, salvo autorización expresa de la ley.

lombiana, que se trata de un pago voluntario del deudor porque así se determinó en el contrato<sup>36</sup>? Pero, si la prenda y la hipoteca se constituyen también mediante contrato, ¿por qué su ejecución no se considera un pago voluntario y es necesario que la realice un juez, siguiendo un procedimiento reglamentado<sup>37</sup>?

En tercer lugar, los contratos de fiducia establecen que el fiduciario pueda entregar el bien fideicomitado al acreedor en dación en pago. Esta situación ha sido avalada expresamente por la Corte Suprema de Justicia, la que argumenta: «[...] es necesario resaltar que el pacto de comiso es una figura propia de ciertos y específicos contratos, como

---

Las estipulaciones que contradigan lo dispuesto en este artículo, se tendrán por no escritas».

<sup>36</sup> «Tratándose de la fiducia en garantía, los actos de enajenación que realiza el fiduciario en orden a pagar las obligaciones garantizadas a los beneficiarios, son actos de pago voluntario, en la medida en que fue el propio deudor, *ad libitum*, quien previó esos mecanismos en el acto constitutivo, como se acotó. Luego no puede afirmarse que esa tipología de fiducia reemplaza los medios compulsivos de pago previstos en el Código de Procedimiento Civil, pues tal suerte de argumento pasa por alto que el pago que se verifica como corolario de la enajenación de los bienes fideicomitados, es un pago voluntario que hace el propio deudor, quien con ese cometido se sirve del fiduciario». C.S.J. Cas. Civ. 14/02/2006 M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Expediente n.º 05001-3103-012-1999-1000-01.

<sup>37</sup> Adicionalmente, en los contratos de fiducia en garantía, como ya lo vimos, se suelen incluir disposiciones que, en caso de incumplimiento de una sola de las obligaciones garantizadas, permiten la liquidación de todo el patrimonio autónomo. Como bien lo precisa Carmenza Mejía: «[o]bsérvese que si bien la ley permite pactar las cláusulas aceleratorias de pago de obligaciones mercantiles en que la amortización deba hacerse mediante cuotas periódicas y, en tal caso, ante la mora en el pago de uno o algunos de los instalamentos, el acreedor puede exigir la devolución total del crédito, ésta es una facultad del acreedor que puede ejercer o no y que se le ha reconocido en cuanto se entiende que el plazo, si se han pactado intereses, está constituido en su favor. No es ésta, empero, la situación que se presenta en la fiducia de garantía puesto que, ante el aviso de incumplimiento que haga uno solo de los acreedores beneficiarios de la fiducia, los demás no podrán decidir si ejercen o no su derecho a conservar el plazo sino que estarán compelidos al cobro anticipado de la totalidad de sus créditos, para que el fiduciario pueda proceder a vender los bienes o a entregarlos en pago de todas las obligaciones garantizadas y no sólo de algunas de ellas». MEJÍA MARTÍNEZ, Carmenza. *Op. cit.*, p. 138.

los de prenda, hipoteca y anticresis. A ellos, por tanto, se encuentra circunscrita la prohibición contemplada en los artículos 2422 y 2464 del Código Civil y 1203 del Código de Comercio, por manera que no es posible extender esa veda, inconsultamente, a otro tipo de negocios jurídicos desarrollados por el mismo legislador, en particular al de fiducia mercantil, no sólo porque el intérprete no puede hacer un empleo extensivo de normas prohibitivas, de suyo de aplicación estricta [...] destácase que en la fiducia mercantil de garantía, existe un tercero encargado de la realización de los bienes fideicomitidos, para el evento de incumplimiento de las obligaciones garantizadas. Es el fiduciario, y no el acreedor-beneficiario, la persona jurídica que tiene la obligación de enajenar tales bienes, para que con su producto se verifique el pago [...] no se puede perder de vista que el fiduciario, cuando procede a vender extrajudicialmente los bienes, o a entregarlos a los acreedores en dación en pago, lo hace —y debe hacerlo— con estricta sujeción a las instrucciones dadas por el fideicomitente. Expresado en otros términos, si los bienes fideicomitidos se realizan para pagar al acreedor, es porque esa, *ab initio*, ha sido la voluntad del deudor, en tanto libremente manifestada, por lo demás detonante causal del negocio jurídico en cuestión. Fue él quien señaló la finalidad del fideicomiso, y quien pinceló y acordó de común acuerdo con el fiduciario, los términos en que debía hacerse efectiva la garantía, para el evento de incumplimiento en el pago de las deudas garantizadas».<sup>38</sup>

Personalmente, considero que las justificaciones de la jurisprudencia colombiana, para excluir la calificación de pacto comisorio, no son completamente satisfactorias. En efecto, en cuanto al argumento general de la supuesta imposibilidad de aplicar analógicamente normas prohibitivas, hay que precisar que éste no tiene ningún fundamento legal en el Derecho colombiano —en la normativa privada colombiana no existe disposición alguna en este sentido—, ni deóntico —nada justifica que las normas que obligan a hacer una cosa [O]

---

<sup>38</sup> C.S.J. Cas. Civ. 14/02/2006 M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Expediente n.º 05001-3103-012-1999-1000-01.

tengan un estatus distinto de aquéllas que prohíben hacer una cosa, obligan a no hacer algo, [P]—, ni teleológico: el incumplimiento de las normas de obligación o de prohibición tiene la misma consecuencia, no se producen los efectos jurídicos o se invalidan aquéllos que habían producido —sanción—, a diferencia de lo que sucede en materia penal en donde el incumplimiento de una regla prohibitiva trae como consecuencia la aplicación de una sanción punitiva, un castigo, lo cual parece justificar suficientemente la exclusión de la aplicación analógica (artículos 1 y 7 del Código Penal).

Adicionalmente, el hecho de que sea el fiduciario y no el acreedor mismo quien disponga del bien dado en garantía no excluye el riesgo de que el acreedor termine apropiándose de un bien de mayor valor que la obligación incumplida, por esta razón, precisamente, la prohibición de Constantino (326 d. C.) tenía un alcance general y no solamente limitado a la prenda y la hipoteca.<sup>39</sup>

Dentro de esta misma perspectiva establece el Código de Comercio en su artículo 1203: «Toda estipulación que, directa o indirectamente, en forma ostensible u oculta, tienda a permitir que el acreedor disponga

---

<sup>39</sup> Véase: LÉVY, Jean-Philippe y André CASTALDO. *Op. cit.*, p. 1064, y WITZ, Claude. *Op. cit.*, p. 25.

Artículo 2422 del Código Civil: «El acreedor prendario tendrá derecho de pedir que la prenda del deudor moroso se venda en pública subasta para que con el producido se le pague; o que, a falta de postura admisible, sea apreciada por peritos y se le adjudique en pago, hasta concurrencia de su crédito; sin que valga estipulación alguna en contrario, y sin perjuicio de su derecho para perseguir la obligación principal por otros medios. Tampoco podrá estipularse que el acreedor tenga la facultad de disponer de la prenda o de apropiársela por otros medios que los aquí señalados».

Artículo 2464 del Código Civil: «El acreedor no se hace dueño del inmueble a falta de pago ni tendrá preferencia en él sobre los otros acreedores, sino la que le diere el contrato accesorio de hipoteca, si lo hubiere. Toda estipulación en contrario es nula».

Artículo 2448 del Código Civil: «El acreedor hipotecario tiene, para hacerse pagar sobre las cosas hipotecadas, los mismos derechos que el acreedor prendario sobre la prenda».

de la prenda o se la apropie por medios distintos de los previstos en la ley, no producirá efecto alguno».

Como ya lo pudimos constatar, desde el contrato de fiducia mismo se establece que el acreedor podrá, por intermedio del fiduciario —es decir, **indirectamente**—, apropiarse del bien entregado en garantía, lo cual no deja de resultar sorprendente si recordamos que sólo un año antes, la misma Corte Suprema de Justicia precisó: «Es importante señalar que la validez —o eficacia— de los llamados pactos comisorios celebrados con posterioridad al negocio jurídico pignoraticio, está condicionada a que, ciertamente, tales acuerdos se ajusten en forma ulterior, pues si ellos son concomitantes al contrato de prenda o de hipoteca, el pacto irremediamente cae en la prohibición establecida en los artículos 2422 del Código Civil o 1203 del Código de Comercio, según corresponda. Lo propio acontecerá cuando la estipulación respectiva, aunque subsiguiente al contrato, no sea fruto de una libre y reflexiva negociación, o califique como típicamente abusiva o leonina, o haya sido establecida en un inequívoco y desbordado ejercicio de posición claramente dominante, como se acotó, entre otros supuestos, enderezado a restarle eficacia negocial a dicho acuerdo, de suyo lícito si se ajusta a las mencionadas pautas tuitivas, llamadas a salvaguardar la voluntad real del deudor, objeto de preocupación por parte de la ley y de la jurisprudencia».<sup>40</sup>

Por consiguiente, parece haber muy buenas razones para sostener la existencia de un principio implícito,<sup>41</sup> en los términos expuestos por la

---

<sup>40</sup> C.S.J. Cas. Civ. 29/07/2005 M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Expediente n.º 110013103018 1893 20302-2.

<sup>41</sup> «[...] Una primera técnica de construcción consiste en la “inducción” de normas generales [...] a partir de normas particulares. Se trata de un procedimiento altamente (y, por lo demás, notoriamente) discrecional. [...] Una segunda técnica de construcción consiste en avanzar conjeturas en torno a las razones —a los fines, las intenciones, los valores— del legislador. Es lo que se hace cada vez que se obtiene la *ratio* de una norma (o de un complejo de normas)». GUASTINI, Riccardo. «Principios de derecho y discrecionalidad judicial». En *Estudios de Derecho Constitucional*, Trad. Miguel Carbonell. México: Ed. Fontamara. Col. DJC, 2003, pp. 139-141.

profesora Carmenza Mejía: «La prohibición del pacto comisorio debe ser predicable de toda clase de garantías, entendido el fundamento en su sentido lato, porque el rechazo del legislador a la posibilidad de que el acreedor disponga de los bienes de su deudor, se da en cualquier clase de contrato que, con finalidad de garantía, como la modalidad de fiducia que estamos analizando, la haga viable».<sup>42</sup>

La jurisprudencia colombiana excluye, sin embargo, la calificación de pacto comisorio y confiere directamente al fiduciario la facultad de adjudicar el bien al acreedor. Pero, si en todas las demás hipótesis — como en el caso de la prenda e hipoteca—, el acreedor sólo puede satisfacer su crédito por intermedio del juez que vende o le entrega el bien, ¿por qué en este caso, la sociedad fiduciaria, simple empresa privada, estaría investida de tal facultad?

Ahora bien, la Corte Suprema establece claramente que en la hipótesis en que el deudor discuta la existencia de la obligación, el asunto se torna contencioso y, por consiguiente, sólo puede ser resuelto por el juez. Así, pues, en el entender de la jurisprudencia, antes de la controversia, ninguna de las actuaciones del fiduciario constituyen actos jurisdiccionales y, por ende, pueden ser llevadas a cabo directamente por él.<sup>43</sup> Sin embargo, esta posición no sólo no corresponde al derecho positivo colombiano, sino que, además, implica graves riesgos para el deudor.

En el Derecho positivo contemporáneo colombiano el papel de los jueces implica mucho más que resolver controversias mediante senten-

---

<sup>42</sup> MEJÍA MARTÍNEZ, Carmenza. *Op. cit.*, p. 131.

<sup>43</sup> «Desde luego que la venta de los bienes fideicomitidos y la eventual dación en pago a los acreedores, supone necesariamente que no exista controversia en torno a la existencia de la obligación, su validez y su incumplimiento, sea total o parcial, porque si ella se presenta, no puede el fiduciario fungir como árbitro, ni atenerse únicamente al requerimiento que le haga el acreedor. Lo primero, porque el fiduciario no es juez, ni ejerce, *pro tempore*, ninguna actividad judicial [...]». C.S.J. Cas. Civ. 14/02/2006 M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Expediente n.º 05001-3103-012-1999-1000-01.

cias. En efecto, el juez puede limitarse a completar un contrato cuando los contratantes no establecieron uno de sus elementos (artículos 2001, 2054 y 2143 del Código Civil) o, incluso, fungir como conciliador para que las partes resuelvan sus controversias ellas mismas (artículo 101 del Código de Procedimiento Civil). Pero, además de cumplir estas funciones propias de los particulares, el juez debe también proferir decisiones que no resuelven controversia alguna y que, legalmente, necesitan de un trámite judicial: los procesos de jurisdicción voluntaria (artículos 649 al 662 del Código de Procedimiento Civil).

Como bien lo precisa el profesor Bruno Oppetit: «De forma cada vez más frecuente, el juez se halla investido de la misión, ya no de decir el derecho o de pronunciar una condena de derecho estricto que resuelva entre dos pretensiones antagónicas, sino de determinar entre las partes un *modus vivendi* mediante apreciaciones de oportunidad o de equidad. Es en este orden de ideas que el juez, en muchos casos, deberá entrar a apreciar los intereses en juego para matizar la aplicación de la norma jurídica y así solucionar la situación en cuestión: atribución preferente, cambio de régimen matrimonial, conflictos familiares relativos al ejercicio de prerrogativas, etcétera. De esta misma manera, el juez civil o comercial debe, normalmente, entrar a evaluar los bienes y las prestaciones, ya sea que se trate de indemnizaciones de expropiación o de evicción, o de la determinación de cánones de arrendamiento. Y, desde hace algún tiempo (1975), el juez civil ha sido, incluso, investido de un verdadero poder moderador que le permite disminuir las estipulaciones manifiestamente excesivas de una cláusula penal o morigerar el rigor de un divorcio (cláusula de moderación)».<sup>44</sup>

Dentro de esta perspectiva, resulta evidente que los jueces desempeñan funciones que van mucho más allá del contencioso. Adicionalmente, la Constitución Política limita la atribución de las funciones jurisdiccionales propiamente dichas a personas distintas de los jueces y

---

<sup>44</sup> OPPETIT, Bruno. *Teoría del arbitraje.*, *Op. cit.*, pp. 177-178.

exige su reglamentación mediante leyes (artículo 116)<sup>45</sup>, como es el caso de las autoridades administrativas, como la Superintendencia de Sociedades, juez de los procesos concursales (artículo 6 L. 1116/2006),<sup>46</sup> o de ciertos particulares a cargo de un servicio público, como los notarios que pueden decretar el divorcio de mutuo acuerdo (artículo 34 L. 962/2005), o de los particulares que expresamente habilitados por las partes, y dentro de los estrictos términos legales, fungen como árbitros (D. 1818/1998).

La posición de la Corte respecto de la realización de los bienes fideicomitidos por las sociedades fiduciarias conlleva, entonces, una contradicción que, en todos los casos, infringe el Derecho positivo colombiano.<sup>47</sup> En efecto, o se acepta que desempeñan funciones judiciales y se viola la Constitución —porque carecen de reglamentación legal— o se niega que cumplan con tales funciones<sup>48</sup> y, entonces, se infringe la prohibición de que se incluyan en el contrato disposiciones que permitan al

---

<sup>45</sup> C.S.J. Cas. Civ. 14/02/2006 M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Expediente n.º 05001-3103-012-1999-1000-01.

<sup>46</sup> Artículo 116.- «La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los tribunales y los jueces, administran justicia. También lo hace la Justicia Penal Militar. El Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales.

Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos.

Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley».

<sup>47</sup> Consúltese al respecto: PARIAS GARZÓN, Andrés Alfonso. *Funciones jurisdiccionales de la Superintendencia de Sociedades en el Derecho Comercial*. Tesis, Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 2001. <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere4/Te-sis-08.pdf>.

<sup>48</sup> Lo cual resulta sorprendente si tenemos en cuenta que la ejecución de los bienes objeto de la garantía siempre se realiza por una persona que cumple funciones jurisdiccionales y a través de un proceso reglamentado (artículos 521-560 del Código Procesal Civil, artículos 89-235 L. 222/1995, L. 550/1999, L.1116/2006 y L. 1380/2010).

acreedor apropiarse, indirectamente, del bien dado en garantía (artículo 1203 Código de Comercio).

Adicionalmente, esta posición de la jurisprudencia implica graves riesgos para el deudor. En efecto, como lo dispone el inciso tercero del artículo 1226 del Código de Comercio, «Sólo los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias, especialmente autorizados por la Superintendencia Bancaria, podrán tener la calidad de fiduciarios». <sup>49</sup> Ahora bien, en la sociedad contemporánea, los bancos son los acreedores por antonomasia y los fiduciarios son entidades de crédito o sociedades filiales de bancos. Así las cosas, resulta muy fácil que sus intereses gremiales entren en contraposición con sus deberes, dando lugar así a un conflicto

---

<sup>49</sup> Artículo 118 D. 663/1993: «1. Operaciones fiduciarias autorizadas. A partir de la vigencia de la Ley 45 de 1990, los establecimientos de crédito no podrán prestar servicios fiduciarios, salvo tratándose de operaciones de recaudo y transferencia de fondos que sean complementarias o vinculadas a sus actividades o cuando obren como agentes de transferencia y registro de valores o como depositarios. En ningún caso, la actuación como depositario en desarrollo del presente numeral podrá implicar la recepción de moneda corriente, divisas o de cheques, giros y letras de cambio u otros documentos análogos para su cobro.

No se aplicará lo dispuesto en este numeral a las instituciones financieras de creación legal, cuya finalidad primordial sea la financiación de proyectos o programas de inversión del sector energético, o la promoción del desarrollo regional y urbano actuando como entidades de redescuento, o la financiación a través de redescuento de actividades de producción o comercialización del sector agropecuario, o la ejecución directa de las normas y políticas monetarias, cambiarias y crediticias, desempeñando facultades de naturaleza única o diferentes de las que las leyes y reglamentos confieren a las demás instituciones financieras.

PARÁGRAFO. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente numeral, los establecimientos de crédito conservarán plena capacidad para ejecutar hasta su culminación los contratos de fiducia de administración o disposición, celebrados con anterioridad a la vigencia de la ley en mención, cuya finalidad sea la de garantizar o pagar pasivos. Para el efecto, el establecimiento de crédito podrá ejercer las mismas facultades y estará sometido a las mismas obligaciones previstas en la ley y en el contrato.

2. Nuevas operaciones financieras. Las operaciones y servicios financieros nuevos que no versen sobre actividades propias de entidades vigiladas por la Superintendencia de Valores podrán prestarse por los establecimientos de crédito, previa autorización de su junta directiva [...]».

de intereses;<sup>50</sup> conflicto que resulta aún más evidente cuando el acreedor es el banco matriz de la sociedad fiduciaria.

Este conflicto no se resuelve por el simple hecho de que el fiduciario sea institución financiera especializada y profesional sometida al control y vigilancia del Estado, como lo sugiere la Corte Suprema colombiana,<sup>51</sup> ni porque esté sujeto al deber de proceder de acuerdo con el principio de la buena fe, evitando las decisiones subjetivas en el momento de realizar la garantía, como lo pretende parte de la doctrina nacional.<sup>52</sup> El conflicto sólo puede resolverse cuando el legislador reglamente, por un lado, un procedimiento equitativo, equilibrado y eficiente para que el fiduciario ejerza las funciones jurisdiccionales de avalúo y venta o adjudicación del bien fideicomitado y, por otro lado, un procedimiento especial para realizar la garantía en caso de disputa del crédito, tal y como lo propone, acertadamente, cierta doctrina minoritaria.<sup>53</sup>

Vemos cómo en Colombia, para la realización del bien fideicomitado, el constituyente se somete completamente a la *fides* del fiduciario y del acreedor, sin que se apliquen las salvaguardas mínimas que existen en el sistema para la ejecución de las garantías —como sí sucede en el caso de la prenda y la hipoteca—: la intervención de un tercero independiente, a través de un proceso legal reglamentado.

---

<sup>50</sup> «El conflicto de intereses puede definirse como la situación en la cual los intereses personales de un sujeto se encuentran en contraposición con sus deberes. El conflicto debe en principio zanjarse a favor de los deberes; ésta es una exigencia moral. El reconocimiento de un principio jurídico —“nadie puede hacer prevalecer su interés personal respecto de los intereses que está obligado a defender”— tiene que permitir que los conflictos de intereses se resuelvan de forma unitaria y, de esta manera, dotar al juez de una herramienta jurídica que le permita decidir cuando falte una disposición precisa». CUIF, Pierre-François. *Les conflits d'intérêts. Essai sur la détermination d'un principe juridique en droit privé*. RTD com., París, 2005, p. 1.

<sup>51</sup> C.S.J. Cas. Civ. 14/02/2006 M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Expediente n.º 05001-3103-012-1999-1000-01.

<sup>52</sup> Véase: RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. *Óp. cit.*, pp. 475-481.

<sup>53</sup> Véase: MEJÍA MARTÍNEZ, Carmenza. *Óp. cit.*, pp. 141-145.

Es importante mencionar que un sector muy representativo de la doctrina colombiana respalda el sistema actual, al parecer, motivado únicamente por el rechazo de los complicados y lentos trámites judiciales que existen actualmente para el remate de bienes pignorados o hipotecados. Pero, una posición como ésta resulta conformista y parcializada:<sup>54</sup> no es admisible sacrificar completamente los intereses del deudor constituyente por el simple hecho de que los procedimientos existentes no resultarían convenientes para proteger los intereses del acreedor beneficiario. La solución, por el contrario, debe ser innovadora y ecuánime: es al legislador a quien le corresponde reglamentar nuevos procedimientos especiales e idóneos, que logren, realmente, un equilibrio entre celebridad y seguridad.

Ahora bien, esta relación particular entre la fiducia en garantía y la prenda y la hipoteca, en el Derecho colombiano, no sólo se manifiesta a través de esta separación absoluta de sus regímenes jurídicos en cuanto a la realización del bien objeto de la garantía, sino que, paradójicamente, la jurisprudencia ha llegado a establecer también un íntimo acercamiento que ha llevado a una verdadera confusión que trataré en esta segunda parte mi exposición.

## II

El vocablo 'garantía' es definido por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española como el «efecto de afianzar lo estipulado. Fianza, prenda. Cosa que asegura y protege contra algún riesgo o necesidad [...]»;<sup>55</sup> mientras que 'caución' sería «prevención, precaución o cautela. Garantía o protección prestada a alguien. Garantía que presta una persona u otra en su lugar para asegurar el cumplimiento de una obligación

---

<sup>54</sup> Véase: RENGIFO GARCÍA, Ernesto. *Op. cit.*, pp. 114-116.

<sup>55</sup> REAL ACADEMIA DE LA LENGUA. *Diccionario de la lengua española*. Madrid, 2001, tomo I, p. 1117.

actual o eventual».<sup>56</sup> En principio, podríamos decir que las dos palabras tienen un uso muy similar dentro del lenguaje

El Código Civil colombiano no incluye una definición de ‘garantía’,<sup>57</sup> pero, en su artículo 65, define ‘caución’, en los siguientes términos: «Caución significa generalmente cualquiera obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena. Son especies de caución la fianza, la hipoteca y la prenda».

Según la doctrina, para que una institución pudiera ser considerada una caución tendría que<sup>58</sup> (i) mejorar la posición del acreedor sin implicar un enriquecimiento y (ii) permitir la satisfacción del acreedor y extinguir la deuda. Con todo, tanto la vaguedad<sup>59</sup> de la formulación de estas dos condiciones como el hecho de que los juristas se sirven del vocablo ‘caución’ para designar instituciones que parecen no corresponder

---

<sup>56</sup> *Ídem*, p. 483.

<sup>57</sup> Consúltese al respecto: TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio. «La noción de garantía». En TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio y otros. *Estudios sobre garantías reales y personales... Op. cit.*, pp. 18-26.

<sup>58</sup> Algunos autores hacen referencia también al carácter **accesorio**, cuya intensidad puede variar entre las distintas cauciones. Véase al respecto: AYNÈS, Laurent y Pierre CROCQ. *Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière*. Ed. Defrénois, París, 2006, p. 2. Sin embargo, por nuestra parte, preferimos no tenerlo en cuenta como condición definitiva debido a que éste se encuentra totalmente excluido de la garantía autónoma—o a primer requerimiento—. Véase al respecto: CAPRILE BIERMANN, Bruno. *La boleta bancaria de garantía. Una garantía a primer requerimiento*. Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2002, pp. 45 a 132.

<sup>59</sup> «Con esto quiero referirme al siguiente fenómeno: [...] el uso de una palabra tal como de hecho se la emplea, hace que sea incierta o dudosa la inclusión de un hecho o de un objeto concreto dentro del campo de acción de ella. Hay casos típicos frente a los cuales nadie en su sano juicio dudaría en aplicar la palabra en juego. Hay casos claramente excluidos del campo de aplicación del vocablo. Pero hay otros que, a diferencia de los primeros y de los segundos, no están claramente ni incluidos ni excluidos [...] Dichas palabras son periféricamente indeterminadas. Para incluir o excluir el caso marginal es menester tomar una decisión». CARRIÓ, Genaro. *Notas sobre Derecho y lenguaje*. Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, p. 137.

a la mencionada definición<sup>60</sup> dificultan la construcción de una noción de contornos precisos. Así las cosas, en la práctica del derecho y en la ley misma<sup>61</sup> esta palabra suele ser utilizada para designar cualquier medida que da seguridad frente a un pago eventual.<sup>62</sup> Es más, el inciso primero del artículo 678 del Código de Procedimiento Civil colombiano establece expresamente: «Las cauciones que ordena prestar este código pueden ser en dinero, reales, bancarias u otorgadas por compañías de seguros o entidades de crédito legalmente autorizadas para esta clase de operaciones. Si el juez considera necesario un dictamen de peritos para fijar la cuantía de la caución, podrá decretarlo y las expensas serán de cargo de quien deba prestarla».

De igual forma, si nos detenemos un poco a estudiar el uso de la palabra ‘garantía’, tenemos que admitir que ésta se utiliza para designar instituciones jurídicas bastante disímiles. Así, pues, se suelen denominar ‘garantías’ no sólo las famosas cauciones del artículo 65 del Código Civil colombiano —fianza, prenda e hipoteca—,<sup>63</sup> sino, cualquier ins-

---

<sup>60</sup> «La definición no explica la función efectiva de la palabra en el Derecho; de ahí que la teoría basada sobre la definición no consigue ser una teoría del Derecho existente. Esto es lo que hace que tales teorías sean inadecuadas». NAKHNIKIAN, George. *El Derecho y las teorías éticas contemporáneas*. Trad. Eugenio Bulygin y Genaro Carrió. Ed. Fontamara. Col. BÉFDP, México, 1998, p. 40.

<sup>61</sup> Véase, por ejemplo: artículos 814, 834, 872, 1013, 1149, 1198, 1297, 1431 y 2416 del Código Civil; artículos 568, 873 y 882 Código de Comercio; artículos 47, 337, 371, 383, 421, 426, 508, 513, 519, 582, 631, 644 y 655 del Código Procesal Civil.

<sup>62</sup> «Analizar una expresión no consiste en sustituirla por otras que se adecuen mejor a la estructura de los hechos y satisfagan nociones preconcebidas sobre la función ideal del lenguaje. Es, en cambio, tomar clara conciencia de la función que ella cumple en el contexto particular. Esto es, qué uso se le asigna en el lenguaje, entendido no ya como una herramienta apta para prestar un solo servicio, sino como un variado instrumental que empleamos para los fines más diversos». CARRIÓ, Genaro. Prefacio a Herbert L. A. HART *Moral y derecho. Contribuciones a su análisis*. Trad. Genaro Carrió. Ed. Depalma, Buenos Aires, 1962, p. 19.

<sup>63</sup> Véase, por ejemplo: artículos 220 y 225 del D. 960/1970; artículos 251, 881, 890 y 1256 del Código de Comercio; artículos 420, 471, 519 y 539 del Código Procesal Civil.

titución orientada a dar seguridad respecto del pago,<sup>64</sup> como la constitución de títulos valores en respaldo de deudas<sup>65</sup> y, por supuesto, las transferencias fiduciarias.<sup>66</sup>

Con el fin de limitar la extensión de la categoría —y permitir su análisis y estudio—, la doctrina más autorizada precisa que las **garantías propiamente tales** deben limitarse a las instituciones que tienen por **objetivo principal** asegurar el pago de una deuda y, de esta manera se excluyen de la definición todas aquéllas que sólo prestarían tal función de forma accidental y para casos concretos, como la solidaridad pasiva y la compensación.<sup>67</sup>

«Garantía no es una noción, sino, más bien, una etiqueta que se acomoda a instituciones variopintas. El empleo frecuente del plural nos revela la imposibilidad de reunir en un concepto único a las garantías personales y las garantías reales, puesto que éstas se hallan basadas en técnicas que se encuentran demasiado alejadas».<sup>68</sup>

Tradicionalmente, las garantías se suelen clasificar en personales y reales.<sup>69</sup> Las garantías personales se caracterizan por la adición de un nuevo derecho de crédito a favor del acreedor y contra el garante —es una multiplicación de deudores—, quien adquiere una nueva deuda

<sup>64</sup> Como parece inferirse de lo dispuesto en los artículos 175 y 353 del Código de Comercio y 457, 527 y 530 del Código Procesal Civil.

<sup>65</sup> Artículo 18 L. 29/1973 y artículo 46 D. 2148/1983.

<sup>66</sup> Véase: TERNERA BARRIOS, Francisco. «Propiedad como garantía». En TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio y otros. *Óp. cit.*, pp. 361-376, y CROCQ, Pierre. *Propriété et garantie*. Ed. LGDJ, París, 1995.

<sup>67</sup> CABRILLAC, Michel, Christian MOULY, Séverine CABRILLAC y Philipp PÉTEL. *Droit des sûretés*. Paris: Ed. Litec LexisNexis, 2007, p. 4.

<sup>68</sup> *Idem*, p. 2.

<sup>69</sup> «Las clasificaciones no son ni verdaderas ni falsas, son *serviciales* o *inútiles*; sus ventajas o desventajas están supeditadas al interés que guía a quien las formula, y a su fecundidad para presentar un campo de conocimiento de una manera más fácilmente comprensible o más rica en consecuencias prácticas deseables». CARRIÓ, Genaro. *Notas sobre derecho y lenguaje.*, *Óp.cit.*, p. 99.

que no es la mera contrapartida de un derecho que tiene su origen en la relación jurídica misma, es decir, que no es la mera asunción de un pago para extinguir una obligación que tenía previamente.<sup>70</sup> Las garantías reales, por su parte, implican (i) una preferencia para el pago, (ii) una afectación de un bien o un conjunto de bienes y (iii) un carácter accesorio —denominado «derecho de persecución»—. <sup>71</sup>

En Roma la situación era bien distinta. En efecto, los romanos, tan poco amigos de las teorías abstractas,<sup>72</sup> no parecen haber conocido una categoría general denominada «garantías»,<sup>73</sup> lo cual no significa que no

<sup>70</sup> Véase CABRILLAC, Michel, Christian MOULY, Séverine CABRILLAC y Philipp PÉTEL. *Óp. cit.*, pp. 25-27; FRANÇOIS, Jérôme. *Droit civil. Les sûretés personnelles*. París: Ed. Economica, 2004, pp. 1-2.

<sup>71</sup> Consúltese CABRILLAC, Michel, Christian MOULY, Séverine CABRILLAC y Philipp PÉTEL. *Óp. cit.*, pp. 367-372.

<sup>72</sup> «[E]l derecho romano es todo lo contrario de un derecho lógicamente construido sobre principios *a priori*. En última instancia, éste se basa en una serie de *observaciones*, observaciones en diversos sentidos de la vida real, fuente de opiniones discordantes, que se confrontan *dialécticamente*. La obra de los juristas romanos es esencialmente realista. [...]. Los *principios* de la llamada Escuela Moderna del Derecho Natural y, más tarde, aquellos de los pandectistas son opuestos a los principios de los juristas romanos. Estos romanistas pretendieron hacer del derecho romano una “ciencia”, un sistema de reglas fijas, siendo que aquél constituía una búsqueda, un arte. Los romanistas construyeron esta ciencia a partir del individuo, de los “derechos subjetivos” y de las libertades de las cuales, por hipótesis, gozaría el hombre en estado de naturaleza. Mientras que los Romanos tomaron de entrada lo real de las relaciones sociales. Toda la doctrina jurídica fue aprisionada en una red de conceptos individualistas, los cuales fueron considerados como los únicos racionales, según las enseñanzas de Kant. Se quiso someter a esto al derecho romano mismo. Y es al interior de tales categorías que éste nos es transmitido por nuestros manuales». VILLEY, Michel. *Le droit romain*. París: Ed. PUF. Coll. Que sais-je? 1993, pp. 43, 117-118.

Véase también DEROUSSIN, David. «Le droit romain a-t-il connu des principes? Sur les significations (possibles) de *principia, praecepta et regulae iuris*». En CAUDAL, Sylvie. *Les principes en droit*. París: Ed. Économica, 2008, pp. 127-148.

<sup>73</sup> «El proyecto de la ciencia moderna consiste en ordenar los hechos históricos en *nuestras propias* formas de pensamiento, las categorías de los modernos, que por ineptitud y vanidad consideramos las únicas racionales». VILLEY, Michel. «Signification philosophique du droit romain». En *Archives de philosophie du droit. Tome 26. L'utile et le juste*. París: Ed- Sirey, 1981, p. 386.

tuvieran instituciones jurídicas que sirviera para estas finalidades. Así, pues, a través de distintos mecanismos, lograron agregar deudores accesorios a los vínculos obligacionales —*praedes* y *vades*, para los contratos con el Estado, y, entre particulares, sirviéndose ora de la *sponsio* y la *fideipromissio*, ora de la *fideiussio*—. <sup>74</sup> También se podían afectar bienes al pago de las deudas mediante la *fiducia cum creditore*, la prenda —*pignus*— y la hipoteca —*pignus hypothecave*—.

En el caso de la prenda, el deudor conservaba la propiedad del bien, pero se confería al acreedor una posesión protegida mediante interdictos posesorios —sin embargo, éste podía dejar la cosa en poder del deudor, mediante un pacto de precario—, lo cual evitaba las enajenaciones fraudulentas. La hipoteca, por su parte, permitía al deudor conservar la cosa y dotaba al acreedor de una acción real análoga a la *rei vindicatio*, se trataba, entonces, de una verdadera *vindicatio pignoris* perpetua y exigible frente a cualquiera que la tuviera en su poder. <sup>75</sup> En las sencillas palabras del profesor Jean Derruppé: «Con la fiducia la propiedad se transfiere al acreedor; la prenda le confiere la posesión; con la hipoteca, éste no tiene ni la propiedad ni la posesión». <sup>76</sup>

Así y todo, en Roma, estas «garantías reales», al parecer, nunca adquirieron mayor importancia que las «garantías personales». <sup>77</sup>

<sup>74</sup> Consúltese: GIRARD, Paul Frédéric. *Óp. cit.*, pp. 796-814.

<sup>75</sup> Véase Girard, Paul Frédéric. *Óp. cit.*, pp. 814-835; y LÉVY, Jean-Philippe et André CASTALDO. *Óp. cit.*, pp. 1062-1082.

<sup>76</sup> DERRUPPÉ, Jean. *Óp. cit.*, p. 453.

<sup>77</sup> «La institución de la hipoteca no suplantó a las otras dos. La enajenación fiduciaria sobrevivió, sin verse muy afectada por su influencia, hasta la desaparición de la *mancipatio* y la *in iure cessio*. La prenda siempre subsistió a su lado, sin duda, principalmente, para los muebles, los cuales son más fáciles de distraer, pero se reforzó tomando de la hipoteca su principal ventaja: su acción real. Partiendo de este hecho, un texto célebre dice incluso que a la prenda y la hipoteca sólo las diferencia el nombre. Esta es una exageración. Basta con citar su diferencia fundamental, sólo la hipoteca se podía constituir sin desplazamiento de la posesión; por consiguiente, tenía la ventaja de poderse constituir sobre una cosa que se encontraba ya gravada con prenda u otra hipoteca. Tampoco requería la burda publicidad que implicaba el desplazamiento de

La *fiducia cum creditore* subsistió, junto a la prenda y la hipoteca, hasta el derecho justinianeo, cuando cayeron en desuso las formas solemnes de transferencia de la propiedad, *mancipatio* e *in iure cessio*, únicas que podían aparejarse con el *pactum fiduciae*.<sup>78</sup>

Curiosamente, las compilaciones de Justiniano, de acuerdo con la explicación de Lenel, se limitaron a suprimir la palabra *fiducia*, reemplazándola por *pignus*.<sup>79</sup>

En el Derecho colombiano contemporáneo, la fiducia en garantía y la prenda y la hipoteca han tenido también una curiosa relación que ha llevado a la jurisprudencia, en ciertos aspectos, a acercar sus regímenes jurídicos hasta el punto de confundirlos.

Como suele ser común entre los juristas, frente a una institución que constituye cierta innovación, la primera reacción está encaminada a la búsqueda de su «naturaleza jurídica».<sup>80</sup> En el caso de la fiducia

---

la posesión, y se aplicaba no sólo a bienes individualmente determinados sino también a todos los bienes presentes y futuros del constituyente. La hipoteca romana era, entonces, clandestina y podía ser general. Estas dos innovadoras características antes que ser verdaderas ventajas fueron, más bien, defectos que no le permitieron nunca imponerse frente a las garantías personales, como sucede hoy en día con las garantías reales modernas». GIRARD, Paul Frédéric. *Óp. cit.*, pp. 819-821.

<sup>78</sup> Consúltese WITZ, Claude. *Óp. cit.*, p. 26, y GIRARD, Paul Frédéric. *Óp. cit.*, pp. 553-558.

<sup>79</sup> Véase LÉVY, Jean-Philippe et André CASTALDO. *Óp. cit.*, pp. 709-710., y GIRARD, Paul Frédéric. *Óp. cit.*, pp. 552-554.

<sup>80</sup> Pero, ¿a qué se refieren con «naturaleza jurídica»? En principio, no lo sé; tal vez, como diría el profesor Genaro Carrió, esta expresión sólo refleje «[...] el deseo de emparentar las instituciones de aparición reciente con otras de linaje ilustre, atenuando así el choque de la novedad mediante su absorción por un mundo familiar de ideas ya elaboradas». CARRIÓ, Genaro. *Óp. cit.*, p. 102.

Sobre los distintos sentidos atribuidos a la expresión «naturaleza jurídica», véase ROSS, Alf. *Tü-Tü*. Ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, Trad. Genaro Carrió, Buenos Aires, 1976; BULYGIN, Eugenio. *Naturaleza jurídica de la letra de cambio*. Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1961; y, CARRIÓ, Genaro. *Óp. cit.*, pp. 101-103.

en garantía, la Superintendencia Bancaria, en su célebre concepto N° 040130 de 1989, precisó:

Teniendo en cuenta el concepto y alcances de esta clase de fideicomiso, no cabe duda que la naturaleza jurídica del mismo permite enmarcarlo dentro de la gama general de las garantías, que el ordenamiento jurídico reconoce como instrumentos idóneos para asegurar el cumplimiento de las obligaciones de índole privada [...].

[...] se observa que con ocasión de la celebración del contrato de fiducia en garantía el beneficiario-acreedor adquiere frente al fiduciario únicamente derechos de carácter personal, en los términos del artículo 666 del Código Civil en virtud de los cuales puede exigir de este, mediante el ejercicio de las correspondientes acciones personales, el fiel cumplimiento de las obligaciones correlativas pero en ningún caso surgen para el fideicomisario derechos reales respecto de los bienes fideicomitados. Así se observa al repasar desprevénidamente el elenco de derechos que al beneficiario otorga la ley, particularmente en los artículos 1231, 1234, numerales 7° y 8°, 1235 y 1239 del Código de Comercio confrontando estos con los derechos reales de que habla el mencionado artículo 665 del Código Civil.

Las anteriores consideraciones conducen sin dificultad a la conclusión de que la caución constituida mediante la celebración de un contrato de fiducia mercantil de garantía es para todos los efectos legales, una garantía personal ya que, de una parte, la ley no concede al beneficiario, y el contrato no podría hacerlo, los derechos de privilegio y persecución de los bienes fideicomitados esenciales de toda garantía real y, de otra, el fiduciario al pagar la deuda cumple simplemente una obligación personal a su cargo y a favor del fideicomisario cuya fuente es principalmente el negocio fiduciario.

[...] De acuerdo con lo anterior se tiene que todos los créditos que se encuentren garantizados mediante contratos irrevocables

de fiducia mercantil de garantía en los cuales la entidad vigilada tenga la calidad de beneficiario. Deben contabilizarse a partir de la vigencia de la Resolución N° 2053, como «créditos con garantías real», bien sea que se trate de aquellos que por ser anteriores a dicha Resolución vengán siendo contabilizados como créditos con garantía la personal o de los otorgados con posterioridad a la misma.

Desde luego que, en manera alguna, el tratamiento contable y financiero anterior, que se inspira en los efectos prácticos que esta clase de garantía comporta, supone que la misma tenga la naturaleza de una garantía real.<sup>81</sup>

Como podemos ver, el hecho de que (i) la fiducia conlleve la transferencia del dominio —o de la titularidad de acciones o derechos de crédito— y no un derecho real sobre cosa ajena —que son los únicos que implican el derecho de persecución y, en el caso de los derechos reales de garantía, también el derecho de preferencia—<sup>82</sup> y de que, además, (ii) esta transferencia no se haga directamente al acreedor beneficiario —fideicomisario—, sino a una persona distinta que ostenta la calidad de fiduciario, llevó a la Superintendencia Bancaria a excluir la calificación

---

<sup>81</sup> Superintendencia Bancaria. Concepto N° 040130 de 31 de agosto 1989.

<sup>82</sup> «En la concepción tradicional de la distinción entre derechos reales y derechos personales, se considera que los primeros, a diferencia de los segundos, implican derechos de persecución y de preferencia. Esta concepción es muy criticable. En efecto, [...] sólo los derechos reales sobre cosa ajena implican derecho de persecución, el cual no puede predicarse del derecho de propiedad. De entrada, resulta criticable basarse en una prerrogativa que no tienen todos los derechos reales para fundamentar la diferencia entre derechos reales y derechos personales y, más criticable aún, si tenemos en cuenta que para ciertos derechos personales se ha admitido un verdadero sucedáneo del derecho de persecución. En cuanto al derecho de preferencia, como sabemos, sólo existe en el caso de los derechos reales accesorios y, adicionalmente, existen también derechos de crédito con privilegios que nada tienen que ver con los derechos reales». LARROUMET, Christian. *Droit civil. Introduction à l'étude du droit privé*. Ed. Economica, París, 2006, pp. 328-329.

de garantía real.<sup>83</sup> Pero, si no se trata de una garantía real, ¿tiene que ser una garantía personal?

Las garantías personales, como sucedía ya en Roma,<sup>84</sup> implican la adición de deudores accesorios a los vínculos obligacionales; pero, ¿debemos considerar al fiduciario como un mero garante personal del deudor, incluso si no compromete para el pago de la deuda todo su patrimonio sino sólo un bien determinado? ¿Y no tiene ninguna relevancia el hecho de que este bien determinado haya sido transferido del patrimonio del deudor mismo y aislado, esterilizado, en un patrimonio autónomo destinado a cumplir con tal finalidad? ¿No influye en la calificación el hecho de que el acreedor satisfaga su crédito de forma preferente con el producto de la venta que haga el fiduciario de la cosa objeto de la garantía? ¿Y qué decir de la posibilidad de que, a través de una dación en pago, el acreedor termine, a la hora nona, recibiendo la propiedad del bien?

¿Cómo responder entonces a estos interrogantes?<sup>85</sup> La Superintendencia Bancaria lo hizo a través de la famosa teoría del «Sí, pero no»: es una garantía personal con cara de garantía real y, por tal razón, contablemente, se le da el trato de ésta.

---

<sup>83</sup> En un fallo reciente, la Corte Suprema colombiana se sirvió de argumentos muy similares para fundamentar una nueva decisión en el mismo sentido: C.S.J. Cas. Civ. 14/02/2006 M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Exp. 05001-3103-012-1999-1000-01.

<sup>84</sup> Consúltese GIRARD, Paul Frédéric. *Op. cit.*, pp. 795-800.

<sup>85</sup> Esto nos remite a un problema mucho más general que no abordaré aquí, el de las divisiones exhaustivas. ¿Las categorías «reales» y «personales» abarcan todo los casos que corresponden a la definición adoptada para el vocablo «garantía»? ¿«Público» y «privado» dan cuenta de todo lo que denominamos «derecho»? ¿Todos los sujetos jurídicos son o una «persona natural» o una «persona moral»? Consúltese al respecto: ROSS, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. Trad. Genaro Carrió. Buenos Aires: Ed. Eudeba, 1997, pp. 251-256; GRUA, François. *Les divisions du droit*. R.T.D. civ., París, 1, 1993, pp. 59-71; y, SOTOMONTE MUJICA, David Ricardo. «El patrimonio autónomo como deudor concursal». En *Revista E-mercatoria, volumen 8, número*. Universidad Externado de Colombia, 2009, pp. 1-22.

Como diría el profesor François Grua: «El jurista moderno se ha visto obligado a multiplicar las contradicciones del derecho positivo, pero a la vez cree haber conseguido salvar su fe en la unidad gracias a algunas reglas y algunas teorías. Éstas me recuerdan a Giraudoux: tales contradicciones nos superan, finjamos ser sus organizadores».<sup>86</sup>

Pero esta asimilación de la fiducia a la prenda y la hipoteca no se limita sólo a los registros contables del acreedor, la Ley n.º 1116 de 2006 que establece el régimen jurídico de la Insolvencia Empresarial, en su artículo 43, dispuso:

Conservación y exigibilidad de gravámenes y de garantías reales y fiduciarias. En relación con las garantías reales y los contratos de fiducia mercantil y encargos fiduciarios que incluyan entre sus finalidades las de garantía y que estén vinculadas con acuerdos de reorganización, aplicarán las siguientes reglas:

1. Los créditos amparados por fiducias mercantiles y encargos fiduciarios se asimilan a los créditos de la segunda y tercera clase previstos en los artículos 2497 y 2499 del Código Civil, de acuerdo con la naturaleza de los bienes fideicomitidos o que formen parte del patrimonio autónomo, salvo cláusula expresamente aceptada por el respectivo acreedor que disponga otra cosa.
2. Durante la vigencia del acuerdo queda suspendida la exigibilidad de gravámenes y garantías reales y fiduciarias, constituidas por el deudor. La posibilidad de hacer efectivas tales garantías durante dicha vigencia, o la constitución de las mismas, tendrá que pactarse en el acuerdo, con la mayoría absoluta de los votos admisibles, adicionada con el voto del beneficiario o beneficiarios respectivos.
3. Si el acuerdo termina por incumplimiento, conforme a lo dispuesto en la presente ley, para efectos del proceso de li-

---

<sup>86</sup> GRUA, François. *La fée et l'horloge. R.T.D. civ.*, París, 2, 2001, p. 323.

quidación judicial, queda restablecida de pleno derecho la preferencia de los gravámenes y garantías reales y fiduciarias suspendidas, a menos que el acreedor beneficiario haya consentido en un trato distinto [...].

Pero ¿cómo pueden los bienes fideicomitidos hacer parte de los activos del deudor en proceso concursal si estos bienes ya no se encuentran en su patrimonio sino en el patrimonio del fiduciario?; ¿cómo asimilar el acreedor beneficiario a los acreedores prendario e hipotecario<sup>87</sup> cuando éstos tienen un derecho real sobre un bien del deudor y aquél tiene sólo derechos personales respecto del deudor y del fiduciario? ¿Cómo puede el Derecho colombiano afirmar al mismo tiempo que los bienes se transfieren a un patrimonio autónomo en cabeza del fiduciario (artículos 1227 y 1233 del Código de Comercio) y que siguen en el patrimonio del deudor cuando se halla incurso en un proceso concursal (artículo 43, Ley n.º 1116/2006)? Esto es una contradicción manifiesta.<sup>88</sup>

<sup>87</sup> Artículo 2497 del Código Civil: «A la segunda clase de créditos pertenecen los de las personas que en seguida se enumeran: 1. El posadero sobre los efectos del deudor, introducidos por éste en la posada, mientras permanezcan en ella, y hasta concurrencia de lo que se deba por alojamiento, expensas y daños. 2. El acarreador o empresario de transportes sobre los efectos acarreados que tenga en su poder o en el de sus agentes o dependientes, hasta concurrencia de lo que se deba por acarreo, expensas y daños; con tal que dichos efectos sean de la propiedad del deudor. Se presume que son de la propiedad del deudor, los efectos introducidos por él en la posada, o acarreados de su cuenta. 3. El acreedor prendario sobre la prenda».

Artículo 2499 del Código Civil: «La tercera clase de créditos comprende los hipotecarios».

<sup>88</sup> «Dos proposiciones son contradictorias entre sí cuando una equivale a la negación de la otra, de tal modo que no pueden ser las dos verdaderas *ni* las dos falsas: “llueve” y “no llueve”; “hace frío” y “no hace frío”. [D]os proposiciones son contrarias cuando son incompatibles (es decir, no pueden ser ambas verdaderas) pero dejan entre ellas un espacio para otras posibilidades. Así, contraria de “la pared es blanca” sería “la pared es negra”; pero contradictoria es “la pared no es blanca”. ECHAVE, Delia Teresa, María Eugenia URQUIJO y Ricardo GUIBOURG. *Lógica, proposición y norma*. Buenos Aires: Ed. Astrea, 2002, pp. 86 y 87.

«El principio general de contradicción, en el orden lógico, enseña que *dos juicios contradictorios no pueden ser ambos verdaderos*. El principio jurídico dice: *dos normas de derecho contradictorias no pueden ser válidas ambas*. [...] Dos preceptos jurídicos se

Para entender esta situación —aunque no para justificarla—, hay que precisar que su origen se remonta a las decisiones tomadas en 1995 y 1997 por la Superintendencia de Sociedades, dentro del concordato preventivo obligatorio de la importante empresa siderúrgica colombiana Acerías Paz del Río S. A.<sup>89</sup>

Acerías Paz del Río había transferido unos de sus principales activos, las acciones que poseía de la empresa Cementos Paz del Río S. A., a una sociedad fiduciaria para garantizar el pago de las deudas que tenía frente, a un grupo de entidades bancarias. Posteriormente, la siderúrgica fue admitida en concordato preventivo y, tras la solicitud que los trabajadores, la Superintendencia de Sociedades decidió que los acreedores beneficiarios de la fiducia en garantía sólo podían hacer valer sus créditos dentro del proceso concursal —principio de la *par conditio omnium creditorum*— y que la realización de los bienes objeto de la garantía debía llevarse a cabo dentro del proceso y respetando el orden de prelación de créditos (artículos 2495-2499 del Código Civil).<sup>90</sup>

Es indudable que el permitir que los bancos satisficieran sus créditos antes que los trabajadores y el fisco, mediante la realización de algunos de los activos más importantes de la sociedad, tenía un costo político<sup>91</sup> y social enorme; sin embargo, esto no era razón suficiente

---

contradican cuando —en iguales circunstancias— uno *prohibe* y el otro *permite* a un sujeto la misma conducta». GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Introducción a la lógica jurídica*. México: Ed. Fontamara, 2007, pp. 25 y 29.

<sup>89</sup> Un completo y conciso resumen de la situación en: RENGIFO GARCÍA, Ernesto. *Óp. cit.*, pp. 120-124. Y una muy acertada crítica en: DÍAZ RAMÍREZ, Enrique. «La fiducia en garantía en Colombia». *Op. cit.*, pp. 558-565.

<sup>90</sup> Con ocasión del concordato de la sociedad Fatecolcar Ltda., la Superintendencia de Sociedades, mediante auto 410-4202 de 4 de julio de 1997, determinó que los actos de realización de los bienes llevados a cabo por el fiduciario por fuera del proceso concursal eran ineficaces.

<sup>91</sup> Es importante recordar que la Superintendencia es un órgano administrativo que cumple funciones jurisdiccionales, pero que carece de independencia respecto del poder ejecutivo. Véase: *idem*, p. 559.

para desconocer los efectos traslaticios de la fiducia mercantil,<sup>92</sup> tanto más cuanto existían otros mecanismos para atacar los contratos de fiducia en garantía celebrados en el caso concreto. En efecto, además del artículo 1238 del Código de Comercio que consagra expresamente la posibilidad de impugnar el contrato fiduciario celebrado en fraude de terceros,<sup>93</sup> atacando su validez,<sup>94</sup> existen las disposiciones generales del Código Civil sobre la acción pauliana<sup>95</sup> y las acciones revocatorias de las distintas reglamentaciones sobre procesos concursales,<sup>96</sup> que buscan que

---

<sup>92</sup> Efectos traslaticios que siempre ha reconocido la Corte Suprema de Justicia. A título de ejemplo, consúltese: C.S.J. Cas. Civ. 30/07/2008 M.P. William Namén Vargas. Expediente n.º 11001-3103-036-1999-01458-01., y C.S.J. Cas. Civ. 15/07/2008 M.P. Jaime Arrubla Paucar. Expediente n.º 00579-01.

<sup>93</sup> Artículo 1238 del Código Civil: «Los bienes objeto del negocio fiduciario no podrán ser perseguidos por los acreedores del fiduciante, a menos que sus acreencias sean anteriores a la constitución del mismo. Los acreedores del beneficiario solamente podrán perseguir los rendimientos que le reporten dichos bienes. El negocio fiduciario celebrado en fraude de terceros podrá ser impugnado por los interesados».

<sup>94</sup> Artículo 1240 del Código de Comercio: «Son causas de extinción del negocio fiduciario, además de las establecidas en el Código Civil para el fideicomiso, las siguientes: [...] 8. Por acción de los acreedores anteriores al negocio fiduciario [...]». Véase también los artículos. 1502, 524, 1741 del Código Civil y 899 del Código de Comercio.

<sup>95</sup> Artículo 2491 del Código Civil: «En cuanto a los actos ejecutados antes de la cesión de bienes o a la apertura del concurso, se observarán las disposiciones siguientes: 1. Los acreedores tendrán derecho para que se rescindan los contratos onerosos, y las hipotecas, prendas y anticresis que el deudor haya otorgado en perjuicio de ellos, siendo de mala fe el otorgante y el adquirente, esto es, conociendo ambos el mal estado de los negocios del primero. 2. Los actos y contratos no comprendidos en el número precedente, incluso las remisiones y pactos de liberación a título gratuito, serán rescindibles, probándose la mala fe del deudor y el perjuicio de los acreedores. 3. Las acciones concedidas en este artículo a los acreedores, expiran en un año, contado desde la fecha del acto o contrato».

<sup>96</sup> Artículo 146. L. n.º 222/1995: «Acción revocatoria. El contralor, cualquier acreedor o la Superintendencia de Sociedades, podrá incoar la acción revocatoria concursal de los actos realizados injustificadamente por el deudor dentro de los 18 meses anteriores a la fecha de la solicitud del trámite concursal, cuando dichos actos hayan perjudicado a cualquiera de los acreedores o afectado el orden de prelación en los pagos. [...] 3. La constitución de patrimonios autónomos».

se declaren inoponibles al accionante los efectos del contrato.<sup>97</sup> No cabe duda, entonces, de que el Derecho colombiano provee a los acreedores del constituyente herramientas jurídicas suficientes para hacer valer sus pretensiones.

Cuando el ordenamiento jurídico pone a disposición de los particulares los medios para defender sus intereses privados, es carga de aquéllos servirse de éstos dentro de los términos legales.<sup>98</sup> Si no cumplen con

---

Artículo 39. L. n.º 550/1999: «*Acciones revocatorias y de simulación*. Cualquier acreedor podrá intentar ante la acción revocatoria o de simulación de los siguientes actos y contratos realizados por el empresario dentro de los dieciocho (18) meses anteriores a la iniciación de la negociación de un acuerdo de reestructuración: 1. La extinción de obligaciones, daciones en pago, otorgamiento de cauciones, contratos de garantía, contratos de fiducia mercantil, ventas con pacto de recompra, contratos de arrendamiento financiero que involucren la transferencia de activos de propiedad del empresario (*leaseback*) y, en general, todo acto que implique disposición, constitución o cancelación de gravámenes, limitación o desmembración del dominio de bienes del empresario, que causen un daño directo cierto, incluso futuro, a los acreedores. [...]».

Artículo 74. L. 1116/2006: «*Acción revocatoria y de simulación*. Durante el trámite del proceso de insolvencia podrá demandarse ante el Juez del concurso, la revocación o simulación de los siguientes actos o negocios realizados por el deudor cuando dichos actos hayan perjudicado a cualquiera de los acreedores o afectado el orden de prelación de los pagos y cuando los bienes que componen el patrimonio del deudor sean insuficientes para cubrir el total de los créditos reconocidos: 1. La extinción de las obligaciones, las daciones en pago y, en general, todo acto que implique transferencia, disposición, constitución o cancelación de gravámenes, limitación o desmembración del dominio de bienes del deudor, realizados en detrimento de su patrimonio, o contratos de arrendamiento o comodato que impidan el objeto del proceso, durante los dieciocho (18) meses anteriores al inicio del proceso de reorganización, o del proceso de liquidación judicial, cuando no aparezca que el adquirente, arrendatario o comodatario, obró de buena fe. [...]».

<sup>97</sup> Consúltese: FRANÇOIS, Jérôme. *Droit civil. Les obligations. Régime général*. París: Ed. Economica, 2000, pp. 249-274; y, TALERO, Diana Lucía. *La acción revocatoria en la Ley 1116 de 2006*. <http://www.udem.edu.co/NR/rdonlyres/43E8D25B-8931-466A-BF94-F86720E06D00/0/DIANATALERO.pdf>.

<sup>98</sup> «Lo que la norma prescribe, es más, constituye, es precisamente la relación condicional entre éste y aquél. El destinatario de la norma, entonces, no tiene la obligación de realizar ese comportamiento (ni mucho menos la obligación de perseguir ese fin): tiene la obligación condicionada de comportarse de ese modo si, y sólo si, desea obtener ese resultado. Esa obligación condicionada es lo que comúnmente se llama “carga”».

esta carga, luego no pueden pretender que el juez corrija sus omisiones, negligencias e imprevisiones,<sup>99</sup> máxime cuando la solución que esperan del juez implica la desnaturalización de una institución jurídica, como sucedió en el caso de la fiducia en garantía colombiana.

Las soluciones adoptadas a partir del caso de Acería Paz del Río han propiciado un cambio en la interpretación del texto del artículo 1238 del Código de Comercio,<sup>100</sup> dando lugar a nuevas teorías<sup>101</sup> que sostienen que, a pesar de que los bienes son transferidos al fiduciario, los acreedores del constituyente con créditos anteriores al contrato podrían perseguirlos, mediante embargos y secuestros, en ejercicio de simples acciones ejecutivas —sin necesidad de atacar ni la validez ni la oponibilidad del contrato—,<sup>102</sup> mientras que los acreedores posteriores tendrían

---

GUASTINI, Riccardo. «Obligación». En *Distinguiendo*. Trad. Jordi Ferrer i Beltrán. Barcelona: Ed. Gedisa, 1999, p. 115.

<sup>99</sup> Véase: LEQUETTE, Yves. «Bilan des solidarismes contractuels». En *Études offertes à Paul Didier*. París: Ed. Economica, 2008, p. 268.

«La libertad supone la aceptación de las reglas del juego. [...] Soy libre de aceptar las reglas o no, y por tanto de jugar al juego correspondiente, pero una vez tomada la decisión de jugar no sería correcto por mi parte tratar de sacar ventaja prescindiendo de alguna de ellas». ROBLES MORCHÓN, Gregorio. *La justicia en los juegos. Dos ensayos de teoría comunicacional del derecho*. Madrid: Ed. Trotta, 2009, p. 25.

<sup>100</sup> Tradicionalmente se había entendido que los dos incisos de la norma hacían referencia a la misma situación: el contrato celebrado en fraude a los acreedores, los cuales pueden impugnarlo. Véase: RENGIFO, Ramiro. *La fiducia. Legislación nacional y derecho comparado*. Bogotá: Ed. Colección Pequeño Foro. 1984, pp. 296-298.

<sup>101</sup> «De lo dicho entonces puede concluirse que el artículo 1238 del Código de Comercio consagra dos tipos de pretensiones distintas: una, la de los acreedores para perseguir los bienes fideicomitidos, y otra, la de los interesados para impugnar el contrato de fiducia. Trátese de dos pretensiones distintas e independientes que tienen su propia naturaleza y que no llegan a confundirse». ÁLVAREZ GÓMEZ, Marco Antonio. «La fiducia mercantil y el derecho de los acreedores sobre los bienes fideicomitidos». En *Revista de Derecho Privado de la Universidad de los Andes*. Bogotá, 1993, n.º 12, p. 117.

<sup>102</sup> «El artículo que se viene glosando afirma en lo pertinente, mutatis mutandis, que los bienes objeto del negocio fiduciario sí pueden ser perseguidos por los acreedores del fiduciante por acreencias que sean anteriores a la constitución del fideicomiso. La palabra perseguir, tomada en su sentido natural y obvio, no debe reducirse a la simple posibilidad de ejercicio de la misma acción pauliana. El verbo “perseguir” (artículo 1238), entendido no sólo en su sentido natural y obvio, sino por definición legal

respecto de ellos una prelación especial que podrían hacer valer dentro de un proceso concursal.<sup>103</sup> En pocas palabras, esto equivale a afirmar que los bienes, a pesar de haber sido transferidos al fiduciario, siguen en el patrimonio del constituyente...

\* \* \*

Como hemos podido ver, la fiducia en garantía en Colombia ha tenido una importante evolución que va desde la admisión de su validez por parte de la Superintendencia Bancaria (Oficio OJ-136 de 13 de noviembre de 1981) hasta la exigencia de su publicidad para hacerla oponible a terceros (D. 2785/2008). Con todo, esta evolución no parece haber estado siempre orientada en una misma dirección, y la curiosa relación que ha mantenido la fiducia con la prenda y la hipoteca da buena cuenta de ello: una relación de distanciamiento, que ha llevado a la jurisprudencia a rechazar la aplicación de los procedimientos y salvaguardas que permiten la realización de los bienes objeto de garantías, en cumplimiento de los postulados del debido proceso, y, a la vez, de acercamiento, que ha traído como consecuencia una verdadera confusión de los regímenes jurídicos de estas instituciones cuando el constituyente se halla incurso en un proceso concursal.

Esta situación, inevitablemente, me recuerda las sabias palabras de Claude Lévi-Strauss: «El progreso de la humanidad se asemeja poco a aquel personaje que, subiendo la escalera, mediante cada uno de sus movimientos, suma un nuevo escalón a aquéllos cuya conquista ya había sido adquirida; éste evoca, más bien, al jugador cuya suerte se halla repartida entre varios dados y quien, cada vez que los lanza, los ve esparcirse sobre el tapete, con combinaciones cada vez distintas. Lo que

---

(artículo 28 del Código Civil), debe entenderse como embargar y secuestrar los bienes fideicomitidos y en el peor de los casos como el derecho a la aniquilación de los contratos celebrados por el deudor que participa como constituyente de una fiducia». T.S.D.B. Sent. 28/04/2003. M.P. Edgardo Villamil Portilla. Expediente n.º 1418.

<sup>103</sup> Véase: RENGIFO GARCÍA, Ernesto. *Op. cit.*, p. 126.

se gana con una, siempre se expone a perderlo con la otra, y sólo, de cuando en cuando, la historia es acumulativa, sumando las distintas cuentas para formar una combinación favorable».<sup>104</sup>

\* \* \*

---

<sup>104</sup> LÉVI-STRAUSS, Claude. *Race et histoire*. París: Ed. Folio, coll. Essais, 2005, pp. 38-39.



EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL FIDEICOMISO EN  
DERECHO PERUANO Y DERECHO FRANCÉS  
Nicolas Balat



EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL FIDEICOMISO  
EN DERECHO PERUANO Y EN DERECHO FRANCÉS

*Nicolas Balat\**

Sumario: 1. El ámbito de aplicación material.— 1.1. El objeto.— 1.2. El objetivo.— 2. El ámbito de aplicación personal.— 2.1. La calidad.— 2.2. La cantidad.

No hay ningún mal en cambiar de opinión.  
Con tal que sea en el buen sentido.  
Winston Churchill

La comparación entre el sistema jurídico peruano y el sistema jurídico francés muestra una diferencia de entusiasmo en cuanto al fideicomiso: consagración antigua y firme en el derecho peruano, consagración reciente y vacilante en el derecho francés. El derecho peruano ha sido constante con respecto al fideicomiso, y en particular a propósito de su ámbito de aplicación: lo reglamenta desde hace muchos años<sup>1</sup> y

---

\* Docente, doctorando en derecho en la Universidad Panthéon-Assas (París II), [nicolasbalat@gmail.com](mailto:nicolasbalat@gmail.com). El autor quisiera agradecer a Diana Agudelo, a Rafael Ibarra y a Anabel Riaño por su colaboración en la revisión de este trabajo. Texto de la intervención en el quinto congreso internacional de la Asociación Andrés Bello, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, abril de 2011.

<sup>1</sup> Sobre el tema de la historia de la reglamentación del fideicomiso en derecho peruano ver SABLICH HUAMANI, C.A. Tesis *El contrato de fideicomiso: regulación y perspectivas de desarrollo en el Perú*. Ica, 2010, en partic. p. 32. El fideicomiso hoy se rige por la Ley n.º 26702, ley general del sistema financiero y del sistema de seguros y orgánica de la Superintendencia de banca y seguros (ley general) modificada; esta ley general dedica 34 artículos al fideicomiso (artículos 241 y ss.).

no ha introducido cambios mayores. El derecho francés, por su parte, ha modificado en reiteradas oportunidades su posición frente a dicha operación: antes de 2007, no reglamentaba el fideicomiso; entre 2007<sup>2</sup> y 2009,<sup>3</sup> lo reglamentó de manera muy restringida;<sup>4</sup> a partir de 2009 lo hace de manera un poco menos tímida, extendiendo progresivamente su ámbito de aplicación. He ahí lo esencial. Sin embargo, no podemos limitarnos a estas observaciones vagas: hay que desarrollarlas. Para ello, y si bien toda definición resulta peligrosa, advierte el *Digesto (omnis definitio in jure civili periculosa est)*, no tenemos otra elección que determinar el sentido de las expresiones «fideicomiso» y «ámbito de aplicación», es decir, definir las.

Tal como se desarrolló en las anteriores conferencias, el fideicomiso<sup>5</sup> puede definirse, en términos generales, como el acto jurídico por el cual una persona (el fideicomitente, o constituyente) transfiere a otra (el fiduciario) derechos para que sean usados conforme a una finalidad específica, generalmente —pero no siempre— en beneficio de un tercero (el beneficiario), haciendo uso de la técnica del patrimonio de afectación.<sup>6</sup> Pero es la expresión «ámbito de aplicación» la que le da su especificidad al presente tema: el ámbito de aplicación es el alcance de

<sup>2</sup> Ley n.º 2007-211 del 19 de febrero de 2007 que instituyó el fideicomiso; artículos 2011 y siguientes del código civil (título XIV del libro III del código civil).

<sup>3</sup> En particular, ley del 4 de agosto de 2008, *ordonnance* (tipo de decreto-ley) del 30 de enero de 2009, ley del 12 de mayo de 2009.

<sup>4</sup> La doctrina evocaba la «estrechez» de la reglamentación (LIBCHABER, R. «Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007». En *Defrénois*, 2007, pp. 1194 y ss., segunda parte, n.º 35).

<sup>5</sup> También se puede tratar de «fiducia» en referencia a la institución del derecho romano, o de *trust* en inglés; el derecho francés utiliza la palabra *fiducie*, y el derecho alemán, la palabra *Treuhand*. Aunque existan diferencias entre estas instituciones (v. LARROUMET, C. «Fiducia del derecho romano, *trust* y fideicomiso del derecho moderno»), e independientemente del término utilizado en los diferentes sistemas jurídicos, la idea de confianza siempre está presente: todas significan etimológicamente «confianza», «fe» (fideicomiso significa etimológicamente «confiar en la buena fe [de alguien]»). Se trata de la confianza que el fideicomitente, le tiene al fiduciario.

<sup>6</sup> Dicha definición corresponde, más o menos, a la definición elegida por el artículo 2011 del código civil francés.

una regla o de una institución jurídica; así, en particular, el ámbito de aplicación puede ser territorial (aplicación de una regla en el espacio),<sup>7</sup> personal (aplicación de una regla a los sujetos) o material (aplicación de una regla a actividades).<sup>8</sup>

Las preguntas que podemos hacer son las siguientes: ¿cuál es el ámbito de aplicación del fideicomiso en el derecho francés y en el derecho peruano?, y ¿qué resulta de la comparación entre estos dos sistemas? En la medida en que cabe estudiar el ámbito de aplicación del fideicomiso desde el punto de vista de los derechos peruano y francés (lo que limita el ámbito territorial al estudio de estos dos sistemas), vamos a desarrollar los ámbitos de aplicación material (1) y personal (2) del fideicomiso<sup>9</sup>.

## 1. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN MATERIAL

El ámbito de aplicación material responde a la pregunta: ¿qué?, es decir, es el alcance en cuanto a las situaciones jurídicas afectadas por el fidei-

---

<sup>7</sup> Si, por una parte, se puede afirmar que el ámbito territorial del fideicomiso es muy amplio, en virtud de que dicha institución jurídica existe en varios sistemas jurídicos (v. LUPOLI, M. *Trusts: a comparative study*, Cambridge University Press, 2000, pp. 273 y ss.: Argentina, Colombia, Ecuador, Estados Unidos de América, Etiopía, Francia, Japón, Israel, Italia, Liechtenstein, Luxemburgo, México, Panamá, Perú, Reino Unido, Rusia, Venezuela, etcétera); por otra parte, hay que observar que no se tratan de las mismas reglas, ya que el fideicomiso —como cualquier institución jurídica— no tiene un ámbito de aplicación territorial mundial, sino por cada sistema que consagra el fideicomiso existe un ámbito de aplicación territorial especial.

<sup>8</sup> PESCATORE, P. *Introduction à la science du droit*. Luxemburgo: Bruylant, 2009, 2.<sup>a</sup> Ed., pp. 306 y ss.; Kelsen, H. *Théorie pure du droit*, trad. C. Eisenmann. París: Dalloz, 1962, pp. 17 y ss., espec. p. 19. Los autores añaden el ámbito de aplicación temporal, que corresponde a la aplicación de una regla en el tiempo.

<sup>9</sup> Si bien distinguimos aquí los ámbitos de aplicación material y personal para presentar con claridad los derechos francés y peruano del fideicomiso, tenemos que tener en mente que estos dos ámbitos de aplicación van frecuentemente juntos y que resulta casi imposible considerar uno sin considerar otro; por eso estudiamos los dos (resultan casi inseparables), y por razones pedagógicas los estudiamos separados.

comiso. Los dos temas relacionados con el presente título son el objeto (1.1.) y el objetivo (1.2.) del fideicomiso.

### 1.1. *El objeto*

El estudio del objeto del fideicomiso se ocupa de la determinación de los *derechos subjetivos* que pueden ser transferidos al fiduciario. No insistiremos demasiado en este punto, en la medida en que otra intervención desarrolla el tema.<sup>10</sup>

En derecho peruano, según el artículo 241 de la ley general, el fideicomiso tiene como objeto los bienes. Tomada en aplicación de la ley general, la resolución de la superintendencia de bancos y seguros de 1999<sup>11</sup> lo confirma implícitamente: «Bienes: los muebles e inmuebles establecidos en los artículos 885 y 886 del código civil, respectivamente» (título I, artículo 1). Es posible constituir un fideicomiso que tenga por objeto no solamente un bien sino igualmente un conjunto de bienes: la formulación del artículo 241 de la ley no lo prohíbe y, en particular, es lo que se puede deducir del artículo 16, párrafo 7, de la resolución de 1999. También hay que señalar que los bienes pueden ser futuros, como lo permiten los artículos 1409 y siguientes del código civil. Respecto de la palabra elegida por la ley general, «bienes», hace falta preguntarse si realmente se admiten fideicomisos cuyo objeto sean garantías o derechos que no puedan ser calificados como bienes. La respuesta no es fácil, ya que depende de la definición que se da al concepto de «bien»;<sup>12</sup> sin embargo, lo cierto es que la práctica admite, por ejemplo, fideicomisos con garantías personales, y la doctrina pare-

<sup>10</sup> Ver *infra*, GUEVARA BRINDAS, R. «El objeto del fideicomiso».

<sup>11</sup> Resolución SBS n.º 1010-99, *El Peruano*, 13 de noviembre de 1999.

<sup>12</sup> La cuestión reenvía a esta difícil pregunta: ¿qué es un bien? Ver, por ejemplo, FRANÇOIS, J. «Les créances sont-elles des biens?». En *Mélanges C. Larroumet*. París: Economica, 2010, pp. 149 y ss., espec. n.º 45; LIBCHABER, R. «La recodification du droit des biens». En *Le Code civil, Livre du Bicentenaire*. París: Dalloz-Litec, 2004, pp. 297 y ss., espec. n.º 13; BERLIOZ, P. *La notion de bien*. París: LGDJ, 2007. El término de bien podría constituir un ejemplo de lo que un autor llamaba las palabras a sentido

ce aprobar esta posición.<sup>13</sup> También sería posible preguntarse si puede haber transmisión de una deuda; veremos que la respuesta tampoco es evidente.<sup>14</sup> Además de lo anterior y respecto a lo cual no cabe duda, el bien tiene que ser determinable, y tiene que estar en el comercio. Esto se deduce del artículo 266 de la ley general, el cual prevé que en el caso que uno o más de los bienes que deben integrar el fideicomiso se encuentren fuera del comercio, el fideicomiso será válido y subsistirá con los bienes remanentes.

En derecho francés, la ley permite que sean objeto de un contrato de fideicomiso los derechos, bienes y garantías, aún futuros. Lo prevé el artículo 2011 del código civil. La enumeración «derechos, bienes y garantías» tiene algo de redundante<sup>15</sup> —acaso la palabra «derechos» hubiera sido suficiente, en la medida en que los bienes y las garantías *son* derechos—, pero la elección del legislador parece ser voluntaria y corresponder a un deseo de claridad:<sup>16</sup> así, se puede pensar que la formulación no tiene un significado particular, sino el propósito de expresar que se pueden transferir al fiduciario derechos reales (a los cuales reenvían frecuentemente el término «bienes», y las «garantías» entendidas como garantías reales) como derechos personales (a los cuales reenvían probablemente el término «derechos», y las «garantías» entendidas como garantías personales).<sup>17</sup> Los bienes pueden ser muebles o inmuebles, y los derechos personales pueden ser de todo tipo. Según la doctrina, se prohíbe la transmisión de una deuda.<sup>18</sup> El objeto tiene que ser deter-

---

múltiple en derecho (BECQUART, J. *Les mots à sens multiples en droit civil français*. París: PUF, 1928).

<sup>13</sup> Ver *infra*, GUEVARA BRINDAS, R. «El objeto del fideicomiso».

<sup>14</sup> Ver *infra*, GUEVARA BRINDAS, R. «El objeto del fideicomiso».

<sup>15</sup> En particular, LIBCHABER, R. «Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007». *Op cit.*, pp. 1094 y ss., 1.ª parte, n.º 8; *Rép. civ.* Dalloz, Vº «Fiducie», 2008, por BARRIÈRE, F. n.º 33.

<sup>16</sup> X. de ROUX, «Rapport».

<sup>17</sup> Ver GRIMALDI, M. «La fiducie: réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre» (2.ª parte), *Defrénois*, 1991, pp. 961 y ss., espec. n.º 33.

<sup>18</sup> En particular JADAUD, B. «Le régime juridique de la fiducie». *LPA*, 10 juin 2009, pp. 4 y ss., n.º 19; *Rép. civ.* Dalloz, Vº «Fiducie», 2008, por BARRIÈRE, F. n.º 33. Esta so-

minable (artículo 2018 del código civil) y estar en el comercio (artículo 1128 del código civil).<sup>19</sup>

Si seguimos los textos de referencia, el ámbito de aplicación en cuanto al objeto parece más amplio, o por lo menos más claramente desarrollado en el derecho francés que en el derecho peruano; al contrario, podríamos reprochar al derecho francés su verbosidad, su ausencia de concisión. El objeto del fideicomiso es una cuestión importante, pero el punto central es la operación que permite el fideicomiso, o sea, el objetivo de dicha institución.

## 1.2. *El objetivo*

El objetivo del fideicomiso reenvía al estudio de las operaciones que dicho mecanismo permite realizar o, en otros términos, a la finalidad de éste.

En derecho peruano, no hay ninguna prohibición en cuanto a las operaciones que el fideicomiso permite realizar. La tipología de estas operaciones es de la competencia de la superintendencia de banca y seguros. Es lo que resulta del artículo 241 de la ley general, el cual prevé que «La Superintendencia [de banca y seguros] dicta normas generales sobre los diversos tipos de negocios fiduciarios». Por su parte, la resolución de la superintendencia de 1999,<sup>20</sup> en su título III, reglamenta las clases especiales de fideicomiso: el fideicomiso con propósito

---

lución se justificaría en particular por el carácter *intuitu personae* de la deuda (es decir, en particular, de la persona del deudor), y porque el artículo 2011 del código civil parece exigir la transmisión de elementos patrimoniales activos (comp. sin embargo con la doctrina que considera que las deudas pueden constituir bienes, y en particular CHILSTEIN, D. «Les biens à valeur vénale négative». *RTD civ.* 2006, pp. 663 y ss.).

<sup>19</sup> Artículo 1128 del código civil: «Solamente podrán constituir el objeto del contrato las cosas que estén en el comercio»; en virtud de la función supletoria del derecho común en ausencia de regla especial, esta regla de derecho común de contratos se aplica al contrato especial de fideicomiso.

<sup>20</sup> Resolución SBS n.º 1010-99, *El Peruano*, 13 de noviembre de 1999.

de garantía está regulado en el capítulo I (en particular, artículo 15 *in limine*: «En el fideicomiso en garantía los bienes integrados en el patrimonio fideicometido están destinados a asegurar el cumplimiento de determinadas obligaciones, concertadas o por concertarse, a cargo del fideicomitente o de un tercero»), el fideicomiso con propósito de legar o donar en el capítulo II, o el fideicomiso con propósito de titulización en el capítulo III (por ejemplo: fondo de inversión colectiva en créditos).

Cabe subrayar que la lista de las clases de fideicomiso establecida por la resolución de 1999 no es limitativa, exhaustiva, sino simplemente enunciativa. Es lo que se entiende de su artículo 22, el cuál prevé que «Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente Título, se podrán constituir otras clases de fideicomiso, las cuales están sujetas a las disposiciones de la Ley General, del presente Reglamento y de las demás normas que esta Superintendencia emita sobre la materia». Las partes podrán hacer uso de la libertad contractual para constituir otros tipos de fideicomiso, por ejemplo, un fideicomiso con propósito general de gestión de los bienes transferidos.<sup>21</sup>

En derecho francés, varios mecanismos de «naturaleza fiduciaria» existían antes de la consagración del fideicomiso en el código civil:<sup>22</sup> la doctrina estima que estos mecanismos son, en su mayoría, «fiducias» especiales, con ámbitos de aplicación especiales, y ocultos bajo otros

---

<sup>21</sup> Para ejemplos de utilizaciones del fideicomiso en derecho peruano, ver *infra*, DE LA FLOR, M. «Diversas modalidades de fideicomiso».

<sup>22</sup> Sobre estos mecanismos, ver *supra*, BROS, S. «Las operaciones fiduciarias antes del fideicomiso». Ver también WITZ, C. *La fiducie en droit privé français*. París: Economica, 1980; GRIMALDI, M. «La fiducie: réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre» (1.ª parte), *Defrénois*, 1991, pp. 897 y ss.; GOBIN, A. «Fiducias sans la fiducie», *JCP N*, 1994, I, pp. 315 y ss., n.ºs 7 y ss.; LIBCHABER, R. «Une fiducie française, inutile et incertaine...». En *Mélanges Ph. Malaurie*. París: Defrénois, 2005, pp. 303 y ss., espec. n.º 4; LUCAS, F. X. *Le transfert temporaire des valeurs mobilières - Pour une fiducie des valeurs mobilières*, LGDJ, 1997, n.º 597 y ss.; SIMLER, Ph. y DELEBECQUE, Ph. *Les sûretés, la publicité foncière*. París: Dalloz, 2009, 5.ª Ed., n.º 666 y ss.; CABRILLAC, M. y otros. *Droit des sûretés*. París, Litec, 2010, 9.ª Ed., n.º 580; LEGEAIS, D. *Sûretés et garanties du crédit*. París: LGDJ, 2009, 7.ª Ed., n.ºs 736 y ss.

nombres;<sup>23</sup> en otros términos, el legislador creaba «fiducias» especiales sin decirlo de manera expresa, mientras se negaba de manera explícita a consagrar la institución general del fideicomiso.

Es posible dar algunos ejemplos de lo anterior, sin ser exhaustivo. Se puede evocar la cesión de créditos profesionales con propósito de garantía, o cesión «Dailly»,<sup>24</sup> consagrada por una ley de 1982 (codificada en los artículos L. 313-23 y siguientes del código monetario y financiero), y que permite a un profesional utilizar sus créditos como instrumento de garantía frente a un establecimiento de crédito. Otros ejemplos: el fondo común de créditos instituido por una ley del 23 de diciembre de 1988, la *pension de titres* (artículos L. 432-12 y siguientes del código monetario y financiero),<sup>25</sup> o el *portage*.<sup>26</sup> Último ejemplo, aunque su naturaleza sea controvertida:<sup>27</sup> la modalidad del contrato de compraventa conocida como pacto de retroventa,<sup>28</sup> reglamentada desde 1804 por los artículos 1659 y siguientes del código civil francés, y por la cual se puede utilizar la transmisión de la propiedad como un instrumento de garantía o de gestión. Por supuesto, y como se explicó de manera

---

<sup>23</sup> Sobre este tema, ver GRIMALDI, M. «La fiducie: réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre» (1.<sup>a</sup> parte), *Defrénois*, 1991, pp. 897 y ss., espec. n.º 3; GRIMALDI, M. y BARRIÈRE, F. «La fiducie en droit français». En *La fiducie face au trust dans les rapports d'affaires*. Bruselas: Bruylant, 1999, pp. 237 y ss., espec. n.º 12; GOBIN, A. «Fiducias sans la fiducie», *JCP N*, 1994, pp. 315 y ss.

<sup>24</sup> GRIMALDI, M. «La fiducie: réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre» (1.<sup>a</sup> parte). *Op. cit.*; LUCAS, F. X. *Op. cit.*

<sup>25</sup> GRIMALDI, M. «La fiducie: réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre» (1.<sup>a</sup> parte). *Defrénois*, 1991, pp. 897 y ss., espec. n.º 3; LUCAS, F. X. *Les transferts temporaires de valeurs mobilières - Pour une fiducie des valeurs mobilières*. París, LGDJ, 1997, n.º 598.

<sup>26</sup> GRIMALDI, M. «La fiducie: réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre» (1.<sup>a</sup> parte). *Defrénois*, 1991, pp. 897 y ss., espec. n.º 3.

<sup>27</sup> En particular, CABRILLAC, M. y otros. *Op. cit.*, n.º 582.

<sup>28</sup> *Vente avec faculté de rachat*, anteriormente denominada *vente à réméré* (terminología modificada por una ley del 12 de mayo de 2009 de «simplificación del derecho»). Ver, en particular, JUBAULT, C. *Les successions, les libéralités*. París: Montchrestien, 2010, 2.<sup>a</sup> Ed., n.º 590.

precedente,<sup>29</sup> estos mecanismos siguen existiendo en derecho francés: las «fiducias» especiales, que existían antes de 2007, no desaparecen, en la medida en que una regla general no abroga implícitamente una regla especial.

A partir de la ley del 19 de febrero de 2007, se afirma que el código civil francés permite dos tipos de operaciones fideicomisarias: el fideicomiso con propósito de gestión y el fideicomiso con propósito de garantía. Dos intervenciones del presente congreso van a desarrollar estos conceptos,<sup>30</sup> de tal manera que no vamos a insistir en estas dos técnicas. Solamente cabe hacer una observación: ningún texto del título sobre el fideicomiso prevé de manera expresa estos dos tipos de operaciones;<sup>31</sup> se deducen de la tipología establecida por la doctrina<sup>32</sup> y la práctica. En teoría pues, podemos considerar que otras opciones son posibles; la práctica tiene que inventarlas. Lo que implica, ante todo, determinar las utilidades permitidas por el fideicomiso con propósito de gestión y el fideicomiso con propósito de garantía para, después, crear otra categoría; constituiría una ocasión para preguntarse si, al fin y al cabo, todo fideicomiso no tiene un propósito de gestión.

Al contrario, se prohíbe el fideicomiso con propósito de legar o donar al beneficiario (*fiducie-libéralité*), aplicación particular del fideicomiso con propósito de gestión, en la medida en que el artículo 2013 del código civil prevé que el contrato de fideicomiso es nulo si procede de una intención de conceder gratuitamente a favor del beneficiario.<sup>33</sup>

---

<sup>29</sup> Ver *supra*, BROS, S. «Las operaciones fiduciarias antes del fideicomiso». Ver también PUIG, P. «La fiducie et les contrats nommés». *Dr. & patr.* junio del 2008, pp. 68 y ss., espec. p. 70.

<sup>30</sup> Ver *infra*, PICASSO, S. «El fideicomiso de gestión» y MANTILLA, F. «El fideicomiso de garantía».

<sup>31</sup> Sin embargo, en otras disposiciones, fuera de este título, la ley reglamenta especialmente el fideicomiso «a título de garantía» (artículos 2372-1 s. y 2488-1 s. del código civil francés).

<sup>32</sup> En particular, desde la tesis de WITZ, C. *Op. cit.*

<sup>33</sup> Sobre esta prohibición, ver, por ejemplo, JUBAULT, C. *Op. cit.*, n.º 460. Resulta posible preguntarse si el legislador francés realmente utilizó el mejor método para prohibir

La principal razón para justificar la prohibición es la de evitar la elusión de las reglas relativas a las transmisiones a título gratuito,<sup>34</sup> pero algunos autores piensan que estas razones están «lejos de ser convincentes»;<sup>35</sup> por lo menos, hay que reconocer que esta prohibición aparece bastante rigurosa. Sin embargo, algunos mecanismos especiales permiten realizar funciones similares. Estas técnicas se admiten, disimuladas bajo otros nombres y bajo ámbitos de aplicación restringidos. Hay que señalar una tendencia de las leyes recientes<sup>36</sup> a crear nuevas aplicaciones de estas técnicas. La doctrina da varios ejemplos de tales instituciones y, en particular, el mandato con efecto póstumo,<sup>37</sup> reglamentado por los artículos 812 y siguientes del código civil en virtud de una ley de 2006 que permite la gestión de los bienes de la herencia; el mandato de protección futura,<sup>38</sup> reglamentado por los artículos 477 y siguientes del código civil, introducidos por una ley de 2007, que permite la gestión de los bienes de una persona incapaz; algunas categorías de liberalidad con cargas;<sup>39</sup>

---

la *fiducie-libéralité*. En efecto, el artículo 2013 del código civil no prevé de manera expresa que se prohíba hacer una *libéralité* (donación o legado) con un fideicomiso. Solamente prohíbe los fideicomisos que proceden de una intención de conceder gratuitamente, lo que resulta un poco diferente: para llegar a la conclusión de que este artículo prohíbe la *fiducie-libéralité*, hay que suponer que la intención de conceder gratuitamente defina la *libéralité*. Ahora bien, esta cuestión de la definición de la *libéralité* no es muy clara en derecho francés (en particular, pocos tratados la definen); por ejemplo, el artículo 893 del código civil no la define por su elemento moral, sino por su elemento material. De tal manera que con certeza hubiera sido menos ambiguo y más eficaz prever explícitamente que “se prohíbe la *fiducie-libéralité*”.

<sup>34</sup> DE RICHEMONT, H. «Rapport».

<sup>35</sup> LIBCHABER, R. «Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007» (2.<sup>a</sup> parte). *Op. cit.*, n.º 30. Ver también TRIPET, F. «La prohibition de la fiducie-libéralité: pourquoi une telle démesure?». *Gaz. Pal.*, 20 de octubre de 2006, pp. 6 y ss.

<sup>36</sup> En particular, ley del 23 de junio de 2006, y ley del 5 de marzo de 2007.

<sup>37</sup> GRIMALDI, M. «Présentation de la loi du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités». *D.*, 2006, pp. 2551 y ss., espec. p. 2553; MALAURIE, Ph. *Les successions, les libéralités*. París, Defrénois, 2008, 3.<sup>a</sup> Ed., n.º 168; CHAMBAZ, L. «Le mandat posthume, le trust et la fiducie». *RLDC*, 2006, n.º 33, pp. 11 y ss. (con reservas en cuanto a la calificación de «fiducia» especial).

<sup>38</sup> PETERKA, N. *Op. cit.* (con reservas en cuanto a la calificación de «fiducia» especial).

<sup>39</sup> GRIMALDI, M. «La fiducie: réflexions sur l’institution et sur l’avant-projet de loi qui la consacre» (1.<sup>a</sup> parte). *Op. cit.*; SEEL-VIANDON, E. Tesis *La fiducie en droit comparé et en*

la *libéralité graduelle* (clase de liberalidad con cláusula sustitutiva a favor de tercero) y la *libéralité résiduelle* (o *de residuo*, o de remanente, es decir, sin inalienabilidad)<sup>40</sup> —antes de la reforma de 2006, legado *de residuo* (de remanente)<sup>41</sup> y sustitución fideicomisaria—;<sup>42</sup> los recuerdos de familia;<sup>43</sup> las fundaciones;<sup>44</sup> el seguro de vida;<sup>45</sup> la donación de valores mobiliarios con reserva de cuasi usufructo (es decir, usufructo de cosas fungibles —el dinero, por ejemplo—).<sup>46</sup> La lista no es exhaustiva y, sin embargo, ya es larga: el derecho francés prevé un número considerable de mecanismos que permiten realizar parcialmente las funciones de la *fiducie-libéralité* prohibida por el artículo 2013 del código civil.

En resumen, la principal diferencia entre los ámbitos materiales del fideicomiso peruano y del fideicomiso francés estriba en la actitud respecto del fideicomiso con propósito de legar o donar: el derecho peruano lo admite claramente, mientras que el derecho francés lo prohíbe pero ofrece, de manera disimulada, algunos mecanismos sustitutivos.

Hacer referencia al ámbito de aplicación material sin analizar el ámbito de aplicación personal no tendría sentido, ya que significaría

---

*droit international privé français*. París II, 1979, pp. 344 y ss.; SAVATIER, R. «La fiducie en droit français». En *Travaux de la semaine internationale de droit: la fiducie en droit moderne*, París: Sirey, 1937, p. 58.

<sup>40</sup> PETERKA, N. *Op. cit.*

<sup>41</sup> GOBIN, A. «Fiducies sans la fiducie», *JCP N*, 1994, I, pp. 315 y ss., n.º 7 y ss.

<sup>42</sup> SAGAUT, J. F. «Libéralités résiduelles». En *Droit patrimonial de la famille*, dir. GRIMALDI, M. París: Dalloz, 2008, 3.ª Ed., n.º 332-135; SEEL-VIANDON, E. *Op. cit.*, pp. 335 y ss. *Contra*: RIPERT, G. y F. BOULANGER, *Traité de droit civil*, tomo 4, n.º 3874 (estos autores no consideran que esta institución deba ser calificada como «fiducia» especial, en razón de la presencia de dos beneficiarios sucesivos). Para una variante de la opinión anterior ver GRIMALDI, M. *Successions*. París, Litec, 2001, 6.ª Ed., n.º 366.

<sup>43</sup> DE GUILLENCHMIDT, J. y CHAPELLE, A. «Trusts, business trusts et fiducie». *LPA*, 25 de junio de 1990, pp. 4 y ss., espec. p. 8.

<sup>44</sup> SEEL-VIANDON, E. *Op. cit.*, pp. 347 y ss.

<sup>45</sup> GRIMALDI, M. «Réflexions sur l'assurance-vie et le droit patrimonial de la famille». *Defrénois*, 1994, 35841, pp. 737 y ss., espec. n.º 30, p. 756.

<sup>46</sup> Grimaldi, M. y Roux, J. F. «La donation de valeurs mobilières avec réserve de quasi-usufruit». *Defrénois* 1994, 35677, pp. 3 y ss., espec. n.º 9, p. 9, apunta 20.

considerar las operaciones permitidas por una institución sin tener en cuenta las personas que pueden realizarlas.

## 2. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN PERSONAL

El ámbito de aplicación personal es el alcance en cuanto a las personas afectadas por el fideicomiso. Contesta la pregunta: «¿quiénes?». Pues hace falta desarrollar las dos cuestiones vinculadas con esta pregunta: la de la calidad de los actores de la operación fideicomisaria (2.1.) y la del número posible de intervinientes, es decir, la cantidad (2.2.).

### 2.1. *La calidad*

Cabe saber si cada calidad —fideicomitente, fiduciario, beneficiario—<sup>47</sup> es «abierta» (todas las personas pueden acceder) o «cerrada» (únicamente aquellas personas designadas por la ley).

En cuanto al fideicomitente —o constituyente—, ambos sistemas admiten que puede ser cualquier persona: no existen restricciones particulares, de tal manera que se trata de una categoría «abierta».

El derecho peruano permite que el fideicomitente sea, con tal que tenga derechos sobre los bienes que constituirán el objeto del contrato, cualquier persona; esta solución se deduce de la ausencia de restricción en la ley, sinónimo aquí de libertad contractual: *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, nos dice el adagio.

El derecho francés consagra una solución similar, pero tenemos que señalar que hubo una evolución. La ley de 2007 prohibía la constitución

---

<sup>47</sup> También puede existir una cuarta persona, un tercero encargado de velar por la preservación de los intereses del fideicomitente, al que se refiere, en particular, el artículo 2017 del código civil francés, pero no es un actor esencial, sino «opcional», de la operación fideicomisaria.

del fideicomiso por una persona natural: conforme al artículo 2014 del código civil, solamente podía constituir un fideicomiso la persona moral sometida al impuesto sobre sociedades<sup>48</sup> —aquí se pone de relieve un ejemplo de la utilización del derecho tributario por el derecho civil. Sin embargo, la ley del 4 de agosto de 2008 abrogó el artículo 2014, lo que permitió a las personas naturales y a todas las personas morales ser fideicomitentes. En derecho francés, ya no existen restricciones en cuanto a la persona del fideicomitente: toda persona capaz<sup>49</sup> de contratar (natural, moral, moral sometida al impuesto sobre sociedades, etcétera), puede ser fideicomitente<sup>50</sup> —aquí también, por supuesto, con tal de que sea titular de los derechos que quiere transferir.<sup>51</sup>

En cuanto al fiduciario, hay aún más que decir, y este punto es fundamental ya que, dice la doctrina, «El éxito del fideicomiso depende principalmente de la persona del fiduciario»;<sup>52</sup> toda la operación gira alrededor de él. Ambos sistemas —el derecho peruano y el derecho francés— reservan la calidad de fiduciario a personas determinadas por la ley, de tal manera que esta función no es abierta, sino cerrada. En otros términos, la técnica legislativa es la siguiente: sólo se permite lo que la ley enumera.

---

<sup>48</sup> Además de haber sido una restricción drástica y difícil de entender, esta regla fomentaba el fraude: algunos fideicomitentes, para revocar discretamente el contrato de fideicomiso, podían revocar la elección del impuesto sobre sociedades (LIBCHABER, R. «Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007», 2.ª parte, n.º 32; ROCHFELD, J. *RTD civ.* 2007, p. 414; AYNÈS, L. y CROCQ, P. *Les sûretés, la publicité foncière*. París: Defrénois, 2009, 4.ª Ed., n.º 778).

<sup>49</sup> Por eso, los bienes del menor no pueden constituir el objeto de un fideicomiso (artículo 408-1 del código civil), y tampoco los bienes de la persona bajo tutela (artículo 509, 5º, del código civil).

<sup>50</sup> La doctrina señala que «Qualquier persona jurídica puede hoy ser constituyente de un fideicomiso» (AYNÈS, L. y CROCQ, P. *Op. cit.*, pp. 365 y ss., espec. n.º 778). Ver también CABRILLAC, M. y otros. *Op. cit.*, n.º 843; PANDO, A. «La fiducie est enfin accessible aux personnes physiques», *LPA*, 23 de enero de 2009, pp. 3 y ss.

<sup>51</sup> Por esta razón, en particular, un esposo no puede, sin el consentimiento de su cónyuge, transferir un bien de la comunidad a un patrimonio fiduciario (artículo 1424, párrafo 2, del código civil francés).

<sup>52</sup> GOLDSCHMIDT, R. *El fideicomiso en los países de América Latina*. Caracas, 1961, p. 20.

El derecho peruano restringe la calidad de fiduciario a los establecimientos financieros, o sea, a los bancos en un sentido amplio; es lo que resulta del artículo 242, párrafo 1, de la ley general.<sup>53</sup> Lo importante es el fundamento de este privilegio otorgado a los establecimientos financieros: el objetivo es, en particular, garantizar la solvencia y la competencia del fiduciario, ya que se trata de una operación demasiado grave; por lo tanto, de la ley se desprende la idea de que este tipo de operaciones debe ser realizado por un profesional del crédito y de la gestión de patrimonio.

En el derecho francés, lo primero que hay que decir sobre la calidad del fiduciario es que también permanece restringida a las personas enumeradas por el código civil: de esta manera, la ley mantiene incapacidades especiales de goce en cuanto a la calidad del fiduciario,<sup>54</sup> las cuales son bastante significativas. Por eso, es posible preguntarse, *in limine*, si el fideicomiso realmente debería encontrarse en el código civil, puesto que los contratos que restringen su uso a personas otras que los incapaces son bastante raros en este código.<sup>55</sup> Independientemente de esta observación, hay que señalar que, en cuanto al fiduciario, el legislador francés realizó una extensión criticable. En 2007, la formulación inicial de la ley solamente autorizaba a los bancos y seguros, o sea, a los establecimientos financieros, a ser fiduciarios; es lo que resultaba

---

<sup>53</sup> Artículo 242, párrafo 1, de la ley general: «Empresas autorizadas a desempeñarse como fiduciarios. Están autorizadas para desempeñarse como fiduciarias, COFIDE, las empresas de operaciones múltiples a que se refiere el inciso A del artículo 16 y las empresas de servicios fiduciarios que señala el inciso b-5 del artículo mencionado, así como las empresas del numeral 1 del artículo 318».

<sup>54</sup> DUPICHOT, Ph. «Opération *fiducie* sur le sol français». *JCP N*, 2007, étude 1130, n.º 2.

<sup>55</sup> Otro ejemplo es el contrato matrimonial, pero se trata de un contrato civil por excelencia, ya que solamente puede implicar personas naturales. Lo extraño con el contrato de fideicomiso, en comparación con los otros contratos del código civil, es que prohíbe a las *personas naturales* ser fiduciario (salvo los abogados personas naturales).

del artículo 2015 del código civil.<sup>56</sup> La razón que justificaba esta limitación era, en particular, proteger al fideicomitente y al beneficiario, al imponer la elección de una persona solvente a largo plazo y profesional de la gestión del patrimonio, categorías en las que entran —generalmente...— los establecimientos financieros. Sin embargo, la ley del 4 de agosto de 2008 operó una modificación: añadió un segundo párrafo al artículo 2015 para permitir a los abogados ser designados como fiduciarios.<sup>57</sup> ¿Qué pensar de esta ampliación de la calidad de fiduciario? La respuesta más fácil consistiría en decir que hay que aprobar esta extensión, ya que contribuye a desarrollar la institución del fideicomiso; sin embargo, esta apertura despierta una crítica, en varios puntos. En primer lugar, la evolución podría despertar la crítica porque contrariamente a los bancos y seguros, los abogados no tienen toda una solvencia satisfactoria, de tal manera que podríamos temer un riesgo de puesta en peligro de los intereses del fideicomitente y del beneficiario; sin embargo, esta crítica debe ser relativizada en la medida en que la ley impone a los abogados fiduciarios contratar una garantía financiera y un seguro de responsabilidad civil.<sup>58</sup> En segundo lugar, y sobre todo, la evolución despierta la crítica en la medida en que esta extensión no parece justificada por el rol tradicional del abogado: en los derechos continentales, el abogado aconseja a sus clientes para evitar el litigio, o defiende a sus clientes una vez que se inicia el litigio; no es gestor de patrimonio, contrariamente al banco —o al notario—. Esta evolución traiciona una tendencia contestable a hacer del abogado el «chico para todo» del derecho, lo que no es su rol. De tal manera que este privilegio suscita una pregunta: ¿por qué seguir rehusando la calidad de fiduciario

---

<sup>56</sup> Hoy en día, este texto sigue existiendo: es el párrafo 1 del artículo 2015 del código civil francés («Sólo pueden tener la calidad de fiduciarios los establecimientos de crédito [...] [el Tesoro público, el Banco de Francia, el Correo [...] así como las empresas de seguros]). Hay que señalar que el legislador hubiera podido suprimir la palabra «sólo», ya que desde 2008 se admiten otras posibilidades.

<sup>57</sup> Artículo 2015, párrafo 2, del código civil francés: «Los miembros de la profesión de abogado también pueden tener la calidad de fiduciario».

<sup>58</sup> Artículo 27 de la ley del 31 de diciembre de 1971 modificada. Ver también LEGEAIS, D. *Op. cit.*, n.º 761.

a los notarios —también miembros de una profesión jurídica reglamentada—, por ejemplo? Administrar un patrimonio corresponde más a la misión del notario que a la del abogado. Para decirlo claramente, la reforma, al privilegiar una profesión específica sin verdaderas razones técnicas, genera fuertes sospechas de acciones de grupos de presión, ya denunciados por los decanos Josserand y Ripert.<sup>59</sup>

Para resumirlo, no es la extensión en sí la que se puede criticar, sino la apertura a los abogados únicamente: es una elección arbitraria, y carece de coherencia. En este caso, se puede proponer o bien el regreso a la situación anterior con la abrogación del único párrafo 2 del artículo 2015 del código civil, o bien la extensión de la calidad de fiduciario a los miembros de todas las profesiones jurídicas reglamentadas<sup>60</sup> (o, más allá, a toda persona, si bien el legislador inicia una reflexión sobre la solvencia y la misión de gestor profesional de patrimonio del fiduciario y considera que éstas no son requisitos absolutos) con la modificación (o la abrogación) de este artículo.

En cuanto al beneficiario —o fideicomisario—, la comparación entre el derecho peruano y el derecho francés pone de relieve diferencias en cuanto a la técnica legislativa utilizada y en cuanto al fondo.

En derecho peruano, la técnica es la contraria de la utilizada con el fiduciario: todo se permite, salvo lo que enumera la ley. En este sentido, se puede pensar que la letra del artículo 258 de la ley general prohíbe implícitamente que el beneficiario sea el fiduciario él mismo, o personas

---

<sup>59</sup> 1) Sobre el renacimiento de un derecho especial para cada profesión ver en particular, JOSSERAND, L. «Sur la constitution d'un droit de classe». *DH*, 1937, doct. pp. 1 y ss.; RIPERT, G. *Le régime démocratique et le droit civil moderne*. París: LGDJ, 1936, n.º 198 y ss, y *Le déclin du droit*. París: LGDJ, 1949, n.º 23.

2) Sobre el tema de la influencia de los grupos de presión en la elaboración del derecho, ver en particular, RIPERT, G. *Le déclin du droit*. *Op. cit.*, y *Les forces créatrices du droit*. París: LGDJ, 1955, espec. n.º 34. Ver también LAPOUSTERLE, J. *L'influence des groupes de pression sur l'élaboration des normes*. París: Dalloz, 2009.

<sup>60</sup> En este sentido, PRIGENT, S. «Deuxième pas en fiducie», *AJDI*, 2009, pp. 421 y ss.

que tengan un vínculo con él (vínculo laboral, familiar, etcétera). Bajo estas reservas, el beneficiario puede ser cualquier persona, a condición de que tenga la capacidad para recibir y que sea determinable. En el fideicomiso, se puede designar cualquier beneficiario, en particular: un tercero (artículo 241, párrafo 1, de la ley general) —la ley tiene una actitud liberal en cuanto a los requisitos para este tercero (artículo 248, párrafo 1, de la ley general)—; hasta el propio fideicomitente (artículo 241, párrafo 1, y artículo 248, párrafo 2, de la ley general) —en este caso, la operación es una operación a *dos* personas—. Este beneficiario no tiene que ser determinado, con tal de que sea determinable:<sup>61</sup> también puede ser indeterminado, con tal que el contrato contenga los criterios para determinarlo<sup>62</sup> —por ejemplo, podría ser «los nietos del fideicomitente»—. De lo anterior surge una pregunta: ¿sería válida la cláusula por la cual las partes dejan al fiduciario la posibilidad de elegir al beneficiario?

En el derecho francés, la técnica legislativa utilizada es la misma que la utilizada para el fideicomitente: la ley no prevé limitaciones en cuanto a la persona del beneficiario, de tal manera que la categoría es abierta y que puede hacerse uso de la libertad contractual para su determinación. Cualquier persona puede ser designada como beneficiaria de la operación fideicomisaria, con tal de que tenga la capacidad de recibir. En particular, el beneficiario puede ser el fideicomitente o el fiduciario: es lo que resulta del artículo 2016 del código civil. De esto, también se deduce que la calidad de beneficiario es más amplia en derecho francés que en derecho peruano, ya que éste último prohíbe al fiduciario ser beneficiario.

---

<sup>61</sup> Artículo 248 de la ley general: «Validez de fideicomiso a favor de personas indeterminadas. Es válido el fideicomiso establecido en favor de personas indeterminadas que reúnan ciertas condiciones o requisitos, o del público en general, siempre que consten en el instrumento constitutivo las calidades exigibles para disfrutar de los beneficios del fideicomiso o las reglas para otorgarlos».

<sup>62</sup> Artículo 5 de la resolución SBS de 1999.

En pocas palabras, en derecho peruano, las soluciones permanecen constantes; en derecho francés, las reformas del código civil ampliaron las calidades de fideicomitente y de fiduciario, generando inquietudes en cuanto a este último punto. Ya analizada la calidad, sigue la cantidad.

## *2.2. La cantidad*

En cuanto a la cantidad, se trata de establecer el número posible de intervinientes en la operación fideicomisaria.

La idea central es que no existen restricciones en cuanto a la cantidad, al número de fideicomitentes, de fiduciarios y de beneficiarios en derecho peruano y en derecho francés. De esto, y en virtud de la libertad contractual, se puede deducir que es posible designar varias personas para cada una de las tres calidades, de tal manera que los fideicomisos pueden constituir operaciones complejas, al implicar varias personas bajo una misma calidad. La técnica legislativa utilizada es la siguiente: todo lo que no se prohíbe se permite.

En primer lugar, en cuanto al fideicomitente. En derecho peruano, no hay restricción en cuanto al número de fideicomitentes: en este punto, la ley general y la resolución de la superintendencia dan índices, a veces refiriéndose a «los fideicomitentes» (en particular, los artículos 256 y 263 de la ley general, y los artículos 24 y 28 de la resolución de la Superintendencia de banca y seguros), y no existen razones determinantes que permitan considerar que la solución admitida es diferente; pero, es evidente, si hay varios fideicomitentes, todos deben ser titulares de los derechos objeto de la operación.

El derecho francés consagra la misma solución: en particular, el artículo 2011 del código civil se refiere a «uno o varios fideicomitentes». Esta formulación clara, al menos más que la elegida por el derecho peruano, no da lugar a dudas: se admite el caso de varios fideicomitentes.

En segundo lugar, en cuanto al fiduciario. Del silencio del derecho peruano, se puede deducir que es posible designar varias personas para ser fiduciarias —y se infiere que cumplirán sus obligaciones conjuntamente, o de manera distributiva si lo prevé el contrato; la ley general así lo da a entender de manera implícita, refiriéndose a veces a los «fiduciarios» (por ejemplo, su artículo 242) y, aunque estos índices no sean determinantes, no parece existir razones para impedir la hipótesis de varios fiduciarios.

Aquí también, el derecho francés consagra una solución similar, pero la establece más claramente: es lo que resulta, en particular, del artículo 2011 del código civil, que permite que existan «uno o varios fiduciarios».

En tercer y último lugar, en cuanto al beneficiario. En el derecho peruano, el artículo 249 de la ley general prevé que el contrato de fideicomiso puede designar a uno o varios beneficiarios, simultáneamente o sucesivamente;<sup>63</sup> ahora bien, el artículo 267 de la misma ley reglamenta el caso de más de cinco beneficiarios,<sup>64</sup> lo que confirma necesariamente que la hipótesis se admite. En el derecho francés, tampoco existen limitaciones en cuanto al número de beneficiarios. En particular, es lo que resulta del artículo 2011 del código civil, el cual utiliza la expresión «uno o varios beneficiarios» (también se deduce del artículo 2018, 5, del código civil, el cual se refiere a la identidad «del o de los beneficiarios»). De esto se desprende que la ley no establece restricciones en cuanto al número de beneficiarios: reenvía a la libertad contractual.

Así, el hecho de que, a veces, la ley peruana o la ley francesa hablen en singular del fideicomitente, del fideicomiso y del fideicomisario (por

---

<sup>63</sup> Artículo 249 de la ley general: «Fideicomiso en favor de varias personas. El fideicomiso puede constituirse en beneficio de varias personas que sucesivamente deban sustituirse, por la muerte de la anterior o por otro evento, siempre que la sustitución tenga lugar en favor de personas que existan cuando quede expedito el derecho del primer designado».

<sup>64</sup> Artículo 267 de la ley general: «Caso de más de cinco fideicomisarios [...]».

ejemplo: artículo 241 de la ley general peruana; artículo 2016 del código civil francés), no significa que se prohíba la intervención de varias personas en la misma calidad: al contrario, estas situaciones se admiten, claramente en el derecho francés, y a veces un poco menos claramente en el derecho peruano.

Hay que concluir. Empezamos con Churchill, acabamos con Churchill: decía que «no hay ningún mal en cambiar de opinión. Con tal que sea en el buen sentido». El ¿«buen sentido»? : pregunta difícil, ya que la respuesta implica un juicio de valor, eminentemente subjetivo, y que presupondría que existiera un buen sentido único. Lo que, por supuesto, no es el caso, ya que el derecho no es una ciencia cierta. Sin embargo, es posible hacer dos series de observaciones para sintetizar: de lo anterior se desprende la idea de que, en primer lugar, el derecho peruano podría inspirarse del derecho francés en cuanto al «objeto» del fideicomiso (1.1.) y a la «cantidad» de actores (2.1.), y que, en segundo lugar, el derecho francés podría inspirarse del derecho peruano en cuanto al «objetivo» (1.2.) del fideicomiso y a la «calidad» (2.1.) de los actores.

Para el legislador peruano, y en la medida en que no ha cambiado de opinión, la máxima de Churchill no tiene objeto: ha sido constante en sus elecciones en cuanto al ámbito de aplicación del fideicomiso. Lo más que podríamos hacer con esta máxima es invertirla: lo que habría que saber es si hay un mal en *no cambiar* de opinión. La respuesta se impone, también en forma de chiste: no hay ningún mal, ¿con tal de que la falta de cambio de opinión sea en el buen sentido! Lo que implica determinar si el fideicomiso peruano funciona bien con su ámbito de aplicación actual; la respuesta a esta pregunta, se la concedo a la audiencia, solamente advirtiendo que el legislador podría aclarar algunas fórmulas, como la del objeto del fideicomiso («bienes» aparece un poco restrictivo) o las del número de constituyentes o fiduciarios.

En cambio, para el legislador francés, y en la medida en que ha cambiado de opinión varias veces, hace falta preguntarse si estos cam-

bios van en el «buen sentido». Lo que podemos decir con certeza se resume en las dos proposiciones siguientes: primero, que la prohibición del fideicomiso con propósito de legar o donar (*fiducie-libéralité*) no debe ocultar la realidad del derecho positivo, el cual admite varias técnicas sustitutivas que tienen funciones similares; segundo, que la elección en cuanto a las personas autorizadas a ser fiduciarias es por lo menos criticable, ya que parece carecer de justificación técnica y filosófica. La comparación con el derecho peruano nos permite entenderlo: en este último punto, acaso el derecho francés no ha ido en el *buen sentido*.



EL FIDEICOMISO FRENTE AL DERECHO CIVIL  
Mario Castillo Freyre



EL FIDEICOMISO FRENTE  
AL DERECHO CIVIL

*Mario Castillo Freyre\**

Cuando hubo que escoger un tema para participar, escogí el relativo a los puntos de conexión entre el Derecho Civil y el fideicomiso, que como se ha hablado en las ponencias del día de ayer y del día de hoy, no se trata precisamente de un contrato nacido de los códigos del Derecho Civil, sino es un contrato, que por lo menos en el Perú, se regula la Ley de Bancos y tiene características y ámbitos distintos. Finalmente mi ponencia abordará diversos problemas del fideicomiso en el Perú a la luz del Derecho Civil y, me van a permitir tocar de manera muy rápida estos temas, algunos de los cuales voy a mencionar someramente, en la medida de que han sido profundizados por los expositores que me han antecedido en el uso de la palabra. En algunos otros, sí me detendré.

Como se ha dicho, el fideicomiso está regulado en la Ley n.º 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP y, en el artículo 241, se señala que 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 fidu-

---

\* Mario Castillo Freyre, magíster y doctor en Derecho, abogado en ejercicio, socio del estudio que lleva su nombre. Miembro de número de la Academia Peruana de Derecho. Profesor principal de Obligaciones y Contratos en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Catedrático de las mismas materias en la Universidad de Lima. Director de las Bibliotecas de *Arbitraje* y de *Derecho* de su estudio. <[www.castillofreyre.com](http://www.castillofreyre.com)>.

ciario de este último y afecto al cumplimiento de un fin específico, en favor del fideicomitente o un tercero denominado fideicomisario. Esta definición, que marca la pauta de lo que es el fideicomiso en el Perú, nos conduce, y la regulación que en general brinda la Ley de Bancos, a una serie de puntos sobre los cuales quiero hacer referencia.

El primero de todos es el relativo a la capacidad para transferir, porque en verdad el artículo 243 de la Ley de Bancos, relativo a la validez del acto constitutivo, hace referencia a que para la validez de este acto es exigible al fideicomitente la facultad de disponer de los bienes y derechos que transmita. Entonces, en verdad, en primer término aquí hablamos de que quien constituye el fideicomiso, el fideicomitente, tiene que, o ser propietario de los bienes y del patrimonio que va a ser objeto de este fideicomiso futuro, o en todo caso, no siéndolo, contar con poder suficiente como para disponer de la propiedad de esos bienes; esto, naturalmente, con respecto al seguimiento de las formalidades que la ley establece para los casos de disposición de bienes por parte de un tercero cuando se trate de representación.

En segundo lugar, está el tema de la legítima hereditaria y el fideicomiso. Éste es un tema que llama la atención, porque si bien es cierto que las normas de la ley establecen en principio un respeto de los derechos hereditarios con relación al patrimonio fideicometido y la posibilidad de que si estos derechos son vulnerados, las personas los hagan valer para reclamar precisamente que se les transfiera este patrimonio en la calidad de herederos, hay excepciones relativas a los herederos menores o incapaces en donde precisamente la ley, en el artículo 244, dice que no obstante el fideicomitente puede constituir en fideicomiso los bienes que toque en la legítima a algunos de sus herederos menores o incapaces en beneficio de ellos mismos y mientras subsista la minoridad o la incapacidad.

Entiendo que esta excepción que se establece en el tema de la legítima hereditaria, no en cuanto a negarles la condición de herederos sino

evidentemente la plena disposición del patrimonio, se condice con la condición de incapaces de estas personas. Entonces, lo que la ley dice es que si este patrimonio definitivamente no va a ser manejado por el titular, precisamente por su condición de incapaz, entonces, entre que lo manejen sus representantes o que siga en fideicomiso, la ley faculta esta situación para que continúe en la situación de fideicomiso hasta que termine la situación de minoridad o de incapacidad en general.

Otro tema que en verdad me pareció bastante exótico es el relativo a la prodigalidad, que sería el tercer caso. El propio artículo 244 dice que la prodigalidad se califica por el propio constituyente del fideicomiso. En este caso, el fideicomiso dura hasta cinco años después del fallecimiento del causante, salvo que el presunto pródigo acredite ante el juez especializado, estar capacitado para administrar sus bienes. Ésta es una norma abiertamente inconstitucional, porque viola los derechos a la propiedad y a la herencia y además establece una situación probatoria absolutamente injusta. Voy a ilustrar el tema con un ejemplo: un padre considera que su hijo es pródigo, dicho sea de paso, nunca lo declara judicialmente como pródigo, pero considera que es pródigo, estudia Derecho en la universidad y va a constituir un fideicomiso. Es su hijo único, pero va a constituir un fideicomiso para que administren los bienes de este hijo que considera pródigo y resulta que toda la fortuna la pone en fideicomiso.

Resulta que el padre muere; su único heredero en el acto constitutivo del fideicomiso ha sido declarado por su padre de manera unilateral como pródigo. Ninguna sentencia judicial, ni ningún médico lo ha declarado pródigo, sólo su padre. Y, ahora, ¿qué dice la norma?; pues que él tendría que acreditar judicialmente que no es pródigo; y ¿cómo lo va a acreditar? Primero, lo más probable es que no tenga los recursos para hacerlo, porque estudia en la universidad y no ha terminado, y además le pagan la carrera. En segundo lugar, se va a enfrentar a un banco que va a contratar a los cinco mejores estudios de abogados de Lima, que van a decir que sí es pródigo; ¿con qué se

va a defender? Es una situación de incapacidad relativa presunta declarada unilateralmente por un familiar, que no ha sido acreditada ni declarada judicialmente y contra la cual tendrá que luchar en absoluta desventaja con respecto a una institución del sistema financiero que, por razones obvias, va a defender —y además tiene que hacerlo—, la instrucción del constituyente del fideicomiso, que por añadidura, era su padre. Desde el punto de vista del Derecho Civil, la norma me parece aberrante. No se puede colocar a una persona en una presunción de prodigalidad de manera unilateral.

Ahora, me quiero referir al plazo para anular la transmisión fideicomisaria hecha en fraude de los acreedores. Esto está en el artículo 245 de la Ley de Bancos, que se refiere a la acción para anular la transmisión fideicomisaria en fraude a los acreedores.

Dos temas en relación a este punto. El primero el relativo al plazo, porque si se trata de un caso de fraude, el plazo para interponer una acción contra el acto fraudulento, el plazo general del Código Civil, artículo 2001, inciso 4, es de dos años, contados desde la celebración del acto, pero la norma del artículo 245 regula plazos especiales y dice que son seis meses desde que se publique, por tres días consecutivos en el diario oficial «El Peruano», un aviso que dé cuenta de la enajenación; y también señala dos meses desde la fecha en que el acreedor ha sido notificado personalmente sobre la constitución del fideicomiso. Entiendo que estos son plazos especiales derivados del hecho de que el afectado o supuesto afectado con el acto fraudulento no va a tener que descubrir de casualidad el acto o enterarse por terceros de él, sino en virtud, o de la comunicación que se le haga directamente como acreedor, o de una publicación en el diario.

Sin embargo (y éste es el siguiente punto relativo al mismo tema en donde no coincide la norma bancaria con la norma civil), es que la norma bancaria señala que se trata de un plazo para anular el acto y, la norma civil, en materia de fraude pauliano, señala que es un caso de in-

eficacia. El plazo prescriptorio en ambos supuestos, sea uno o sea otro, en caso de anulabilidad la regla general es de dos años, y en el caso de ineficacia por fraude pauliano también es de dos años, pero la acción o pretensión sería distinta. No estaríamos hablando de la ineficacia que regula el Código Civil. Naturalmente, que si no estuviéramos en los supuestos señalados por la norma bancaria, el caso sería un supuesto general y un supuesto general en el cual tendría hasta los dos años del artículo 2001, inciso 4 del Código Civil, concordado con el artículo 195.

Otro punto de interés es el relativo a la posibilidad de constituir un fideicomiso a favor de varias personas indeterminadas. Aquí hay un detalle, pues no deberíamos hablar de indeterminación, porque en todo caso puede haber indeterminación en el momento de celebración del fideicomiso, pero lo que no puede haber es una indeterminación en grado absoluto, o sea, sería preferible hablar de la constitución del fideicomiso a favor de personas que no se encuentran actualmente determinadas, lo que en Derecho Civil se conoce habitualmente como determinables. Esto, aplicando *mutatis mutandis* los argumentos sobre los bienes inciertos de los artículos 1142 y siguientes del Código Civil.

También es interesante referirse a la posibilidad de que se trate de fideicomisarios sucesivos, es decir, el designar a varias personas en cabeza de las cuales surtirán los efectos benéficos de este fideicomiso. La restricción que establece la Ley, es que estas personas deben tener existencia al momento de la celebración del fideicomiso, es decir, no podríamos hablar, de acuerdo a esta norma, de la posibilidad de establecer un fideicomiso eterno en favor de una estirpe, porque sólo podría beneficiarse de acuerdo a la ley peruana a aquellas personas que tenían existencia física, vale decir, incluyendo al concebido, al momento en que se constituye el fideicomiso. Pero más allá de esa generación no se podrían prolongar los efectos de ese fideicomiso.

En torno al tema del plazo máximo de duración, la regla establecida por la Ley de Bancos es que el plazo máximo del fideicomiso será de

treinta años y establece excepciones en torno al fideicomiso vitalicio, en virtud del cual, la duración será la vida del beneficiario; y también en torno al fideicomiso cultural y al filantrópico, a los cuales me voy a referir en otro punto. La pregunta es ¿por qué treinta años?; y, en general, las respuestas podrían ser variadas; una, en el sentido de que no se quiere establecer fideicomisos eternos. La ley, o el Derecho en general, tienden a señalar sobre este tema, que si se quisiera lograr los efectos de «un fideicomiso eterno», básicamente lo que se tendría que celebrar es un acto de naturaleza distinta, o sea, no es que no se pueda beneficiar a alguien de manera permanente; sí se puede hacer, pero de una manera diferente, utilizando una vía contractual distinta. Y, luego, porque en general, y éste es un tema importante, cuando se trata de restricciones o limitaciones a la propiedad, el Derecho peruano, el Derecho Civil establece plazos máximos. Por ejemplo, los plazos máximos del arrendamiento, que por regla general tiene un plazo máximo de diez años. El plazo máximo en el caso del fideicomiso es de treinta años, en el caso del derecho de superficie son noventa y nueve años; en el caso del derecho de usufructo en favor de personas jurídicas es de treinta años, porque se considera que el derecho de propiedad, en algún momento, debe volver a ser tal y, no debe sufrir o continuar permaneciendo desmembrado. Esa lógica del Derecho Civil se aprecia no sólo por esta razón, sino por otras en el caso del fideicomiso.

Quiero referirme, con algunas interrogantes, al tema de la excepción al plazo máximo en el caso del fideicomiso filantrópico. Por filantrópico se entiende que el fideicomiso será para huérfanos, ancianos abandonados y personas menesterosas. No hay más filantropía para la Ley de Bancos. Yo sé que se ha querido restringir el ámbito de la filantropía, pero en verdad, no veo mucho sentido en esa restricción porque tan benéfico sería esto, como destinar un fideicomiso en beneficio de la adecuada formación o perfeccionamiento de los jueces de familia en el Perú, que no calza directamente dentro de este enunciado. Se me podrá decir, entonces, que busque otra manera de beneficiarlos, pero tal vez la manera más correcta y más controlada de lograr ese beneficio,

en el tiempo, podría ser el contrato de fideicomiso; entonces, creo que la filantropía no ha debido circunscribirse a los casos a los cuales la ley nacional la circunscribe.

Ya se ha hablado en relación al tema de la naturaleza del derecho existente entre la entidad fiduciaria y el patrimonio fideicometido. La percepción que tengo es que sí es un derecho real. Tengo claro que no es un derecho de propiedad y me baso, para tal efecto, en lo señalado por el artículo 881 del Código Civil, que dice que son derechos reales los regulados en este libro y otras leyes. Ahí la pregunta que cabría formular es que cuándo la ley se refiere a los derechos regulados en este Código y otras leyes, ¿está hablando de los derechos a los que llama reales o derechos que, siendo de naturaleza real, puedan no estar denominados como derechos reales? Creo que si hablamos de un tema jurídico, tendríamos que optar por este segundo camino, porque las cosas son lo que su naturaleza impone; entonces, si se trata de un derecho real, independientemente de estar o no regulado en el Código Civil, con ese nombre o con otro, si por naturaleza le corresponde la condición de derecho real, entonces no deberíamos sustraerlo de esa condición.

En este caso, creo que el fideicomiso, al constituir precisamente un derecho que otorga facultades de administración, uso, posesión y reivindicación, no dando el derecho de disfrutar de los frutos de ese bien al fiduciario, sí constituiría un derecho real distinto. Como podríamos plantear la pregunta, pocas veces planteada, ya que desapareció la regulación legal de la prenda, en el sentido de si la garantía mobiliaria cuando recae sobre bienes: ¿es un derecho real?: no lo dice la norma, pero el tema está regulado en otra ley que sustituye a la prenda y tiene otras características similares y otras no tan similares. Así quizá podría ser considerada como un derecho real. Creo también que el patrimonio en relación al fiduciario sí constituye un derecho real.

Otro punto de conexión del fideicomiso con el Derecho Civil es el relativo al exceso de facultades de la entidad fiduciaria. Según

el artículo 252 de la Ley de Bancos, los actos de disposición que se efectúen en contravención de lo pactado son anulables y ahí vendría la pregunta relativa a cómo corre esto en función al exceso de facultades en materia de representación. Los artículos 161 y 162 del Código Civil establecen la ineficacia de los actos del representante, entonces habría que ver aquí si es un error de la norma o es que en realidad no se trata de una representación y, en verdad, no hay error porque no hay representación, es decir, el fiduciario no es representante del fideicomitente, actúa por encargo de él, pero no es su representante, al extremo de que los actos que realiza no repercuten en la esfera patrimonial del fideicomitente, razón por la cual creo yo, que sí se ha hecho bien en señalar que se trata de actos anulables y no de los actos ineficaces del artículo 162 del Código Civil.

No digo que sólo sea esto, pero el contrato de fideicomiso tiene muchas de las características del mandato, por lo menos de acuerdo a la ley nacional. Sólo por recordar el artículo 1790 del Código Civil, donde se señala que el mandatario se obliga a realizar uno o más actos jurídicos por cuenta e interés del mandante; y agrega el artículo 1793 que se obliga a practicar personalmente, salvo disposición distinta, los actos comprendidos en el mandato y a sujetarse a las instrucciones del mandante, a comunicar sin retardo al mandante la ejecución del mandato y a rendir cuenta de su actuación en la oportunidad fijada o cuando lo exija el mandante.

Otro tema importante que estimo debo desarrollar es el relativo a la capacidad para interponer la acción de anulabilidad por el exceso de facultades. En realidad aquí, el artículo 252 de la Ley de Bancos señala que la acción puede ser interpuesta por cualquiera de los fideicomisarios, el fideicomitente y aun por la propia empresa fiduciaria; y es que esos actos que impliquen exceso en las facultades del fiduciario, pueden ser actos que perjudiquen a cualquiera de los tres. Ahora bien, uno puede preguntarse por qué la entidad fiduciaria; y es que podría haber habido ese exceso de facultades por parte de los representantes de la en-

tividad fiduciaria, que sean actos posteriormente repudiados por la propia entidad, que corrigiendo el exceso cometido, luego pueda demandar la anulación del acto que implique ese exceso.

Por otra parte, está el artículo 261 de la Ley de Bancos, en donde creo que se subraya este carácter similar a la prestación de servicios del fideicomiso, cuando se hace referencia al cobro de la retribución, tratamiento que es muy similar al que otorga la ley civil.

Otro punto importante es el relativo a la responsabilidad civil en el fideicomiso. Aquí hay una coincidencia absoluta con la ley civil en materia de prestación de servicios, porque el artículo 1762 del Código Civil establece que si la prestación del servicio implica la solución de asuntos profesionales o de problemas técnicos de especial dificultad (éste sería el caso), el prestador del servicio no responde por los daños y perjuicios sino en caso de dolo o culpa inexcusable. Este tema es también ratificado por la Ley de Bancos, en lo que respecta al caso específico del fideicomiso.

De otro lado, es curioso el caso del cobro de las deudas que tenga el fideicomiso con relación a la entidad fiduciaria. La ley establece que la entidad fiduciaria puede hacer cobro de estas deudas con respecto al patrimonio fideicometido. Éste es un caso muy especial, porque se trata de un supuesto de compensación; es un supuesto de derecho de retención; es un supuesto, sui géneris en realidad, porque implica el cobro de algo que no es precisamente de nadie alguien, que es precisamente una de las características de este patrimonio fideicometido. Si la pregunta fuera si ¿es de alguien?, la respuesta sería: de nadie, naturalmente, si es que la pregunta tiene que ver con el concepto tradicional de la propiedad.

Luego, tenemos que uno de los supuestos de nulidad del fideicomiso es el relativo al inciso 4, que dice que si todos los fideicomisarios son personas legalmente impedidas de recibir los beneficios del fideicomiso,

entonces el fideicomiso es nulo. Además de ese supuesto, todas las personas que gozan o tienen capacidad de goce, en principio, no estarían impedidos legalmente de ser beneficiarios de un fideicomiso, si entendemos esto como una restricción de la propia ley y no si lo entendemos evidentemente como una restricción del propio contrato, que no sería materia aplicable a este caso concreto.

Qué pasa si solamente una persona está impedida, si el fideicomiso es sobre un patrimonio de cien y hay un impedido de entre dos personas. El que no está impedido acrece en los beneficios del fideicomiso o es que uno podría decir, no señor, acá no debe haber derecho de acrecer en los derechos del fideicomiso, porque eso violaría la voluntad del fideicomitente que podría, incluso, haber incurrido en un error. Más allá del silencio que guarda la norma al respecto, creo que los remedios de las normas generales de Derecho Civil con respecto a la anulación o nulidad de los actos jurídicos son perfectamente aplicables a este caso (como no podría ser de otra manera).

Por otra parte, también resulta de interés hablar de la revocación del fideicomiso. En el artículo 269 de la Ley de Bancos, cuando se habla del término del fideicomiso, se dice en el punto 9 que éste termina por revocación por parte del fideicomitente antes de la entrega de los bienes a la empresa fiduciaria o previo cumplimiento de los requisitos legales, salvo lo previsto en el primer párrafo del artículo 1650. Este es un típico caso de arrepentimiento.

El arrepentimiento en el Derecho, por lo general, no es tutelado ni auspiciado, porque el Derecho evidentemente auspicia los actos serios y les da la seriedad del respaldo del propio Derecho. Pero, hay casos en los cuales el Derecho sí auspicia el arrepentimiento, lo legitima y le da consecuencias favorables a aquel que se arrepiente, más allá de la eventualidad de sufrir algún perjuicio patrimonial. Tenemos el caso de las arras penitenciales o de retractación, en donde cabe legítimamente retractarse. Tenemos el caso establecido en el Perú en el contrato de

compraventa, en donde se establece la posibilidad de que aquél que compra un bien sobre el cual no sabe que una parte se ha perdido y otra parte existe, pueda retractarse del contrato; ese retractarse puede ser arrepentirse y también podría parecerse a una posible rescisión; pero yo creo que la Ley puede estarse refiriendo a un simple arrepentimiento tutelado por el Derecho.

Luego, comparaba —y es muy interesante hacerlo desde una perspectiva civil— el régimen del fideicomiso, naturalmente cuando el fideicomisario es distinto al fideicomitente, comparándolo con la regulación peruana del contrato en favor de tercero y, claro, calzaba perfectamente la regulación de un caso y otro, porque en verdad las partes del contrato en favor de tercero, que es una figura que la ley civil y el Código Civil establecen en el sentido más amplio para todas las posibilidades o las posibles modalidades contractuales, se aplicaría al fideicomiso. Yo contrato o yo instituyo como fideicomitente un fideicomiso por parte de la entidad fiduciaria en beneficio de otro. Es el típico esquema de ese contrato en favor de tercero.

Cómo último punto, expresaré mis dudas en torno a la mención que se hace en el artículo 271 de la Ley de Bancos respecto del factor fiduciario. El factor fiduciario, en estricto ¿qué categoría jurídica tiene? ¿Es el representante del fideicomiso? El representante del fideicomiso es la entidad fiduciaria, que es una persona jurídica por razones obvias, y esa persona jurídica tiene que actuar a través de una persona natural; y esa persona natural es el factor fiduciario y, naturalmente, los actos del factor fiduciario que puedan ser perjudiciales (recordemos, por dolo o culpa inexcusable con respecto al patrimonio fideicometido) y causar perjuicios a terceros, ocasionarán esa responsabilidad solidaria de éste con la entidad fiduciaria en relación con terceros.

Con esto concluyo este breve repaso sobre los puntos que me han resultado interesantes en el tratamiento que el fideicomiso tiene en la

Ley de Bancos, desde una perspectiva civil. Ello nos muestra que a pesar de que el fideicomiso es una figura no regulada en el Código Civil tiene muchos puntos de contacto con éste, los cuales sin duda es necesario abordar y concordar en el terreno teórico.

Muchas gracias.

LA CONSOLIDACIÓN DEL FIDEICOMISO EN FRANCIA:  
LAS OPERACIONES FIDUCIARIAS ANTES DEL FIDEICOMISO  
Sarah Bros



LA CONSOLIDACIÓN DEL FIDEICOMISO  
EN FRANCIA: LAS OPERACIONES FIDUCIARIAS  
ANTES DEL FIDEICOMISO

*Por Sarah Bros\**

Sumario: 1. Las operaciones fiduciarias como instrumento de garantía.— 2. Las operaciones fiduciarias como instrumento de administración de bienes.

Antes de la Ley del 19 de febrero de 2007, que introdujo el fideicomiso en el Código Civil, se solía enseñar que el Derecho francés ignoraba las operaciones fiduciarias. Esta presentación no era acertada. Si bien es cierto que el término «fideicomiso» no figuraba en el Código Civil ni en ninguno de los textos anteriores a 2007, no podemos pasar por alto que ya existían en el Derecho positivo múltiples operaciones fiduciarias antes de dicha ley, incluso algunas de ellas figuraban en el marco de una legislación especial, aunque nunca apareciera la palabra «fideicomiso».

Sin embargo, el Derecho francés se obstinaba en negar la existencia de las operaciones fiduciarias que consagraba antes de la Ley de 19 de febrero de 2007.<sup>1</sup>

Por operaciones fiduciarias entendemos un contrato cuyo objeto es realizar una transferencia temporal del dominio, determinada por un

---

\* Profesora en la Universidad d'Evry-Val d'Essonne (Paris), Francia.

<sup>1</sup> DE VAUPLANE, H. *La fiducie avant la fiducie: le cas du droit bancaire et financier*, JCP E., 2007, 2051.

objetivo específico. Según dispone el contrato, una persona, el fideicomitente, transfiere la propiedad a otra persona, el fiduciario, quien se encarga de administrar dicho bien y de volver a transferir su propiedad al término de la operación, ya sea al fideicomitente o bien a un tercero, el fideicomisario.

El legislador francés, en 2007, finalmente instituyó el fideicomiso en el Código Civil de forma expresa y sin ambages.<sup>2</sup> Así y todo, según la opinión general, la Ley de 19 de febrero de 2007 era incompleta y tenía un campo de aplicación demasiado restringido para tener éxito. A partir de 2007, se han realizado cuatro reformas para afinar el texto inicial. Actualmente, se puede recurrir al fideicomiso con dos fines: como instrumento de administración o como instrumento de garantía.

Pero las operaciones fiduciarias están lejos de ser una novedad en el Derecho francés. Entre estas operaciones fiduciarias anteriores al fideicomiso de 2007 podemos distinguir dos tipos principales: cuando los bienes transferidos se confunden con los bienes propios del fiduciario y cuando los bienes transferidos no se confunden en el patrimonio del fiduciario sino que integran el patrimonio del fiduciario de manera separada.

Las operaciones del primer tipo se asemejan a la *fiducia* de Derecho Romano en la cual los bienes transferidos al fiduciario se confundían con los otros bienes contenidos en su patrimonio. Pertenecen a esta categoría: la transferencia de créditos profesionales denominada *cession Dailly*, el pacto de retroventa; el *gage-espèces* que es una variedad de prenda cuyo objeto es dinero —también llamada depósito en garantía—.

Las operaciones del segundo tipo se asemejan más al *trust* angloamericano porque los bienes *in trust* constituyen un patrimonio distinto

---

<sup>2</sup> Artículos 2011 a 2031 del Código Civil.

totalmente separado del patrimonio del fiduciario. Pertenecen a este grupo, entre otros: la titulización y los fondos mutuos de inversión.

Antes de 2007, el Derecho francés no había decidido de manera clara cuál tipo de fideicomiso introducir —fiducia romana, *trust* angloamericano o una mezcla de ambos—.

En 2007, la ley tomó partido e introdujo un fideicomiso con las características principales del *trust* angloamericano. En efecto, la constitución de un fideicomiso conlleva la creación de un patrimonio de afectación que pone, en cabeza del fiduciario, la obligación de conservar los bienes fideicomitidos separados de los suyos propios.

Restan, sin embargo, algunas diferencias mayores con el *trust*, diferencias que, de cierta manera, aproximan el fideicomiso legal a la antigua *fiducia* romana. En primer lugar, a diferencia del *trust*, el fideicomiso del Derecho francés es contractual:<sup>3</sup> se constituye y funciona de manera exclusivamente contractual. El fideicomiso se constituye a través de un contrato que tiene ciertas condiciones de validez, como la determinación de los bienes transferidos, la duración del fideicomiso (noventa y nueve años como máximo), el nombre de las personas que participan en la operación. El contrato también debe establecer los derechos del fiduciario sobre los bienes transferidos.

En segundo lugar, cuando el *trust* es un patrimonio totalmente independiente de los patrimonios personales de los participantes, mientras que en Derecho francés, las deudas que resultan de la administración del patrimonio se satisfacen, primero, con los bienes de este patrimonio, pero, en caso de que no resulten suficientes, se pagan con los bienes del patrimonio del fideicomitente.<sup>4</sup> Así, pues, en Derecho francés, el patrimonio de afectación es permeable.

---

<sup>3</sup> Artículos 2012 y 2018 del Código Civil. El artículo 2012 consagra la posibilidad de un fideicomiso legal, reenviando a leyes especiales *infra*.

<sup>4</sup> Artículo 2025 del Código Civil.

La mayor diferencia entre el fideicomiso francés y el *trust* fue introducida por la una reforma que data de 2009. Ésta reconoció expresamente la posibilidad de utilizar el fideicomiso a título de garantía.<sup>5</sup> Este uso del fideicomiso es ajeno al Derecho angloamericano ya que en el *trust*, el fiduciario no puede ser al mismo tiempo beneficiario. En el Derecho francés, un deudor puede transmitir a un acreedor bienes para garantizar el pago de su deuda. El no pago la deuda garantizada acarrea la conservación por el acreedor fiduciario de los bienes transferidos en garantía.

Pero ¿qué pasa con las operaciones fiduciarias anteriores? Las de tipo *trust*, ¿entran en el campo de aplicación de la ley nueva? ¿Desaparecen del paisaje jurídico las operaciones del tipo *fiducia romana*?

Para describir la variedad de las operaciones fiduciarias que existía antes de la ley de 2007, y determinar si actualmente entran en el campo de aplicación del fideicomiso del Derecho común, es necesario servirnos de la nueva distinción legal y separar las operaciones fiduciarias con fines de administración de bienes de las operaciones fiduciarias con fines de garantía.

## 1. LAS OPERACIONES FIDUCIARIAS COMO INSTRUMENTO DE GARANTÍA

El fideicomiso de garantía es un contrato mediante el cual un deudor (fideicomitente) transfiere a su acreedor (fiduciario) la propiedad de uno o varios bienes con el fin de garantizar el pago de su deuda. El fiduciario conserva para sí los bienes fideicomitados si la deuda no es satisfecha.

---

<sup>5</sup> Artículo 2372-1 del Código Civil. Antes de esta reforma, la ley de 2007 sólo permitió el uso del fideicomiso como instrumento de administración de bienes. El Código Civil prohibía la utilización del fideicomiso como garantía y como instrumento para la transferencia de bienes a título gratuito. Esta última sigue estando prohibida hoy en día.

Utilizar el derecho de propiedad como garantía de un crédito es de uso muy antiguo en la historia jurídica francesa. La superioridad del derecho de propiedad como garantía explica el desarrollo inevitable de este uso del fideicomiso. El acreedor no corre ningún riesgo, puesto que no tiene que servirse de la administración de justicia para recuperar el bien entregado en garantía, lo tiene ya en su patrimonio.

Sin ninguna duda, muchas operaciones fiduciarias de garantía que existían antes de la introducción oficial del fideicomiso de garantía son características de una *fiducia* de tipo romano, en la cual el acreedor no constituye un patrimonio especial para conservar los bienes transferidos.

Una de las aplicaciones era —y sigue siendo— la «cesión de créditos profesionales». La transferencia de créditos profesionales se denomina comúnmente cesión *Dailly*, por el apellido del senador que promovió su adopción, la cual se llevó a cabo el 2 de enero de 1981. Esta operación es un medio sencillo de transferencia de créditos. Los profesionales ceden los derechos de crédito que tienen respecto de sus socios comerciales o clientes a un establecimiento de crédito mediante la entrega de un listado en donde consten aquéllos. La entrega del listado es suficiente para hacer efectiva la transferencia y para hacerla oponible frente a terceros. La cesión de los créditos surte efecto el día indicado en el listado remitido al cesionario y no requiere ninguna formalidad de publicidad.

La cesión *Dailly* es, principalmente, un mecanismo para transferir créditos como contrapartida del pago de una suma de dinero. La cesión de créditos profesionales también se puede utilizar para garantizar un crédito y, para ello, se recurre a las formas del fideicomiso.

El *Code monétaire et financier*<sup>6</sup> (Código Monetario y Financiero) estructura esta operación de la siguiente manera: como garantía del reembolso de un préstamo concedido por un banco, una empresa cede un

---

<sup>6</sup> Artículo. L.313-23 del Code monétaire et financier.

conjunto de créditos y, a medida que éstos llegan a su vencimiento, la empresa va cediendo otros. De esta manera, la empresa dispone de una línea de crédito constante, siempre respaldada por un número suficiente de créditos cedidos. La transferencia de la propiedad de los créditos que constan en el listado entregado opera a partir de la fecha plasmada en éste. Un artículo<sup>7</sup> indica expresamente: «Incluso cuando se efectúa a título de garantía y sin estipulación de un precio, la cesión de crédito transfiere al cesionario la propiedad del crédito cedido».

El traspaso de propiedad del crédito es provisional. Si se paga el crédito garantizado, el cesionario *Dailly* debe restituirlo al cedente. Pero, mientras no se efectúe el pago total el banco no tiene la obligación de volver a transferir el crédito; incluso puede conservar las cantidades cobradas.<sup>8</sup> Una vez más, volvemos a encontrar en esta operación los rasgos característicos del fideicomiso: una transferencia de propiedad temporal y con un objetivo determinado. Sin embargo, la ley no emplea el término «fideicomiso». La reforma del Código Civil no afectó la cesión *Dailly*.

Pero la cesión *Dailly* no fue la única operación fiduciaria a título de garantía que se desarrolló antes de la reforma del Código Civil, la operación conocida como «pensión»<sup>9</sup> es un importante ejemplo. Ésta es una suerte de pacto de retroventa:<sup>10</sup> en esta operación, un banquero en-

<sup>7</sup> Artículo L.313-24 del *Code monétaire et financier* : «*Même lorsqu'elle est effectuée à titre de garantie et sans stipulation d'un prix, la cession de créance transfère au cessionnaire la propriété de la créance cédée.*»

<sup>8</sup> Cass. com. 22 de noviembre de 2005, n.º 03-15669.

<sup>9</sup> Artículo L. 211-27 del *Code monétaire et financier* (artículo L.432-12 antes de la ordenanza n.º 2009-15 del 8.01.2009).

<sup>10</sup> El Código Civil consagra el pacto de retroventa de Derecho común en los artículos 1659-1673; algunos autores lo interpretan como un verdadero fideicomiso, sin embargo, no es más que una mera estipulación en virtud de la cual vendedor se reserva la facultad de volver a comprar el bien vendido. Esta operación no cumple con los fines propios del fideicomiso. En efecto, la transferencia de propiedad no se lleva a cabo para cumplir con una finalidad específica, el adquirente puede, entonces, servirse del bien comprado para lo que desee. En nuestra opinión, es una

trega la propiedad de efectos de comercio, valores mobiliarios o instrumentos financieros para garantizar un préstamo a corto plazo. Cuando reembolsa ese adelanto, el banquero recupera los efectos de comercio entregados como garantía. Pero si no se efectúa el pago, el mutuante conserva dichos efectos de comercio, valores mobiliarios o instrumentos financieros. El mutuante está, expresamente, autorizado para disponer de los títulos recibidos.<sup>11</sup> De nuevo, la introducción de un fideicomiso de derecho común no afectó la pensión.

Muy similar es el mecanismo de «cobertura de las operaciones efectuadas en los mercados financieros». Los operadores pueden convenir la realización de un depósito en garantía cuyo contenido, cualquiera que sea origen —instrumentos financieros, efectos de comercio, créditos, contratos o sumas de dinero— se transfiere al beneficiario de la garantía en el momento de la constitución del depósito, sin que medie formalidad alguna.<sup>12</sup> Esta transferencia rige la propiedad de los bienes depositados; es temporal en la medida en que los bienes serán retransferidos, en sentido inverso, una vez llegado el desenlace de las operaciones. Esta transferencia de propiedad se hace con un objetivo determinado: sirve para garantizar el cumplimiento de las obligaciones a las que se ha comprometido el intermediador en los mercados. Si lo convienen las partes, a diferencia de las transferencias a título de garantía, el cesionario puede disponer de los activos. A priori, esta cláusula no es oponible a los terceros. La adopción del fideicomiso no ha afectado en lo absoluto esta operación.

La operación fiduciaria de garantía más utilizada y más flexible son las transferencias de dinero a título de garantía, conocidas como *gage-*

---

simple facultad, una prerrogativa del vendedor que no cumple con las finalidades económicas del fideicomiso.

<sup>11</sup> Artículo L. 211-31 del *Code monétaire et financier*, (artículo L.432-19 antes del Decreto Reglamentario n.º 2009-15 del 8.01.2009).

<sup>12</sup> Artículo L. 431-7-3 del *Code monétaire et financier*, establecido mediante decreto reglamentario de 24 de febrero de 2005 (transposición de la Directiva colateral 2002/47/CE de 6 de junio de 2002).

*espèces* (que se podría traducir como «prenda de dinero» o «depósito en garantía»). Esta aplicación se desarrolló al margen de cualquier texto legal.

Las transferencias fiduciarias de una suma de dinero son situaciones en las cuales una persona entrega fondos (billetes, monedas o cheques) como garantía del cumplimiento de una obligación. A menudo, la obligación garantizada consiste en restituir una cosa: el cliente del video club abona una cantidad de dinero con el fin de garantizar la restitución de un DVD, el arrendatario deja un «depósito» para garantizar la devolución en buen estado del departamento que alquila, el banco retiene una suma de dinero para garantizar el pago de un préstamo, etcétera.

Aunque no lleven este nombre, dichas operaciones son fiduciarias y constituyen un uso de la propiedad con fines de garantía: el fideicomitente entrega una cantidad de dinero, el fiduciario recibe estos fondos como garantía de la entrega de un bien. Como el dinero es un bien fungible, cuando la persona recibe dicha suma, ésta se confunde con su propio dinero y, de esta manera, la transferencia de propiedad se consuma. Así, pues, el comerciante, el arrendador, o el banquero que recibe fondos los confunden con los suyos propios y se convierte en propietario, a condición de que los restituya al fideicomitente al final de la operación. Pero se le autoriza a quedarse ellos si el fideicomitente no entrega el bien que ha tomado prestado.

Algunas veces el contrato no permite al fiduciario confundir el dinero fideicomitado con el suyo. En esta hipótesis, cuando los contratantes deseen separar los bienes fideicomitados del patrimonio del fiduciario, y si el fiduciario es un banco, un asegurador o un abogado,<sup>13</sup> pueden servirse de la figura del fideicomiso previsto en el Código Civil.

---

<sup>13</sup> Las únicas personas autorizadas por el Código Civil para fungir como fiduciarios, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2015.

Como vemos, las operaciones fiduciarias utilizadas a título de garantía eran numerosas mucho antes de la introducción del fideicomiso. Algunas procedían de leyes especiales, otras correspondían a prácticas establecidas.

Estas operaciones fiduciarias son de corte romano cuando implican la confusión de los bienes fideicomitidos con los bienes propios del fiduciario. El Código Civil no contempla ninguna disposición respecto de este tipo de fiducias. En efecto, el fideicomiso legal siempre engendra un patrimonio de afectación, mientras que las operaciones fiduciarias de corte romano no dan lugar a la constitución de ningún patrimonio de afectación y, por esta razón, no pueden estar regidas por el Derecho común. En este orden de ideas, la mayoría de las operaciones fiduciarias de garantía siguen estando reguladas al margen de lo establecido en el Código Civil, ya sea por leyes especiales, o bien por cláusulas contractuales.

Aunque menos numerosas, existían también operaciones fiduciarias para la gestión patrimonial.

## 2. LAS OPERACIONES FIDUCIARIAS COMO INSTRUMENTO DE ADMINISTRACIÓN DE BIENES

La mayoría de las operaciones fiduciarias de administración de bienes tienen como característica común la constitución de un patrimonio de afectación: los bienes transferidos son considerados como parte de un conjunto autónomo respecto del patrimonio propio del fiduciario.

La mayor parte de las operaciones fiduciarias con fines de gestión del Derecho francés —cuya existencia es anterior a la ley de 2007— pertenecen al sector financiero. Una de ellas, que se ofrece a los clientes de establecimientos de crédito, consiste en la suscripción de participaciones de fondos mutuos de inversión. Los establecimientos de crédito

se sirven también de otra operación, la titulización. Ambas operaciones se fundamentan en la creación de un patrimonio autónomo y son consideradas como operaciones fiduciarias.

Empecemos por el «fondo mutuo de inversión». El fondo mutuo de inversión es uno de los dos tipos de organismos de inversión colectiva de valores mobiliarios. El *Code monétaire et financier*<sup>14</sup> consagra el fondo como una copropiedad de títulos financieros y de depósitos, copropiedad que carece de personería jurídica, sin embargo, no le son aplicables las disposiciones especiales relativas a las sociedades sin personería jurídica (las sociedades en participación), ni tampoco la reglamentación del régimen de la copropiedad de derecho común consagrada en el Código Civil.

La naturaleza jurídica del fondo mutuo de inversión es controvertida. No hay que olvidar que la ley nunca lo califica como fideicomiso, sino que lo considera como una copropiedad que contiene activos. Todas las categorías de bienes pueden llegar a constituir activos del fondo: títulos de capital, títulos de crédito, contratos financieros, fondos en cuentas bancarias. Aunque no tenga personería jurídica, el fondo emite títulos representativos de sus activos.

Los suscriptores de los títulos son copropietarios y, al igual que todo copropietario, el suscriptor dispone de un derecho individual y exclusivo que le permite obtener ingresos por sus participaciones y, por supuesto, cederlas, si se da el caso. Cuando se observa con atención aparece que el derecho colectivo de los copropietarios se ejerce respecto de los activos del fondo, surgen serias dudas sobre la pertinencia de la calificación de copropiedad. Como copropietarios, deberían ser conjuntamente titulares de derecho de propiedad sobre los activos del fondo y, sin embargo, no lo son. La ley los considera como acreedores y las

---

<sup>14</sup> Artículo L. 214-20.

participaciones que tienen en el fondo mutuo de inversión son, según la ley, títulos de crédito.

Los activos del fondo son como un patrimonio fiduciario, patrimonio de afectación de tipo *trust*. Los activos están administrados por los sujetos que conformaron el fondo. Un fondo mutuo de inversión es conformado, conjuntamente, por una persona jurídica depositaria de los activos y una sociedad encargada de su administración. Aquélla conserva los activos que pertenecen a la copropiedad y ésta administra la copropiedad.

El depositario es un establecimiento de crédito cuya función consiste en llevar las cuentas en las que figuran los fondos activos, conservarlos y restituirlos al término de la operación. El depositario tiene el mismo papel que cualquier banquero.

La persona encargada de la administración, que es forzosamente una sociedad, representa el fondo frente a terceros y, por supuesto, esto incluye la facultad de representación judicial. La sociedad celebra los contratos necesarios para la existencia del fondo, etcétera. Algunos la han calificado como mandataria, sin embargo, a diferencia de lo establecido en el derecho común del mandato, la sociedad de gestión no puede ser revocada de sus funciones- ni tiene que rendir cuentas a los portadores de participaciones. Ahora bien, y como es natural, tiene que responder por los yerros que cometa en el cumplimiento de sus funciones. La sociedad encargada de la gestión no es, entonces, mandataria, sino fiduciaria.

La sociedad administra los activos del fondo en cumplimiento de la misión prevista, a condición de que los restituya al vencimiento del fondo. Cuando la operación llega a su fin, la propiedad de los mencionados activos debe pasar a manos de los portadores de participaciones, quienes las repartirán entre sí. Esta operación conlleva, pues, una transferencia de dominio temporal y con un objetivo determinado,

por consiguiente, sólo hay una calificación que le corresponde: la de operación fiduciaria.

«La titulización» es una operación similar, exceptuando el hecho de que comprende exclusivamente créditos. Mediante un procedimiento sencillo, un banco cede a un fondo mutuo de crédito, hoy llamado fondo mutuo de titulización,<sup>15</sup> los créditos que posee frente a sus clientes. El fondo debe emitir, a continuación, títulos que representan sus activos, títulos que adquirirán ahorradores o inversionistas. De esta manera se transforman los créditos en títulos. Los portadores de participaciones recibirán el pago de intereses por los créditos y se les restituirán las sumas adeudadas mediante las cantidades procedentes del reintegro de los créditos.

Vemos cómo aquí volvemos a encontrar la organización bicéfala compuesta por una sociedad encargada de la administración —que sólo puede ser un establecimiento de crédito— y un depositario. Una vez más, esta operación corresponde exactamente a la figura del fideicomiso. La sociedad encargada de la administración de los activos, los créditos de fondos, tiene que cumplir ciertas obligaciones al igual que un fiduciario, y el patrimonio fiduciario es autónomo respecto de los patrimonios de los participantes.<sup>16</sup>

La ley de 2007 no ha modificado ningún artículo del *Code monétaire et financier* en lo concerniente a los fondos mutuos de inversión y los organismos de titulización. Así las cosas, no se puede negar que, junto al fideicomiso del derecho común, encontramos un derecho financiero especial que consagra una fiducia de mismo tipo (del tipo *trust*) sin de-

---

<sup>15</sup> Este cambio de denominación se produjo a partir del Decreto Reglamentario n.º 2008-556 de 13 junio 2008, ahora artículo L.214-42-1 del *Code monétaire et financier*. Hoy el organismo de titulización puede ser un fondo mutuo de titulización, es decir, una copropiedad o una sociedad de titulización con personalidad jurídica.

<sup>16</sup> Artículo L. 214-43 del *Code monétaire et financier*.

cirlo expresamente. Es una lástima que el legislador no hubiera aprovechado la ocasión para haber introducido una reforma del Código Civil de mayor envergadura que hubiera comprendido el mayor número de operaciones posibles bajo el campo de aplicación del fideicomiso.

Otras operaciones de Derecho Financiero organizaban, y siguen organizando, un fideicomiso de administración. Pero son operaciones fiduciarias de tipo diferente, porque se asemejan más a la *fiducia* romana, es decir, que no constituyen patrimonio autónomo alguno: tales son los casos de los «préstamos de títulos»,<sup>17</sup> y de los *portages d'actions*.

A través del reenvío que hace al artículo 1893 del Código Civil, el artículo L.211-22 del *Code monétaire et financier* confiere un efecto traslativo de dominio al préstamo de títulos. Así, pues, el préstamo de títulos es principalmente un modo de financiación. Finiquitada la operación, el prestatario tiene que restituir los títulos. Una vez más, estamos frente a una operación fiduciaria.

En el Derecho de Sociedades francés, la figura conocida como *portage d'actions*, cuya traducción literal sería «porteo de acciones», permite transferir temporalmente la propiedad de acciones a un organismo — creado *ad-hoc* o a un banco—, encargado de conservar los títulos, administrarlos y transferirlos al adquirente final. Las funciones que cumple el «porteo» son diversas, una de ellas es la financiación de la venta de títulos por parte del «portador».

Cuando el «portador» es un banco, la operación puede corresponder al campo de aplicación de la ley nueva, puesto que, en el fideicomiso del Código Civil,<sup>18</sup> sólo bancos, aseguradores y abogados pueden ostentar la calidad de fiduciarios. Si las acciones son transferidas a un fiduciario distinto de los sujetos en el artículo 2015 del Código Civil, la operación no entra en el campo de aplicación de dicha normativa,

<sup>17</sup> Artículo L. 211-22 y siguientes del *Code monétaire et financier*.

<sup>18</sup> Artículo 2015 del Código Civil.

pero tampoco está prohibida,<sup>19</sup> se encuentra simplemente, regida por las reglas generales del Derecho de los Contratos, como ocurría antes.

En conclusión, resulta evidente que todos los tipos conocidos de fideicomiso existían ya en el Derecho francés mucho antes de la incorporación oficial del fideicomiso en el Código Civil. Esta reforma no ha afectado mucho la situación anterior. En efecto, la mayoría de las operaciones fiduciarias que estaban reguladas por leyes especiales siguen estando regidas al margen del Código Civil. En principio, una legislación especial que no introduzca diferencias sensibles respecto del régimen general, no merece seguir existiendo, puesto que no constituye más que una complejidad inútil del Derecho positivo. En lo concerniente a las operaciones fiduciarias no regidas por una ley especial antes la reforma del Código Civil, en su mayoría, siguen estando reguladas por las normas generales del Derecho de los Contratos, salvo que entren en el campo de aplicación restringido de los artículos 2011 y siguientes del Código Civil. Cuando un contrato estipula la conservación de los bienes fideicomitidos de manera separada de los otros bienes del fiduciario, el alcance exacto de esta cláusula no es claro respecto de terceros. ¿Pueden los acreedores del fiduciario embargar el bien fideicomitado? Ésta es una pregunta importante cuya respuesta debe aportar pronto jurisprudencia.

---

<sup>19</sup> La jurisprudencia ha admitido la validez del *portage d'actions* varias veces, por ejemplo, Cass. com. 18 juin 1996, n.º 94-14178.

LAS OBLIGACIONES Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL  
DEL FIDUCIARIO COMO MEDIDAS DE PROTECCIÓN  
DEL PATRIMONIO DEL FIDEICOMISO  
Rafael Ibarra Garza



LAS OBLIGACIONES Y LA RESPONSABILIDAD  
CIVIL DEL FIDUCIARIO COMO MEDIDAS DE  
PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO DEL FIDEICOMISO

*Rafael Ibarra Garza\**

Sumario: 1. Agradecimientos.— 2. Introducción.— 3. Capítulo I. Las obligaciones del fiduciario como medidas preventivas de protección.— 3.1. La obligación de lealtad.— 3.1.1. Respecto al conflicto entre el interés personal del fiduciario y sus obligaciones.— 3.1.2. Respecto al conflicto entre dos o más obligaciones del fiduciario.— 3.2. La obligación de diligencia.— 4. Capítulo II. La responsabilidad civil del fiduciario como medida curativa de protección.— 4.1. La justificación de la responsabilidad civil del fiduciario a favor del patrimonio del fideicomiso.— 4.2. Los efectos de la responsabilidad civil del fiduciario a favor del patrimonio del fideicomiso.

1. AGRADECIMIENTOS

Primeramente quisiera aprovechar esta oportunidad para expresar la estima y el cariño que le tengo al Profesor Christian Larroumet, y agradecerle por confiar una vez más en mí.

También quisiera agradecer a la Asociación Andrés Bello de Juristas Franco Latinoamericanos, a la Pontificia Universidad Católica del Perú, al Dr. Mario Castillo Freyre y al Dr. Ricardo Guevara Bringas por haber organizado el presente congreso.

---

\* Doctorando en Derecho en la Universidad de Panthéon-Assas París II.

Por último, quisiera agradecer al gobierno francés, al Consejo Nacional de Ciencias y Tecnología, a la Universidad Autónoma de Nuevo León, y a la Facultad de Derecho y Criminología de esa misma universidad por el apoyo que me han brindado a lo largo de mis estudios de doctorado y que de cierta manera han hecho posible el presente artículo.

## 2. INTRODUCCIÓN

Todos los fideicomisos y cada fideicomiso tienen como finalidad u objetivo el cumplimiento de una determinada misión; este cumplimiento depende del patrimonio fideicometido y no del patrimonio personal del fiduciario,<sup>1</sup> por ende, deben de existir los medios jurídicos para proteger dicho patrimonio, de lo contrario se corre el riesgo de que los bienes de éste se deterioren o se pierdan, y el cumplimiento de la misión podría esfumarse. Es decir, para proteger el cumplimiento de la misión del fideicomiso hay que proteger su patrimonio.<sup>2</sup>

Pero ¿cómo proteger dicho patrimonio? Para proteger efectivamente el patrimonio del fideicomiso tiene que haber medios preventivos y medios curativos de protección. Es decir, primeramente hay que evitar que el patrimonio del fideicomiso sea violado, pero una vez que esto suceda hay que subsanar el daño ocasionado.

De esta manera veremos primeramente las principales obligaciones impuestas al fiduciario como medidas preventivas de protección del pa-

---

<sup>1</sup> En este sentido tenemos, por ejemplo, el artículo 8 de la Ley 17.703 de fideicomisos de Uruguay que establece: «Los bienes del fiduciario no responderán por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, las que sólo serán satisfechas con los bienes fideicometidos».

<sup>2</sup> En virtud de que la protección del patrimonio del fideicomiso es un tema inherente a todos los sistemas civilistas que han adoptado el fideicomiso, nuestro artículo no se limitará a un sistema legal determinado. Además, lo aquí expuesto puede ser aplicado a sistemas jurídicos diferentes a los mencionados en el presente trabajo.

trrimonio del fideicomiso (capítulo I), para posteriormente analizar la responsabilidad civil del fiduciario como medida curativa de protección (capítulo II).

Antes de comenzar quisiera recalcar que por cuestión del tiempo asignado para la presente plática, nos limitaremos a lo que a continuación les presentaré, a pesar de que existen otras medidas de protección.

### 3. CAPÍTULO I. LAS OBLIGACIONES DEL FIDUCIARIO COMO MEDIDAS PREVENTIVAS DE PROTECCIÓN

El patrimonio del fideicomiso no solamente corre peligro cuando el fiduciario actúa a favor de intereses ajenos al fideicomiso, sino también lo corre cuando actúa con negligencia.

Para hacer frente a estos peligros y proteger el patrimonio del fideicomiso, y, por ende, aumentar la posibilidad de una correcta ejecución de la misión, dos obligaciones deberían imponerse a todo fiduciario: la obligación de lealtad (A) y la obligación de diligencia (B).<sup>3</sup>

#### 3.1. *La obligación de lealtad*

Impone al fiduciario la obligación de actuar únicamente conforme al interés de los fideicomisarios<sup>4</sup> y, por ende, le prohíbe actuar a favor de intereses ajenos al fideicomiso.

<sup>3</sup> En ese sentido, pero en el derecho del *trust* americano, ver COOTER, R. y B. J. FREEDMAN. *The fiduciary relationship: its economic character and legal consequences*. 66 N.Y.U.L.Rev.1045, específicamente p. 1047.

En el Derecho angloamericano del *trust*, la obligación de lealtad es conocida como *duty of loyalty*, mientras que la obligación de diligencia se traduce como *duty of care*.

<sup>4</sup> En ese sentido, pero en el Derecho del *trust* americano, ver LANGBEIN, J. H. *Questioning the trust law duty of loyalty: sole interest or best interest?*, (2005) 114 Yale L.J. p. 929 y siguientes, específicamente p. 931.

Por esta razón, el enfoque primordial de la obligación de lealtad es la regulación de conflicto de intereses. El conflicto de intereses es la situación donde una persona (en nuestro caso, el fiduciario) deba defender dos o más intereses (pecuniarios o morales) que se contrapongan entre sí.<sup>5</sup>

Existen dos situaciones donde el fiduciario estará frente a un conflicto de interés: la primera que es la situación paradigmática, es cuando un interés personal del fiduciario se opone a sus obligaciones y, por lo tanto, a los intereses de los fideicomisarios. La segunda ocurre cuando el fiduciario está encargado de defender dos o más intereses divergentes que pertenecen, obviamente, a dos o más personas. Esto tiene como efecto que el fiduciario debe cumplir al mismo tiempo dos obligaciones que se oponen.<sup>6</sup>

Estas dos situaciones conllevan un peligro para el patrimonio del fideicomiso, porque al oponer un interés personal del fiduciario a sus obligaciones existe el peligro de que el fiduciario vaya a sacrificar sus obligaciones a favor de su interés personal y porque cuando dos de sus obligaciones se enfrentan, el cumplimiento de una conlleva la violación de la otra. Por ejemplo, cuando el fiduciario venda un bien de un fideicomiso y lo compra a favor de otro, si cumple con su obligación de vender al mejor precio posible, va a violar su obligación de comprarla al mejor precio posible.<sup>7</sup>

Para evitar estos peligros y prevenir daños al patrimonio del fideicomiso, la obligación de lealtad regula dichas situaciones.

---

<sup>5</sup> En ese sentido, ver SCHMIDT, D. «Les conflits d'intérêts dans la société anonyme». En *Joly*, 2004, n.º 18.

<sup>6</sup> En este sentido, pero en el Derecho del *trust* inglés, ver CONAGLEN, M. *Fiduciary regulation of conflicts between duties*. 2009, 125 LQR 111-114, específicamente p. 126.

<sup>7</sup> Ejemplo de lo anterior lo encontramos en el Evangelio según San Mateo 6: 24 «Nadie puede servir a dos señores, porque aborrecerá a uno y amará al otro, o bien, se interesará por el primero y menospreciará al segundo. No se puede servir a Dios y al Dinero».

### 3.1.1. *Respecto al conflicto entre el interés personal del fiduciario y sus obligaciones*

La obligación de lealtad debería de prohibir que el fiduciario pueda perseguir un interés personal en la ejecución de la misión del fideicomiso. En consecuencia, el fiduciario estaría impedido de contratar consigo mismo (por ejemplo, comprar un bien del fideicomiso); obtener un beneficio económico o moral al tratar con terceros en su calidad de fiduciario (por ejemplo, realizar a nombre propio contratos que debería realizar a favor del fideicomiso) y; competir con los negocios del fideicomiso (por ejemplo, comenzar un negocio de yates, cuando el patrimonio del fideicomiso está formado por una participación mayoritaria del mismo negocio). La obligación de lealtad la encontramos, por ejemplo, en el artículo 258 de la Ley n.º 26.702 del Perú<sup>8</sup> y del artículo 20 de la legislación uruguaya sobre fideicomisos.<sup>9</sup>

<sup>8</sup> «Artículo 258.- Prohibición de realizar operaciones en beneficio de determinadas personas. La empresa fiduciaria está prohibida de realizar operaciones, actos y contratos con los fondos y bienes de los fideicomisos, en beneficio de:

1. La propia empresa.
2. Sus directores y trabajadores y, en su caso, los miembros del comité a cargo del fideicomiso.
3. El factor o factores fiduciarios.
4. Los trabajadores de su departamento fiduciario y los contratados para el fideicomiso de que se trate.
5. Sus auditores externos, incluidos los profesionales socios que integran la firma y los profesionales que participen en las labores de auditoría de la propia empresa».

Los impedimentos a que se refiere este artículo alcanzan al cónyuge y a los parientes de las personas indicadas, así como a las personas jurídicas en que el cónyuge y los parientes en conjunto, tengan personalmente una participación superior al cincuenta por ciento.

Son nulas las operaciones que se realice en contravención de las prohibiciones reseñadas».

<sup>9</sup> «Artículo 20.- Prohibiciones del fiduciario. Estará prohibido al fiduciario:

[...]

- b) Realizar operaciones, actos o contratos con los bienes fideicometidos, en beneficio propio, de sus directores o personal superior, de sus parientes directos

### 3.1.2. Respecto al conflicto entre dos o más obligaciones del fiduciario

En este caso existen dos supuestos: por una parte, ciertos conflictos pueden surgir entre los intereses de los diferentes fideicomisarios de un mismo fideicomiso. En este caso, el fiduciario deberá actuar siempre con imparcialidad (a menos que se estipule lo contrario); por consecuencia, nunca privilegiar los intereses de unos fideicomisarios en perjuicio de los intereses de otros.<sup>10</sup> Un ejemplo de dicha obligación la encontramos en el Derecho argentino (párrafo segundo del artículo 2 de la Ley n.º 24.441)<sup>11</sup> y uruguayo (artículo 24 de la Ley n.º 17.703).<sup>12</sup>

Por otra parte, el conflicto entre las obligaciones del fiduciario también puede surgir cuando el fiduciario acumule dos o más calidades (por ejemplo, cuando una sola persona sea fiduciario de dos o más fideicomisos, o cuando actúe como fiduciario por una parte y mandatario de un tercero por otra). En este caso, la obligación de lealtad debería de prohibir al fiduciario de crear voluntariamente un conflicto entre sus obligaciones sin el consentimiento de las partes interesadas.<sup>13</sup> De esta

---

o de las personas jurídicas donde éstos tengan una posición de dirección o control.

- c) Realizar cualquier otro acto o negocio jurídico con los bienes fideicometidos respecto del cual tenga un interés propio, salvo autorización conjunta y expresa del fideicomitente y del beneficiario».

<sup>10</sup> En este sentido, ver PADE, O. *Le mandat double. De la nécessaire transparence dans la double représentation*, 2002 R.J.Com.339, n.º 57.

<sup>11</sup> El párrafo segundo establece: «Podrá designarse más de un beneficiario, los que salvo disposición en contrario **se beneficiarán por igual**; también podrán designarse beneficiarios sustitutos para el caso de no aceptación, renuncia o muerte».

<sup>12</sup> «Artículo 24.- Designación conjunta o sucesiva. Se podrá designar dos o más beneficiarios que gocen de sus derechos en forma conjunta o sucesiva, sin perjuicio de lo dispuesto en el literal a) del artículo 9 de la presente ley. En caso de designación conjunta, salvo disposición en contrario, **se repartirán los beneficios obtenidos por partes iguales**».

<sup>13</sup> En este sentido, tenemos el Derecho francés del mandato donde la validez del doble mandato depende de la voluntad de los mandantes en cuestión (ver Ph. MALAURIE, L. AYNES y P. Y. GAUTIER. *Les contrats spéciaux*, Defrénois, segunda

manera, un fiduciario sin autorización no podrá realizar contratos entre los diferentes fideicomisos a su cargo, ni podrá aceptar otro fideicomiso u otro compromiso que compita con un fideicomiso que ya esté a su cargo.

Ahora, si el conflicto es causado naturalmente por el cúmulo de calidades e independientemente de un acto voluntario del fiduciario (por ejemplo, si el fiduciario en dicha calidad aprende alguna información confidencial, y que al mismo tiempo tendría la obligación hacia otra persona de divulgar dicha información) no se le puede considerar como una falta del fiduciario, pero la obligación de lealtad debería obligar al fiduciario de dejar de actuar hasta obtener autorización de las partes en cuestión. Si no lo obtuviese debería de renunciar al menos a uno de sus puestos para eliminar el conflicto entre sus obligaciones.<sup>14</sup> De lo contrario, si continuase y violara una de las obligaciones no podría defenderse diciendo que la violó porque tenía otra obligación a cumplir.

### 3.2. *La obligación de diligencia*

Si el cumplimiento de la misión está en peligro cuando estamos frente a un fiduciario desleal, el peligro también existe cuando el fiduciario es una persona negligente.

En virtud de que la reducción de riesgos de negligencia favorece la prosperidad del patrimonio del fideicomiso, y como consecuencia la del cumplimiento de la misión del fiduciario, una obligación de dili-

---

edición, 2005, n.º 566; Ph. PETEL. *Les obligations du mandataire*. LGDJ, 1988, n.º 144; PADE, O. *Op. cit.*, n.º 36 y siguientes, y HUET, J. *Les principaux contrats spéciaux*. LGDJ, segunda edición, 2001, n.º 31151).

<sup>14</sup> En este sentido, pero en el Derecho inglés del *trust*, ver Bristol and West Building vs. Mothew, [1998] Ch. 1, específicamente p. 19.

Para una opinión contraria ver BARRIÈRE, F. *Repertoire de Droit Civil*, Fiducie, n.º 74.

gencia debería ser impuesta.<sup>15</sup> Ejemplos de legislaciones que imponen dicha obligación tenemos el Derecho argentino (artículo 6 de la Ley n.º 24.441)<sup>16</sup> y colombiano (inciso 1 del artículo 1234 del Código de Comercio).<sup>17</sup>

La obligación de diligencia implica actuar con cuidado,<sup>18</sup> es decir, el fiduciario debe prestar a la gestión del fideicomiso las atenciones necesarias para el buen cumplimiento de su misión.

De lo anterior podemos inferir que la obligación de diligencia no tiene un contenido preciso. Esto es así puesto que los cuidados que va a tener que realizar el fiduciario van a depender de un fideicomiso a otro e inclusive dentro de un mismo fideicomiso los cuidados van a variar conforme a las diferentes situaciones que se encuentre el fiduciario. Por ejemplo, los cuidados que debe prestar el fiduciario a la conservación de los bienes fideicometidos son diferentes a aquellos que se deben prestar en materia de inversiones.

En virtud de lo anterior, el legislador no puede establecer el contenido exacto de la obligación de diligencia y se tiene que contentar con introducir una noción imprecisa, por lo cual delega al juez la función

---

<sup>15</sup> En este sentido, pero en el Derecho francés de sociedades, ver DION, N. *Les obligations fiduciaires des dirigeants de sociétés commerciales: droit des Etats-Unis d'Amérique et droit français*, th. dactyl., 1994, Orléans, n.º 131.

<sup>16</sup> «Artículo 6.- El fiduciario deberá cumplir las obligaciones impuestas por la ley o la convención con la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él».

<sup>17</sup> «Artículo 1234.- Otros deberes indelegables del fiduciario. Son deberes indelegables del fiduciario, además de los previstos en el acto constitutivo, los siguientes:

1. Realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia [...].».

<sup>18</sup> En este sentido, pero en el Derecho francés, ver Ph. DIDIER. *De la représentation en droit privé*, LGDJ, 2000, n.º 237.

de precisar el contenido de dicha obligación en el caso concreto que se le presenta.<sup>19</sup>

La pregunta que debemos responder ahora es, ¿cuál es el procedimiento que el juez va a seguir para apreciar el contenido exacto de la obligación de diligencia del fiduciario?

Parte de la respuesta a esta pregunta la encontramos, por ejemplo, en el Derecho mexicano, donde el artículo 391 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito prevé que el fiduciario debe actuar como «buen padre de familia».

De esta manera el legislador ha introducido un modelo de referencia que va a guiar al juez para apreciar la obligación en estudio. Lo anterior no es único del Derecho mexicano. Por ejemplo, el Derecho argentino hace uso del «buen hombre de negocios»,<sup>20</sup> el Derecho peruano hace referencia a «un ordenado comerciante y leal administrador»<sup>21</sup> y el Derecho inglés del *trust* utiliza la noción de *ordinary prudent man of business*.<sup>22</sup>

Pero, a pesar de la existencia de fórmulas diferentes para describir un modelo de referencia, estamos «[...] en presencia de un mismo problema universal: intentar de traducir en términos jurídicos el comportamiento humano por medio de una fórmula simbólica o conceptual».<sup>23</sup>

<sup>19</sup> En ese sentido, ver BERGEL, J.L. *Avant-Propos, Colloque Les standards dans les divers systèmes juridiques*. R.R.J. 1988-4 pp. 80 y ss., específicamente p. 806.

<sup>20</sup> Artículo 6 de la Ley n.º 24.441.

<sup>21</sup> Inciso 1 del artículo 256 de la Ley 26.702.

<sup>22</sup> *Speight vs. Gaunt* (1883-84) L.R. 9 App. Cas. 1, específicamente p. 19.

<sup>23</sup> «En présence du même problème universel: tenter de traduire le comportement humain en termes juridiques et, tout d'abord, en le fixant dans une formule symbolique ou conceptuelle». SEYRAT, S. *Le bon père de famille: étude sur l'origine, la signification et la fonction de l'expression dans le droit, th. Dactyl*. 1985, Paris II, p. 252.

Para ello, el juez va a comparar la manera en que el modelo de referencia hubiese actuado con el comportamiento real del fiduciario.

Ahora, si por medio de los modelos de referencia se aprecia la culpa del deudor en el Derecho de la Responsabilidad Civil, también por medio de ellos se puede apreciar el contenido exacto de una obligación (en nuestro caso, la obligación de diligencia).<sup>24</sup>

Lo anterior entra dentro de la lógica misma de la determinación de la responsabilidad, puesto que para que haya una violación de una obligación, ésta debe preexistir. De esta manera, cuando el juez determina la manera en que el modelo de referencia hubiese actuado, se cristaliza el contenido preciso de la obligación en análisis.

Si el juez va a utilizar un modelo de referencia para apreciar el contenido de la obligación de diligencia, primero debe descifrar quién es dicho modelo de referencia, porque tomando por ejemplo al «buen padre de familia» del Derecho mexicano, dicha fórmula no nos dice nada sobre quién es él ni qué atributos tiene. En el Derecho francés, Dejean de la Batie resolvió esta problemática al describir al buen padre de familia como un tipo humano estadístico,<sup>25</sup> es decir, el común denominador de las personas, ni el peor ni el mejor. Así que el «buen padre de familia», de cierta manera, va a ser el hombre promedio.

Pero debido a que el modelo de referencia es un tipo humano estadístico, eso tiene como efecto que hay que analizar al modelo de referencia en relación a un grupo humano determinado. Dicho grupo humano será al que pertenece el deudor (en nuestro caso, el fiduciario); así, por ejemplo, si estamos analizando el comportamiento de un abogado fiduciario (como puede ser en el Derecho francés), tenemos que

---

<sup>24</sup> En este sentido, ver RAMPARANY-RAVOLOLOMIARANA, H. *Le raisonnable en droit des contrats*, LGDJ, 2009, n.ºs 196 y ss.

<sup>25</sup> DEJEAN DE LA BATIE, N. *Appréciation in abstracto et in concreto en droit civil français*, LGDJ, 1965, n.º 161.

sacar el modelo de referencia del gremio de abogados o de la categoría de profesionales. De esta manera el modelo de referencia deja de ser el buen padre de familia para convertirse en el buen abogado o en el buen profesional.

Pero lo anterior es únicamente para aumentar el estándar y nunca para disminuirlo. Así que el estándar de «buen padre de familia» se aplica a todos, a menos que el fiduciario tenga capacidades superiores o se supone que deba tenerlas en virtud de la categoría humana a la que pertenece.

Por ejemplo, en el caso de que el fiduciario sea un establecimiento de crédito, habrá que analizarlo conforme al «buen establecimiento de crédito» o al «buen profesional», y no conforme al «buen padre de familia». Esto es porque el estándar del «buen padre de familia» es muy bajo para aquello que se puede y se debe tener derecho a esperar de un establecimiento de crédito como fiduciaria.

Además, si el fideicomitente escogió, en el caso de nuestro ejemplo, a un establecimiento de crédito es en virtud de que cuenta con un personal especializado que tiene una experiencia en el trato y resolución de problemas fiduciarios; por ende, el fideicomitente y los fideicomisarios deben de tener el derecho de exigir un estándar superior al del «buen padre de familia».

Una vez descifrado el modelo de referencia, el juez va a apreciar el contenido de la obligación. Como el juez debe imaginarse la manera en que una persona ficticia se comportaría, el modelo de referencia debe ser puesto en una situación determinada,<sup>26</sup> el cual será la misma situación en la cual se encontraba el fiduciario; de lo contrario, ninguna comparación entre ambos sería posible. Pero como la apreciación será *in abstracto*, el juez debe dejar de lado todas las circunstancias

---

<sup>26</sup> En ese sentido, ver SEYRAT, S. *Op. cit.*, p. 266.

personales del fiduciario, a menos que hayan entrado en alguna cláusula contractual.

A pesar de que la apreciación del contenido de la obligación depende de cada situación en particular, afortunadamente dichas situaciones se repiten creando por consecuencia reglas de derechos.<sup>27</sup> De esta manera, a través del tiempo, la jurisprudencia va precisando poco a poco el contenido de la obligación de diligencia.

El mejor ejemplo de lo anterior es el Derecho inglés, que lleva siglos precisando el contenido del *duty of care*, y que podría servir de guía para los países civilistas, en especial al Derecho francés que adoptó la *fiducie* hace apenas cuatro años.

Sólo mencionaremos algunas de las tantas aplicaciones del *duty of care*.

Al constituirse el *trust*, el *duty of care* impone al *trustee* la obligación de tomar las medidas necesarias para comprender su misión.<sup>28</sup> De lo contrario, un error del *trustee* debido a un mal entendimiento de los términos del *trust* pone en peligro el buen cumplimiento de sus obligaciones.<sup>29</sup>

Además de lo anterior el *trustee* deberá conservar los bienes del *trust* para que no perezcan ni se deterioren.<sup>30</sup> En este sentido, vemos que el Derecho peruano en el artículo 256 de la Ley 26.702 (incisos 1, 2 y 3), prevé que el fiduciario debe «cuidar los bienes y derechos [...] que

---

<sup>27</sup> *Ídem*, p. 260.

<sup>28</sup> En ese sentido, en el Derecho inglés del *trust* ver UNDERHILL A. y D.J. HAYTON. *Underhill and Hayton, law relating to trusts and trustees*. Buttersworth, décimo quinta edición, 1995, pp. 465 y 466.

<sup>29</sup> En ese sentido ver MOFFAT, G., M. CHESTERMAN y J. DEWAR. *Trusts law: text and materials*. Weidenfeld and Nicolson, 1994, 2.<sup>a</sup> Ed., p. 321.

<sup>30</sup> LEWIN, T. *Lewin on trust*. Sweet & Maxwell, décimo séptima edición, 2000, editado por J. Mowbray, L. Tucker, N. Le Poidevin, n<sup>os</sup> 34-12 y ss.

constituyen el patrimonio del fideicomiso»; «defender el patrimonio del fideicomiso», y «proteger con pólizas de seguro» los bienes del fideicomiso.

Esto es fundamental para el cumplimiento de la misión del fiduciario porque mantiene en buen estado los bienes del patrimonio del fideicomiso. Por ejemplo, si la misión es rentar un edificio y repartir las rentas entre los fideicomisarios, es indispensable que el fiduciario mantenga dicho edificio en un estado que permita su renta.

En virtud de que el *trustee* va a realizar diversos actos durante la gestión de *trust*, el *duty of care* impone al *trustee* la obligación de tomar las precauciones necesarias para que dichos actos sean los más apropiados posibles y que vayan encaminados al buen cumplimiento de la misión.<sup>31</sup> En este sentido, tenemos el Derecho peruano donde el inciso 4 del artículo 256 de la Ley n.º 26.702 establece que el fiduciario debe cumplir diligentemente los encargos que constituyen la finalidad del fideicomiso, realizando para ello los actos, contratos, operaciones, inversiones o negocios que se requiera.

Si a pesar de las medidas preventivas de protección, el fiduciario violase una de sus obligaciones en perjuicio del patrimonio del fideicomiso, se deberá exigir que subsane dichos daños.

#### 4. CAPÍTULO II. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL FIDUCIARIO COMO MEDIDA CURATIVA DE PROTECCIÓN

Para bien comprender nuestro tema hay que hacer la distinción entre la responsabilidad civil del fiduciario en dicha calidad y la responsabilidad civil del fiduciario en su calidad personal. En la primera es por

---

<sup>31</sup> Como ejemplo de lo anterior, tenemos el caso de *Learoyd vs. Whiteley*, (1887) 12 App Cas 727, donde el *trustee* fue condenado a reparar los daños ocasionados en virtud de haber realizado inversiones consideradas como peligrosas.

medio del patrimonio del fideicomiso que se repara el daño y perjuicio, mientras que en la segunda es por medio del patrimonio personal del fiduciario.

El fiduciario va a ser personalmente responsable únicamente por las violaciones que cometiese en la administración del fideicomiso,<sup>32</sup> así que si ninguna falta se puede imputar al fiduciario por el hecho ilícito que haya causado un daño, responderá únicamente el patrimonio del fideicomiso.<sup>33</sup>

Al hacer una distinción entre el patrimonio personal del fiduciario a la del fideicomiso, se protege al patrimonio fideicometido, porque éste no responderá por las faltas cometidas por el fiduciario en el cumplimiento de su misión, donde sólo lo hará su patrimonio personal. Pero como la separación de dichos patrimonios no puede ser considerado como un medio curativo de protección no lo analizaremos en este capítulo.

Ahora, cuando el fiduciario cometa faltas en la gestión del fideicomiso hay que preguntarnos, ¿hacia quién va a ser responsable civilmente? Dicha pregunta se responde con otra, ¿quién sufrió el daño? Dejando a un lado la técnica jurídica, y limitándonos a una observación de los hechos, podemos afirmar que la violación de una obligación del fiduciario puede ocasionar directa e inmediatamente daños y perjuicios al fideicomitente, a los fideicomisarios, a terceros y al patrimonio del fideicomiso.

Como nuestro tema es sobre la protección del patrimonio del fideicomiso, nos limitaremos a analizar la situación donde la falta del fiduciario haya dañado el patrimonio del fideicomiso.

---

<sup>32</sup> En este sentido tenemos, por ejemplo, el artículo 2026 del Código Civil francés.

<sup>33</sup> Como ejemplo de la responsabilidad del fiduciario en dicha calidad imaginemos el siguiente caso: por falta de una conservación adecuada una parte del techo de un bien inmueble perteneciente al fideicomiso se desploma y causa un daño corporal a una persona. Ahora imaginemos que exista una cláusula que excluya la obligación del fiduciario de conservar en buenas condiciones dicho inmueble. En este caso, la reparación de los daños y perjuicios se realizará con los fondos del patrimonio del fideicomiso y no la del fiduciario.

En virtud de las incoherencias jurídicas que provoca la obligación del fiduciario de resarcir al patrimonio del fideicomiso los daños y perjuicios a él ocasionados (B), es necesario justificar dicha posibilidad (A).

#### 4.1. *La justificación de la responsabilidad civil del fiduciario a favor del patrimonio del fideicomiso*

La justificación primaria de permitir que el patrimonio del fideicomiso pueda ser resarcido de los daños y perjuicios ocasionado por las faltas del fiduciario es la necesidad de que dicho patrimonio se encuentre en un estado que permita el cumplimiento de la misión del fideicomiso; como la misión se ejecuta únicamente sobre los bienes del patrimonio fideicomitado, el no permitir que se subsanen los daños y perjuicios ocasionados a dicho patrimonio se pone en riesgo la misión del fiduciario.

Aunado a lo anterior, la responsabilidad civil ayuda a prevenir comportamientos ilícitos, puesto que las sanciones que impone la responsabilidad civil alienta, en nuestro caso, al fiduciario, a conducirse lo mejor posible para no cometer ninguna falta en la gestión del fideicomiso.<sup>34</sup> Esta función normativa de la responsabilidad civil está en riesgo si no se permite responsabilizar civilmente al fiduciario a favor del patrimonio del fideicomiso por los daños que él cause, toda vez que existe la posibilidad de que los elementos de la responsabilidad civil no se reúnan ni a favor del fideicomitente ni a favor de los fideicomisarios.<sup>35</sup>

---

<sup>34</sup> En este sentido tenemos a Ph. LE TOURNEAU. *Repertoire de Droit Civil, Responsabilité (en général)*, n.º 7. Lo anterior no tiene sentido si el fiduciario estuviera asegurado por los daños que él pudiese ocasionar durante la administración del fideicomiso.

<sup>35</sup> Primeramente, respecto al elemento de la comisión del daño. En el caso del fideicomitente (que no sea ni fideicomisario, ni que los bienes vayan a regresar a él a la extinción del fideicomiso), no se puede decir que la violación del fiduciario de una de sus obligaciones le ocasione un daño, puesto que los bienes que él transfirió ya no le pertenecen, y en principio nunca más volverán a su patrimonio. Respecto a los fideicomisarios se puede decir lo mismo, puesto que el daño ocasionado al patrimonio del fideicomiso no puede considerarse como un daño ocasio-

Pero aun si el fiduciario reparara el daño ocasionado a los fideicomisarios, esto no ayuda en nada al patrimonio fiduciario, que seguirá sin ser resarcido.

Otro punto que necesitamos tomar en cuenta son los acreedores de las deudas contraídas durante la gestión del fideicomiso. Si no per-

---

nado a su patrimonio personal, puesto que los fideicomisarios solamente tienen un derecho personal en contra del fiduciario.

Ahora, es posible que el daño ocasionado al patrimonio del fideicomiso impida a los fideicomisarios recibir el beneficio estipulado por ellos. Pero como el daño ocasionado al patrimonio fideicomitado será anterior al daño que se ocasionaría a los fideicomisarios, el daño que se ocasionará a estos últimos es un daño futuro, por ende, para que pueda ser indemnizado, el Derecho del país al que pertenezca dicho fideicomisario deberá permitir tomar en cuenta un daño futuro (como es el caso del Derecho francés, siempre y cuando la realización de dicho daño sea ineludible).

Además de lo anterior, habrá que demostrar el nexo causal entre el hecho ilícito del fiduciario y el daño, que no siempre será fácil de hacer no solamente porque el daño ocasionado a los fideicomisarios resulta del daño ocasionado al patrimonio del fideicomiso, sino también en virtud de las diversas circunstancias que pueden surgir en un caso determinado.

Como ejemplo de todo lo anterior imaginemos el siguiente caso. El fideicomitente crea un fideicomiso de inversión donde el fideicomisario A tiene derecho a recibir una anualidad por treinta años y el fideicomisario B tiene derecho a recibir los bienes al final del fideicomiso. Imaginemos ahora que el fiduciario al primer mes de haberse constituido el fideicomiso hace una inversión en violación a sus obligaciones contractuales y por la cual el patrimonio fiduciario pierde parte de su valor. Pero el patrimonio fiduciario todavía sigue en posibilidades de otorgar al fideicomisario A su anualidad por los siguientes treinta años. En este caso, no se puede decir que el fideicomisario A haya sufrido un perjuicio ni que vaya a sufrirlo.

Ahora, respecto al fideicomisario B puede que vaya a sufrir un daño si al final del fideicomiso aún quedarían fondos, puesto que él recibiría menos de lo que hubiese recibido si el fiduciario no hubiese cometido ninguna falta en su administración. Pero no es seguro que al final del fideicomiso hubiere fondos, puesto que aún si el fiduciario nunca hubiese cometido una falta existe la posibilidad de que las inversiones hechas por él hubiesen perdido todo su valor y, por ende, el fideicomisario B al final del fideicomiso nunca hubiese recibido nada. De esta manera el daño que se puede ocasionar al fideicomisario B es eventual y no es inmediato; por ende, él tampoco tendría el derecho de exigir una indemnización al fiduciario.

mitimos que el patrimonio fiduciario sea indemnizado, los acreedores corren el riesgo de que sus deudas no vayan a ser pagadas en virtud de la insuficiencia de los bienes del fideicomiso.<sup>36</sup> Esto puede ocasionar que no haya personas que no vayan a querer contratar con el fiduciario, lo cual dificultaría la administración del fideicomiso.

Finalmente, si el objetivo de la responsabilidad civil es borrar las consecuencias que el ilícito de una persona creó,<sup>37</sup> es decir, restablecer la cosas a como estaban antes de la violación, es más que obvio que para cumplir con dicho objetivo se necesita permitir que el daño pueda ser resarcido al patrimonio del fideicomiso.

Por estas razones, aplaudimos al Derecho peruano que en su artículo 259 de la Ley 26.702 prevé la responsabilidad civil del fiduciario a favor del patrimonio del fideicomiso;<sup>38</sup> esperamos que la jurisprudencia de los países cuya legislación fiduciaria no hacen dicha mención (como es el caso de Francia [artículo 2026 del Código Civil]),<sup>39</sup> o restringen la responsabilidad civil del fiduciario únicamente a favor del fideicomitente y fideicomisarios (como es el caso de Uruguay [segundo párrafo del artículo 16 de la Ley 17.703]),<sup>40</sup> permita la responsabilidad civil a favor del patrimonio del fideicomiso.

---

<sup>36</sup> En el Derecho francés este riesgo se disminuye por el hecho de que las deudas del fideicomiso son respaldadas por el patrimonio del fiduciante (artículo 2025 del Código Civil).

<sup>37</sup> En este sentido tenemos a Ph. LE TOURNEAU. *Op. cit.*, n.º 8.

<sup>38</sup> Incumplimiento de obligaciones por dolo o culpa grave. La empresa fiduciaria que incumpla sus obligaciones por dolo o culpa grave debe reintegrar al patrimonio del fideicomiso el valor de lo perdido, más una indemnización por los daños y perjuicios irrogados, sin perjuicio de la responsabilidad a que hubiere lugar».

<sup>39</sup> «Le fiduciaire est responsable, sur son patrimoine propre, des fautes qu'il commet dans l'exercice de sa mission».

<sup>40</sup> Si faltare a sus obligaciones será responsable frente al fideicomitente y al beneficiario, por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión».

#### 4.2. *Los efectos de la responsabilidad civil del fiduciario a favor del patrimonio del fideicomiso*

La razón por la cual tuvimos que justificar el derecho del patrimonio del fideicomiso a ser indemnizado por los daños y perjuicios ocasionados por el fiduciario es la creación de una incoherencia jurídica que es la existencia de derechos y obligaciones sin sujeto.

Esto es en virtud de que el fideicomiso no tiene personalidad jurídica, así, cuando el fiduciario le ocasione un daño y se encuentre obligado a resarcirlo, el patrimonio fiduciario se convertiría en acreedor del fiduciario.

Y a pesar de que el fiduciario actuaría en dos calidades diferentes, no podemos decir que el fiduciario se encuentre obligado hacia sí mismo, esto sería en sí otra incoherencia. Por ende, en vez de hacer acrobacias jurídicas para encontrarle una explicación a la presente problemática, es mejor aceptar las cosas como son.

Por otra parte, tampoco se puede decir que son el fideicomitente y/o los fideicomisarios los que tienen el derecho de recibir dicha indemnización, puesto que no es así. Además, el derecho que ellos tienen de exigir al fiduciario de resarcir los daños y perjuicios al patrimonio de fideicomiso no se debe confundir con el derecho de dicho patrimonio de ser indemnizado.

Lo mismo ocurre cuando el fiduciario tiene derecho a ser reembolsado por los gastos incurridos a beneficio de la administración del fideicomiso, puesto que no deberán ser ni el fideicomitente ni los fideicomisarios quienes reembolsen dichos gastos, sino dichos gastos deberán ser pagados directamente del patrimonio fiduciario (en este sentido, tenemos el derecho peruano, [artículo 261 inciso 2 de la Ley 26.702]).<sup>41</sup>

---

<sup>41</sup> «Son derechos de la empresa fiduciaria:  
[...]

Lo anterior no es más que una consecuencia lógica de la permisón legislativa de que existan patrimonios independientes a la personalidad jurídica, como es el caso del patrimonio del fideicomiso.

Entonces, si el fideicomiso se ha aceptado, hay que hacerlo efectivo en la práctica y para ello hay que aceptar la responsabilidad civil del fiduciario frente al patrimonio del fideicomiso. Además, lo anterior no sería el único trastorno que ha sufrido nuestro sistema jurídico con la introducción del fideicomiso; tenemos, por ejemplo, el caso de la propiedad fiduciaria (como lo acaba de explicar la profesora Mallet-Bricout) y el caso del patrimonio del fideicomiso que vino a romper de manera definitiva con la teoría clásica del patrimonio de Aubry y Rau.

## 5. CONCLUSIÓN

Como la protección del patrimonio del fideicomiso aumenta la posibilidad del buen cumplimiento de la misión del fideicomiso, hay que tener medidas efectivas para protegerlo. No sólo medidas que prevengan una violación al patrimonio del fideicomiso sino también que lo reparen una vez que ha sido dañado.

Muchas gracias por su atención.

---

2. Resarcirse con recursos del fideicomiso de los gastos en que incurriere en la administración del patrimonio fideicometido y en la realización de su finalidad [...]».



FIDEICOMISO CONSTITUIDO POR TESTAMENTO:  
UNA MIRADA DESDE EL DERECHO LATINOAMERICANO  
Leonardo B. Pérez Gallardo



FIDEICOMISO CONSTITUIDO POR TESTAMENTO:  
UNA MIRADA DESDE EL DERECHO LATINOAMERICANO

*Leonardo B. Pérez Gallardo\**

**Resumen**

La posibilidad de constituir un fideicomiso por testamento se abre hoy como una alternativa más en la planificación hereditaria de las personas, y así se reconoce en el Derecho de nuestro continente (bien a través de normas de alcance general, como los códigos civiles y de comercio, o por normas *ad-hoc*). La configuración dogmática de la figura pudiera entrar en colisión con el Derecho imperativo, protector de las legítimas, el cual urge adaptarse a los nuevos tiempos, en los que instituciones como el fideicomiso pudiera representar una vía justa de protección del patrimonio de personas con discapacidad o de menores.

**Palabras claves**

Fideicomiso testamentario, fideicomitente, fiduciario, beneficiario, fideicomisario, legítima y discapacidad.

***Abstract***

*The opportunity to create a trust by will remains opened as an alternative in the hereditarian planification of people, and so provided for in the law of succession of our continent (whether through general statutory regula-*

---

\* Profesor Titular de Derecho Civil y Derecho Notarial. Facultad de Derecho. Universidad de La Habana. Notario.

tions like civil codes or ad hoc rules). The dogmatic configuration of the trust might collide with imperative provisions regarding the protection of the legitima, urged to update to new times, where institutions like the trust might represent a fair way to protect the wealth of persons with disabilities or minors.

### **Keywords**

*Succession trust, trustee, cetsui que trust, legitima, disability.*

Sumario: 1.— Puntuales acotaciones sobre el fideicomiso romano. 2.— El fideicomiso constituido por testamento. Construcción dogmática de la figura. 3.— El fideicomiso testamentario y la protección a las personas con discapacidad, con dependencia económica y a los menores. La planificación hereditaria. Valoraciones de *iure condicto*. 4.— Bibliografía.

#### 1. PUNTUALES ACOTACIONES SOBRE EL FIDEICOMISO ROMANO

El *fideicommissum*, según Cámara Lapuente «[...] es un encargo en forma de ruego a una persona para que haga llegar los bienes del disponente a manos de un tercero».<sup>1</sup> El sujeto que encarga la ejecución del fideicomiso se le denomina *fideicommittere*, que supone encomendar a la fe, a la lealtad. Conviene tener en cuenta la advertencia que nos hace este autor sobre el uso inapropiado en el lenguaje jurídico actual del término 'fiduciario' para hacer referencia al sujeto a quien corresponde la ejecución del fideicomiso. Nos aclara Cámara que el término *fiduciarius*, no es, como erróneamente se ha creído, un término clásico, para indicar la persona en que se confía un fideicomiso. Con apoyatura en D'Ors, el autor refiere que en las fuentes no se utilizó un término

---

<sup>1</sup> CÁMARA LAPUENTE, Sergio. *La fiducia sucesoria secreta*. Madrid: Dykinson, 1996, p. 61.

concreto y preciso para hacer referencia a él, sino se empleaban circunloquios como «aquél a cuya lealtad (*fides*) se hace el encargo» o «aquél de quien se deja el fideicomiso».<sup>2</sup> La figura del fiduciario era propia de los actos *inter vivos*. No cabe, por lo tanto, confundir el cumplimiento de un fideicomiso con la fiducia, que es precisamente un acto de esta naturaleza. Empero, el propio Cámara, en ausencia de un término más apropiado, de un «sustantivo idóneo», por «mor a la inteligibilidad», lo emplea en su excelsa obra para aludir a quien ejecuta el fideicomiso testamentario.

El sustento del fideicomiso romano está en la confianza, es una figura que se abre en función de evadir el extremo rigorismo romano, el abuso de las formas en materia testamentaria. La *fides* en Roma tenía un hondo sentido religioso, lo que supone que, aun al margen del ordenamiento jurídico, los ciudadanos se vean compelidos en conciencia a cumplir lo encomendado por respeto mismo a la confianza depositada. Se trata de una disposición sucesoria, dependiente, más que de la ley, de la voluntad y la buena fe del instituido, carente en sus inicios de una verdadera cobertura jurídica.

La disposición a título de fideicomiso quedaba así, al margen de las formas y las solemnidades que atenazaban, verbigracia, a los legados. En las fuentes se alude a que podían hacerse en testamento, pero también en codicilo, incluso no confirmado, por gestos, oralmente, e inclusive se permitían fideicomisos implícitos, tampoco era necesario que se empleara el latín.<sup>3</sup> Como apunta Cámara, importa ante todo, su carácter precativo, o sea, de ruego al fiduciario, a título de favor.<sup>4</sup> Este autor sintetiza las tesis que durante años han elaborado los romanistas para explicar por qué surgen los fideicomisos, por qué fue necesario acudir a un recurso extrajurídico como la *fides* para hacer efectiva la *voluntas tes-*

<sup>2</sup> D'Ors, *cit. pos* CÁMARA LAPUENTE, S. *Idem*, p. 62.

<sup>3</sup> Según indica CÁMARA LAPUENTE, S. *Idem*, p. 64.

<sup>4</sup> *Idem*, pp. 64-65.

*tatoris*, abandonándose los designios del *ius civile*.<sup>5</sup> En este sentido, un sector de la doctrina expone como hipótesis del origen de los fideicomisos la necesidad por el disponente, de eludir las complejas formalidades legales para hacer causa del patrimonio en razón de la muerte, de ahí su ductibilidad, el fácil acceso a él por todas las personas, incluidos los peregrinos.<sup>6</sup> Otros sitúan su origen en la necesidad de colmar las deficiencias tanto de los legados, como de la herencia, así como el exceso rigorismo del Derecho sucesorio romano, deviene así en una alternativa que trata de adaptar el Derecho a la vida social.<sup>7</sup> También se explica, con gran predicamento que los fideicomisos surgieron para eludir la falta de *testamentifactio* pasiva en el beneficiario y evadir a través de él las causas de incapacidad sucesoria. En efecto, en Roma, verbigracia, los peregrinos no tenían derecho a heredar, motivado esto más por causas políticas que jurídicas.<sup>8</sup> Como arguye Cámara «Suponía [...] una institución indirecta de heredero o legatario, confiada al honor y la lealtad del instituido y dependiente de la voluntad y no de la ley».<sup>9</sup> No sólo se beneficiaban así los *peregrini*, en tanto al invocarse la *fides*, como institución de confianza, con ella se favorecían todos los latinos, más allá de su no condición de ciudadanos romanos, sino también las mujeres que no podían heredar del marido que tuviese una fortuna superior a cierta cantidad, también las personas inciertas (póstumos, *concepturus*), desterrados, corporaciones, ciudades, colegios, incluso para evadir el efecto de las leyes caducarias, a cuyo tenor no podrían heredar los célibes y los *orbi*. Por último, también se ha encontrado en la moral, un posible fundamento del fideicomiso romano. En este sentido, se ha dicho que el fideicomiso «surgió de la fe viva, de la religiosidad romana, puesto que el heredero, fiduciario, cumplía sin coacción posible la voluntad del

---

<sup>5</sup> *Ibidem*.

<sup>6</sup> Así, Clemente de Diego, según CÁMARA LAPUENTE, S. *Op. cit.*, p. 66.

<sup>7</sup> En este sentido, Iglesias y Arias Ramos, conforme nos explica CÁMARA LAPUENTE, S. *Op. cit.*, p. 66.

<sup>8</sup> Según Biondi, Clemente de Diego, Costa, Maynz, Murillo Villar, Serafini, D'Ors, Torrent, todos ellos *cit. pos* CÁMARA LAPUENTE, S. *Op. cit.*, pp. 66-67 y en concreto en nota (77).

<sup>9</sup> CÁMARA LAPUENTE, S. *Op. cit.*, p. 67.

*de cuius* sin ningún beneficio, al entender que la voluntad del muerto actúa en él, perviviendo de esa forma la persona». <sup>10</sup> No obstante, como también se ha ripostado, con esta explicación no se justifica por qué surgió la necesidad de los fideicomisos, cuando ya existían los legados para expresar los deseos del testador, amén de la institución de heredero. En todo caso, un antecedente inmediato de valor en la evolución del fideicomiso romano, lo es sin duda, la *mancipatio familiae*, que constituyó un instrumento efectivo para dar ejecución por vez primera a los deseos del testador. <sup>11</sup>

En este largo devenir de la figura objeto de estudio, en un principio el fiduciario era un heredero real para devenir luego en el Derecho justinianeo en un heredero puramente formal. De este modo, las fuentes posclásicas le consideraron un mero intermediario de la herencia, sin más provecho para sí que la cuarta Pegasiana o la Falcidia (de ser legatario). Como tal el fiduciario no debe recibir beneficio de la herencia, ya que el testador no quiso instituirlo ni como heredero, ni como legatario real. Se trata de un supuesto en que el testador instituye a una persona en contemplación de otra, a quien verdaderamente desea transmitirle el beneficio. Es, en todo caso, una *interposita capientis persona*. <sup>12</sup>

## 2. EL FIDEICOMISO CONSTITUIDO POR TESTAMENTO. CONSTRUCCIÓN DOGMÁTICA DE LA FIGURA

La posibilidad de constituir fideicomisos por testamento se ha hecho posible en la mayoría de los ordenamientos jurídicos latinoamericanos (*vid.* artículo 770 del Código de Comercio de Guatemala, artículo 750 del Código Civil de Ecuador, artículo 4 de la Ley de fideicomisos venezolana, artículo 2 de la Ley de fideicomiso de Uruguay, artículo 3 de la Ley de fideicomisos de Paraguay, artículo 1034 del Código de Comer-

<sup>10</sup> Marin Monroy *cit. pos* CÁMARA LAPUENTE, S. *Op. cit.*, p. 68.

<sup>11</sup> CÁMARA LAPUENTE, S. *Op. cit.*, pp. 68-69.

<sup>12</sup> *Idem*, p. 76.

cio de Honduras, artículo 796 del Código Civil de Colombia y artículo 1228 *in fine* de su Código de Comercio, artículo 246, tercer párrafo, de la Ley general del sistema financiero y del sistema de seguros y orgánica de la superintendencia de bancas y seguros de Perú, artículo 10, segundo párrafo, de la Ley por la cual se regula el Fideicomiso en Panamá y se adoptan otras disposiciones, artículo 10 de la Ley del contrato sobre fideicomiso de Nicaragua y artículo 635 del Código de Comercio de Costa Rica, artículo 3 de la Ley de financiamiento de la vivienda y la construcción de la Argentina). Si bien, no es la forma más usual de su constitución, en tanto la vía contractual se torna la más socorrida, como posibilidad existe y como realidad es palpable. Empero, la constitución por acto testamentario del fideicomiso no deja de abrigar disímiles dudas, sobre todo en los ordenamientos jurídicos en los que las normas de la legítima se erigen, aún hoy, como barreras inexpugnables. Téngase en cuenta que en todas estas normas el legislador regula la «*constitución del fideicomiso*» por testamento, con la peculiaridad que ofrece el artículo 770 del Código de Comercio de Guatemala que aunque regula la constitución, al referirse al fideicomiso testamentario utiliza el término «*instituye*» por testamento.

### 2.1. Herencia y fideicomiso

Tras el fallecimiento de una persona, el patrimonio del que fuera titular en vida, no se transmite en bloque, sino de él se detraen los derechos vinculados con la persona, que aun con carácter patrimonial, quedan extinguidos con el fallecimiento de ella. En principio, el caudal relicto es repartible entre los herederos, de él se pagan las mandas y legados y es el soporte sobre el cual se van a dirigir los acreedores del causante y los acreedores de la sucesión. El soporte patrimonial de la herencia, no obstante, si así lo dispone el testador, puede convertirse en un patrimonio destinado a un fin, previamente determinado de esa manera por el testador en su testamento, en el que ordena la constitución de un fideicomiso.

De este modo, el patrimonio fideicomitado se detrae de la herencia, o incluso puede agotarla, de admitirse que el contenido de ese patrimonio sea la universalidad del caudal relicto del causante, o sea, cuando hablo de la herencia, me refiero a la herencia en sentido neto, deducido el pasivo hereditario, en el que incluyo no sólo las deudas sino también las cargas de la sucesión.

Al constituirse el fideicomiso, los bienes y derechos fideicomitados, quedan ajenos al alcance de los acreedores del fiduciario y de los acreedores personales de los fideicomisarios. El patrimonio de afección queda libre de las apetencias crediticias y responde de los gastos de conservación y administración de los bienes.

## *2.2. El título constitutivo y las modalidades testamentarias*

Como ya apunté, el testamento, cualquiera sea la forma que éste adopte: un testamento común ordinario como el abierto o notarial o el cerrado, o el ológrafo, e incluso un testamento especial, de las modalidades reconocidas por los ordenamientos jurídicos (en inminente peligro de muerte, militar, marítimo, en aeronaves, etcétera), puede ser el título formal constitutivo de un fideicomiso, cuya eficacia se supedita a la apertura de la sucesión. De manera que, se trataría de un fideicomiso constituido unilateralmente, por la sola voluntad del fideicomitente testador, quien puede destinar una universalidad jurídica o bienes concretos y determinados a ese fin. En este orden la doctrina no es unánime, pues un sector, verbigracia, de la doctrina argentina, niega la posibilidad de que la sola declaración de voluntad del testador sea suficiente para la constitución de un fideicomiso,<sup>13</sup> otros en posición ambivalente matizan la función de la declaración negocial de voluntad del fideicomitente, testador, sobre la base del polémico argumento de que el fideicomitente «En realidad no lo crea sino que brinda su acuer-

<sup>13</sup> Así, ASSANDRI, Mónica, Fabián E. FARAONI y Daniela MURUA. «Fideicomiso testamentario y contrato posterior». En *JA* 1999-III-1035, *Lexis* n.º 0003/000068, pássim.

do, aporta los bienes y describe la gestión a realizar y los sujetos que intervendrán, puesto que para que el fideicomiso nazca es necesario la conformidad del fiduciario (que no es necesario que sea expresa), y ésta no se conocerá hasta tanto el causante fallezca y el sujeto designado para cumplir la manda acepte o no». <sup>14</sup> Igualmente en la doctrina uruguaya, algunos comentaristas al anteproyecto de la que luego resultó ser la ley sobre fideicomisos, indicaban, a mi juicio contra todo criterio de los autores del anteproyecto, que se requería la aceptación del fiduciario para que quedare constituido, incluso llegaron a proponer que el fiduciario aceptare antes de la muerte del fideicomitente, en previsión de que éste no revocare el testamento, lo cual es un verdadero absurdo pues ningún derecho tiene ese sujeto que ni tan siquiera puede catalogarse de fiduciario, cuando la constitución del fideicomiso estará supeditada a la muerte del fideicomitente. Si el título constitutivo lo ha sido un testamento, éste es irrelevante *ante mortem* frente a fiduciarios, beneficiarios y fideicomisarios, que ningún derecho, ni tan siquiera expectativa de derecho tendrán mientras viva aquél. <sup>15</sup>

Cabe puntualizar, ante todo, que los ordenamientos jurídicos que lo regulan imponen la forma testamentaria, o sea, no admiten que el constituyente o fideicomitente utilice un reservorio negocial *mortis causa*, distinto al testamento, para la constitución del fideicomiso, como pudieran ser los pactos sucesorios (rechazados en su generalidad por los ordenamientos jurídicos latinoamericanos). Si a la postre con él se están designando herederos o legatarios (que a mi juicio lo son los fideicomisarios), no cabe duda que el testamento, o, de admitirse, los pactos sucesorios, serán los vehículos negociales atinados para la designación de un sucesor *mortis causa*. En este orden de ideas, la doctrina argentina no

---

<sup>14</sup> AMÉNDOLA, Manuel Alejandro. «Fideicomiso testamentario: cuestiones controvertidas». En *La Ley* 2008-A, 952, p. 3.

<sup>15</sup> MALUMIAN, Nicolás. «Análisis del funcionamiento legal y comercial del fideicomiso». En Daniel Porcaro y Nicolás Malumian *Fideicomiso en Uruguay. Análisis fiscal del proyecto de ley*, dirección web [www.pwc.com/uy/es/servicios.../pub-libro-proyectedoleyfideicomiso.pdf](http://www.pwc.com/uy/es/servicios.../pub-libro-proyectedoleyfideicomiso.pdf), consultado el 23 de mayo del 2011.

está unánimemente de acuerdo en tanto cierto sector defiende la idea de que el fideicomiso tiene carácter contractual, y que el testamento actúa como llave maestra para su constitución, pero la concertación de un contrato posterior entre el fiduciario designado y el órgano de administración de la sucesión, se impone. Los argumentos, aunque no me resultan en modo alguno convincentes, vale la pena exponerlos, aunque sea para refutarlos. Sostienen Assandri, Faraoni y Murua, bajo el falaz argumento de la posible carencia de garantías formales que tiene la constitución de un fideicomiso por testamento, sobre todo cuando ese testamento no es de los notariales o abierto, que resultaría «[...] necesario que la constitución del fideicomiso testamentario exija un contrato posterior entre los órganos de la sucesión y el fiduciario, lo que no hace más que confirmar el origen eminentemente convencional del fideicomiso como negocio jurídico».<sup>16</sup>

A tal fin, también apuntan las autoras citadas que, entre las funciones a desempeñar por este contrato posterior se incluyen la de evitar las eventuales impugnaciones al testamento, pues implica un acto consensual entre los órganos de la sucesión y el designado fiduciario, permitir subsanar las eventuales falencias de la cláusula constitutiva del fideicomiso por inobservancia de las formas o contenido exigido por ley, y establecer las condiciones no previstas por el causante en exclusivo orden a la realización del fideicomiso como tal, que viabiliza el acabado cumplimiento de la voluntad del testador.<sup>17</sup> En todo caso, obvian las autoras que el testamento como negocio jurídico funge como título generativo del fideicomiso y el documento que constituye su reservorio material, como título demostrativo de su constitución. Que el testamento puede ser impugnable es un riesgo, también lo puede ser el contrato de fideicomiso, por razones diversas a las que preocupan a las autoras.<sup>18</sup> Tras la muerte del testador, el fiduciario, con la anuencia de

---

<sup>16</sup> Vide ASSANDRI, Mónica, Fabián E. FARAONI y Daniela MURÚA. *Op. cit.*, p. 4.

<sup>17</sup> *Ibidem.*

<sup>18</sup> Sostiene la profesora Nora Lloveras que «Las posibilidades de impugnación del fideicomiso testamentario en la hipótesis de inobservancia de las reglas del fi-

los fideicomisarios, y sin que ello suponga un derogación de la *voluntas testatoris*, pueden establecer condiciones no previstas por el testador, siempre que con ello no se desnaturalice el fin mismo para el cual fue constituido el fideicomiso, y con ello dar precisamente el acabado cumplimiento de la voluntad de aquel, tal como les preocupa a las citadas autoras. A mi juicio, de la Ley n.º 24441, promulgada el 9 de enero

---

deicomiso contractual, y por consiguiente su eventual ineficacia, es una vicisitud que puede ser evitada, si se observan las normas del mencionado fideicomiso convencional —además de la compatibilización con el sistema sucesorio—. *Vide* LLOVERAS, Nora. «Fideicomiso testamentario: ¿la voluntad dispone?». En *JA* 1999-III-1058, Lexis n.º 0003/000073, p. 4. Ello supone que el testador, al constituir el fideicomiso, tendrá que velar por el estricto apego a las normas sobre su contenido, previstas para el fideicomiso contractual, aplicables al testamentario por disposición de la ley (vide artículo 3 de la Ley n.º 24441, en relación con el artículo 4 de la propia ley) y, por supuesto, las normas de *ius cogens* protectoras de las legítimas. Por ese motivo, lo que sí es recomendable que el testamento a otorgar sea el notarial, dado el asesoramiento técnico jurídico que tendrá el fideicomitente a cargo del notario, quien podrá labrar el fideicomiso dentro de las disposiciones testamentarias ya esculpidas por él. Téngase en cuenta que, como apunta VALLET DE GOYTISOLO, esa voluntad inicial que llega al notario, muy comúnmente la voluntad testamentaria, apunto yo, «[...] es una voluntad *deformada* por los prejuicios y los falsos conocimientos jurídicos; una voluntad *errónea*, por ignorancia o conocimiento equivocado de hecho o de derecho, de la situación preexistente o de las normas jurídicas atinentes al caso; una voluntad *incompleta*, porque sólo se dirige a los efectos fundamentales o inmediatos; una voluntad *imprevisora*, que no ha tenido en cuenta los efectos a largo plazo, ni mucho menos la incidencia de los acontecimientos que pueden sobrevenir; una voluntad *ilegal*, que choca, en todo o en parte, con el ordenamiento; en suma, puede tratarse de una voluntad *falsa*, porque la que el otorgante creía era su verdadera voluntad, dejó de serlo en cuanto comienza la información y el asesoramiento del notario. La actividad del notario es, como muchas veces se ha dicho, una ‘mayéutica’ tendente a alumbrar la verdadera voluntad de las partes». «En suma, se trata no sólo de captar la voluntad *consciente* sino también de alumbrar al *subconsciente*, después de iluminársela al propio sujeto; e incluso, a veces, de alumbrarle lo que, ni siquiera subconscientemente ha sospechado». *Vide* VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. «Determinación notarial del Derecho». En *Derecho Notarial*, tomo I, Leonardo B. Pérez Gallardo e Isidoro Lora-Tamayo Rodríguez (coordinadores). La Habana: Félix Varela, 2006, 1.ª Ed., p. 143.

de 1995, en la República Argentina, no se colige la necesidad de un contrato posterior, en tanto en su artículo 3 se deja explícito que: «El fideicomiso también podrá constituirse por testamento, extendido en alguna de las formas previstas por el Código Civil, el que contendrá al menos las enunciaciones requeridas por el artículo 4».<sup>19</sup> Esto es, el fideicomiso quedará constituido en el testamento, con independencia de que el fiduciario acepte o no, como contenido del testamento, se trata de una declaración de voluntad de naturaleza no recepticia, una cosa distinta será que no se ejecute, pero ello lo estudiaremos a posteriori, lo cual también hace inconsistente el argumento defendido por algún autor de que «La particularidad de esta tipología fiduciaria descansa en la unicidad de la voluntad originaria que dispone crear un fideicomiso testamentario; y digo originaria porque [...] será necesaria la aceptación posterior del fiduciario, pero eso no impide que estemos ante el caso en el que la voluntad unilateral es la que da nacimiento al negocio»,<sup>20</sup> ello a pesar de que se decante por el propio autor que sea necesario un contrato posterior entre la sucesión y el fiduciario. Argumento que, no obstante, lleva en sí mismo una petición de principio, en tanto, confunde el negocio constitutivo del fideicomiso que será el testamento, con la ejecución propiamente dicha de éste, pues tal y como acontece en materia de heredero o legatario, la institución de heredero o el legado existen, con independencia de que la primera sea aceptada y el segundo no sea rechazado por sus destinatarios, habrá delación, de la misma manera que se convocará al primer fiduciario designado, y caso de no aceptar, se determinará lo previsto por el fideicomitente en el testamento o, en su defecto, en la ley, pero ello no desnaturaliza el carácter unilateral del fideicomiso constituido por testamento.

---

<sup>19</sup> Esta posición también fue la aprobada como cuarta conclusión de la Comisión n.º 6 dedicada al fideicomiso testamentario en las XVII Jornadas de Derecho Civil, celebradas en la Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 1999. *Vide Congresos y jornadas nacionales de Derecho Civil 1927-2003*. Buenos Aires: La Ley, 2005, p. 192.

<sup>20</sup> AMÉNDOLA, Manuel Alejandro. *Op. cit.*, p. 3.

La constitución de un fideicomiso por testamento provoca una ruptura en la idea clásica de sustitución, subentrada o sucesión propiamente dicha, como cambio meramente subjetivo en una relación jurídica. El fiduciario no es un heredero del causante, ni un legatario, ni ocupará exactamente el lugar que tenía el causante, no adquirirá la titularidad real sobre los bienes fideicomitidos, tan sólo tendrá una titularidad formal o fiduciaria, con el deber de entregarlos al fideicomisario al vencer el plazo resolutorio impuesto por el testador, a la vez que su misión será rentabilizar los bienes fideicomitidos para que produzcan frutos civiles de los cuales se favorecerá el beneficiario o el fideicomisario (de coincidir ambas figuras en él). En este tipo de fideicomiso, es el fideicomisario, o el beneficiario, según la regulación de cada ordenamiento jurídico, en quien ha pensado el testador como destinatarios de las rentas y del patrimonio fideicomitado.

### 2.3. *El testador como fideicomitente*

Es unánime el criterio de que, en el fideicomiso testamentario el testador, fideicomitente, o también llamado fiduciante, ha de tener la titularidad de los bienes y derechos que constituirán el patrimonio fideicomitado.<sup>21</sup> En consecuencia, además, ha de tener la *testamentifactio* activa, o capacidad para disponer libremente por testamento, conforme con las normas sucesorias de cada país, según la modalidad testamentaria que empleen para constituir el fideicomiso.<sup>22</sup> Normas que se erigen en orden público sucesorio. Tratándose de un fideicomiso testamentario es presupuesto *sine qua non* que el fideicomitente sea una persona natural, en

---

<sup>21</sup> Así, verbigracia, la ley peruana exige en su artículo 243 que el fideicomitente tenga «[...] la facultad de disponer de los bienes y derechos que transmita, sin perjuicio de los requisitos que la ley establece para el acto jurídico», trátase de un fideicomiso testamentario o de un fideicomiso contractual.

<sup>22</sup> A guisa de ejemplo, la ley uruguaya de fideicomiso sólo admite los testamentos públicos abiertos y cerrados (*vide* artículo 2, cuarto párrafo). Con alcance más general, el artículo 3 de la ley argentina de financiamiento de la vivienda y la construcción.

tanto el fideicomiso quedará constituido a su muerte. Ha de quedar claro el *animus testatoris* y la finalidad del fideicomiso que se constituye.<sup>23</sup>

#### 2.4. *El fiduciario: ¿sucesor del testador?*

Uno de los temas más polémicos en el orden sucesorio es la figura del fiduciario. ¿Quién es realmente el fiduciario? ¿En el fideicomiso bancario latinoamericano, las compañías fiduciarias actúan como un verdadero heredero del testador? ¿Suceden por causa de muerte al fideicomitente? No puede perderse de vista cuál es la finalidad de la constitución de un fideicomiso en el Derecho de nuestro continente.

En este orden de ideas, es evidente que el fiduciario en este tipo de fideicomisos no es ni heredero, ni legatario del testador, y aquí se distingue de la clásica figura de la sustitución fideicomisaria, en la que la doctrina ubica un heredero fiduciario y un heredero fideicomisario, si bien Vallet de Goytisoló, con su aplastante autoridad científica en la materia, abraza el criterio de que el único heredero es el fiduciario.<sup>24</sup> Aunque se

<sup>23</sup> Así se pronuncian expresamente el artículo 14 c) de la ley nicaragüense sobre el contrato de fideicomiso y el artículo 633 del Código de Comercio de Honduras.

<sup>24</sup> VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. *Panorama del Derecho de Sucesiones, I Fundamentos*. Madrid: Cívitas, 1982, 1.ª Ed., pp. 291 y ss., destaca que el uso de la palabra heredero en sentido vulgar o meramente económico, o con simplificaciones conceptuales que sólo atienden a algunas características del fenómeno sucesorio pero sin abarcarlas todas, ha conllevado a que un sector nada desdeñable de la doctrina científica haya definido a las sustituciones fideicomisarias como instituciones sucesivas de herederos, o sea, como un escalonamiento de herederos del fideicomitente, que lo llegarán a ser por el orden en que éste lo haya dispuesto. En tal sentido, y sólo dentro del panorama que ofrecen las sustituciones fideicomisarias, sigue defendiendo el maestro que «Si heredero es aquel sujeto en quien, como recipiente, se opera el **fenómeno sucesorio, por el que entra como sucesor o continuador de todas las relaciones jurídicas del fallecido causante, que no se extinguen por la muerte o no tengan prefijado o preordenado un destino diferente, y que en su conjunto, consideradas “sub specie universitatis” constituyen la herencia:** —es heredero el instituido, aunque su institución se halle sujeta a sustitución fideicomisaria; —y no lo es el favorecido por esta sustitución,

transmite un patrimonio de afectación a favor del fiduciario, que trae causa del fideicomitente, su titularidad será fiduciaria, con cuantas facultades haya otorgado el testador para que el fiduciario rentabilice tal propiedad, pero ello no le hace adquirir la condición de verdadero heredero del causante, ni tan siquiera de sucesor por causa de muerte, aun cuando la titularidad formal de los bienes fideicomitidos la recibe de éste. Reitero que, en los fideicomisos bancarios constituidos por testamento, no opera el verdadero fenómeno sucesorio a que alude el maestro Vallet. El propio Vallet expone que «[...] en los *fideicomisos propiamente dichos* el fenómeno sucesorio comienza en el *de cuius* y concluye en el fideicomisario en una trayectoria compleja en la cual el fiduciario se inserta como un mediador, en unos u otros términos más o menos complejos».<sup>25</sup> La constitución del patrimonio fideicomitado tiene por finalidad atender los intereses del beneficiario o del fideicomisario, pero no los del fiduciario, quien por supuesto detraerá de ese patrimonio fideicomitado lo que ha de devengar en concepto de fiduciario. Se trata, para el fideicomisario, de una sucesión *interposita persona*, en la que esa persona interpuesta es precisamente el fiduciario.

Téngase en cuenta que el fiduciario adquiere un patrimonio de afectación, previa liquidación de las deudas del causante y de la herencia, de tal manera que será necesaria la satisfacción de éstas, en tanto los acreedores pudieran ejercitar la acción revocatoria o pauliana, si logran demostrar que con la constitución del fideicomiso se defraudan sus derechos crediticios.<sup>26</sup> El fiduciario, en todo caso, adquiere un activo lí-

---

pues no es el sujeto en quien opera ese fenómeno sucesorio, tan irrepetible como el alumbramiento de un mismo hijo».

«En una acepción genérica, puramente patrimonial o económica, podrá denominarse heredero a quien sea sustituto fideicomisario de una herencia, pero ajustándose al fenómeno sucesorio no ocurre lo mismo. Por ello creemos que lo correcto es dotar de nombres técnico-jurídicos diferentes al instituido heredero y al sustituto fideicomisario».

<sup>25</sup> Vide VALLET DE GOYTISOLO, J.B. *Idem*, p. 287.

<sup>26</sup> Vide artículo 658 del Código de Comercio de Costa Rica, artículo 1048 *in fine* del Código de Comercio de Honduras, artículo 7, tercer párrafo, de la Ley de fi-

quido, cuyo destino esencial será la administración y explotación para obtener rendimiento.<sup>27</sup> Ergo, no actúa en calidad de heredero, ni de legatario, no hay sucesión mortis causa en el sentido en que tradicionalmente se ha entendido al sucesor.<sup>28</sup>

#### 2.4.1. *Los bancos como fiduciarios: ¿una posibilidad más o una situación excluyente?*

No hay homogeneidad en la regulación de la figura del fiduciario en el Derecho latinoamericano. En sentido general, los fideicomisos se constituyen a los fines de promover los negocios de inversión en un país, lo que no niega que se hayan extendido para desplegar un nuevo rol en la planificación hereditaria, o en la protección y explotación con fines productivos del patrimonio de menores o de personas con discapacidad o prodigalidad, «Permite tercerizar los riesgos del capital, los bienes pueden ser reinvertidos y generar ganancias, además de estar separados del

---

deicomisos de Uruguay, artículo 15 de la Ley sobre financiamiento de la vivienda y la construcción de Argentina, artículo 13, primer párrafo *in fine*, de la Ley sobre el contrato de fideicomiso de Nicaragua.

<sup>27</sup> Como expresa Eduardo A. Sambrisi, al comentar el libro de Úrsula Cristina Basset *Fideicomiso testamentario: una herramienta para la planificación hereditaria*, publicado dicho comentario en *La Ley* 2008-F, 1432, el fiduciario «[...] no es un heredero, sino un administrador de los bienes fideicomitados por vía testamentaria, con la finalidad de beneficiar a los herederos». Según AMÉNDOLA, M. A. *Op. cit.*, p. 2, al aludir a la transmisión del patrimonio por fideicomiso, arguye que ésta «se hace poniendo en cabeza del fiduciario la obligación de cumplir una prestación en beneficio de alguien, previéndose a su término la obligación del fiduciario de transmitir el dominio de los bienes».

<sup>28</sup> Por ello, considero un error conceptual la conclusión 6 a) a la que se arribara en la Comisión n.º 6 dedicada al estudio del fideicomiso testamentario durante las XVII Jornadas de Derecho Civil, celebradas en la Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 1999, de que el fiduciario es un sucesor mortis causa del testador. Se confunde así la figura del fiduciario en el fideicomiso propiamente dicho, de la del heredero fiduciario en la sustitución fideicomisaria. Piénsese que no hay *animus* del testador de beneficiarlo con la herencia, y sí por el contrario de que rentabilice el patrimonio para favorecer, en el contexto argentino, tanto al beneficiario, como al fideicomisario. *Vide Congresos y jornadas...*, *Op. cit.*, p. 192.

riesgo propio del patrimonio del fiduciante-testador, puede servir para financiar proyectos del fiduciante, y, entre otras ventajas, constituye una forma de trasladar la administración de los bienes —que la familia del fiduciante no podría realizar eficazmente— sobre un administrador idóneo». <sup>29</sup> De ahí que una parte de los ordenamientos jurídicos se afilian por un sistema «mixto» para determinar el fiduciario, de modo que, tras enunciar el principio general de que cualquier persona natural o jurídica puede ser fiduciario, al referirse a las personas jurídicas cualifican la condición de fiduciario, quien no sólo ha de ser persona jurídica, sino ha de tratarse de bancos o de entidades financieras no bancarias, de manera que la condición de fiduciario estaría ligada a la profesionalidad y habitualidad del desempeño de tal labor. <sup>30</sup> En tanto, otros ordenamientos del continente adjetivizan esta situación al admitir la posibilidad de que pueda ser fiduciario una persona jurídica distinta a estas, siempre que se trata de sociedades anónimas dedicadas con exclusividad a ese fin. <sup>31</sup> En una tercera posición están los ordenamientos de sistema «cerrado» en los que sólo se admiten como fiduciarios a los

---

<sup>29</sup> SAMBRISI, E. *Op. cit.*

<sup>30</sup> Es el criterio asumido por la legislación argentina que establece que, con independencia de que cualquier persona natural o jurídica pueda ser fiduciario «Sólo podrán ofrecerse al público para actuar como fiduciarios las entidades financieras autorizadas a funcionar como tales sujetas a las disposiciones de la ley respectiva y las personas jurídicas que autorice la Comisión Nacional de Valores quien establecerá los requisitos que deban cumplir» (artículo 5). De modo que en Argentina el elemento determinante de la obligación de registrarse como fiduciario es la publicidad otorgada a los servicios como fiduciario. Similar a lo que acontece en la ley de fideicomisos de Uruguay, conforme con la cual «Sin perjuicio de los requisitos establecidos para los fiduciarios de los fideicomisos financieros en el Capítulo IV de la presente ley, las entidades de intermediación financiera y los fiduciarios profesionales sólo podrán actuar como fiduciarios en forma habitual y profesional»; o sea, en Uruguay el elemento determinante es la existencia de una actividad habitual de la cual se haga profesión, pero en ambos ordenamientos se combinan un criterio de alcance general y otro cualificado para regular la condición del fiduciario.

<sup>31</sup> Posición de la reciente ley nicaragüense sobre el contrato de fideicomiso que si bien admite la posibilidad de que cualquier persona natural o jurídica pueda ser fiduciario, «En caso de personas jurídicas, distintas a las autorizadas y supervisadas

bancos, empresas de seguros y entidades financieras establecidas *ex lege*.<sup>32</sup> Por último, se sitúan aquellos que se afilian a un sistema «abierto», para los cuales la condición de fiduciario es predicable de cualquier persona natural o jurídica, siempre que tenga la capacidad para adquirir la propiedad fiduciaria.<sup>33</sup>

La aceptación del encargo por el fiduciario: ¿desnaturaliza la esencia unilateral de la constitución del fideicomiso testamentario?

---

por la Superintendencia de Bancos y de Otras Instituciones Financieras, deberán constituirse como Sociedades Anónimas de objeto exclusivo» (artículo 24).

<sup>32</sup> Así, la ley de fideicomisos de Venezuela, a cuyo tenor: «Sólo podrán ser fiduciarios las instituciones bancarias y las empresas de seguros constituidas en el país, a las cuales conceda autorización para ello el Ejecutivo Nacional, por Resolución del Ministerio de Hacienda o de Fomento, respectivamente» (artículo 12, primer párrafo); el Código de Comercio hondureño, conforme con el cual «Sólo podrán ser fiduciarios los establecimientos bancarios expresamente autorizados para ello» (artículo 1040); la ley de fideicomisos paraguaya, según la cual: «Solamente podrán tener la calidad de fiduciarios los bancos y empresas financieras y las empresas fiduciarias especialmente autorizadas por el Banco Central del Paraguay, conforme a lo dispuesto en esta ley» (artículo 19, primer párrafo); la Ley General del Sistema Financiero y del sistema de seguros y Orgánica de la Superintendencia de Bancas y Seguros del Perú que establece que «Están autorizadas a desempeñarse como fiduciarias, COFIDE, las empresas de operaciones múltiples a que se refiere el inciso A del artículo 16, las empresas de servicios fiduciarios que señala el inciso B-5 del artículo mencionado, las empresas del numeral 1 del artículo 318 (de seguros y reaseguros), así como las empresas o instituciones supervisadas por la Superintendencia, cuyo objeto es garantizar, apoyar, promover y asesorar directa o indirectamente a la Micro y Pequeña Empresa (MYPE) de cualquier sector económico»; en tanto «Para ejecutar las funciones de fiduciario en fideicomisos de titulización a que se refiere la Ley del Mercado de Valores, las empresas e instituciones del sistema financiero deben constituir sociedades titulizadoras» (artículo 242, primer y tercer párrafos), y el Código de Comercio de Colombia, que dispone: «Sólo los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias, especialmente autorizados por la Superintendencia Bancaria, podrán tener la calidad de fiduciarios» (artículo 1226, tercer párrafo).

<sup>33</sup> Es el criterio que asume el artículo 637 del Código de Comercio de Costa Rica y el artículo 19 de la Ley de fideicomisos de Panamá.

He anticipado algunos particulares sobre el valor que cobra en la figura del fideicomiso la aceptación del encargo por el fiduciario. Reitero lo ya expresado, de que la aceptación no adquiere sustantividad alguna en sede constitutiva, tal y como lo regula explícitamente la legislación peruana (artículo 247): «No es requisito para la validez del fideicomiso testamentario la aceptación de la empresa fiduciaria designada ni la de los fideicomisarios. Si aquella declinare la designación, debe proponer a quien la reemplace y si ninguna otra empresa aceptare el encargo, el fideicomiso se extingue».

«Los fideicomisos a que se refiere este artículo se entienden constituidos desde la apertura de la sucesión».<sup>34</sup> Una de las alternativas para la constitución del fideicomiso es el testamento. Si bien parto del criterio de que el fiduciario no es un heredero, ni tan siquiera legatario del testador, no se pueden forzar los conceptos, de manera que el fiduciario en el fideicomiso actual no asume el rol del heredero de confianza romano, ni del heredero fiduciario en la sustitución fideicomisaria, su aceptación, al igual que la del llamado a la herencia en nada desnaturaliza la esencia unilateral del negocio constitutivo del fideicomiso. Es cierto que el llamado a la herencia, al repudiarla, extingue el llamamiento o delación, la cual se reproduciría, verbigracia, a favor del sustituto, o incluso, puede impedir que la *voluntas testatoris* se ejecute, de haber sido él el único heredero instituido o llamado a una porción individualizada, sin opción de acrecimiento para el resto. Su repudio provocaría entonces una nueva delación, pero ahora *ab intestato*. Pero, no por ello ha dejado de existir el testamento, éste existe, si bien resultará inejecutable. Si lo constituido es un fideicomiso, éste ya ha sido creado por el testador, la aceptación de la persona designada como fiduciario no deja de ser irrelevante a efectos del cumplimiento mismo del fideicomiso, que al hacerse por vía testamentaria cobrará vida sólo después de la muerte del titular del patrimonio fideicomitado. Si la persona designada como

---

<sup>34</sup> Si bien hago la salvedad que quien lo constituye es el testador en su testamento, eso sí no será eficaz hasta que no se abra la sucesión, señal ineludible de que el fideicomitente ha fallecido, o declarado presuntamente muerto.

fiduciario no acepta asumir esa condición, se abrirá la posibilidad para el sustituto o para aquel que el juez o tribunal competente así lo determine, pero en tales supuestos se buscaría un fiduciario, para un fideicomiso ya constituido; si no hay fiduciario, entonces los ordenamientos jurídicos establecen que el fideicomiso se extingue, ergo, existió aunque no operó, tal como lo hubiera previsto el fideicomitente.<sup>35</sup> No se extingue lo no nacido. Por lo tanto, la declaración de voluntad del fiduciario no es un elemento constitutivo del fideicomiso. La constitución de un fideicomiso por testamento no desnaturaliza tampoco el carácter *mortis causa* que tiene el testamento en sí. Como negocio *mortis causa*, de última voluntad que es por excelencia, en el testamento no es posible compartir su génesis con otra persona. Es la voluntad del testador la ley suprema en materia sucesoria.

#### 2.4.3. *La designación de pluralidad de fiduciarios*

Precisamente, por las razones que apuntaba, se admite, por regla, la posibilidad de designar varios fiduciarios, ya sea para actuar de consuno o supletoriamente, incluso innominadamente, correspondiéndole en tal caso al juez la designación del fiduciario (lo que refuerza mi tesis de que éste no es ni heredero, ni legatario del testador).<sup>36</sup> Si se emplea la pri-

<sup>35</sup> De ahí, por ejemplo, que el artículo 26.5 de la Ley de fideicomisos de Venezuela exprese que se «extingue» el fideicomiso «Por falta de fiduciario, si existe imposibilidad de sustitución». Esta falta en el fideicomiso testamentario podría venir dada porque el fiduciario designado no acepte el encargo, sin que exista sustituto nombrado por el fideicomitente. Supuesto en que el fideicomiso quedaría extinguido, pero no inexistente, en tanto que la aceptación del fiduciario no es presupuesto de su existencia. Norma que se repite literalmente en el artículo 659 e) del Código de Comercio de Costa Rica. En tanto, el artículo 23 de la ley panameña de fideicomiso deja explícitamente esclarecido que «La persona designada como fiduciario no estará obligada a aceptar el cargo» y no por ello dejó de haberse constituido por testamento el fideicomiso.

<sup>36</sup> El Código de Comercio de Guatemala admite tal posibilidad en su artículo 773, el Código de Comercio de Honduras lo hace en el artículo 1042, el Código Civil de Ecuador lo prevé en el artículo 756, la Ley de fideicomisos de Panamá lo regula en sus artículos 20 y 22. En éste último, en su primer párrafo deja esclarecido que

mera variante, ha de establecer el fideicomitente las reglas por las cuales los fiduciarios actuarán de consuno, si bien supletoriamente pudieran asumirse las de la mancomunidad, o las de las situaciones de cotitularidad.<sup>37</sup> Sin embargo, lo más recomendable en sede testamentaria es la designación de fiduciarios sustitutos, entendida aquí la pluralidad no sólo como el ejercicio simultáneo de la condición de fiduciario por varias personas (físicas o jurídicas), sino también como opción para evitar que el fideicomiso no se llegue a ejecutar en la manera en que así lo ambicionaba el testador porque la persona designada no quiera o no pueda asumir la condición de fiduciario, o como dice el legislador paraguayo, «[...] para la eventualidad de que no puedan tener la calidad de tales en el negocio fiduciario». Un testador previsor debería designar susti-

---

«[...] el Juez competente podrá nombrar un sustituto a solicitud del fiduciario, del fideicomitente, o a falta de éste último, a solicitud del o los beneficiarios o del Ministerio Público si el o los beneficiarios fueren menores o incapaces, y ordenara la transferencia de los bienes del fideicomiso al sustituto así nombrado». En cambio, no admite la pluralidad de fiduciarios la ley sobre el contrato de fideicomiso de Nicaragua en su artículo 25, aunque sí prevé esa pluralidad, en el entendido de un sujeto designado fiduciario y otros u otros previstos como sustitutos.

<sup>37</sup> La mayoría de los ordenamientos jurídicos consultados no son explícitos sobre el régimen jurídico aplicable a los cofiduciarios, no obstante, cabe resaltar en tal sentido las reglas dispuestas por el Código de Comercio de Costa Rica en sus artículos 640 y 641, clásicos preceptos de naturaleza dispositiva a cuyo tenor: «Salvo lo que en contrario se establezca en el acto constitutivo, cuando se designen dos fiduciarios, éstos deberán obrar conjuntamente. La falta de acuerdo entre ellos será resuelta por el juez competente, siguiendo los trámites establecidos para los actos de jurisdicción voluntaria. Si se designaren tres o más, sus decisiones las tomarán por mayoría. El empate lo decidirá el nombrado en primer lugar» y «Cuando sean varios los fiduciarios, el que disienta de la mayoría o no haya participado en la resolución, sólo será responsable de la ejecución llevada a cabo por sus cofiduciarios, en los siguientes casos:

- a) Si delega, indebidamente sus funciones;
- b) Si aprueba, consiente o encubre una infracción al fideicomiso; y
- c) Si con culpa o negligencia graves, omite ejercer una vigilancia razonable sobre los actos de los demás».

tutos «alternativos» si desea que el fideicomiso que ha constituido por testamento, se ejecute en la manera concebida por él por las personas de su entera confianza. Y enfatizo en el plural, pues el azar de la vida pudiera jugarle una mala pasada al no asumir la condición de fiduciario la primera persona (física o jurídica) pensada por el testador. Matícese este particular desde la óptica que ofrece esta figura en una buena parte de los ordenamientos jurídicos latinoamericanos, en los que fiduciarios sólo pueden ser bancos, entidades financieras no bancarias o empresas de seguros. De todos modos, siempre existirá la posibilidad de elegir entre tales empresas o bancos la que al testador le despierte más confianza. Del mismo modo que en sede de herederos o de legatarios, los sustitutos representan alternativas más remotas para el testador, de manera que cuando más alejado se está de la cadena de sustitutos, menos posibilidad se tendrá de concurrir a la sucesión, e hipotéticamente, más alejado también se está en el orden de los afectos, con respecto del testador mismo; en sede de fideicomisos, cuanto más alejado se está en el orden establecido por el constituyente para asumir la condición de fiduciario, se supone que más retirado también se esté de la confianza del fideicomitente.

#### *2.4.3.1. El supuesto de designación sustitutiva, de manera alternativa y sucesiva*

De ahí que se hable de una designación «sustitutiva alternativa» de los fiduciarios y no sólo para los supuestos en que el designado no quiera asumir la condición de fiduciario, sino también para otros en los que éste no pueda asumirla, como la premuerte (si el designado como fiduciario fuera una persona física) o la inexistencia de la persona jurídica designada al momento del deceso del testador. De igual manera, similar a lo que acontece en la sustitución fideicomisaria, precisamente para el fideicomisario, cabe la posibilidad de que el testador designe varios fiduciarios «sucesivos», otra fórmula previsora, en la que el fideicomitente, ante la contingencia que pueda suponer que el fiduciario no pueda llevar a buen fin el fideicomiso encomendado y que durante un

tiempo gestionó designe un sustituto que actuaría «después» de él,<sup>38</sup> y no en «defecto» de él, como en la designación enteramente sustitutiva. Le corresponderá al fideicomitente la determinación del orden de los fiduciarios y el acontecimiento que ha de conllevar la ejecución del fideicomiso, por el fiduciario sustituto sucesivo.<sup>39</sup>

---

<sup>38</sup> A modo de ejemplo, la legislación venezolana sobre fideicomiso deja explícito que «Las instituciones Bancarias, y las Empresas de Seguros, cesarán también en sus funciones fiduciarias por haber sido disueltas, declaradas en quiebra o removidas en tales funciones por el Juez del fideicomiso en razón de motivos graves», supuesto que podría haber tenido en cuenta el fideicomitente testador para designar un fiduciario sustituto que pudiera actuar en defecto de la designada en primer orden como fiduciaria, si al momento del fallecimiento del constituyente, esta ya no existiere como persona jurídica, o sucesivamente, si quien ha fungido hasta un determinado momento como fiduciario, deviene a posteriori declarada en quiebra o disuelta, o incluso incumple gravemente las facultades que le fueron conferidas, motivo por el cual es removida por disposición judicial.

<sup>39</sup> Vide artículos 13 y 14 de la ley uruguaya de fideicomisos. La propia ley uruguaya habilita al fideicomitente a reservarse la facultad de sustituir al fiduciario cuando lo considere prudente. Particular de más dudosa aplicación cuando se trata de un fideicomiso constituido por testamento, si bien cabe la posibilidad, verbigracia, de que el testador le atribuya tal facultad al albacea nombrado en el testamento. También el Código de Comercio de Honduras en su artículo 1042 admite la posibilidad de designación de pluralidad de fiduciarios para que actúen de consuno, y la de designación al único fiduciario nombrado, de un sustituto, alternativa o sucesivamente. Esta misma facultad le viene atribuida al fideicomitente en el artículo 17.4 y 5 de la ley paraguaya de fideicomisos, enfatizándose en el apartado 4 que le compete al fideicomitente la determinación del orden de los fiduciarios en el supuesto de sustitución sucesiva y las condiciones o circunstancias por las que procedería la sustitución. La Ley de fideicomisos de Panamá también regula la posibilidad de sustitución al fiduciario en su artículo 21, pero en este precepto se prevé la designación de sustituto sucesivo, en tanto el legislador emplea la alocución «para que reemplacen al fiduciario», para hacer referencia al o a los sustitutos nombrados. Ergo, el término reemplazo supone que el primer fiduciario aceptó el encargo y se comprometió con él durante un tiempo hasta que resultó reemplazado. La propia norma franquea la posibilidad de que el reemplazo se haga a instancia del fideicomitente o «por la persona a quien éste haya autorizado para hacer el reemplazo o el nombramiento», pero en tal caso exige el cumplimiento de las mismas formalidades que se tuvieron en cuenta cuando se otorgó el instrumento del fideicomiso, particular poco propicio para un fideicomiso constituido

Fideicomisarios y beneficiarios: supuestos en los que coinciden y en los que no. Oportuna distinción

El destinatario final de los bienes fideicomitidos es el fideicomisario, titular de estos, a quienes le serán restituidos tales bienes, una vez acaecido el plazo resolutorio o la condición resolutoria fijada por el fideicomitente en el fideicomiso. Mientras que el beneficiario es quien recibirá los frutos civiles que producirán los bienes fideicomitidos durante la vigencia del fideicomiso, calificándose incluso como «legatario de frutos o de prestaciones periódicos de dinero»,<sup>40</sup> que puede coincidir, o no, con el fideicomisario. Tratándose el primero de la persona fijada por el testador en su testamento para que reciba los bienes fideicomitidos, se erige, según el título atributivo, en heredero o legatario del testador, en tanto que el beneficiario en todo caso actuaría como si fuere un legatario de usufructo, pues como tal, o sea, como beneficiario, sería un perceptor de las rentas y ganancias que se obtendrán con la explotación de los bienes fideicomitidos, cuya titularidad final corresponderá al

---

por testamento, en el que si el testador constituyente delegara tal facultad en el albacea, el nuevo nombramiento no podría nunca estar revestido de las solemnidades tenidas en consideración al momento de la constitución del fideicomiso, pues el albacea no podría recurrir a un testamento y el constituyente ya fallecido no lo podría hacer. El Código de Comercio de Costa Rica también prevé reglas sobre la sustitución del fiduciario en su artículo 639. El artículo 25 de la ley sobre el contrato de fideicomiso de Nicaragua también regula la facultad del fideicomitente de designar sustitutos, eso sí, para el único fiduciario designado, determinando igualmente el fideicomitente el orden de las sustituciones y las condiciones que han de operar para que estas procedan. Facultad que también permite la ley que el fideicomitente delegue en un tercero, e incluso en el fiduciario primeramente designado, salvo que el cese de sus funciones se deba a remoción (*vide* segundo párrafo del mencionado artículo). La Ley paraguaya de fideicomiso regula en su artículo 23 la designación de sustitutos sucesivos del fiduciario, incluso con la particularidad de la rendición de cuentas que ha de hacer el fiduciario saliente al sustituto y la aceptación de éste último, a través de notario público.

<sup>40</sup> Así, se dejó dicho en la conclusión 6 c) de la Comisión n.º 6, dedicada al estudio del fideicomiso testamentario durante las XVII Jornadas de Derecho Civil de Argentina, ya citadas. *Vid. Congresos y jornadas...*, *Op. cit.*, p. 192.

fideicomisario. De todos modos, no todos los ordenamientos jurídicos mantienen tal distinción. Mientras que en la legislación de argentina se distingue claramente las figuras del beneficiario y del fideicomisario, permitiéndosele al fideicomitente hacerlas coincidir, en otros ordenamientos sólo se regula el beneficiario<sup>41</sup> o el fideicomisario,<sup>42</sup> considerándose incluso sinónimos.<sup>43</sup> En todo caso, cuando hablo del beneficiario, entiéndase también como fideicomisario para los ordenamientos jurídicos que así lo tienen concebido.

Al beneficiario —y también al fideicomisario— designado por el constituyente del fideicomiso puede nombrársele sustituto para el supuesto de que fallezca antes de la muerte del fideicomitente o incluso, después de éste, en tanto que si él sólo tiene derecho al disfrute de las rentas y ganancias, podría el fideicomitente nombrarle un sustituto, si su muerte sobreviene antes de finiquitar el plazo por el cual fue constituido el fideicomiso, de igual manera para el caso de que el beneficiario no acepte el beneficio, o aun aceptándolo, renuncie durante el *iter* del fideicomiso a su disfrute, de modo que en esta figura la no aceptación no siempre se equipara a la renuncia, no se acepta cuando el designado beneficiario no quiere arroparse con esta condición. Renuncia el beneficiario a la percepción de los frutos civiles que hasta ese momento venía obteniendo como consecuencia del fideicomiso constituido; eso sí, siempre cabría la designación de sustitutos, que actuarían como sustitutos vulgares. También es posible el nombramiento de sustitutos para el supuesto de que el beneficiario no llegare a existir en el caso de personas

---

<sup>41</sup> Tributan a este criterio la Ley de fideicomiso de Uruguay y la Ley de fideicomisos de Venezuela.

<sup>42</sup> Así, el Código de Comercio de Honduras, el Código de Comercio de Costa Rica, el Código Civil de Colombia, la Ley general del sistema financiero y del sistema de seguros y orgánica de la superintendencia de bancas y seguros del Perú y el Código Civil de Ecuador.

<sup>43</sup> Es la posición de la Ley sobre el contrato de fideicomiso de Nicaragua en su artículo 2, en su quinto párrafo, al definir al fideicomisario y la Ley de negocios fiduciarios de Paraguay. Asimismo, la del artículo 1226, primer párrafo, *in fine*, del Código de Comercio de Colombia.

de existencia futura al momento de la designación, como podrían ser ciertas personas jurídicas, verbigracia, una fundación, cuya constitución se ordena por causa de muerte, o el *nasciturus*, dado que el fideicomiso se puede establecer a favor de personas inciertas, incluso más allá del momento de su designación, esto es, al constituirse, siempre que alcancen certeza durante su existencia.<sup>44</sup>

---

<sup>44</sup> La Ley paraguaya sobre fideicomisos, verbigracia, establece que: «También es válido el negocio fiduciario cuando al momento de su celebración no exista el beneficiario o el fideicomisario, siempre que la existencia de éste sea posible y se realice dentro del término de su duración, de suerte que sus fines puedan tener plenos efectos» (artículo 32, tercer párrafo *in fine*). Aunque la Ley nicaragüense sobre el contrato de fideicomiso establece expresamente como uno de los requisitos la identificación de los sujetos del contrato (vide artículo 14a.), no deja de admitir que «Cuando se trate de beneficiarios futuros o de clases de beneficiarios, deberán expresarse las circunstancias suficientes para su identificación», de lo que se colige que cabe la posibilidad, verbigracia, de designar un concebido como beneficiario o un sujeto todavía no constituido como persona jurídica al momento de la designación, resultando necesario elementos de alcance general que permitan su identificación futura. Por su parte, el Código Civil ecuatoriano establece en su artículo 752 que «El fideicomisario puede ser persona que al tiempo de deferirse la propiedad fiduciaria no existe, pero cuya existencia se espera». La legislación peruana en su artículo 248 dispone que «Es válido el fideicomiso establecido en favor de personas indeterminadas que reúnan ciertas condiciones o requisitos, o del público en general, siempre que consten en el instrumento constitutivo las calidades exigibles para disfrutar de los beneficios del fideicomiso o las reglas para otorgarlos», sigue así los criterios enunciados por las demás legislaciones citadas. La ley panameña sobre fideicomisos, con similar criterio que las anteriores, establece en su artículo 18 «La designación de uno o más beneficiarios no existentes, o una clase de beneficiarios determinables, producirá efectos siempre que uno o más de ellos lleguen a existir o a determinarse durante la vigencia del fideicomiso». En la doctrina venezolana sostiene el profesor Mélich Orsini que «Aun si el fideicomiso se constituyera por una *causa donandi*, nada impediría que sea constituido en favor de los hijos no concebidos de una persona que viva en el momento de la muerte del constituyente, siempre que el fruto de tal prevista concepción nazca antes de tal evento, pues por analogía con la situación de la institución testamentaria deben aplicarse al caso las previsiones de los artículos 17, 809, 840 y 1443 del Código Civil, únicas prohibiciones, justificadas por la voluntad del legislador de asegurar que la libertad de comercio no se vea frustrada por maniobras tendentes a hacer renacer la propiedad vinculada del Antiguo Régimen». Vide MÉLICH

La condición de beneficiario (e igualmente la de fideicomisario) no está supeditada a su existencia física al momento de la muerte del fideicomitente, lo que sí trasciende es que exista al momento de la entrega de los bienes fideicomitidos a su favor, entrega que haría el fiduciario o, en caso de que no coincida la figura del beneficiario con la del fideicomisario, que exista el primero al momento de percibir las rentas y ganancias deferidas a su favor por el fideicomitente. Así, cabría que el sustituto del fideicomisario no exista como persona al momento de la muerte del fideicomitente, en cambio, sí que será necesaria su existencia al sobrevenir el acontecimiento que lleva a que el sustituto reciba los bienes fideicomitidos. Le es dable al fideicomitente nombrarle también sustitutos al fideicomisario pero, en tal sentido, una buena parte de los ordenamientos jurídicos del continente proscriben la sustitución fideicomisaria, a cuyo tenor el fideicomisario tendría que conservar los bienes fideicomitidos a los fines de restituirlos al siguiente fideicomisario, tras sobrevenir su muerte. La sustitución fideicomisaria ha sido muy combatida, a tal punto que Napoleón la proscribió bajo el argumento de que era el expediente perfecto para anquilosar la riqueza, pasándola a manos muertas, al vincularlas a ciertas estirpes familiares.<sup>45</sup> La figura, sin embargo,

---

ORSINI, José. «El fideicomiso en Venezuela». En <[www.msinfo.info/default/.../BolACPS\\_2004\\_142\\_407-438.pdf](http://www.msinfo.info/default/.../BolACPS_2004_142_407-438.pdf)>, consultado el 28 de mayo del 2011, p. 420.

<sup>45</sup> Agudamente expone VALLET DE GOYTISOLO, J.B. *Panorama...*, *Op. cit.*, p. 287, que «A Napoleón le interesó destruir toda la fuerza de los partidarios del *l'Ancien regime* y, por ende, de la nobleza territorial. De ahí que el decreto de 25 de octubre-14 de noviembre de 1792 prohibiera absolutamente las sustituciones fideicomisarias para el futuro y anulara todas las anteriormente creadas que no se hubiesen abierto en dicha fecha. Se ha dicho que la Revolución trataba de facilitar la circulación de los bienes y de liberar la tierra de las limitaciones que entorpecían a los propietarios». Si bien, en realidad, los verdaderos motivos eran políticos. En igual sentido, apuntaba Portalis dos siglos antes que «Sin duda se hizo bien, a favor de la libertad de circulación y por el bien de la agricultura, en proscribir las substituciones absurdas que subordinan el interés de la población viva al interés de la población fallecida, mediante las cuales, por la voluntad de la generación que no está más, la generación que existe se encuentra constantemente sacrificada a la que todavía no existe». *Vide* PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. *Discurso preliminar Código Civil francés*. Facultad de Derecho UBA, La Ley, 2004, p. 43.

sobrevivió a estos embates y en algunos códigos civiles como el colombiano, el chileno, el ecuatoriano, el venezolano y el español, entre otros, se ha mantenido vigente.<sup>46</sup> No obstante, la posibilidad que franquea la sustitución fideicomisaria de existencia de un llamamiento múltiple, de la obligación de conservar y restituir y de la existencia de un orden sucesivo, esta última, nota característica y típica de esta sustitución, ya que de un modo natural lleva implícita la obligación de conservar, lo cual

---

Los ecos de esta prohibición se hicieron sentir en algunos de los más notables juriconsultos y legisladores del siglo XIX. Me refiero a Vélez Sarsfield que en la nota al artículo 3724 de su Código Civil expresó: «Esta sustitución es un obstáculo inmenso al desenvolvimiento de la riqueza a la mejora misma de las cosas dejadas por el testador. Tiene, lo que se creía una ventaja, la conservación de los bienes; pero para esto es preciso una inamovilidad estéril en lugar del movimiento que da la vida a los intereses económicos. La sustitución vulgar no tiene estos inconvenientes, pues no es más que una segunda institución para el caso que no tenga lugar la primera; no trastorna el orden de las sucesiones, ni tiene las propiedades inertes, ni el dominio en suspenso».

<sup>46</sup> Llama la atención la fundamentación que al respecto hace Andrés Bello en la exposición de motivos del Código Civil chileno: «Consérvase, pues, la sustitución fideicomisaria en este proyecto, aunque abolida en varios códigos modernos. Se ha reconocido en ella una emanación del derecho de propiedad, pues todo propietario parece tenerlo para imponer a sus liberalidades las limitaciones y condiciones que quiera. Pero admitido en toda su extensión este principio, pugnaría con el interés social, ya embarazando la circulación de los bienes, ya amortiguando aquella solicitud en conservarlos y mejorarlos, que tiene su más poderoso estímulo en la esperanza de un goce perpetuo, sin trabas, sin responsabilidades, y con la facultad de transferirlos libremente entre vivos y por causa de muerte; se admite, pues, el fideicomiso, pero se prohíben las substituciones graduales, aun cuando no sean perpetuas, excepto bajo la forma del censo, en el que se ha comprendido por consiguiente todo lo relativo al orden de sucesión en las vinculaciones. En el censo mismo se han atenuado las especialidades que lo hacen perjudicial y odioso [...] Es una regla fundamental en este proyecto la que prohíbe dos o más usufructos o fideicomisos sucesivos, porque unos y otros embarazan la circulación y entibian el espíritu de conservación y mejora, que da vida y movimiento a la industria». En efecto, el Código Civil chileno la regula en los artículos 1164 al 1166; el Código Civil colombiano, en sus artículos 1123 al 1125; el Código Civil ecuatoriano, en los artículos del 1191 al 1193; el Código Civil venezolano, en los artículos 963 y 964; y el Código Civil español, en los artículos del 781 al 786.

no es esencial en este tipo de sustitución,<sup>47</sup> se sigue proscribiendo en los fideicomisos bancarios y de otro tipo, regulados en las legislaciones latinoamericanas, de modo que se ha erigido en una prohibición para estos fideicomisos,<sup>48</sup> salvo en contadas legislaciones que admiten en su ordenamiento jurídico la sustitución fideicomisaria,<sup>49</sup> y que incluso ha llevado a cierto sector de la doctrina argentina a la defensa de la posibilidad de que renazca la sustitución prohibida, condenada por Napoleón a una «muerte civil», posición que copiaron fielmente algunos legisladores como Vélez Sarsfield.<sup>50</sup>

---

<sup>47</sup> Según sostiene Vallet de Goytisoló, al pasar revista a la doctrina científica precedente, entre ellos González Palomino y Roca Sastre. Para el maestro «En las sustituciones fideicomisarias el llamamiento *múltiple* y *cronológicamente sucesivo* es su nota esencial, y la *indisponibilidad en perjuicio del sustituto*, una característica natural que el disponente puede dispensar», de ahí la existencia de la sustitución fideicomisaria de residuo, cuando el testador habilita al fiduciario con un poder de disposición de los bienes fideicomitidos. *Vide* VALLET DE GOYTISOLO, J.B. *Panorama...*, *Op. cit.*, p. 295.

<sup>48</sup> *Vide* artículo 9 a) de la Ley de fideicomisos de Uruguay, artículo 1230.2 del Código de Comercio de Colombia.

<sup>49</sup> *Vide* artículo 8 de la ley venezolana sobre fideicomisos. La ley sobre el contrato de fideicomiso de Nicaragua, si bien prohíbe como regla la sustitución del fideicomisario a la muerte de éste, la admite por excepción en los casos «en que la sustitución se realice a favor de quienes estén vivos o concebidos ya, a la muerte del fideicomitente» (artículo 12 b.), al igual que el Código de Comercio de Costa Rica con una redacción casi idéntica en el artículo 661 b. La legislación peruana, por su parte, en el artículo 249 reafirma este criterio al estipular que «El fideicomiso puede constituirse en beneficio de varias personas que sucesivamente deban sustituirse, por la muerte de la anterior o por otro evento, siempre que la sustitución tenga lugar en favor de personas que existan cuando quede expedito el derecho del primer designado».

<sup>50</sup> *Vide* FUENTES, Juan A. «Fideicomiso testamentario y sustitución fideicomisaria». En *JA* 2001-III-945, *Lexis* n.º 0003/008415, pp. 8 y ss.; FERRER, FRANCISCO A.M. «El fideicomiso testamentario y la flexibilización del Derecho Sucesorio». En *JA* 1999-III-1038, *Lexis* n.º 0003/000069, pp. 4 y ss.; GARCÍA DE GHIGLINO, Silvia y Lidia B. HERNÁNDEZ. «La sustitución fideicomisaria y el fideicomiso testamentario (El Código Civil y la ley 24.441)». En *La Ley*, 1997-A, 953, p. 9. Igualmente, IÑIGO, Delia B. «Sustitución fideicomisaria de remanente». En *JA* 1999-III-1049,

La discutida condición del fideicomisario como sucesor *mortis causa* del fideicomitente. En todo caso: ¿heredero o legatario?

Delimitada la figura del fideicomisario como el destinatario final de los bienes fideicomitados, incluso de las rentas derivadas de su explotación por el fiduciario, en aquellos ordenamientos jurídicos en que no se distingue entre beneficiario y fideicomisario no tengo la menor duda de que, a diferencia del sustituto fideicomisario, que tal como he expresado algunas legislaciones lo admiten, nombrándosele un sustituto al primer fideicomisario, tras el fallecimiento de éste, y siempre que ello opere dentro del plazo máximo que los ordenamientos jurídicos establecen para la duración del fideicomiso,<sup>51</sup> el fideicomisario es un sucesor *mortis causa* del fideicomitente, tal como ya fue expuesto en las XVII Jornadas de Derecho Civil de la Argentina, celebradas en el año 1999.<sup>52</sup> A diferencia del fiduciario, en los fideicomisos simples (en concreto los bancarios), el fideicomitente pretende favorecer al beneficiario y al fideicomisario; precisamente en atención a ellos o a él, según el caso, es que se constituyen.

---

Lexis n.º 0003/000071, pássim, quien aboga por esta modalidad de la sustitución fideicomisaria.

<sup>51</sup> El cual por regla general está en los treinta años, salvo los supuestos de excepción que las normas reconocen. *Vide* artículo 4 c. de la ley argentina reguladora de los fideicomisos, artículo 1037.4 del Código de Comercio de Honduras, artículo 800 del Código Civil colombiano, artículo 661 c) del Código de Comercio de Costa Rica, artículo 33 b. de la Ley de fideicomisos de Uruguay, artículo 9 de la Ley de fideicomisos de Venezuela (en este caso se hace la salvedad de que el plazo máximo de treinta años opera en los fideicomisos constituidos a favor de una persona jurídica, lo que induce a pensar que si es a favor de una persona natural no es de aplicación tal plazo), artículo 12 c) de la ley nicaragüense sobre el contrato de fideicomiso, artículo 9.2 de la ley paraguaya sobre fideicomiso.

El Código de Comercio de Colombia regula un plazo más breve que asciende a veinte años, salvo en los casos en que por excepción puede ser superior.

<sup>52</sup> Así, conclusión 6 b. de la Comisión n.º 6, ya referenciada. *Vide Congresos y jornadas nacionales de Derecho Civil 1927-2003, Op. cit.*, p. 192.

Al definir el fideicomiso testamentario Medina y Maderna Etchegaray apuntan que «Es la disposición de última voluntad mediante la cual una persona (causante-fiduciante) transmite la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (sucesor fiduciario), quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designa en el testamento (beneficiario) y a transmitirla al cumplimiento de un plazo o condición al **sucesor beneficiario o al sucesor fideicomisario**»<sup>53</sup> (resaltado mío). El fideicomisario, aunque recibe los bienes fideicomitados del fiduciario, tras la liquidación de las deudas y la explotación de tales bienes trae causa del fideicomitente, si bien su posición se asemeja a la del legatario de parte alícuota, pues resulta ser el destinatario final de los bienes (es un beneficiario residual), pero liberándose del pago de las deudas hereditarias, lo cual no quiere decir que a los acreedores no le hayan sido satisfechos sus créditos, sino que tales créditos tuvieron que haberse pagado por el albacea con cargo al patrimonio hereditario, pues el patrimonio afecto al fideicomiso sólo responde de las deudas contraídas en ocasión de su propia explotación. Pero es en el caudal hereditario donde los acreedores han de encontrar la satisfacción de sus créditos, por lo cual nunca podrá constituirse un fideicomiso como mecanismo de defraudación de los intereses de los acreedores del causante; al menos el Derecho no lo respaldará.

No obstante, si fallece el fideicomisario antes de que le sean restituidos los bienes fideicomitados, no transmitirá derecho alguno a sus respectivos causahabientes y, por el contrario, se abrirá paso a la sustitución prevista por el propio testador en el título constituyente del fidei-

---

<sup>53</sup> *Vide* MEDINA, Graciela y HORACIO MADERNA ETCHEGARAY. «El fideicomiso testamentario en el Proyecto de Código Civil de 1999 (Su relación con la legítima y la protección de incapaces)». En *JA* 1999-III-1067, *Lexis* n.º 0003/000075, p. 3. Posición que ya sostenía Graciela Medina desde su artículo «Fideicomiso testamentario. ¿Cómo evitar el fraude a la legítima, a los acreedores y a las incapacidades para suceder?». En *JA* 1995-III-705, pp. 9-11, y que también defiende PETTIGIANI, Eduardo J. «La legítima del heredero menor de edad frente al fideicomiso constituido por testamento». En *JA* 1999-III-1078, *Lexis* n.º 0003/000077, p. 7.

comiso.<sup>54</sup> Aún así, en materia de beneficiario, si el constituyente no lo ha prohibido, cabría la transmisibilidad *inter vivos* o *mortis causa* de su derecho, en tanto una vez fallecido el testador se entiende constituido el fideicomiso. Como aduce Mélich Orsini «Los derechos del beneficiario nacen por el sólo hecho de la constitución del fideicomiso a su favor, sin necesidad de que manifieste aceptación».<sup>55</sup> Tal es la fórmula empleada en este orden por algún ordenamiento jurídico.<sup>56</sup>

A diferencia de la sustitución fideicomisaria, en el fideicomiso simple, el fenómeno sucesorio concluye en el fideicomisario, quien es el verdadero sucesor del testador.

### 2.5.2. *La capacidad del fideicomisario para adquirir el fideicomiso*

Si parto de la tesis de que el fideicomisario es un sucesor por causa de muerte, aun a título particular del fideicomitente, la capacidad del fideicomisario para adquirir el fideicomiso no sólo será la general que reconocen los ordenamientos jurídicos, sino también la *testamentifactio* pasiva, o capacidad para suceder por testamento. El fideicomisario, al igual que el beneficiario, en los ordenamientos en que se distinguen tales sujetos, no pueden estar incurso en ninguna de las incapacidades para suceder, admitir lo contrario sería burlar las normas que vetan la aptitud sucesoria del designado. Quien está incurso en ellas, no será

---

<sup>54</sup> Según dispone el artículo 775 del Código Civil ecuatoriano: «El fideicomisario que fallece antes de la restitución no transmite, por testamento o abintestato, derecho alguno sobre el fideicomiso, ni aún la simple expectativa, que pasa ipso jure al sustituto o sustitutos designados por el constituyente, si los hubiere».

<sup>55</sup> Vide MÉLICH ORSINI, J. *Op. cit.*, p. 421.

<sup>56</sup> Verbigracia, en el Derecho argentino se establece en el artículo 3 de la legislación reguladora de los fideicomisos que «El derecho del beneficiario puede transmitirse por actos entre vivos o por causa de muerte, salvo disposición en contrario del fiduciante», lo cual hace colegir que el beneficiario es titular del derecho a las rentas y demás frutos derivados de la explotación de los bienes fideicomitados desde que se constituye el fideicomiso, en materia testamentaria, a partir de la apertura de la sucesión.

llamado, ni como heredero, ni como legatario y tampoco como fideicomisario, en cualquier condición en la que pretendiere concurrir. La profesora Medina incardina los fideicomisos testamentarios en el ordenamiento jurídico argentino dentro de los principios de orden público sucesorio que han de ser respetados, entre los que incluye el régimen de incapacidades para suceder, a tal punto que su vulneración conllevaría a la nulidad absoluta del fideicomiso.<sup>57</sup> A mi juicio, si el fideicomisario es incapaz para suceder, se abriría paso a la sustitución prevista por el fideicomitente, y de no existir sustitutos, los bienes fideicomitados por testamento pasarían a los herederos del causante sin que llegue a provocarse la nulidad del fideicomiso. Empero, este un tema abandonado en algunas de las legislaciones que regulan el fideicomiso, en tanto otras se limitan a exigir en el fideicomisario la capacidad de goce.<sup>58</sup> Se exceptúan algunos ordenamientos que sí exigen del fideicomisario testamentario la capacidad para suceder.<sup>59</sup>

---

<sup>57</sup> *Idem*, pp. 12 y 15. En tanto ORLANDI, Olga E. «El interés familiar en el fideicomiso testamentario». En *JA* 1999-III-1072, *Lexis* n.º 0003/000076, p. 4, califica tal situación como un supuesto de nulidad relativa.

<sup>58</sup> *Vide* artículo 32, primer párrafo, de la ley paraguaya sobre fideicomisos. Con alcance también general el artículo 1043, primer párrafo, del Código de Comercio de Honduras: «Pueden ser fideicomisarias las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para recibir el provecho que el fideicomiso implica». El resto ni tan siquiera hace alusión a la capacidad del fideicomisario.

<sup>59</sup> Inclúyanse aquí la ley venezolana sobre fideicomisos que deja bien claro en su artículo 7 que «No puede constituirse fideicomiso que atribuya gratuitamente beneficios a persona incapaz para recibir por testamento o para adquirir por donación»; la nicaragüense sobre la materia, que en su artículo 20, tercer párrafo, dispone: «El incapaz para adquirir por donación o el incapaz de heredar, no podrán ser fideicomisarios de un fideicomiso testamentario, cuando los beneficios de éste deriven exclusivamente de la muerte del fideicomitente»; el Código de Comercio costarricense que en su artículo 635 *in fine* establece: «Las causales de indignidad que consagra el Código Civil se aplicarán al fideicomisario»; el Código de Comercio guatemalteco que en su artículo 767, segundo párrafo explícita: «El que no puede heredar por incapacidad o indignidad, no puede ser fideicomisario de un fideicomiso testamentario».

2.6. *El objeto del fideicomiso testamentario: ¿una universalidad, una parte alícuota o bienes determinados?*

Al constituir vía testamentaria un fideicomiso, el testador dispone de su propio patrimonio, sobre el cual va a formar un patrimonio de afectación, sustento mismo del fideicomiso. En tal sentido, la pregunta que la doctrina científica se formula radica en precisar sobre qué recae ese objeto del fideicomiso: ¿cabe que sea una universalidad?; ¿tan sólo una parte alícuota?; ¿bienes concretamente determinados?

No es unánime en la doctrina admitir que se pueda disponer del patrimonio *in integrum* para la constitución de un fideicomiso por testamento. Sabemos que la existencia de un régimen legitimario, custodiado por normas de *ius cogens*, se erige como un obstáculo, sino insalvable, sí bien difícil de superar. No obstante, hoy en día, a salvo las legítimas y los derechos crediticios de los acreedores, el testador puede disponer de todos sus bienes y derechos, tangibles e intangibles para la constitución de un fideicomiso. Esta posición es rechazada por cierto sector de la doctrina argentina. Los profesores Medina y Maderna Etchegaray, al formularse esta pregunta, responden negativamente a partir del contexto de su Derecho patrio. Las razones que aducen al respecto pueden sintetizarse en: a) la naturaleza real del dominio fiduciario, lo cual conlleva a que éste se constituya sobre bienes determinados que estén en el comercio, de modo que «De admitirse que se pudiera constituir sobre una universalidad se produciría una situación de inseguridad jurídica, porque no se podría determinar cuál es el patrimonio de afectación o autónomo»;<sup>60</sup> b) la existencia de una prohibición legal al respecto, en tanto que el artículo 4 de la Ley n.º 24441 establece que el fideicomiso se debe constituir sobre bienes determinados, individualizados, lo que excluye la constitución sobre una universalidad o sobre una parte alícuota de un patrimonio. No obstante, del análisis de este propio precepto que establece que «En caso de no resultar posible tal individualización a la fecha de la celebración del fideicomiso, constará

<sup>60</sup> MEDINA, G. y H. MADERNA ETCHEGARAY. *Op. cit.*, p. 4.

la descripción de los requisitos y características que deben reunir los bienes», se sostiene por los autores que, de constituirse el fideicomiso por testamento «[...] habrá que estar a la descripción y características que deben tener los bienes al momento de la muerte del causante, porque no hay que olvidar que este fideicomiso va a comenzar después de la muerte del testador. Así consideramos válida —por ejemplo— la constitución de un fideicomiso sobre todos los bienes inmuebles existentes a la muerte del causante, ya que en este caso se pueden perfectamente determinar»,<sup>61</sup> c) por último, rematan su argumentación en que si bien «[...] no existe una norma expresa que diga que el fideicomiso testamentario debe estar constituido sobre bienes determinados, [...] esta condición surge de la aplicación al fideicomiso testamentario de las normas generales sobre sucesión y sobre el contrato de fideicomiso».<sup>62</sup>

En la propia doctrina argentina, más dubitativa —y diría yo, permisiva—, es la posición de Améndola, partiendo de la complejidad que supondría dar en fideicomiso una herencia, en tanto comprometería la propia condición del heredero. Para ello hace referencia a que «Algunos autores se inclinan por considerar que la Ley 24.441 ha abierto la posibilidad de que las herencias universales sean objeto de un fideicomiso, especialmente por la posibilidad que otorga que los bienes no sean individualizados de no ser posible, sino que se brinden las características necesarias para hacerlo en el futuro. Asimismo, también se tiene en cuenta que no se vería limitado el derecho del heredero sino que se lo somete a un cargo o un plazo y sólo se establece un coto al *iter* temporal en el que el derecho tiene vigencia y no a la aceptación que, como es bien sabido, adquiere carácter de irrevocable».<sup>63</sup> Empero, al tomar partido evade una respuesta certera, de modo que «[...] reconociendo que el tema es muy intrincado y posee muchas aristas, es que deberá estarse a cada fideicomiso sucesorio y analizar sus disposiciones en detalle a fin de evaluar si

---

<sup>61</sup> *Idem*, p. 5.

<sup>62</sup> *Ibidem*.

<sup>63</sup> AMÉNDOLA, M.A. *Op. cit.*, p. 4.

se viola alguna regla sobre las herencias universales y la designación de herederos».<sup>64</sup>

La escribana Armella se inclina por la posibilidad de que objeto del fideicomiso testamentario lo puedan ser universalidades,<sup>65</sup> ello tras la modificación del artículo 2662 del Código Civil argentino por la Ley n.º 24441, que habla de propiedad fiduciaria, expresión más vasta que dominio fiduciario, razón por la cual pudiera incluso constituirse un fideicomiso sobre bienes que al tiempo de la redacción del testamento no estén en el patrimonio del testador, pero que sí lo estén al tiempo de la apertura del proceso sucesorio, ello al amparo del artículo 4 a) de la Ley n.º 24441, que es de aplicación en los casos en que no sea posible la individualización de los bienes fideicomitidos. «Consecuentemente los bienes pasibles de ser fideicomitidos pueden ser una porción del patrimonio total del testador, representada en una suma de dinero en efectivo, un inmueble que genere un fruto civil periódico, títulos valores con rentas fijas o variables, acciones de cualquier empresa que generen dividendos, obligaciones negociables, etcétera».<sup>66</sup> No obstante, apoyada en la doctrina precedente, insiste en que ha de aclararse que objeto de los fideicomisos podrán ser «universalidades», no así la universalidad como patrimonio total del testador.<sup>67</sup>

Sin embargo, ésta no es la posición que siempre prevalece en el Derecho comparado, donde en algunos ordenamientos jurídicos sí se le da luz verde a la posibilidad de destinar toda la universalidad de bienes y derechos para la constitución por testamento del patrimonio fideicomitado. De ahí que, verbigracia, en el Derecho uruguayo se deja esclarecido

---

<sup>64</sup> *Ibidem*.

<sup>65</sup> Posición que también defiende PETTIGIANI, E.J. *Op. cit.*, p. 13, en la primera conclusión a la que arriba en su trabajo.

<sup>66</sup> ARMELLA, Cristina N. «El fideicomiso constituido por testamento (artículo 3 de la Ley 24.441)». En *Financiamiento de la vivienda y de la construcción Ley n.º 24441*, tomo I, José María R. Orelle, Cristina Noemí Armella, Jorge R. Causse. Buenos Aires: Ad-hoc, 1995, tomo I, p. 215.

<sup>67</sup> *Idem*, p. 216.

que «El fideicomiso testamentario podrá recaer sobre **toda la herencia** o una cuota parte de la misma, o sobre bienes, derechos, **universalidades de bienes**, y demás relaciones jurídicas activas que compongan el patrimonio sucesorio» (*vide* artículo 5 de la ley de fideicomisos); en el Derecho panameño se explicita que «El fideicomiso puede ser constituido sobre bienes determinados o sobre **todo o parte de un patrimonio**» (*vide* artículo 3 de la Ley de Fideicomisos). En el Derecho colombiano, su Código Civil establece que «No puede constituirse fideicomiso sino sobre la **totalidad de una herencia** o sobre una cuota determinada de ella, o sobre uno o más cuerpos ciertos». Este precepto se reproduce en el artículo 749 del Código Civil ecuatoriano.

### *2.7. Posibilidad de constituir fideicomisos por testamento y las normas de ius cogens protectoras de las legítimas*

Quizás el tema que más ha movido a la doctrina latinoamericana en el estudio del fideicomiso testamentario en el de su «adaptación» y «acomplamiento» dentro de los sistemas legitimarios que regulan una buena parte de los ordenamientos jurídicos del continente. ¿Cómo pueden convivir armónicamente los fideicomisos y las legítimas? ¿Cómo evitar las fricciones que entre ellos pudieran suscitarse? ¿Cabe gravar la cuota de la legítima a favor de legitimarios que requieren asistencia económica? ¿En aquellos países que cuentan con una ley especial sobre fideicomisos, la posibilidad de admitirlos, vía testamentaria, supone una derogación tácita de las normas que constituyen los guardianes de la intangibilidad cualitativa y cuantitativa de las legítimas? Una ojeada a la doctrina precedente nos dará la razón sobre lo polémico del tema.

En la doctrina argentina los debates han sido arduos y muy agudos, sobre todo en lo que concierne a si la ley reguladora de los fideicomisos ha derogado las normas que impiden poner gravamen alguno a las legítimas, o si es posible una interpretación sistémica del Derecho argentino que viabilice la concepción del fideicomiso como una de las excepciones a la intangibilidad de la legítima, cuando los beneficiarios del fideicomi-

so lo sean legitimarios menores de edad, o incluso mayores de edad pero con discapacidad o judicialmente incapacitados. Para Ferrer, no resulta coherente que si se admiten otras normas legales anteriores a la Ley n.º 24441 (como la leyes 14394 y 20798 que modificaron el régimen sucesorio incorporando restricciones a la intangibilidad de la legítima —y tales restricciones se aceptan aun cuando, como en el caso del bien de familia o del derecho real de habitación viudal, puedan afectar a los herederos forzosos por un plazo mayor de diez años—), entonces «[...] por qué no se acepta con igual lógica la restricción establecida por la Ley 24441, al fijar en treinta años el plazo máximo del fideicomiso, pretendiendo borrar lo que dispone la ley, siendo que además la misma ley especial no ha dispuesto que este instituto no puede afectar la legítima, y ha declarado derogada toda disposición que se oponga a sus normas (artículo 97)».<sup>68</sup> A su juicio, «No puede restringirse el alcance de la ley invocando la normativa de una ley anterior, porque entonces se llega a invertir el principio de interpretación y a sostener que la ley anterior deroga a la posterior, lo que no es razonable. Ello implicaría reconocer a la tradición la fuerza de detener la evolución del derecho. Con las mismas consideraciones que ahora se invocan contra la reforma de la Ley n.º 24441, también se habría negado validez a las reformas de las leyes n.ºs 14394 y 20798, lo que no resulta admisible y carece de rigor lógico».<sup>69</sup>

De este modo, concluye el autor citado en

[...] que cuando el fideicomiso tiende a proteger a un heredero forzoso incapaz o a toda la familia, y comprende bienes hereditarios que afectan la legítima, los herederos forzosos lesionados deberán soportar esta restricción, aunque el causante hubiese establecido el plazo máximo de duración (treinta años), o la condición resolutoria de que el incapaz fallezca o cese su incapacidad, pues se trata de una excepción más a la intangibilidad de la

<sup>68</sup> Vide FERRER, F. *Op. cit.*, p. 7.

<sup>69</sup> *Ibidem.*

legítima, tal como en los casos del bien de familia o del derecho real de habitación del cónyuge supérstite.

No ocurrirá así en el caso de que el beneficiario o fideicomisario sea un tercero, en cuyo caso procederá la acción de reducción para que los bienes comprendidos en el fideicomiso se reduzcan a los límites de la porción disponible. El tercero podrá desinteresarse a los herederos forzosos pagándoles el valor de los bienes de que han sido privados. La misma solución para el caso de que en lugar de un tercero, sea alguno de los herederos forzosos, no incapacitado.<sup>70</sup>

Por su parte, Lloveras, aunque de *iure condendo*, aboga por la posibilidad de que el fideicomiso pueda gravar las legítimas. De *iure condicto* considera que el Derecho vigente en la Argentina no lo permitiría, de modo que

Si el causante excede la porción disponible por las disposiciones atinentes al fideicomiso [...], no resulta posible en el sistema actual, legitimar o de otro modo inferir, por la razón que fuere, que es posible desconocer la legítima de los llamados, o que los legitimarios pueden ser silenciados, u obligados a esperar el cumplimiento de la condición o plazo del fideicomiso testamentario [...].

Los jueces no podrán salvar el fideicomiso testamentario por mayores, mejores y distintas interpretaciones que se postulen, y esta invasión desde el fideicomiso testamentario al sistema de la legítima no encuentra respaldo en la ley.<sup>71</sup>

También Fuentes se muestra partidario de la prevalencia de las normas imperativas protectoras de las legítimas frente a la figura del fideicomiso testamentario. En un perspicaz estudio sobre el tema sostiene la

---

<sup>70</sup> *Ibidem*.

<sup>71</sup> LLOVERAS, N. *Op. cit.*, p. 4.

tesis de que la vigencia de las normas sobre las legítimas «[...] importa una sensible limitación a las posibilidades con que cuenta el testador a la hora de constituir un fideicomiso». <sup>72</sup> Ante la vulneración de tales disposiciones imperativas, le cabría a los herederos forzosos el ejercicio de las «[...] acciones previstas para el resguardo de la intangibilidad de la porción legítima». <sup>73</sup> Si el beneficiario del fideicomiso fuere un tercero, ajeno a los legitimarios, pudiera resultar favorecido con «[...] un monto superior a aquel del cual el testador podía disponer; circunstancia que dependerá del plazo fijado para la finalización del fideicomiso, o de que ocurra el hecho previsto como condición», <sup>74</sup> supuesto para el que el autor sostiene que los legitimarios afectados tendrían a su disposición la posibilidad de «[...] elegir entre respetar las condiciones del fideicomiso, o entregar al beneficiario la porción disponible». <sup>75</sup> Si el beneficiario del fideicomiso fuere un heredero legítimo, a juicio del propio autor, la solución sería también similar a la propuesta para el caso anterior, «[...] sólo que en éste debe interpretarse que el testador ha querido mejorar al heredero designado, de acuerdo a la facultad que le confiere el artículo 3605 CC., motivo por el cual dicho heredero tendrá derecho a recibir su porción legítima más la disponible del testador». <sup>76</sup> En el caso de que el testador, al constituir el fideicomiso, designare fideicomisario a un tercero y beneficiario a un legítimo, éste igualmente podría cuestionar el fideicomiso argumentando que se ha violado la intangibilidad de su porción legítima, ya que no será él el destinatario final de los bienes fideicomitados, de los cuales no tiene ni la administración, en virtud de haberse confiado al fiduciario; ante lo cual, el tercero fideicomisario, sólo podrá sostener, y deberá probar, que las rentas del fideicomiso cubren la porción legítima del heredero beneficiario, la cual en consecuencia, no resulta alterada. No obstante, de triunfar la postura

---

<sup>72</sup> FUENTES, Juan A. «El fideicomiso testamentario: carácter limitado de los alcances de su aplicación fáctica». En *JA* 1999-III-1044, *Lexis* n.º 0003/000070, p. 4.

<sup>73</sup> *Ibidem*.

<sup>74</sup> *Idem*, pp. 4-5.

<sup>75</sup> *Idem*, p. 5.

<sup>76</sup> *Ibidem*.

del legitimario, caerán las cláusulas regulatorias del fideicomiso y deberá salvarse la legítima del heredero forzoso.

Para Fuentes, a modo de epítome, «La presencia de herederos forzosos, significa una importante limitación a las posibilidades de la autonomía de la voluntad del testador, al regular el fideicomiso, generándose un gran número de situaciones en las que las cláusulas testamentarias ceden frente al carácter imperativo de ciertas normas de orden público».<sup>77</sup>

Medina defiende igual criterio, considerando que cualquier fideicomiso sobre la parte de la legítima será considerado nulo de pleno derecho, la existencia de herederos forzosos limita al testador fideicomitente la posibilidad de constituir un fideicomiso únicamente sobre la libre disposición. Permitir que el heredero forzoso reciba como pago de su legítima una propiedad fiduciaria supondría, según el criterio de la autora, el cual comparto, gravar la legítima con una carga o condición que vulneraría, a mi juicio, la intangibilidad cualitativa de la legítima (prohibida en el artículo 3598 del Código Civil argentino). De manera que «Mientras exista un sistema de legítimas tan alto [...], la utilidad del fideicomiso por testamento será de muy escaso valor».<sup>78</sup>

También se adhiere a esta posición Améndola, quien sostiene que «De ninguna manera podría verse afectada la porción de algún heredero forzoso por haberse constituido un fideicomiso testamentario, puesto que la llamada legítima hereditaria es norma de fondo, del Código Civil, y no podría ser afectada por una simple ley y menos aún por la voluntad de las partes».<sup>79</sup> Con similar tesis, Sarubo nos dice «Existiendo herederos forzosos el causante sólo podrá afectar bienes determinados a un fideicomiso en la medida que dichos bienes no excedan, en valor, a su porción disponible (arts. 3601 y 3605 del C.C.). En caso de que la

---

<sup>77</sup> *Ídem*, p. 6.

<sup>78</sup> MEDINA, G. «Fideicomiso testamentario. ¿Cómo evitar...». *Op. cit.*, p. 14.

<sup>79</sup> AMÉNDOLA, M.A. *Op. cit.*, p. 6.

superaran, los herederos podrán demandar la reducción del legado que afecta a bienes fideicomitidos». <sup>80</sup>

Baca Martínez y Gonzalía también concluyen que la legítima es, en principio, invulnerable, pero matizan como excepción el caso en que los beneficiarios o los fideicomisarios sean personas incapacitadas, supuesto en que se trataría «[...] de una postergación temporal, razonable y justificada del goce de la legítima de los demás herederos, confiriéndole una prioridad a la situación del incapaz». <sup>81</sup>

Igualmente, Armella sostiene, en principio, la prevalencia de las normas sobre las legítimas frente al fideicomiso testamentario, pero ofrece alternativas que permiten proteger a los legitimarios, sin que con ello se impida la constitución de un fideicomiso, incluso sobre bienes que forman parte de la legítima, sobre la base de la tesis de la excepción. De ese modo, se considera al fideicomiso como una excepción a la intangibilidad de la legítima, que sólo se verá postergada temporariamente en la partición de los bienes (artículo 3452 del Código Civil argentino) «En pos de metas superiores, como es, por ejemplo, la propia protección de los bienes fideicomitidos que le correspondan al heredero incapaz. Todo ello siempre y cuando se involucre en él a todos los herederos legitimarios como fideicomisarios y no se pretenda beneficiar a través de esta figura a algunos de entre todos ellos, salvo imputación a la parte disponible o a terceros, existiendo herederos forzosos». <sup>82</sup> Para esta autora, sustentándose en otras excepciones establecidas en el Derecho argentino en materia de intangibilidad de la legítima como el bien de familia o la indivisión poscomunitaria, sería entonces posible establecer fideicomisos testamentarios aplicando los plazos vigentes para las indivisiones poscomunitarias

---

<sup>80</sup> SARUBO, Óscar E. «Fideicomiso testamentario». En *Revista Notarial* n.º 935, 2000, p. 294.

<sup>81</sup> *Vide* BACA MARTÍNEZ, Eloísa y María Victoria GONZALÍA. «Fideicomiso testamentario en el Derecho argentino». En *Revista Notarial* n.º 950, año 111, enero-abril 2005, p. 190.

<sup>82</sup> ARMELLA, C.N. *Op. cit.*, p. 245.

hereditarias de la Ley n.º 14394 (de diez años), lo cual constituiría «[...] una forma viable de armonización de las leyes, que tienen que ver con la postergación de la disponibilidad de los bienes del causante».<sup>83</sup> Para Armella, el hecho de que el legislador argentino no regulara una norma expresa que prohibiera gravar la legítima por medio del fideicomiso no autoriza a defender que las normas sobre legítimas han sido derogadas por las reguladoras del fideicomiso testamentario, ya que se trata de normas de orden público «Pero sí es posible entender que la constitución del fideicomiso testamentario, incrementa la lista de posibles excepciones a la intangibilidad de la legítima, siempre y cuando responda a finalidades superiores, como la protección patrimonial de incapaces o de la familia misma, desplazándose de este supuesto el beneficio de terceros no legitimarios».<sup>84</sup>

Sin embargo, no todos los ordenamientos jurídicos han dibujado la figura del fideicomiso al albur de las rígidas normas reguladoras de las legítimas, ancladas en el Derecho Romano que impide fórmulas más dúctiles como los fideicomisos en función claramente tuitivas de menores de edad, pródigos, personas con discapacidad, con dependencia económica, etcétera. Así, verbigracia, en el ordenamiento venezolano, que igualmente reconoce las legítimas, al regularse en el artículo 6 de la ley sobre la materia que «El fideicomiso puede constituirse sobre toda clase de bienes, salvo aquellos que, conforme a la Ley, sean estrictamente personales a su titular», se prevé, incluso, una extensión de la legitimación del fideicomitente «[...] para comprometer su patrimonio más allá de su muerte y en desmedro de las disposiciones legales sobre la legítima hereditaria (a favor del cónyuge e hijos) cuando se trate de proteger a herederos que sean incapaces (menores, entredichos o inhabilitados) en el momento de la apertura de su sucesión»,<sup>85</sup> según el dictado de los artículos 10 y

---

<sup>83</sup> *Idem*, p. 247.

<sup>84</sup> *Idem*, p. 249.

<sup>85</sup> MÉLICH ORSINI, J. *Op. cit.*, pp. 418-419.

11 de la Ley de fideicomisos,<sup>86</sup> que incluye fórmulas atinadas como la de pagar, el fiduciario, cuando el fideicomiso recaiga sobre la porción de legítima destinada a un menor, con carácter semestral, las rentas que produzcan los bienes al progenitor que tenga el usufructo legal de éstos.

Interesante es también el caso del Derecho peruano, que sin la laxitud del Derecho venezolano intenta ofrecer vías para proteger a menores o pródigos admitiéndose así gravar su legítima, siempre que estos sean a su vez los beneficiarios de los fideicomisos constituidos por testamento. Según nos refiere la profesora De la Fuente Hontañón, se regula de este modo la posibilidad de que el fideicomitente pueda constituir un fideicomiso sobre los bienes que toquen a la legítima de algunos de los herederos menores o incapaces, en beneficio de ellos mismos y mientras subsista la minoridad o la incapacidad. El legislador, en el párrafo tercero del artículo 244, «[...] se fija exclusivamente en la incapacidad

---

<sup>86</sup> Así, según el dictado del artículo 10: «No obstante lo dispuesto en el Código Civil sobre la legítima (artículos 883 y ss.), el testador puede disponer la constitución de un fideicomiso respecto de la misma, o parte de ella, en favor de los herederos forzosos siempre que éstos hayan realizado reiteradamente actos de prodigalidad o se encuentren de tal manera insolventes que sus futuras adquisiciones se verían seriamente amenazadas. En tal caso, no obstante lo dispuesto en el acto constitutivo, los herederos forzosos beneficiados tendrán derecho a percibir las rentas de los bienes fideicomitados, semestralmente. [...] La constitución de fideicomiso sobre la legítima o parte de ella, no tiene efecto si a la muerte del testador los herederos forzosos han abandonado de modo permanente la vida pródiga o no se encuentran en el estado de insolvencia que dio origen a la disposición del testador; y en todo caso, termina el fideicomiso si ello ocurre con posterioridad. [...] A la terminación del fideicomiso sobre la legítima o parte de ella, los bienes fideicomitados serán transferidos a los herederos forzosos o a los herederos de éstos».

Artículo 11: «La constitución del fideicomiso en favor de incapaces por el tiempo de su incapacidad es válida, incluso respecto de la legítima de ellos. No obstante, en la medida en que los bienes fideicomitados comprendan la legítima de un menor, aun cuando el acto disponga otra cosa, el fiduciario pagará semestralmente, por lo menos, las rentas al padre o a la madre que tenga el usufructo legal de los bienes del hijo [...] Los bienes fideicomitados que correspondan a la legítima del incapaz, deberán ser transferidos necesariamente a éste al cesar su incapacidad, o en cualquier otro caso de terminación del fideicomiso».

del pródigo que va a ser beneficiado con el fideicomiso, en cuanto le otorga al fideicomitente la posibilidad de calificarla él mismo sin mediación judicial. En este caso, el fideicomiso dispuesto dura basta cinco años después del fallecimiento del causante, pero que podrá ser menor en el caso de que el presunto pródigo acredite ante el juez que tiene la capacidad necesaria para administrar sus bienes. En todo caso, será la empresa fiduciaria la que debe atender al mantenimiento del menor o del incapaz con cargo a las rentas o frutos del fideicomiso». <sup>87</sup> Con todo, el tema toca a fondo porque pudiera entenderse que entran en colisión normas legales de un mismo ordenamiento jurídico (me refiero al artículo 244, ya citado en relación con el artículo 733 del Código Civil que recoge la intangibilidad cualitativa de la legítima, más que con respecto al artículo 723 que regula la intangibilidad cuantitativa de la legítima, al impedirse privarle a los legitimarios de su legítima, lo que no opera con la figura del fideicomiso). Como aduce la autora citada «Para resolver esa antinomia debe aplicarse el principio de especialidad normativa, por lo que deberá preferirse la primera (se refiere a la legislación sobre fideicomiso). No ha habido una armonización de estos preceptos y hubiera sido preferible una nueva redacción de ambos artículos del Código Civil».

Similar a lo acontecido en Argentina, las normas sobre fideicomisos no han dejado clara la posición sobre las legítimas, si bien en el Derecho peruano, el artículo 244 resulta de mayor calado al establecer concretamente la fórmula para favorecer a los menores e incapaces. Según el dictado literal del segundo párrafo del mencionado precepto «Puede el fideicomitente constituir en fideicomiso los bienes que toquen a la legítima de alguno de sus herederos menores o incapaces, en beneficio de ellos mismos y mientras subsista la minoridad o la incapacidad». No obstante, el principio general de protección a los legitimarios queda regulado en el primer párrafo, cuando les faculta a «Exigir la devolu-

---

<sup>87</sup> DE LA FUENTE HONTAÑÓN, Rosario. «El fideicomiso testamentario bancario: posibilidad de gravar la legítima como medio de protección del menor y del incapaz». En *Revista de Derecho de la Universidad de Piura*, n.º 9, 2008, p. 76.

ción de los bienes fideicomitidos por su causante a título de fideicomiso gratuito, en la parte que hubiere perjudicado sus legítimas. La empresa fiduciaria tiene la facultad de elegir, entre los bienes fideicomitidos, aquéllos que han de ser objeto de la devolución». De todos modos, aquí tampoco el tema es pacífico y, en todo caso, debe entenderse que la ley reguladora de los fideicomisos ha establecido una excepción a la intangibilidad cualitativa de la legítima que atiende móviles nobles y altruistas de menores e incapaces, que a la vez son los propios legitimarios. Entenderlo de otra manera, con pretensiones mayores como la derogación tácita del artículo 733 del Código Civil peruano, implicaría un verdadero dédalo jurídico para la doctrina científica.

Empero, hay ordenamientos jurídicos en los que no existe brecha alguna, de tal manera que le resulta totalmente imposible al testador fideicomitente enervar el efecto nulificante de la normas imperativas que custodian las legítimas. Por supuesto, se excluyen aquí ordenamientos como el mexicano, el costarricense, el hondureño o el guatemalteco que no regulan la figura, por lo cual el fideicomiso tiene libre el mar para su travesía. Verbigracia, la ley de fideicomisos de Uruguay, en su artículo 10, dispone que «Los fideicomisos testamentarios no afectarán el carácter intangible de la legítima (artículo 894 del Código Civil), ni perjudicarán el derecho de los restantes asignatarios forzosos. [...] Si se vulnerara el derecho de los legitimarios [...] el asignatario forzoso cuyo derecho fuera lesionado podrá ejercer la acción de reforma de testamento conforme a los artículos 1006 y siguientes del Código Civil».

Como ha expresado esencialmente la doctrina argentina, de *lege ferenda*, la función social que puede representar los fideicomisos constituidos por testamento en beneficio de personas con discapacidad, dependientes económicamente, menores o personas a las que, a tenor del artículo 12 de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, requieren medidas de apoyo, urge una sintonía entre el Derecho regulador de las legítimas y el que reconoce los fideicomisos. No tiene sentido en un ordenamiento, verbigracia, como el argentino,

con una legítima tan larga de cuatro quintas partes del caudal hereditario (si existen descendientes), que el testador pueda disponer para la constitución de un fideicomiso tan sólo de un quinto de su haber patrimonial. La legítima que hoy día se ha de imponer ha de tener una función asistencial<sup>88</sup> y en tal orden su pago a través de fideicomisos resulta una vía plausible, dado que el legitimario tendría a su favor una fuente periódica con la cual pueda sustentar sus más apremiantes apetencias de contenido patrimonial, sin el riesgo de que por su inexperiencia o la de su representante, el patrimonio quede agotado en un periodo excesivamente breve.

### 2.8. *El fideicomiso testamentario y los acreedores del testador y del fiduciario: la teoría del patrimonio afecto a un fin*

De constituirse un fideicomiso por testamento, queda claro que los acreedores del testador tienen prelación para la satisfacción de su crédito, en tanto el patrimonio fideicomitado responderá del pasivo resultante de la propia gestión que a tal fin haga el fiduciario. A contrario sensu, los acreedores del fiduciario ninguna acción podrán ejercitar contra dicho patrimonio que quedará a salvo de cualquier pretensión crediticia de éstos. Coincide la doctrina en que uno de los elementos que caracterizan al fideicomiso lo es la creación de un patrimonio de afectación o autónomo, separado del patrimonio del fideicomitente, del fiduciario y

---

<sup>88</sup> Sobre el tema *vide* CÓRDOBA, Marcos M. «Utilidad social de la sucesión-asistencia-mejora específica». En *El Derecho de Sucesiones en Iberoamérica. Tensiones y retos* (Leonardo B. Pérez Gallardo coordinador). Bogotá: 2010, Temis, Ubijus, Reus, Zavalia, México D.F., Madrid, Buenos Aires, pp. 155-167 y PÉREZ GALLARDO, Leonardo B. «Legítima y discapacidad. Una relectura de los requisitos exigidos *ex lege* para el beneficio de la especial protección o cualidad de legitimario asistencial. Breves acotaciones a tono con el artículo 12.5 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad». En *Revista de Derecho de Familia* n.º 49, año XII, Madrid, 4.º trimestre 2010, pp. 269-294; también en la revista *Ius* del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, n.º 26, año IV, julio-diciembre 2010, pp. 7-38.

del de los beneficiarios.<sup>89</sup> En el Derecho comparado es la posición que prevalece.<sup>90</sup> Desde el Derecho venezolano se aduce franco apoyo de la

<sup>89</sup> Y esto es un elemento que lo identifica con el *trust* anglosajón, en el que «Los bienes objeto del *trust* no se integran en el patrimonio del *trustee*, con lo cual en caso de separación matrimonial, quiebra o muerte del *trustee* esos bienes no entran a formar parte ni de los bienes afectados por el régimen económico del matrimonio, ni de la masa patrimonial a ser distribuida entre sus acreedores ni de la masa hereditaria del *trustee*». A diferencia de la fiducia pura, en la que «El fiduciante no puede recobrar sus bienes puesto que se ha despojado de su derecho real sobre ellos. Incluso, los acreedores del fiduciario pueden ir también contra esos bienes, con lo cual en caso de quiebra del fiduciario, el fiduciante no puede separar los bienes transferidos de la masa de la quiebra, quedando el fiduciante como un simple acreedor más». Así, CÁMARA LAPUENTE *cit. pos*, CASTELLANOS RUIZ, Esperanza. «El trust en el Derecho sucesorio español». En *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* n.º 704, noviembre-diciembre 2007, p. 2439.

<sup>90</sup> Así, además, lo establecen textualmente el artículo 6, primer párrafo, de la ley uruguaya de fideicomisos, el artículo 241, segundo párrafo, de la ley peruana que regula los fideicomisos y el artículo 5, primer párrafo, de la ley nicaragüense sobre el contrato de fideicomiso. El artículo 634 *in fine* del Código de Comercio de Costa Rica también lo regula de este modo, al disponer que «Los bienes fideicomitidos constituirán un patrimonio autónomo apartado para los propósitos del fideicomiso». Por su parte la ley paraguaya sobre fideicomiso deja esclarecido que «Para todos los efectos legales, en el fideicomiso la transferencia de la propiedad de los bienes fideicomitidos da lugar a la formación de un patrimonio autónomo o especial, el cual queda afectado al cumplimiento de la finalidad señalada por el fideicomitente en el acto constitutivo». Con similar postura el artículo 1233 del Código de Comercio de Colombia que establece: «Para todos los efectos legales, los bienes fideicomitidos deberán mantenerse separados del resto del activo del fiduciario y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios, y forman un patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo».

No obstante en la ley uruguaya (artículo 7, segundo párrafo) se admite que si bien «Los acreedores del beneficiario no podrán perseguir los bienes fideicomitidos mientras éstos se encuentran en el patrimonio del fiduciario [...] podrán perseguir para la satisfacción de sus créditos los frutos que dichos bienes generen, pudiendo asimismo subrogarse en los derechos de aquél».

En Ecuador es la Ley de Mercado de Valores (reguladora del fideicomiso mercantil), la que en su artículo 109 regula exhaustivamente el patrimonio de afectación, a tal punto, que como en ningún otro ordenamiento jurídico, le atribuye personalidad jurídica. A tal fin, en el mencionado artículo se dispone: «Cada patrimonio

norma «[...] de que los bienes (cosas corporales o incorporales) transferidos al fiduciario por el fideicomitente en plena propiedad forman un “patrimonio separado”, afectado de manera exclusiva al cumplimiento de las obligaciones que tiene el fiduciario en favor del beneficiario, por lo que los elementos de tal “patrimonio de afectación” —como también se lo llama— no pueden ser agredidos por terceros (o sea, por personas distintas del beneficiario) que pudieran invocar contra el fiduciario otras acreencias, ni ser objeto de procedimientos colectivos».<sup>91</sup> Se sostiene además que «La teoría de los patrimonios separados, que no subsume la idea de patrimonio en la de personalidad jurídica, excluye las notas de inalienabilidad e indivisibilidad con que [...] se caracteriza el concepto de patrimonio».<sup>92</sup>

En la doctrina argentina también Armella, amparada en la legislación de su país, defiende esta tesis, «El fideicomiso puede constituirse con relación a un solo bien, a varios o teniendo por objeto universalidades, lo que genera un patrimonio de afectación, esto es, que separado del patrimonio del fiduciario y del fiduciante (artículo 14), queda exento de la posible agresión singular o colectiva de los acreedores del fiduciario o del fiduciante, salvo, en este último caso, de la acción revocatoria o pauliana

---

autónomo (fideicomiso mercantil), está dotado de personalidad jurídica, siendo el fiduciario su representante legal [...] El patrimonio autónomo (fideicomiso mercantil), no es, ni podrá ser considerado como una sociedad civil o mercantil, sino únicamente como una ficción jurídica capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones a través del fiduciario, en atención a las instrucciones señaladas en el contrato».

<sup>91</sup> *Vide* MÉLICH ORSINI, J. *Op. cit.*, p. 414, quien invoca el artículo 2 de la Ley de fideicomisos de su país, a cuyo tenor: «Los bienes transferidos y los que sustituyan a éstos, no pertenecen a la prenda común de los acreedores del fiduciario. Salvo que la Ley disponga otra cosa, éste sólo estará sujeto a cumplir con dichos bienes las obligaciones que derivan del fideicomiso o de su realización, y podrá oponerse a toda medida preventiva o de ejecución dictada a solicitud de acreedores que procedan en virtud de créditos que no deriven del fideicomiso o de su realización».

<sup>92</sup> *Idem*, p. 414, en nota (19).

(artículo 15)»<sup>93</sup>, patrimonio «[...] que será oponible a terceros registrales luego de su inscripción cuando se tratare de bienes de esta categoría».<sup>94</sup>

Lo que sí reitero es que no le es dable al fideicomitente testador constituir un fideicomiso para burlar los derechos de sus acreedores. En todo caso, estará en pie el patrimonio del testador para hacer frente a tales derechos de crédito.

### 2.9. La colación y los bienes fideicomitidos por actos *inter vivos*

Aunque es un tema poco tratado en la doctrina, y tampoco es recogido en casi ninguna legislación sobre fideicomiso, resulta interesante precisar si son colacionables, o no, los bienes fideicomitidos que un legitimario (o heredero forzoso, como también se les llama en Latinoamérica) haya recibido del causante a título de liberalidad. Esto es, si el causante constituyó el fideicomiso por acto *inter vivos*, a título lucrativo, ha de entenderse, en principio, que dicha liberalidad es colacionable,<sup>95</sup> a menos que el propio fideicomitente en el título constitutivo o en acto posterior, como el testamento, dispense al legitimario de la obligación de colacionar, imputándose entonces los bienes fideicomitidos con cargo a la parte de libre disposición. En tal supuesto, cabría preguntarnos qué valor es el que hay que tener en cuenta sobre los bienes objeto de colación, si el que tenían estos al momento de constituirse el fideicomiso, el que tenían a la muerte del causante o aquél al momento de practicarse las operaciones particionales, pues no es uniforme el criterio adoptado por los ordenamientos jurídicos que en todo caso tratan de evitar con ello los efectos nocivos del nominalismo en una deuda de valor. Téngase en cuenta que la colación que prevalece es la colación por imputación o deducción, con la cual se intenta precaver los efectos colapsantes que para la seguridad del tráfico jurídico tendría una colación *in natura*.

<sup>93</sup> ARMELLA, C. *Op. cit.*, p. 217.

<sup>94</sup> *Idem*, p. 220.

<sup>95</sup> Criterio que comparte en la doctrina argentina MEDINA, G. «Fideicomiso testamentario ¿Cómo evitar...». *Op. cit.*, p. 17.

No obstante, a mi juicio, y a efectos de lograr la igualdad entre los legitimarios que es el verdadero fundamento de la colación,<sup>96</sup> sería plausible que se actualizaran los valores de los bienes objeto de colación, de modo que pudiera ser muy conveniente que al colacionar los bienes fideicomitidos se tuviera en cuenta el valor actual y no el que tenía al momento de la constitución del fideicomiso, a fin de cuentas la partición se hace en tiempo presente con los valores actualizados de los bienes y derechos que constituyen el relicto repartible entre los herederos, motivo por el cual sería atendible tal actualización a efectos de una justa compensación entre colegitimarios.

En tal sentido, sólo la Ley sobre fideicomisos de Uruguay dedica un precepto a la colación. Según el tercer párrafo de su artículo 10: «El heredero forzoso que fuera beneficiario de un fideicomiso por acto entre vivos deberá colacionar el valor de los bienes que le hayan sido transmitidos por fideicomiso, excepto en caso de haber sido dispensado de colación (artículos 1100 y siguientes del Código Civil). Respecto de los frutos rige el artículo 1111 del Código Civil».<sup>97</sup>

### 3. EL FIDEICOMISO TESTAMENTARIO Y LA PROTECCIÓN A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, CON DEPENDENCIA ECONÓMICA Y A LOS MENORES. LA PLANIFICACIÓN HEREDITARIA. VALORACIONES DE *IURE CONDUCTO*

La figura del fideicomiso, ya sea constituido este por acto *inter vivos* o *mortis causa* puede resultar idónea para la protección de personas

<sup>96</sup> Según el maestro ALBALADEJO, en ordenamientos como el español donde la colación es por imputación o deducción, esto es, *tantum minus accipiendo*, con ella se «[...] iguala dando menos ahora al que se dio ya antes». Vide ALBALADEJO, Manuel. *Derecho Civil V - Derecho de Sucesiones. Parte general*, vol. 1. Barcelona, 1979, Bosch, p. 411.

<sup>97</sup> A cuyo tenor (artículo 1111): «Los frutos e intereses de los bienes sujetos a colación no se deben a la masa sino desde el día en que se abrió la sucesión. Para regularlos se atenderá a las rentas e intereses de los bienes hereditarios y de la misma especie que los donados».

con discapacidad o dependencia económica, así como también para menores, al rentabilizarse un patrimonio en manos expertas como las de un banco que se dedique con regularidad a la administración de fideicomisos, de modo que los frutos civiles que rinda el patrimonio fideicomitado le reportarán una verdadera utilidad en el orden patrimonial al beneficiario, máxime cuando su discapacidad o minoridad no le favorecen a procurarse tales ganancias. Como expresa el profesor Mélich Orsini «El fideicomiso testamentario permitirá al testador colocar los bienes dejados a hijos menores o a una esposa inexperta, que bien pudiera llegar a contraer nuevas nupcias con algún nuevo marido que arriesgue la dilapidación de ese patrimonio familiar, en manos de una confiable institución financiera que sepa colocar acertadamente tales bienes y asegurarle a los beneficiarios designados por el testador una renta suficiente y estable».<sup>98</sup>

Orlandi, en el contexto argentino, cita ejemplos en los que la constitución de un fideicomiso por testamento se convierte en una verdadera herramienta de protección al interés familiar; así, verbigracia, si el causante no tuviere legitimarios y deseara beneficiar a menores de edad, por temor a que sus padres disfruten del usufructo de los bienes que quisiera atribuirles a título de herencia o de legado, al poder estos últimos mal administrarlos o, eventualmente, poner en peligro el capital de los menores, una fórmula atinada lo fuera constituir fideicomiso para que el fiduciario conservare los bienes y los entregare a los menores cuando hubieren cumplido la mayoría de edad. Presupuesto que también puede operar a favor de personas con discapacidad o pródigos, por citar algunos ejemplos.<sup>99</sup> En fin, que la posibilidad de emplear el fideicomiso como un instrumento útil para la administración y rentabilidad del patrimonio de personas que en razón de su discapacidad o minoridad no lo pueden hacer óptimamente «[...] conforma una alternativa válida y eficaz. Aumenta su potencial, la certeza de que ese patrimonio se preserve

---

<sup>98</sup> Vide MÉLICH ORSINI, J. *Op. cit.*, p. 436.

<sup>99</sup> Vide ORLANDI, O. *Op. cit.*, pp. 8-10.

evitando la agresión de terceros y a la vez la oportunidad de transferir el dominio fiduciario a los herederos testamentarios del fiduciante». <sup>100</sup>

Con razón se ha abogado por considerar que la constitución de un fideicomiso a favor de un menor legitimario debe ser entendido como una excepción a la intangibilidad de la legítima, ello bajo el argumento de que «La institución de la legítima no puede contraponerse al principio del interés del menor, por cuanto la primera atiende [...] a la protección de la familia, encarnada en la figura prevalente de los hijos, siendo esta precisamente la directiva a la que apunta la consagración como estándar de observación insoslayable de todo lo que apunta [sic] a la vigencia efectiva del interés del menor». <sup>101</sup> Precisamente la doctrina argentina, que ha intentado buscar fórmulas de escape a las rígidas normas protectoras de la legítima a partir de una interpretación lata de la ley que regula el fideicomiso, sustenta «[...] que cuando el fideicomiso tiende a proteger a un heredero forzoso incapaz o a toda la familia, y comprende bienes hereditarios que afectan la legítima, los herederos forzosos lesionados deberán soportar esta restricción, aunque el causante hubiese establecido el plazo máximo de duración (treinta años), o la condición resolutoria de que el incapaz fallezca o cese su incapacidad, pues se trata de una excepción más a la intangibilidad de la legítima, tal como en los casos del bien de familia o del derecho real de habitación del cónyuge supérstite». <sup>102</sup>

Es interesante, en este sentido, la posición del Derecho peruano. En efecto, la ley que regula el fideicomiso en el Perú admite en su artículo 244 que el fideicomitente pueda constituir:

---

<sup>100</sup> Vide LUCERO ESEVERRI, Roberto A. y Héctor Ricardo POZZI. «Fideicomiso de administración en miras de mejorar la calidad de vida». En *Revista del Instituto de Derecho e Integración*, Colegio de escribanos de la provincia de Santa Fe, segunda circunscripción, año 2, n.º 4, 2010, p. 118.

<sup>101</sup> Vide PETTIGIANI, E.J. *Op. cit.*, p. 12.

<sup>102</sup> Vide FERRER, F. *Op. cit.*, p. 7.

[...] en fideicomiso los bienes que toquen a la legítima de alguno de sus herederos menores o incapaces, en beneficio de ellos mismos y mientras subsista la minoridad o la incapacidad.

La prodigalidad se califica por el propio constituyente del fideicomiso. En este caso, el fideicomiso dura hasta cinco (5) años después del fallecimiento del causante, salvo que el presunto pródigo acredite ante el juez especializado estar capacitado para administrar sus bienes.

La empresa fiduciaria, en todo caso, debe atender al mantenimiento del menor o del incapaz, con cargo a las rentas o frutos del fideicomiso.

En aras, también, de la protección de menores e incapaces se admite incluso gravar la legítima en el Derecho venezolano. Conforme con el artículo 11 de la ley reguladora de los fideicomisos en este país:

La constitución de fideicomisos en favor de incapaces por el tiempo de su incapacidad es válida, incluso respecto de la legítima de ellos, no obstante, en la medida en que los bienes fideicomitados comprendan la legítima de un menor, aun cuando el acto constitutivo disponga otra cosa, el fiduciario pagará semestralmente, por lo menos, las rentas al padre o a la madre que tenga el usufructo legal de los bienes del hijo.

Los bienes fideicomitados que correspondan a la legítima del incapaz, deberán ser transferidos necesariamente a éste al cesar su incapacidad, o en cualquier otro caso de determinación del fideicomiso.

También se prevé por algunas de las normas reguladoras de los fideicomisos, ya sea constituido *inter vivos* o *mortis causa*, como la paraguaya, aun por vía de excepción, la posibilidad de que el fideicomiso se extienda más allá del límite legal de 30 años previsto *ex lege* cuando el beneficiario sea una persona incapaz (*vide* artículo 9.2); la argentina,

ya citada, que igualmente establece que la duración también de 30 años tendrá como excepción «[...] que el beneficiario fuere un incapaz, caso en el que podrá durar hasta su muerte o el cese de su incapacidad» (es dable aclarar que ambas normas no aluden expresamente en este caso a un fideicomiso sobre la cuota legitimaria). Similar posición asume el Código de Comercio de Colombia, que permite una duración superior a los 20 años (límite legal), cuando el beneficiario lo es una persona incapacitada (artículo 1230.3 *in fine*).

#### 4. BIBLIOGRAFÍA

##### Fuentes doctrinales

ALBALADEJO, Manuel. *Derecho Civil V - Derecho de Sucesiones, Parte general*, vol. 1, Bosch, Barcelona, 1979; AMÉNDOLA, Manuel Alejandro. «Fideicomiso testamentario: Cuestiones controvertidas». En *La Ley* 2008-A, 952; ARMELLA, Cristina N. «El fideicomiso constituido por testamento (artículo 3 de la Ley 24.441)» en *Financiamiento de la vivienda y de la construcción Ley 24441*, tomo I, José María R. ORELLE, Cristina Noemí ARMELLA, Jorge R. CAUSSE, Ad hoc, Buenos Aires, 1995; ASSANDRI, Mónica; Fabián E. FARAONI y Daniela MURÚA, «Fideicomiso testamentario y contrato posterior». En *JA* 1999-III-1035, *Lexis* n.º 0003/000068; BACA MARTÍNEZ, Eloísa y María Victoria GONZALÍA, «Fideicomiso testamentario en el Derecho argentino», en *Revista Notarial*, n.º 950, año 111, enero-abril 2005; CÁMARA LAPUENTE, Sergio. *La fiducia sucesoria secreta*. Dykinson, Madrid, 1996; CASTELLANOS RUIZ, Esperanza. «El trust en el Derecho sucesorio español». En *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 704, noviembre-diciembre 2007; CÓRDOBA, Marcos M. «Utilidad social de la sucesión-asistencia-mejora específica». En *El Derecho de Sucesiones en Iberoamérica. Tensiones y retos* (coordinador Leonardo B. Pérez Gallardo). Temis, Ubijus, Reus, Zavalía,

Bogotá, México D.F., Madrid, Buenos Aires, 2010; CLUSELLAS, Eduardo Gabriel. «Fideicomiso para la solución de problemas sucesorios. El fiduciario y sus restricciones. Fiduciarios múltiples y la generación del condominio de indivisión forzosa». En *Cuadernos de Apuntes Notariales*, n.º 62, febrero 2010; DE LA FUENTE HONTAÑÓN, Rosario. «El fideicomiso testamentario bancario: posibilidad de gravar la legítima como medio de protección del menor y del incapaz». En *Revista de Derecho de la Universidad de Piura*, n.º 9, 2008; FERRER, Francisco, A.M. «El fideicomiso testamentario y la flexibilización del Derecho Sucesorio». En *JA* 1999-III-1038, *Lexis* n.º 0003/000069; FUENTES, Juan A. «El fideicomiso testamentario: carácter limitado de los alcances de su aplicación fáctica». En *JA* 1999-III-1044, *Lexis* n.º 0003/000070; «Fideicomiso testamentario y sustitución fideicomisaria». En *JA* 2001-III-945, *Lexis* n.º 0003/008415; GARCÍA DE GHIGLINO, Silvia y Lidia B. HERNÁNDEZ. «La sustitución fideicomisaria y el fideicomiso testamentario (el Código Civil y la ley 24.441)». En *La Ley*, 1997-A, 953; HELUANI, María Margarita. «El testamento y la protección jurídica de las incapaces». En [ecovirtual.uncu.edu.ar/investigacion/2002/Dis/Juridicas/60/R60.pdf](http://ecovirtual.uncu.edu.ar/investigacion/2002/Dis/Juridicas/60/R60.pdf), consultado el 5 de junio del 2011; IÑIGO, Delia B. «Sustitución fideicomisaria de remanente». En *JA* 1999-III-1049, *Lexis* n.º 0003/000071; «Fideicomiso y legítima». En *JA* 2001-IV-924, *Lexis* n.º 0003/008592; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. «El fideicomiso sucesorio y la legítima en algunas decisiones jurisprudenciales». En *JA* 1999-III-1052, *Lexis* n.º 0003/000072; LLOVERAS, Nora. «Fideicomiso testamentario: ¿la voluntad dispone?». En *JA* 1999-III-1058, *Lexis* n.º 0003/000073; LOYARTE, Dolores. «Fideicomiso testamentario: instrumento eficaz para la protección de los “concebidos” dentro o fuera del seno materno». En *JA* 1999-III-1064, *Lexis* n.º 0003/000074; LUCERO ESEVERRI, Roberto A. y Héctor Ricardo POZZI. «Fideicomiso de administración en miras de mejorar la calidad de vida». En *Revista del Instituto de Derecho e Integración*, Colegio de escribanos de la provincia de Santa Fe, segunda circunscripción, año 2, n.º 4, 2010;

MEDINA, Graciela. «Fideicomiso testamentario. ¿Cómo evitar el fraude a la legítima, a los acreedores y a las incapacidades para suceder?». En *JA* 1995-III-705; MEDINA, Graciela y Horacio MADERNA ETCHEGARAY. «El fideicomiso testamentario en el Proyecto de Código Civil de 1999 (su relación con la legítima y la protección de incapaces)». En *JA* 1999-III-1067, *Lexis* n.º 0003/000075; MORALES ROJAS, Gloria María y Chistian SUÁREZ CHIONG. «El fideicomiso como alternativa de financiamiento en Cuba». En [cofinhabana.fcf.uh.cu/index.php?option=com\\_docman&task,](http://cofinhabana.fcf.uh.cu/index.php?option=com_docman&task,) consultado el 5 de junio del 2011; ORLANDI, Olga E. «El interés familiar en el fideicomiso testamentario». En *JA* 1999-III-1072, *Lexis* n.º 0003/000076; PÉREZ GALLARDO, Leonardo B. «Legítima y discapacidad. Una relectura de los requisitos exigidos *ex lege* para el beneficio de la especial protección o cualidad de legitimario asistencial. Breves acotaciones a tono con el artículo 12.5 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad». En *Revista de Derecho de Familia*, n.º 49, año XII, Madrid, 4.º trimestre 2010; PETTIGIANI, Eduardo J. «La legítima del heredero menor de edad frente al fideicomiso constituido por testamento». En *JA* 1999-III-1078, *Lexis* n.º 0003/000077; PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. *Discurso preliminar Código Civil francés*. Facultad de Derecho UBA-La Ley, 2004; SAMBRISI, Eduardo A. «Comentarios al libro de Úrsula Cristina BASSET *Fideicomiso testamentario: una herramienta para la planificación hereditaria*», publicado dicho comentario en *La Ley* 2008-F, 1432; SARUBO, Óscar E. «Fideicomiso testamentario». En *Revista Notarial*, n.º 935, 2000; VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. *Panorama del Derecho de Sucesiones, I Fundamentos*, primera edición, Cívitas, Madrid, 1982; «Determinación notarial del Derecho». En *Derecho Notarial* (coordinadores Leonardo B. Pérez Gallardo e Isidoro Lora-Tamayo Rodríguez), tomo I, primera edición, Félix Varela, La Habana, 2006.

## Fuentes legales

*Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad* y su protocolo facultativo, aprobados mediante resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 13 de diciembre de 2006), en [www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf](http://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf), consultada el 2 de mayo del 2011; *Código Civil de la República de Argentina* de 25 de septiembre de 1869, con jurisprudencia de la CJSN, edición a cargo de Luis F.P. LEIVA FERNÁNDEZ, La Ley, Buenos Aires, 2009; *Código Civil de la República de Chile* de 14 de diciembre de 1855, con citas de jurisprudencia, anotaciones y concordancias, actualizada al 15 de enero del 2009, a cargo de Javier BARRIENTOS GRANDÓN, Legal Publishing, Abeledo Perrot, Editorial Jurídica Santiago de Chile, 2009; *Código Civil de la República de Colombia*, sancionado el 26 de mayo de 1873 y puesto en vigor por Ley n.º 57 de 1887, tercera edición, Legis Editores S.A., 1999; *Código Civil de la República de Cuba*, Ley n.º 59 de 16 de julio de 1987, vigente desde el 12 de abril de 1988, anotado y concordado con los ordenamientos cubano y español por Ángel ACEDO PENCO y Leonardo B. PÉREZ GALLARDO, Dykinson, Madrid 2005; *Código Civil de la República de Ecuador*, con legislación conexas, concordancias y jurisprudencia, tomo I, actualizado a 1 de enero del 2007, editado por Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2007; *Código Civil del Reino de España* de 6 de octubre de 1888, 24.ª Ed., Tecnos, Madrid, 2005; *Código Civil de la República de Venezuela*, reformado en julio de 1982, Editorial Panapo, 1986; *Código Civil de la República Oriental del Uruguay* sancionado en 1914, concordado, edición a cargo de Gustavo Ordoqui Castilla, Ediciones del Foro, Montevideo, 2010; *Código de Comercio* de Colombia, Colección Códigos básicos, edición de primer semestre de 2006, Legis editores, Bogotá, 2006; *Código de Comercio de la República de Costa Rica*, Ley n.º 3484 de 30 de abril de 1964, en [www.casadelosriscos.com/...codigos/52-codigo-de-comercio-de-costa-rica](http://www.casadelosriscos.com/...codigos/52-codigo-de-comercio-de-costa-rica), consultado el 23 de mayo del 2011; *Código de Comercio* de Guatemala, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, de 28 de enero de 1970, Editorial Librería Jurídica, Ciudad de Guatemala, 2007;

Código de Comercio de Honduras, publicado en el *Diario Oficial La Gaceta*, n.º 14094 de 5 de mayo, hasta la n.º 14110 del 24 de mayo de 1950, en [www.honduraslegal.com/legislacion/comercio.htm](http://www.honduraslegal.com/legislacion/comercio.htm), consultado el 2 de junio del 2011; Ley n.º 24441, «Financiamiento de la vivienda y la construcción», de la República Argentina, sancionada el 22 de diciembre de 1994, promulgada el 9 de enero de 1995, en [www.escribanos-stafe2da.org.ar/.../05 Ley 24441 Financiamiento de la Vivienda.doc](http://www.escribanos-stafe2da.org.ar/.../05_Ley_24441_Financiamiento_de_la_Vivienda.doc), consultada el 12 de mayo del 2011; «Ley de mercado de valores» de Ecuador, Codificación, aprobada el 24 de enero del 2066, publicada en el *Registro Oficial*, Suplemento 215, de 22 de febrero del 2006; Ley n.º 741 de 4 de noviembre del 2010, «Ley sobre el contrato de fideicomiso», de la República de Nicaragua, publicada en *La Gaceta - Diario Oficial*, de 19 de enero del 2011; Ley n.º 1 de 5 de enero de 1984, «Por la cual se regula el Fideicomiso en Panamá y se adoptan otras disposiciones», publicada en la *Gaceta Oficial*, n.º 19971 de 10 de enero de 1984, disponible en [http://www.lawyers-abogados.net/es/recursos/Panama/Panama\\_ley-1-1984-fideicomisos.htm](http://www.lawyers-abogados.net/es/recursos/Panama/Panama_ley-1-1984-fideicomisos.htm), consultada el 12 de mayo del 2011; Ley n.º 921, «De negocios fiduciarios», aprobada el 6 de abril del 2001 y sancionada el 11 de julio del 2001, en [www.controlunion.com.ar/leyes/fideicomisoparaguay.doc](http://www.controlunion.com.ar/leyes/fideicomisoparaguay.doc), consultado el 24 de mayo del 2011; Ley n.º 26702 de 9 de diciembre de 1996, «Ley general del sistema financiero y del sistema de seguros y orgánica de la superintendencia de bancas y seguros», de la República del Perú, publicada el 9 de diciembre de 1996; en [www.minem.gob.pe/...Asuntos%20Financieros/TecFin-L2 Ley%20Sistema%20Financiero.pdf](http://www.minem.gob.pe/...Asuntos%20Financieros/TecFin-L2_Ley%20Sistema%20Financiero.pdf), consultada el 2 de junio del 2011; Ley n.º 17703 de 27 de octubre del 2003, «Fideicomiso», de la República Oriental del Uruguay, publicada en el *Diario Oficial*, n.º 26375, de 4 de noviembre de 2003; «Ley de fideicomisos», de la República Bolivariana de Venezuela, de 26 de julio de 1956, publicada en *Gaceta Oficial*, n.º 496, Extraordinaria, de 17 de agosto de 1956.

EL FIDEICOMISO DE ADMINISTRACIÓN  
EN LA ARGENTINA  
Sebastián Picasso



## EL FIDEICOMISO DE ADMINISTRACIÓN EN LA ARGENTINA

*Sebastián Picasso\**

Sumario: I. La noción de fideicomiso de administración.— 1. Fideicomiso de inversión.— 2. Fideicomiso de garantía.— 3. Fideicomiso de administración.— II. La regulación del tema en la Argentina.— A. El régimen del fideicomiso en general.— B. Las facultades del fiduciario.

Dividiremos el tratamiento de este tema en dos grandes partes. Ante todo, trataremos de caracterizar al fideicomiso de administración (I), para explicar luego la forma en la que la figura está regulada por la ley argentina, y cuáles son los principales problemas que plantea esa regulación (II).

### **I. LA NOCIÓN DE FIDEICOMISO DE ADMINISTRACIÓN**

Más allá de las diversas denominaciones que se dan a la figura en el Derecho comparado (fideicomiso, *trust*, fiducia), en todas ellas aparece la idea de que una parte (fiduciante, constituyente o *settlor*) transfiere la propiedad de uno o varios bienes a otra (fiduciario, *trustee*) para su afectación a una determinada gestión en beneficio del mismo constituyente o de un tercero.

---

\* Abogado, 1995, Universidad de Buenos Aires. Doctor en Derecho, 2009, Universidad de Buenos Aires.

En todos los sistemas esta figura tiene, pues, un rasgo común, consistente en la separación entre la gestión de los bienes y su ventaja económica: los derechos de gestión/disposición se separan del derecho de goce y cada uno corresponde a diferentes titulares.

Sobre esta base común, la doctrina ha intentado una clasificación de los distintos tipos de fideicomisos según la finalidad perseguida por las partes. Se trata, obviamente —para tomar prestada la terminología weberiana— de «tipos ideales», que rara vez se verán en la práctica en su forma «pura». Así, se habla de:

### *1. Fideicomiso de inversión*

La transmisión fiduciaria se realiza con el fin de que el fiduciario conceda préstamos destinados a fines específicos. Los bienes dados en fideicomiso deben ser, pues, recursos financieros que deben ser invertidos por el fiduciario en negocios del mismo tipo.

### *2. Fideicomiso de garantía*

La transmisión de los bienes al fiduciario tiene por finalidad garantizar el cumplimiento de obligaciones propias del fiduciante o de terceros, con el encargo de que, en caso de incumplimiento, el fiduciario proceda a la venta de los bienes, cancele la obligación y, si hubiere un excedente, lo devuelva al fiduciante.

### *3. Fideicomiso de administración*

La transmisión de los bienes se realiza con el fin de que el fiduciario gestione ese patrimonio y entregue los frutos y beneficios que obtenga al beneficiario. El fiduciario puede estar encargado de invertir los fondos que se le entregan en los bienes que designe el fiduciante, administrarlos y transferir el producto de la gestión al fideicomisario; o bien, simple-

mente, de conservar ciertos bienes hasta que se cumpla la condición o el plazo que ponga fin al negocio.

El problema de esta última categoría es que difícilmente se presente en la práctica en forma «pura». Así, por ejemplo, si se constituye un fideicomiso mediante la transferencia fiduciaria de ciertos inmuebles en garantía del pago de una determinada obligación, con el encargo al fiduciario de gestionar la administración de los bienes (que pueden generar rentas), desembolsos de las rentas al beneficiario (que puede ser el acreedor o el propio deudor) y la facultad de enajenar los bienes en caso de incumplimiento del pago del crédito, estaremos en presencia de una figura «mixta» un fideicomiso de administración y de garantía.<sup>1</sup>

En realidad, como bien se ha señalado, la administración del patrimonio fideicometido estará presente en general en todo tipo de fideicomiso, cualquiera sea el tipo de que se trate. Por eso, el fideicomiso de administración vendría a ser la figura base o genérica de todo fideicomiso.<sup>2</sup>

En definitiva, el fideicomiso es un molde flexible que puede servir para cumplir múltiples finalidades y todas ellas presuponen, en general, la necesidad de administrar los bienes transferidos al fiduciario.

Desde esta perspectiva, el fideicomiso de administración *stricto sensu* tendrá un campo de aplicación reducido y se configurará en aquellos casos en los que la única y principal finalidad del fideicomiso radica en la transferencia del patrimonio fideicometido para que el fiduciario lo administre hasta que se cumpla el plazo o condición pactados.

Entre otros ejemplos de esta modalidad, se han propuesto los siguientes: una persona que por su edad, dedicación a otras actividades,

---

<sup>1</sup> MÁRQUEZ, Fernando. *Fideicomiso*. Buenos Aires: La Ley, 2008, pp. 27-28.

<sup>2</sup> PÉREZ CATÓN, Álvaro. «El fideicomiso de administración. Ley n.º 24.441», en Maury de González, Beatriz (dir.), *Tratado teórico-práctico de fideicomiso*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999, tomo 1, p. 203.

viajes frecuentes, etcétera, no dispone de tiempo o energía para dedicarse a la administración de sus negocios transfiere sus bienes a una entidad crediticia (con las ventajas de su profesionalidad, especialización y el control estatal) para que los administre; o bien, el fideicomiso constituido a favor de hijos menores u otros incapaces, a fin de que se administren ciertos bienes hasta tanto adquieran la mayoría de edad o la plena capacidad. Finalmente, cabe mencionar una modalidad muy empleada en la Argentina: la transmisión fiduciaria de un inmueble para la construcción de un edificio con los fondos provenientes de la venta anticipada de unidades en propiedad horizontal, la transferencia de dominio a los adquirentes y la distribución de las utilidades a los beneficiarios (que, por lo general, serán los fiduciantes).<sup>3</sup>

## II. LA REGULACIÓN DEL TEMA EN LA ARGENTINA

Brindaremos, en primer lugar, un somero panorama de la legislación argentina en materia de fideicomiso en general (A), enfocar luego nuestra atención sobre las facultades del fiduciario, y estudiar hasta dónde se extienden sus poderes de administración y —en su caso— de disposición del patrimonio fideicometido (B).

### *A. El régimen del fideicomiso en general*

Con anterioridad a la ley 24.441 —que reguló especialmente la cuestión—, el Código Civil mencionaba al dominio fiduciario como una especie del dominio imperfecto (artículos 2661 y 2661), y la doctrina discutía acerca de su validez, pues para algunos podía conducir a una sustitución fideicomisaria prohibida en materia de testamentos y donaciones. De todos modos, no tenía ninguna aplicación práctica.

La Ley n.º 24.441 fue sancionada el 22 de diciembre de 1994 con la declarada finalidad de fomentar la construcción de viviendas. No re-

---

<sup>3</sup> MÁRQUEZ. *Op. cit.*, p. 27.

gula sólo el fideicomiso, sino también el *leasing*, las letras hipotecarias y un régimen especial (extrajudicial) de ejecución hipotecaria. Sus fuentes fueron, en la materia que nos ocupa, el Código de Comercio de Colombia, la ley mexicana, la panameña y el Código Civil de Québec.

La ley define al fideicomiso, en su artículo 1, en los siguientes términos: «Habrá fideicomiso cuando una persona (fiduciante) transmita la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (fiduciario), quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato (beneficiario), y a transmitirlo al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario».

Como puede verse, en la ley argentina aparecen no tres, sino cuatro sujetos: a los clásicos (fiduciante, fiduciario y beneficiario) se añade el fideicomisario, que es quien recibirá los bienes luego de cumplida la condición o el plazo al que se sujetó la duración del fideicomiso. Esto implica desdoblar dos roles que en las restantes legislaciones aparecen en general unificados: el de quien recibe los frutos o beneficios que se generan durante la administración del fideicomiso (beneficiario) y el destinatario final de los bienes (fideicomisario). Este desdoblamiento ha sido concebido pensando en el fideicomiso financiero, donde el beneficiario será quien reciba los frutos del patrimonio fideicometido (por ser titular de certificados de participación o títulos de deuda), pero extinguido el fideicomiso el patrimonio se desplazará a otro sujeto, que es el fideicomisario. En el resto de los casos, normalmente coincidirán las calidades de beneficiario y fideicomisario.

Desde luego que, más allá de estos roles formales, no hay ningún inconveniente en que el fiduciante sea al mismo tiempo beneficiario (lo que sucede habitualmente en el fideicomiso de administración) o fideicomisario. No podría, en cambio, ser fiduciario, lo que implicaría un contrato consigo mismo. Por otra parte, se discute si el fiduciario puede ser beneficiario o fideicomisario; la doctrina predominante se inclina por la negativa.

La ley regula dos clases de fideicomisos, que se diferencian por la forma en la que se instrumentan los derechos de los beneficiarios y fideicomisarios. En primer lugar, tenemos el fideicomiso financiero, en el cual el fiduciario es una entidad financiera específicamente autorizada por la Comisión Nacional de Valores, y los beneficiarios son los titulares de certificados o títulos garantizados con los bienes que conforman el patrimonio fideicometido. La ley le dedica tres capítulos especiales. Se ha dicho que este tipo de fideicomiso era, en realidad, «la estrella» de la ley, pues es el que en definitiva interesa a la hora del financiamiento de la vivienda y la construcción a través del mercado de capitales.<sup>4</sup>

La segunda clase prevista por la ley es el fideicomiso que podríamos denominar «ordinario», que es el que no reúne esas características. En este caso, tanto el fiduciante como el fiduciario (al igual que el beneficiario y el fideicomisario) pueden ser personas físicas o jurídicas de cualquier clase.

En cuanto a las fuentes del fideicomiso, la ley señala que puede tener su origen en el contrato o el testamento.

También se tratan las obligaciones y derechos del fiduciario. Entre otros, cabe destacar tres:

El fiduciario debe rendir cuentas al beneficiario respecto de su gestión, al menos una vez por año, y esta obligación no puede ser dispensada contractualmente.

El fiduciario no puede adquirir para sí los bienes fideicometidos.

Salvo pacto en contrario, el fideicomiso es oneroso. El fiduciario puede pedir que se le retribuya por la administración de los bienes, y se le reembolsen los gastos en que hubiere incurrido.

---

<sup>4</sup> PÉREZ CATÓN. *Op. cit.*, p. 197.

En lo concerniente a los bienes fideicometidos, la técnica de la ley —como sucede en general en las legislaciones latinoamericanas— consiste en crear un «patrimonio de afectación» cuyo titular es el fiduciario, compuesto por «bienes determinados» (muebles, inmuebles, o derechos incorporales; en cada caso, debe cumplirse con las normas exigidas para la transmisión de acuerdo a la naturaleza del bien de que se trate). Este patrimonio pertenece únicamente al fiduciario. El fiduciante no tiene ningún derecho sobre él, pero puede reservarse la facultad de revocar el fideicomiso, o el derecho de supervisar la gestión del fiduciario. También puede pedir la remoción del fiduciario si éste incumple sus obligaciones. En cuanto al beneficiario y el fideicomisario, sólo tienen un derecho personal para requerir la entrega de los frutos y del patrimonio fideicometido, respectivamente.

La ley aclara también que se trata de un patrimonio separado, que no responde por las deudas del fiduciante ni del fiduciario, sino únicamente por las deudas contraídas con motivo del fideicomiso. Asimismo, el fiduciario no responde con su patrimonio personal por las obligaciones del fiduciante, ni por las contraídas con motivo del fideicomiso.

### *B. Las facultades del fiduciario*

En el régimen argentino, el fiduciario es el propietario de dominio del patrimonio fideicometido. Pero este dominio está sujeto a una doble limitación.

Ante todo, encontramos un límite temporal (limitación al carácter perpetuo del dominio): el plazo máximo de duración del fideicomiso es de 30 años. Si se sujetó el contrato a una condición, debe considerarse cumplida vencido ese término. Una vez cumplidos la condición o el plazo, el fiduciario deberá transmitir los bienes al fideicomisario.

Por otra parte, existe una limitación atinente a la finalidad con la que debe administrarse el patrimonio fideicometido (limitación al ca-

rácter absoluto del dominio): el fiduciario debe ejercer sus facultades de administración y disposición en beneficio de quien se haya designado (el beneficiario), y según las modalidades pactadas al momento de constituir el fideicomiso.

Más allá de ello, es importante destacar que la ley argentina otorga al fiduciario facultades tanto de administración como de disposición de los bienes fideicometidos.

Las primeras (facultades de administración) no plantean mayores problemas: entran dentro de la órbita del fiduciario, y los actos de administración por él celebrados —en la medida en que no estén prohibidos en el instrumento constitutivo o sean contrarios a la finalidad del fideicomiso— subsisten aún luego de extinguido éste (artículo 2670 del Código Civil, según su redacción por la Ley n.º 24.441).

Más complejo es el tema de las facultades de disposición. El principio general es que el fiduciario puede transferir el dominio de los bienes fideicometidos, o constituir sobre ellos otros derechos reales.<sup>5</sup> En esa calidad, también hace suyos los frutos de esos bienes y puede disponer de ellos en los mismos términos y con las mismas limitaciones previstas para la disposición de aquellos bienes.

La ley sujeta la validez de estos actos de disposición a una doble condición. Ante todo, hay un límite teleológico, pues el acto debe haber sido requerido por los fines del fideicomiso. Lo acompaña un límite técnico: si bien el principio es que no es necesario el consentimiento del fiduciante ni del beneficiario o el fideicomisario, el contrato podría exigirlo. Por lo demás, se discute si podría incluirse una cláusula que prohíba la enajenación por parte del fiduciario.

---

<sup>5</sup> Se discute si tal cosa es posible en el caso del usufructo, pues el artículo 2841 del Código Civil —que no fue modificado por la Ley n.º 24.441— prohíbe su constitución al propietario fiduciario.

¿Cuál es el efecto de la violación de esos límites? Parte de la doctrina considera que, aunque el acto celebrado fuere ajeno a los fines del fideicomiso o existiere una prohibición contractual, la enajenación sería válida, sin perjuicio de generar responsabilidad del fiduciario.<sup>6</sup> Predomina, no obstante, la tesis contraria: la enajenación sería nula, pues tendría por objeto un bien fuera del comercio. De modo que el beneficiario o el fideicomisario podrían pedir la restitución del bien al patrimonio fideicometido.<sup>7</sup>

De todas maneras, esa nulidad dejaría a salvo los derechos de terceros de buena fe y a título oneroso. Para poder prevalecer de esa condición, los terceros deberían probar que realizaron las averiguaciones necesarias y suficientes para comprobar que el acto entraba dentro de las facultades del fiduciario, y que no había prohibición contractual, a cuyo fin podrían requerirle la exhibición del contrato. Satisfecha esta exigencia, todo acto aparentemente comprendido dentro de las facultades del fiduciario debería juzgarse válido respecto del adquirente.<sup>8</sup>

---

<sup>6</sup> KIPER, Claudio M. y Silvio V. LISOPRAWSKI, *Tratado del fideicomiso*. Buenos Aires: Lexis-Nexis, 2003, p. 234.

<sup>7</sup> LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando. *Teoría de los contratos*. Buenos Aires: Zavallía, 1995, tomo 5, p. 753; MÁRQUEZ. *Op. cit.*, p. 90.

<sup>8</sup> *Idem*, p. 92.



EL OBJETO DEL FIDEICOMISO. LOS DERECHOS  
TRANSFERIDOS  
Ricardo Guevara Bringas



## EL OBJETO DEL FIDEICOMISO. LOS DERECHOS TRANSFERIDOS

*Ricardo Guevara Bringas* \*\*

Que se trate de un fideicomiso de administración, de garantía, de uno creado por contrato o por acto unilateral; en todos los supuestos, el fideicomiso va a involucrar una transferencia de bienes y derechos.

Sabemos que un bien es una cosa sobre la cual existen derechos; por consiguiente, la existencia de un bien implica también derechos y bastaría entonces hablar simplemente de transferencia de derechos.<sup>1</sup> Sin embargo, la ley peruana, al igual que la ley francesa, se refiere a una transferencia de bienes y derechos, sin duda por una voluntad de exhaustividad la cual es completamente comprensible, incluso la ley peruana nos habla de transferencia de activos que finalmente no es otra cosa que un bien visto desde una perspectiva contable.

Por tal motivo, trataremos indistintamente de bienes y derechos, asumiendo evidentemente que la transferencia de éstos forma parte del núcleo duro del fideicomiso. Pero es válido preguntarnos como abogados, estudiosos del Derecho Civil, si los derechos y bienes transferidos constituyen en estricto el objeto del fideicomiso. En efecto, el artículo 1402 del Código Civil peruano establece que: «El objeto del contrato

---

\* Abogado consultor en negocios internacionales.

\*\* La presente ponencia ha conservado en buena cuenta su carácter oral al haber sido elaborada mediante diapositivas para su presentación.

<sup>1</sup> En ese sentido, ver BARRIERE, François. *Fiducie, Repertoire Civil Dalloz*. Enero 2008, numeral 33.

consiste en crear, regular, modificar o extinguir obligaciones». En este sentido, el objeto del fideicomiso en su versión contractual, en todo caso, sería las obligaciones, sin embargo, por una suerte de elipsis, indicaremos que esos derechos y esos bienes forman parte del objeto del fideicomiso, pero en realidad son el objeto de la prestación principal del fideicomitente.<sup>2</sup>

Por lo descrito anteriormente acerca de los derechos transferidos, es necesario emitir dos observaciones. Primero, debemos mencionar que mientras más amplio sea el espectro de los derechos y bienes transferidos, más se favorecerá el desarrollo del fideicomiso. De acuerdo a ello, si se limitase el tipo de derechos a ser transferidos, se crearían obstáculos para el desarrollo de éste. Recordemos, por ejemplo, el fideicomiso que realizó en el Perú la Municipalidad de Ate para conseguir financiamiento, por el cual dicha municipalidad transfirió al fiduciario las acreencias futuras de los pagos de arbitrios. Dicho fideicomiso no hubiera sido posible si no se hubiera admitido esa posibilidad de transferir flujos futuros de los pagos de arbitrios.<sup>3</sup> En ese sentido, se confirma que el ámbito de aplicación de los derechos a ser transferidos determina, en buena cuenta, el desarrollo del fideicomiso.

Una segunda observación es la relativa al sistema de transferencia de los bienes y derechos, reconociendo que de su certidumbre y oponibilidad van a depender también la eficacia del fideicomiso en la generación de riquezas y en la atribución adecuada de recursos. En este campo, el derecho debe desplegar sus efectos facilitadores puesto que no debemos deleznar la función social que cumple el fideicomiso. De acuerdo a ello, mencionaremos, por ejemplo, el fideicomiso del proyecto minero Las Bambas ubicado entre las provincias de Cotabambas y Grau de la Re-

---

<sup>2</sup> El Fideicomitente también puede ser denominado fiduciante, constituyente o cedente, y en inglés *settlor*.

<sup>3</sup> En ese sentido véase MARTÍN MATO, Miguel Ángel. *Los fideicomisos en los tiempos modernos*. Primera Edición. Buenos Aires: Cengage Learning, 2009, pp. 92-93.

gión de Apurímac, en el cual se reconoce la existencia de altos índices de pobreza, por lo cual dicho fideicomiso ha permitido mejorar en cierto grado la calidad de vida de los pobladores. El Estado peruano incluyó en el contrato de concesión minera una cláusula obligando a la empresa minera a transferir una parte de los recursos a un fiduciario para que los administre y que esos fondos sean destinados al desarrollo de proyectos sociales.<sup>4</sup>

Por consiguiente, la posición que adopta el Derecho respecto de los bienes que pueden ser transferidos y qué bienes no, sin duda tendrá un impacto en la eficacia del desarrollo del fideicomiso. Por tal motivo, a fin de brindar un enfoque acerca de estos bienes y derechos que son transferidos llevaremos a cabo una división binaria, en los siguientes apartados.

## 1. ACTO CONSTITUTIVO Y DERECHOS A SER TRANSFERIDOS

Respecto a ello, no podemos dejar de mencionar las principales regulaciones vigentes sobre fideicomiso en el Perú. El fideicomiso bancario está regulado por la Ley General del Sistema Financiero y Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros de 1996 (en adelante, la Ley de Bancos) y el fideicomiso de titulación,

---

<sup>4</sup> ProInversión (Agencia de Promoción de la Inversión Privada) fue la encargada de establecer las bases del concurso del Proyecto Minero Las Bambas como representante del Estado. Esta institución propuso el fideicomiso, al exigir que una parte del dinero que recibiría el Estado, normalmente destinado al Tesoro Público, se reservaría para el desarrollo sostenible de las localidades, dicha contribución que finalmente la empresa XSTRATA AG Suiza (ganadora del concurso en septiembre del 2004) cumplió en brindar con la realización de un pago inicial de USD 45,5 millones de dólares, monto que viene siendo destinado al financiamiento de proyectos que buscan beneficiar directamente a las provincias de Grau y Cotabambas (83,200 habitantes, 20 distritos y 150 comunidades campesinas) y, que son aprobadas por el Consejo Directivo del Fideicomiso Social, previa consulta de las autoridades provinciales y distritales a las comunidades campesinas, a través de mesas de diálogo de presupuesto participativo.

sobre el cual también vamos a evocar algunos puntos, está regulado por el Texto Único Ordenado de la Ley del Mercado de Valores (en adelante, TUO).<sup>5</sup>

En lo que atañe a su creación, la constitución de un fideicomiso bancario sólo se constituirá mediante un contrato de fideicomiso entre el fideicomitente y la empresa fiduciaria.<sup>6</sup> Respecto al fideicomiso de titulación, se podrá realizar mediante contrato y acto unilateral, de acuerdo a lo mencionado en el artículo 301 del TUO.<sup>7</sup>

Por tal motivo, según lo indicado, debemos manifestar que en ambos casos se deben respetar los requisitos de validez del acto jurídico, de

---

<sup>5</sup> Decreto Legislativo n.º 861, Texto Único Ordenado de la Ley del Mercado de Valores, aprobado mediante Decreto Supremo n.º 093-2002.

<sup>6</sup> De acuerdo a los artículos 246 y 247 de la Ley n.º 26702: Ley General del Sistema Financiero y Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros

<sup>7</sup> Artículo 301.- «Fideicomiso de Titulación

En el fideicomiso de titulación una persona, denominada fideicomitente, se obliga a efectuar la transferencia fiduciaria de un conjunto de activos en favor del fiduciario para la constitución de un patrimonio autónomo, denominado patrimonio fideicometido, sujeto al dominio fiduciario de éste 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. Únicamente las sociedades tituladoras a que se refiere el artículo siguiente, salvo los supuestos de excepción que establezca Conasev mediante disposiciones de carácter general, pueden ejercer las funciones propias del fiduciario en los fideicomisos de titulación.

La sociedad tituladora, mediante acto unilateral, puede también constituir patrimonios fideicometidos. En virtud de dicho acto, la sociedad 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. Dichos activos y los frutos y rentas que se deriven de ellos, no podrán regresar al patrimonio de la sociedad tituladora hasta que se hubiere cumplido con la finalidad para la que fue constituido el fideicomiso, salvo que se hubiere pactado en modo distinto.

La sociedad tituladora puede tener bajo su dominio a uno o más patrimonios fideicometidos».

acuerdo a lo establecido en el artículo 140 del Código Civil,<sup>8</sup> los cuales detallaremos en los próximos párrafos.

## 2. REQUISITOS DE FONDO DEL ACTO CONSTITUTIVO DEL FIDEICOMISO

En relación al requisito de «la capacidad (agente capaz)», debemos tomar en cuenta la capacidad de administración y disposición tanto del fideicomitente como del fiduciario. En ese sentido, la ley indica que es requisito de validez del acto constitutivo que el fideicomitente tenga la facultad de disponer de los bienes y derechos que transmita, de acuerdo a lo mencionado en el artículo 243 de la Ley de Bancos.<sup>9</sup> Conviene precisar que el jurista francés Dr. Christian Larroumet manifiesta que son actos de disposición aquellos que «[...] tienen por objeto o por efecto hacer salir un elemento del patrimonio o de paralizar un elemento del patrimonio durante una duración considerable».<sup>10</sup>

Ahora bien, de acuerdo a lo establecido en el artículo 295 del TUO,<sup>11</sup> en el caso del fideicomiso de titulación, y mediante remisión

---

<sup>8</sup> Artículo 140.- «Noción de Acto Jurídico: elementos esenciales

El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere:

1.- Agente capaz.

2.- Objeto física y jurídicamente posible.

3.- Fin lícito.

4.- Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad».

<sup>9</sup> Artículo 243.- «Validez del Acto Constitutivo

Para la validez del acto constitutivo del fideicomiso es exigible al fideicomitente la facultad de disponer de los bienes y derechos que transmita, sin perjuicio de los requisitos que la ley establece para el acto jurídico».

<sup>10</sup> LARROUMET, Christian. *Introduction a étude dudroit privé*. Quinta edición, p. 285. Texto original en francés «[...] les actes de disposition sont de actes qui ont pour effet de compromettre la composition actuelle ou future du patrimoine [...]».

<sup>11</sup> Artículo 295.- «Activos que pueden ser Titulizados

Con el objeto de integrar patrimonios de propósito exclusivo, pueden ser transferidos todos aquellos activos y la esperanza incierta a que hace referencia el artículo 1409 del Código Civil, sobre los que su titular pueda disponer libremente».

al artículo 1409 del Código Civil, se deduce que no es necesario que el fideicomitente sea propietario de los derechos transferidos, por lo que dicho cuerpo normativo menciona que el contrato puede versar sobre «bienes ajenos o afectados en garantía».<sup>12</sup>

En cuanto a los actores que intervienen en un fideicomiso, debemos recordar que en el Derecho peruano la posición jurídica subjetiva de fideicomitente puede ser asumida por toda persona natural o jurídica, a diferencia de la posición del fiduciario, que sólo puede ser asumida por ciertas instituciones de acuerdo a lo señalado en el artículo 242 de la Ley de Bancos,<sup>13</sup> detallado en los siguientes puntos:

- Empresas de operaciones múltiples.<sup>14</sup>

<sup>12</sup> Artículo 1409.- «Bienes Objeto de la prestación

La prestación materia de la obligación creada por el contrato puede versar sobre:

1. Bienes futuros, antes de que existan en especie, y también la esperanza incierta de que existan, salvo las prohibiciones establecidas por la ley.
2. Bienes ajenos o afectados en garantía o embargados o sujetos a litigio por cualquier otra causa».

<sup>13</sup> Artículo 242.- «Empresas autorizadas a desempeñarse como fiduciarios

Están autorizadas para desempeñarse como fiduciarias, Cofide, las empresas de operaciones múltiples a que se refiere el inciso A del artículo 16 y las empresas de servicios fiduciarios que señala el inciso b-5 del artículo mencionado, las empresas del numeral 1 del artículo 318, así como las empresas o instituciones supervisadas por la Superintendencia, cuyo objeto es garantizar, apoyar, promover y asesorar directa o indirectamente a la Micro y Pequeña Empresa (Mype) de cualquier sector económico.

En caso de dolo o culpa grave, la Superintendencia puede disponer la remoción de la empresa fiduciaria y designar a quien ha de sustituirla, si el fideicomitente no lo hiciera dentro del plazo que se le señale.

Para ejercer las funciones de fiduciario en fideicomisos de titulación a que se refiere la Ley del Mercado de Valores, las empresas del sistema financiero deben constituir sociedades tituladoras».

<sup>14</sup> Ley de Bancos

Artículo 16.- «Capital Mínimo

Para el funcionamiento de las empresas y sus subsidiarias, se requiere que el capital social, aportado en efectivo, alcance las siguientes cantidades mínimas:

A. Empresas de Operaciones Múltiples:

- |                         |                  |
|-------------------------|------------------|
| 1. Empresa Bancaria :   | S/.14 914 000,00 |
| 2. Empresa Financiera : | S/. 7 500 000,00 |

- Empresas de servicios fiduciarios.
- Cofide (Corporación Financiera de Desarrollo).
- Empresas de seguros y reaseguros debidamente autorizadas.<sup>15</sup>
- Sociedades de titulización debidamente autorizadas.

Además de las reglas del Derecho común sobre capacidad, los artículos 298 y 299 del TUO, referentes al fideicomiso de titulización, ha dispuesto una serie de reglas para proteger al fideicomiso, es decir, reglas especiales que impiden la nulidad, anulabilidad e ineficacia del acto jurídico del fideicomiso de titulización cuando pudiera derivar en un perjuicio para los suscriptores de valores mobiliarios.<sup>16</sup>

---

3. Caja Municipal de Ahorro y Crédito:	S/. 678 000,00
4. Caja Municipal de Crédito Popular:	S/. 4 000 000,00
5. Entidad de Desarrollo a la Pequeña y Micro Empresa - Edpyme:	S/. 678 000,00
6. Cooperativas de Ahorro y Crédito autorizadas a captar recursos del público:	S/. 678 000,00
7. Caja Rural de Ahorro y Crédito:	S/. 678 000,00
B. Empresas Especializadas:	
1. Empresas de Capitalización Inmobiliaria:	S/. 7 500 000,00
2. Empresas de Arrendamiento Financiero:	/ . 2 440 000,00
3. Empresas de Factoring:	S/. 1 356 000,00
4. Empresas Afianzadora y de Garantías:	S/. 1 356 000,00
5. Empresas de Servicios Fiduciarios:	S/. 1 356 000,00
[...]	

<sup>15</sup> Artículo 318.- «Operaciones

1. OPERACIONES DE LAS EMPRESAS DE SEGUROS Y DE REASEGUROS

En general, las empresas de seguros y/o reaseguros pueden realizar todas las operaciones, actos y contratos necesarios para extender coberturas de riesgos o para emitir pólizas de caución vinculadas a prestaciones de hacer o de no hacer, incluyendo las operaciones de cesión o aceptación de reaseguro de ser el caso, así como efectuar inversiones. También podrán otorgar créditos a los asegurados para el pago de sus primas de seguros. Adicionalmente, y previa la ampliación de su autorización de funcionamiento, podrán emitir fianzas, realizar comisiones de confianza y encargos fiduciarios. [...]».

<sup>16</sup> Artículo 298.- «Protección a los inversionistas

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

En relación al «objeto del fideicomiso», de acuerdo a lo mencionado por el Código Civil tanto en los artículos 219 inciso 3<sup>17</sup> y 1403,<sup>18</sup> se deriva que el objeto materia de un fideicomiso debe estar referido a la factibilidad de la realización con adecuación al ordenamiento jurídico.<sup>19</sup>

---

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 los 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 las disposiciones que establecen la nulidad de los actos celebrados por una 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 allí señalados.

Queda a salvo el derecho del transferente o de los terceros a ejercer las acciones civiles, administrativas o penales que correspondan».

Artículo 299.- «Criterio para la determinación del perjuicio a los inversionistas

Para efectos de lo dispuesto en el artículo anterior, se ocasiona perjuicio a los suscriptores o adquirentes de los valores cuando deviene en imposible el pago de las prestaciones debidas a los titulares de los valores, se dificulta la posibilidad de efectuar dicho pago, o, en todo caso, se provoque un descenso en la categoría de riesgo asignada.

<sup>17</sup> Artículo 219.- «Causales de Nulidad

El acto jurídico es nulo:

[...]

3.- Cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable.

[...]».

<sup>18</sup> Artículo 1403.- «Obligación ilícita y prestación posible

La obligación que es objeto del contrato debe ser lícita.

La prestación en que consiste la obligación y el bien que es objeto de ella deben ser posibles».

<sup>19</sup> VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El acto jurídico*. Lima: Gaceta Jurídica, 2000, 5.<sup>a</sup> Ed., p. 122.

Asimismo, en ese sentido, el artículo 265 de la Ley de Bancos<sup>20</sup> dispone la nulidad del fideicomiso, entre otras causales, si su objeto fuese ilícito o imposible y si todos los bienes que lo deben integrar estuvieran fuera del comercio.

En lo que se refiere al «fin lícito», teniendo en cuenta el objeto de la obligación, a la luz del Código Civil peruano y de la Ley de Bancos, podemos afirmar que el fideicomiso, como instituto, debe percibir un fin realizable, un fin lícito y los derechos y bienes transferidos mediante fideicomiso deben gozar de comercialidad, es decir, deben estar dentro del tráfico y debe también ser determinados y determinables.<sup>21</sup> Asimismo, se exige que el motivo de la celebración de un fideicomiso no sea contrario al orden público ni a las buenas costumbres a fin de que, exteriorizados con la manifestación de voluntad, los efectos queridos y producidos puedan tener el amparo del ordenamiento jurídico, lo que constituye causa subjetiva y finalista.

En cuanto a la «naturaleza de los derechos y bienes a ser transferidos», como lo hemos indicado hace un momento, haciendo un análisis sistémico de las distintas regulaciones sobre el tema, podemos considerar que se tratan de todos los derechos con contenido patrimonial, es decir, los bienes muebles, inmuebles, sobre propiedad corpórea, incorpórea. Respecto a este punto, el TUO en lo que atañe al fideicomiso

---

<sup>20</sup> Artículo 265.- «Nulidad de Fideicomiso

El fideicomiso es nulo:

1. Si contraviene el requisito establecido en el artículo 243.
2. Si su objeto fuese ilícito o imposible.
3. Si se designa como fideicomisario a la propia empresa, salvo en los casos de fideicomiso de titulación.
4. Si todos los fideicomisarios son personas legalmente impedidas de recibir los beneficios del fideicomiso.
5. Si todos los bienes que lo deben integrar están fuera del comercio.

Si el impedimento a que se refiere el numeral 4 sólo recae sobre parte de los fideicomisarios, el fideicomiso es válido respecto de los restantes».

<sup>21</sup> Véase también BATIZA, Rodolfo. *El fideicomiso. Teoría y práctica*. México: Editorial Jus, 2001, 8.ª Ed., p. 219.

de titulación, nos indica que los derechos que pueden ser transferidos son todos los activos a los que se refiere el artículo 1409 del Código Civil descrito anteriormente y, como sabemos, este artículo versa sobre los bienes futuros, los bienes ajenos, los afectados en garantía o sujetos a litigio.

En ese mismo sentido, un reconocido jurista peruano señala que «[...] El fideicomiso recae sobre toda clase de bienes. Así, puede recaer sobre bienes inmuebles, sobre bienes muebles, sobre derechos, sobre un patrimonio [...]».<sup>22</sup>

Por tal motivo, consideramos que el ámbito de aplicación objetivo es muy amplio, se pueden ceder prácticamente todo tipo de derechos patrimoniales en el caso peruano.

En efecto, el fideicomiso no puede tener por objeto derechos personalísimos, por lo que no puede versar sobre el derecho a la vida, a la integración corporal, a la integridad moral, al libre desenvolvimiento de la personalidad, al reconocimiento a la propia individualidad (nombre, identidad, etcétera).<sup>23</sup>

Asimismo, el derecho real de uso y habitación debería ser excluido de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1029 del Código Civil.<sup>24</sup>

Como ejemplo de algunos de estos derechos y bienes que son transferidos mediante fideicomiso podemos mencionar el fideicomiso Bonos de la Universidad de San Martín de Porres, en el cual se transfirió al fiduciario cuentas futuras provenientes de pagos men-

---

<sup>22</sup> AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. *Derecho Civil patrimonial*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997, p. 155.

<sup>23</sup> MOLINA SANDOVAL, Carlos A. *El fideicomiso*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2009, 2.<sup>a</sup> Ed., p. 54.

<sup>24</sup> Artículo 1029.- Carácter personal del uso y habitación  
Los derechos de uso y habitación no pueden ser materia de ningún acto jurídico, salvo la consolidación.

suales de los alumnos de determinadas facultades, como respaldo de la emisión de bonos hasta por treinta millones de dólares, es decir, los alumnos pagaban directamente en las cuentas del fiduciario. Es así que estos pagos de derechos de inscripciones sirvieron como colateral para la emisión de bonos, refiriéndonos al objeto de transferencia.

Podemos indicar otro ejemplo, refiriéndonos al fideicomiso del concesionario del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, Lima Airport Partners (LAP), que transfirió al fiduciario todos los ingresos presentes y futuros, así como todos los derechos provenientes de contratos, de bienes muebles, inmuebles, derechos de propiedad intelectual presentes y futuros, a cambio de recibir un préstamo por parte del fideicomisario, por un monto ascendente a ciento veinticinco millones de dólares.

Asimismo, podemos mencionar el fideicomiso de titulación de supermercados Wong y Metro; en este caso se transfirieron los flujos futuros provenientes de compras de los clientes a través de tarjetas de crédito y débito emitidas por ciertos bancos y, también se transfirió unos bienes en usufructo para respaldar emisiones por cincuenta millones de dólares. Como vemos, el objeto de la transferencia en el fideicomiso sumamente amplio, lo cual, sin duda, es favorable para el desarrollo de esta institución en el país.

### 3. REQUISITOS DE FORMA DEL ACTO CONSTITUTIVO DEL FIDEICOMISO

#### 3.1. *Forma del acto*

Respecto a la observancia de la forma prescrita del acto de constitución del fideicomiso, nótese que en un fideicomiso bancario sólo basta un escrito privado o protocolizado notarialmente. En un fideicomiso de titulación, de acuerdo a lo señalado en el artículo 301 del TUO, se

deberá otorgar mediante escritura pública, y deberá contener ciertas menciones obligatorias, tales como:

- Individualización de los activos objeto de transferencia indicando si se encuentran en el patrimonio del transferente o si son activos ajenos o futuros y el reparto de los riesgos.
- Si se encuentran sujetos a gravámenes, embargos o son materia de controversia, o de litigio judicial, arbitral o administrativo.
- El modo y plazo de la transferencia de los activos que integran el patrimonio fideicometido, denominación del patrimonio fideicometido, derechos, obligaciones y facultades del fideicomitente, la sociedad tituladora y del fideicomisario así como informaciones relativas a la emisión de valores, a las posibilidades de la sociedad de delegar facultades,
- Facultades y procedimientos para designar fiduciarios sustitutos.
- El destino de los activos.

En la medida en que la regulación sobre el fideicomiso no precisa el alcance de la formalidad exigida, es necesario referirse al artículo 144 del Código Civil.<sup>25</sup> En la práctica, el respeto a las formalidades antes descritas es fundamental para los fines de oponibilidad.

#### 4. EFECTOS DEL FIDEICOMISO Y DERECHOS TRANSFERIDOS

En primer lugar, vamos a examinar los efectos *inter partes* de las transferencias de los bienes y derechos y, posteriormente, analizaremos la transferencia de estos derechos respecto a su oponibilidad.

---

<sup>25</sup> Artículo 144.- Forma *ad probationem* y *ad solemnitatem*

«Cuando la ley impone una forma y no sanciona con nulidad su inobservancia, constituye sólo un medio de prueba de la existencia del acto».

#### 4.1. *Transferencia del dominio fiduciario entre las partes*

##### 4.1.1. *¿En qué momento se transfieren los bienes y derechos?*

La respuesta a esta interrogante no es explícita en ley. Sin embargo, luego de un análisis sistémico podemos considerar que la transferencia de estos bienes y derechos se realiza tras la constitución del fideicomiso mediante contrato entre el fideicomitente y el fiduciario.<sup>26</sup>

De acuerdo al tipo de derecho transferido se puede considerar lo siguiente:

- En caso de bienes inmueble, la transferencia se realiza a solo consentimiento de las partes.
- En el caso de bienes muebles, se realiza con la simple entrega.
- En caso de títulos valores, la transferencia se dará mediante el endoso.

---

<sup>26</sup> Artículo 246.- «Formalidad

La constitución del fideicomiso se efectúa y perfecciona por contrato entre el fideicomitente y la empresa fiduciaria, formalizado mediante instrumento privado o protocolizado notarialmente.

Cuando el contrato comporta la transferencia fiduciaria de activos mobiliarios, debe ser inscrito en la Central de Riesgos de la Superintendencia, según lo considere el fideicomitente.

Tiene también lugar por voluntad unilateral del fideicomitente, expresada en testamento.

Para oponer el fideicomiso a terceros se requiere que la transmisión al fiduciario de los bienes y derechos inscribibles sea anotada en el registro público correspondiente y que la otra clase de bienes y derechos se perfeccione con la tradición, el endoso u otro requisito exigido por la ley.

Para los casos de fideicomiso en garantía, la inscripción en el registro respectivo le otorga el mismo orden de prelación que corresponde, en razón al tiempo de su inscripción».

- En caso de derechos de crédito, se realizará mediante escrito que puede ser el mismo contrato de fideicomiso, de acuerdo a los artículos 1206 y 1207 del Código Civil.<sup>27</sup>

#### 4.1.2. *¿En calidad de qué se transfieren los bienes y derechos?*

De acuerdo a ello, el artículo 241 de la Ley de Bancos<sup>28</sup> refiere la transferencia de bienes «en fideicomiso», observando las siguientes características:

- La transferencia tiene por objeto la constitución de un patrimonio fideicometido.
- Los bienes están sujetos al dominio fiduciario.

<sup>27</sup> Artículo 1206.- «Cesión de derechos

La cesión es el acto de disposición en virtud del cual el cedente transmite al cesionario el derecho a exigir la prestación a cargo de su deudor, que se ha obligado a transferir por un título distinto.

La cesión puede hacerse aun sin el asentimiento del deudor.

Artículo 1207.- Forma de la cesión

La cesión debe constar por escrito, bajo sanción de nulidad.

Cuando el acto o contrato que constituye el título de la transferencia del derecho conste por escrito, este documento sirve de constancia de la cesión».

<sup>28</sup> Artículo 241.- «Concepto de Fideicomiso

El 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 en 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.

Los activos que conforman el patrimonio autónomo fideicometido no generan cargos al patrimonio efectivo correspondiente de la empresa fiduciaria, salvo el caso que por resolución jurisdiccional se le hubiera asignado responsabilidad por mala administración, y por el importe de los correspondientes daños y perjuicios.

La parte líquida de los fondos que integran el fideicomiso no está afectada a encaje.

La Superintendencia dicta normas generales sobre los diversos tipos de negocios fiduciarios».

- Los bienes se encuentran afectos al cumplimiento de un fin específico en favor del fideicomitente o de un tercero denominado fideicomisario.

La ley al definir el haz de facultades que ejerce el fiduciario sobre los bienes que componen el patrimonio fideicometido permite una aproximación del concepto de dominio fiduciario.

En ese sentido, el artículo 252 de la Ley de Bancos<sup>29</sup> dispone que el dominio fiduciario confiere plenas facultades, incluyendo las facultades de administración, uso, disposición y reivindicación sobre los bienes que conforman el patrimonio fideicometido. Dichas facultades son ejercidas con arreglo a la finalidad por lo cual fue constituido el fideicomiso, bajo la observancia de las limitaciones que se hubiesen establecido en el acto constitutivo

De acuerdo a ello, la empresa fiduciaria sólo puede disponer de los bienes fideicometidos con arreglo a las estipulaciones del instrumento constitutivo, entendiendo que no constituye dicha transmisión

---

<sup>29</sup> Artículo 252.- «Facultades del Fiduciario sobre bienes que recae

El fiduciario ejerce sobre el patrimonio fideicometido, dominio fiduciario, el mismo que le confiere plenas potestades, incluidas las de administración, uso, disposición y reivindicación sobre los bienes que conforman el patrimonio fideicometido, las mismas que son ejercidas con arreglo a la finalidad para la que fue constituido el fideicomiso, y con observancia de las limitaciones que se hubieren establecido en el acto constitutivo.

Dependiendo de la naturaleza del fideicomiso, el fideicomitente y sus causahabientes son titulares de un derecho de crédito personal contra el patrimonio fiduciario.

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 de 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.

hecha al fiduciario como absoluta, ya que dicho fiduciario no podrá disponer de los derechos transformados en su propio provecho.<sup>30</sup>

En este aspecto, cabe resaltar la posición que ha tomado Sunarp como organismo público de registro de actos, de transferencias, de bienes e inscripción de derechos. A través de la Directiva n.º 007-2008-SUNARP,<sup>31</sup> menciona que la transferencia, en el marco del fideicomiso, efectivamente, no se realiza en propiedad absoluta y plena, sino en dominio fiduciario y es este dominio fiduciario que viene a constituir un verdadero derecho real a favor del fiduciario.

Al respecto, podemos pensar en algunas paradojas:

- El fideicomitente va a transferir un bien al fiduciario y, por ende, es el fideicomitente quien pierde la propiedad del bien pero, al mismo tiempo, al fiduciario no le confiere propiedad plena.
- En el supuesto de que el fiduciario transfiera el bien fideicometido, el adquirente recibe una propiedad plena y el fiduciario finalmente cede más derechos de los que tiene. Bajo un aspecto civilista muy clásico puede parecer algo extraño pero en realidad estamos frente a un nuevo tipo de propiedad simplemente.

El dominio fiduciario, sin duda, constituye un derecho real, no acaso se le ha atribuido al fiduciario una capacidad de reivindicación del bien. En ese sentido estamos frente a un derecho real, sin duda un derecho real con alto contenido obligacional, un derecho real con una serie de cargas obligacionales puesto que es un derecho real con finalidad específica.

---

<sup>30</sup> ACOSTA ROMERO, Miguel y Roberto ALMAZÁN. *Tratado teórico-práctico de fideicomiso*. México: Editorial Porrúa, 1999, 3.ª Ed., p. 277.

<sup>31</sup> Aprobado a través de la Resolución n.º 316-2008-SUNARP-SN, de fecha 25 de noviembre de 2008.

Finalmente otra pregunta que podría plantearse sería: ¿a quién se transfieren los derechos, al fiduciario o al patrimonio fideicometido?

En ese sentido, el artículo 241 de la Ley de Bancos indica que se «transfiere al fiduciario para la constitución de un patrimonio fideicometido».

De acuerdo a ello, se podría interpretar que el bien pasa por el patrimonio de fiduciario antes de llegar al patrimonio fideicometido. En realidad, la ley no indica con precisión el momento de la creación del patrimonio fideicometido pero se puede pensar que los bienes se transfieren directamente al patrimonio fideicometido de acuerdo al tipo de bien (*solo consensu*, tradición, etcétera) por una cuestión coherente con la finalidad misma del fideicomiso.<sup>32</sup>

De acuerdo a ello, los bienes son transferidos directamente al patrimonio fideicometido que constituye un patrimonio separado. Al respecto, cabe mencionar las características del patrimonio fideicometido, las cuales se detallan a continuación:

- La empresa fiduciaria debe llevar contabilidad separada por cada patrimonio fideicometido.

---

<sup>32</sup> Al respecto el Dr. Escobar indica: «[...] 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) [...]». ESCOBAR ROZAS, Freddy. *Breve ensayo sobre el dominio fiduciario en el sistema jurídico peruano*. *Thémis*, Revista de Derecho. Lima. 2004, n.º 48, p. 94.

- Es un patrimonio independiente respecto a los patrimonios del fideicomitente, fiduciario y del fideicomisario y no responde por las obligaciones de éstos.
- Los bienes que se encuentran en el patrimonio fideicometido no generan cargo al patrimonio del fiduciario salvo resolución judicial en caso de responsabilidad del fiduciario por mala administración.
- Sólo los bienes del patrimonio fideicometido están afectos a los pagos del fiduciario llevados a cabo para los fines del fideicomiso, de acuerdo a lo mencionado por el artículo 254 de la Ley de Bancos;<sup>33</sup> con exclusión de los bienes que integran el patrimonio de la empresa fiduciaria, del fideicomitente y del fideicomisario.

Asimismo, al término del fideicomiso, los bienes se transfieren ya sea al fideicomitente o al fideicomisario, de acuerdo a lo establecido en el acto constitutivo y el artículo 256 de la Ley de Bancos.<sup>34</sup>

---

<sup>33</sup> Artículo 254.- «Afectación de los bienes que integran el patrimonio fideicometido  
Los bienes que integran el patrimonio fideicometido se encuentran afectos al pago de las obligaciones y responsabilidades que la empresa fiduciaria contraiga en ejercicio del dominio fiduciario por los actos que efectúe para el cumplimiento de la finalidad para la que fue constituido el fideicomiso y, en general, de acuerdo a lo establecido en el acto constitutivo. No se encuentran afectos a dicho pago, salvo disposición en contrario, los bienes que integran el patrimonio propio de la empresa fiduciaria, del fideicomitente, del fideicomisario y del destinatario del remanente».

<sup>34</sup> Artículo 256.- «Obligaciones de la Empresa Fiduciaria  
Son obligaciones de la empresa fiduciaria:

[...]

8. Notificar a los fideicomisarios de la existencia de bienes y servicios disponibles a su favor, dentro del término de diez días de que el beneficio esté expedido;
9. Devolver al fideicomitente o a sus causahabientes, al término del fideicomiso, los remanentes del patrimonio fideicometido, salvo que, atendida la finalidad de la transmisión fideicomisaria, corresponda la entrega a los fideicomisarios o a otras personas;
10. Transmitir a la nueva empresa fiduciaria, en los casos de subrogación, los recursos, bienes y derechos del fideicomiso; y,
11. Rendir cuenta a los fideicomitentes y a la Superintendencia al término del fideicomiso o de su intervención en él.

#### 4.2. *Oponibilidad ante terceros de la transferencia de los bienes en dominio fiduciario*

Luego de haber analizado esta transferencia de derechos *inter partes*, podemos interrogarnos acerca de la oponibilidad de esta transferencia de derechos.

El artículo 246 de la Ley de Bancos<sup>35</sup> nos menciona que para que la transferencia de bienes y derechos sea oponible frente a terceros es necesario su inscripción en el registro pertinente.

Como se sabe, mediante la oponibilidad se da una incidencia efectiva de las situaciones jurídicas en el ámbito de terceros.<sup>36</sup>

Es así que los bienes inmuebles se van a inscribir en el registro de propiedad inmueble, y aquellos muebles sujetos al registro, en el registro de bienes muebles correspondiente.

Aquellos bienes muebles que carezcan de registro jurídico específico deben ser inscritos en el registro mobiliario de contratos.<sup>37</sup> Asimismo,

---

<sup>35</sup> Artículo 246.- «Formalidad

La constitución del fideicomiso se efectúa y perfecciona por contrato entre el fideicomitente y la empresa fiduciaria, formalizado mediante instrumento privado o protocolizado notarialmente.

Cuando el contrato comporta la transferencia fiduciaria de activos mobiliarios, debe ser inscrito en la Central de Riesgos de la Superintendencia, según lo considere el fideicomitente.

Tiene también lugar por voluntad unilateral del fideicomitente, expresada en testamento. Para oponer el fideicomiso a terceros se requiere que la transmisión al fiduciario de los bienes y derechos inscribibles sea anotada en el registro público correspondiente y que la otra clase de bienes y derechos se perfeccione con la tradición, el endoso u otro requisito exigido por la ley.

Para los casos de fideicomiso en garantía, la inscripción en el registro respectivo le otorga el mismo orden de prelación que corresponde, en razón al tiempo de su inscripción».

<sup>36</sup> PAU PEDRON, Antonio. *La publicidad registral*. Madrid: 2001. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, p. 297

<sup>37</sup> En ese sentido, véase los artículos 32 y 42 de la Ley de Garantía Mobiliaria.

la transferencia de créditos y los fideicomisos de titulización deben ser inscritos en el registro de personas jurídicas de la empresa titulizadora. Cabe recalcar que los títulos que dan mérito a su inscripción son básicamente contratos privados con firmas legalizadas, protocolización notarial o escritura pública.

Según el artículo 2 de la Directiva n.º 316-2008-SUNARP-SN, una vez que la transferencia a favor del fiduciario se inscriba en el rubro «títulos de dominio», se producirán los siguientes efectos:

- El fiduciario adquiere el poder de disposición para transferir, constituir derechos y gravar, bastará que presente una declaración jurada con firma legalizada en la cual se indica que cumple con las obligaciones o límites impuestos.
- No se podrá inscribir transferencias o gravámenes sobre el mismo bien por parte del fideicomitente.
- No se procederá a la inscripción de embargos o cualquier medida cautelar salvo que se trate de medidas relativas a la anulación del fideicomiso.

En conclusión, podemos apreciar que el registro ha acogido de manera pragmática y flexible esta institución del Derecho Civil que si bien es cierto no está arraigada en nuestras familias de Derecho Romano germánico se ha podido desarrollar en nuestro país sin mayor obstáculo de orden conceptual y práctico.<sup>38</sup>

---

<sup>38</sup> Al respecto, Miguel Ángel Martín Mato indica: «A la fecha, se calculan en más de diez millones de dólares los patrimonios autónomos de fideicomiso bancario que representan más de doscientas operaciones bancarias. Casos particulares son el megaproyecto Antamina, desarrollado íntegramente bajo este sistema a cargo del Scotiabank, así como gran parte del proyecto de Camisea administrado por La Fiduciaria. El impulso de programas como Mivivienda también se ha beneficiado significativamente del fideicomiso. Asimismo, este tipo de mecanismo ha dinamizado las operaciones de crédito en el Perú». MARTÍN MATO, Miguel Ángel. *Op. cit.*, p. 20.

LA FIDUCIA Y LOS ACREEDORES.  
APUNTES DE LA REGIÓN LATINOAMERICANA  
Carlos Pizarro Wilson



LA FIDUCIA Y LOS ACREEDORES.  
APUNTES EN LA REGIÓN LATINOAMERICANA \*

*Carlos Pizarro Wilson* \*\*

Sumario: 1. Principio de aislamiento patrimonial de los bienes constituidos en fideicomiso.— 2. Los acreedores y la fiducia.— 2.1. Acreedores del constituyente o fiduciante.— 2.2. Constitución en fraude de los acreedores del fiduciante.— 2.3. Acción del heredero forzoso en la ley peruana.— 2.4. Acreedores del fiduciario.— 3. La insolvencia y proceso concursal frente a los acreedores.

Quisiera, en primer lugar, sumarme a los agradecimientos brindados para los organizadores y a la universidad anfitriona, la Pontificia Universidad Católica del Perú y, en particular, a los profesores Mario Castillo y Ricardo Guevara.

Si tuviera que ser sincero, lo primero que debería decir es que el tema de la fiducia cuando me fuera anunciado me incomodó, pues la realidad en mi país dista mucho del concierto latinoamericano que, en una avanzada de leyes sucesivas, partiendo por la legislación mexicana, ha introducido la institución inspirada en el modelo del *trust*, dejando como una reliquia lo que los chilenos conservamos, diría atesoramos, en nuestro viejo pero vigente Código Civil: el fideicomiso romano.

---

\* Este artículo contiene la ponencia realizada en el congreso internacional realizado en la ciudad de Lima bajo el alero de la Association Andrés Bello de juristas franco-latinoamericanos. El autor agradece de manera particular la invitación del profesor Christian Larroumet, quien dirige la referida asociación.

\*\* Profesor investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, Santiago de Chile. Doctor en Derecho por la Universidad Paris II Panthéon-Assas. Dirección postal: República 105, Santiago, Chile. Correo electrónico: [carlos.pizarro@udp.cl](mailto:carlos.pizarro@udp.cl).

Así es, incluso apartándose de su modelo francés, en Chile, persiste incólume el fideicomiso romano. Aún más, sin modificaciones que le hayan afectado desde la promulgación del Código Civil a mediados del siglo XIX.

De ahí entonces que un trazo esencial de la institución sea, aunque se exprese en términos negativos, la no separación entre el patrimonio fiduciario y el personal del propietario fiduciario. Los bienes del constituyente salen de su patrimonio para confundirse con aquellos del propietario fiduciario.

En efecto, esta característica, la confusión de patrimonios, borra de un plumazo todo el interés que pudiera tener la institución en su función de garantía o gestión-administración en las diversas facetas que se han mostrado en este Congreso.

Su comprensión y regulación en el Derecho chileno ha mantenido esta figura, en un verdadero desuetudo. Como lo manifestaba ayer el profesor Larroumet, la concepción romana coloca el énfasis de quedar sujeta la propiedad fiduciaria al gravamen de pasar a otra persona por el hecho de verificarse una condición, lo cual, sumado a su función de mantener fortunas en el ámbito sucesorio, gatilló su mala prensa, quedando plasmada en nuestro Código Civil la prohibición de fideicomisos perpetuos y sucesivos, dando lugar a la idea campante en el siglo XIX de libre circulación de los bienes que habrá justificado, imagino, su abolición en el *Code Civil*.

Por lo mismo, si tuviera que hablar del fideicomiso chileno, debiera quedar hasta aquí y no hablar más, lo que si bien imagino alivianaría el término del Congreso, y ustedes me lo agradecerían, no justificaría mi viaje y el aprendizaje sobre la institución fiduciaria que me ha atormentado estas últimas semanas.

De ahí entonces que he preferido abordar la cuestión que se me solicitara, a saber, los acreedores y la fiducia, mostrando la razón del interés en detenerse en ello, lo que está en forma intrínseca relacionado con el principio de aislamiento patrimonial que genera o modela las relaciones entre los partícipes del fideicomiso y los acreedores respectivos, lo que nos permitirá, enseguida, verificar la situación de los acreedores del fiduciante o constituyente, del fiduciario y del beneficiario, para finalizar con algunas palabras sobre la insolvencia y la quiebra frente a esos mismos acreedores.

Para analizar esas tres cuestiones, tomaré como ejemplo algunas legislaciones de la región que consagran en términos análogos la fiducia. A diferencia del profesor Mantilla, quien en un acto de extrema timidez, señaló no pretender hablarle a los franceses ni a los peruanos de su propia legislación, yo no sólo haré eso, sino que me referiré, lo que sí es riesgoso, a la legislación argentina, estando presente aquí el profesor y magistrado Sr. Picasso y a otros ordenamientos jurídicos ausentes, como el uruguayo y brasileño.

Vamos entonces a la primera cuestión. El principio de aislamiento patrimonial de los bienes fideicomitidos.

#### 1. PRINCIPIO DE AISLAMIENTO PATRIMONIAL DE LOS BIENES CONSTITUIDOS EN FIDEICOMISO

Como es usual, las legislaciones de la región han recogido el principio de separación de patrimonios en materia de fiducia. La ley uruguaya lo reconoce en el artículo 6: «Los bienes y derechos fideicomitidos constituyen un patrimonio de afectación separado e independiente de los patrimonios del fideicomitente, del fiduciario y del beneficiario».

Este patrimonio queda sometido a las instrucciones del constituyente. Se reconoce así la autonomía del patrimonio fiduciario respecto a aquellos del fiduciante, el fiduciario y el beneficiario.

Para el caso uruguayo, el profesor Mariño recurre a la metáfora de considerar que este «patrimonio de afectación» se encuentra «blindado», pues «Contra él no pueden accionar los acreedores del fiduciante ni los del fiduciario. Sólo para los acreedores del beneficiario la situación es algo distinta. Al menos pueden recurrir a los frutos generados por los bienes o derechos constituidos en fideicomiso.

Por consiguiente, el patrimonio fiduciario sólo responderá de las «deudas originadas en la realización de la gestión encargada al fiduciario».<sup>1</sup>

Por su parte, el artículo 1227 del CCo colombiano dispone también el principio de aislamiento de los bienes fideicomitidos: «Los bienes objeto de la fiducia no forman parte de la garantía general de los acreedores del fiduciario y sólo garantizan las obligaciones contraídas en cumplimiento de la finalidad perseguida».

Aquí, como ya se ha insistido, se excluyen los bienes fideicomitidos de la garantía básica de los acreedores del fiduciario, propietario de los bienes.

Por su parte, el artículo 1238 aísla también los bienes respecto de los acreedores del fiduciante o constituyente, salvo que los créditos sean precedentes a la constitución del fideicomiso.

Por último, los acreedores del beneficiario «solamente podrán perseguir los rendimientos que le reporten dichos bienes».

En fin, la regla que termina por cerrar el principio de aislamiento, establece que «Para todos los efectos legales, los bienes fideicomitidos deberán mantenerse separados del resto del activo del fiduciario y de los

---

<sup>1</sup> MARIÑO LÓPEZ, Andrés. «El fideicomiso de garantía en el Derecho uruguayo». En *Estudios sobre garantías reales y personales. Libro homenaje al profesor Manuel Somarriva Undurraga*. Santiago: Jurídica, 2009, tomo I, p. 497.

que correspondan a otros negocios fiduciarios, y forman un patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo» (artículo 1233).

La ley argentina —Ley n.º 24.441—, por su parte, en su artículo 14 establece «[...] los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario y del fiduciante».

La ley peruana n.º 26.702 no se aparta de esta lógica del *trust*, el artículo 241 señala: «El patrimonio fideicomitado es distinto al patrimonio del fiduciario, del fideicomitente, o del fideicomisario y, en su caso, del destinatario de los bienes remantes».

El blindaje del patrimonio fiduciario está explícito en todos estos sistemas jurídicos, dejando fuera del alcance de los acreedores del fiduciante o constituyente los bienes fideicomitidos, pues ya no están en su patrimonio habiendo operado la transferencia en propiedad de éstos a favor del fiduciario, cuyos acreedores tampoco pueden incrementar su derecho de prenda general en razón de que no se confunden el patrimonio personal del fiduciario con aquel fideicomitado. Quedan los acreedores del beneficiario, quienes tampoco alcanzan dichos bienes, sino sólo los frutos o rendimientos, como los denomina la ley colombiana.

Sólo quedan en situación de hacer efectivos sus créditos en el patrimonio fideicomitado, los acreedores surgidos a propósito de la gestión del fideicomiso, hasta el monto de esos mismos bienes, salvo el caso francés, que regresa a la confusión de patrimonios al permitirles a esos mismos acreedores hacer efectivos sus créditos en el patrimonio personal del fiduciario cuando los fideicomitados no sean suficientes.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> Para el Derecho francés, LARROUMET, Ch. «La Ley del 19 de febrero de 2007 sobre el fideicomiso». En *Estudios sobre garantías reales y personales. Libro homenaje al profesor Manuel Somarriva Undurraga*. Op. cit., p. 469.

Este esquema prístino de las relaciones entre acreedores y los partícipes del fideicomiso puede alterarse, ya sea por vía convencional, por razones de licitud o erradicación del fraude o, por último, en situaciones de insolvencia o quiebra.

## 2. LOS ACREEDORES Y LA FIDUCIA

### *2.1. Acreedores del constituyente o fiduciante*

En el caso uruguayo tiene relevancia el momento de perfeccionamiento del contrato fiduciario para determinar la situación de los acreedores del constituyente.

Tratándose de derechos personales, la doctrina ha entendido que debe recurrirse a las reglas tradicionales de la cesión de crédito, siendo necesario que se verifique la comunicación al fiduciario para que pase a ocupar la posición jurídica de acreedor respecto del crédito objeto de la fiducia. Hasta antes de dicha notificación los acreedores del fiduciante pueden embargar el crédito, aún no tradido ya que no se ha perfeccionado la cesión.

Para el caso colombiano, se ha criticado por la doctrina la ausencia de mecanismos de publicidad sobre la constitución del patrimonio separado.<sup>3</sup> Salvo en inmuebles, en razón de la tradición por inscripción, no existe un registro ad hoc.

De ahí que Díaz Ramírez indique que «Deben aplicarse las normas generales: el contrato de fiducia será oponible a terceros que hayan te-

---

<sup>3</sup> DÍAZ RAMÍREZ, E. «La fiducia en garantía en Colombia». En *Estudios sobre garantías reales y personales. Libro homenaje al profesor Manuel Somarriva Undurraga*. Op. cit., p. 517.

nido conocimiento de él, entre los cuales se cuentan los acreedores del constituyente».<sup>4</sup>

Como se indicó, para el caso colombiano, los acreedores del fiduciante o constituyente no les afectará la separación de patrimonios respecto a acreencias precedentes a la constitución del fideicomiso. El artículo 1238 señala «[...] a menos que sus acreencias sean anteriores a la constitución».

El debate en la doctrina y práctica colombiana ha estado dividido entre, por una parte, quienes pretenden que los acreedores precedentes a la constitución pueden dirigirse de manera directa por la vía ejecutiva contra el fiduciario.<sup>5</sup> En cambio, para otros debe armonizarse esta frase con la acción pauliana especial prevista en el artículo 1238 posibilitando la impugnación del acto fiduciario por los interesados en caso de fraude.

Díaz concuerda con esta segunda posición, y argumenta que en caso contrario: «El patrimonio separado [...] no tendría eficacia alguna, y porque se ajusta mejor a los principios: la acción pauliana no es una acción de ejecución pero es preliminar o preparatoria de la ejecución». La instrucción de la superintendencia bancaria se orienta en ese sentido.

Sin embargo, al menos en perspectiva sustantiva, no termina de convencer la segunda posición. El precepto alude a la imposibilidad de perseguir los bienes por los acreedores del fiduciante, salvo que sus derechos sean anteriores. Dicho derecho de persecución no debe supeditarse a la prueba del fraude que es propio de la acción pauliana, sino que simplemente no rige la separación para créditos constituidos con anterioridad.

---

<sup>4</sup> *Idem*, p. 525.

<sup>5</sup> RENGIFO, E. *La fiducia mercantil y pública en Colombia*. Bogotá: Universidad del Externado, 1998, p. 77 y ss.

Si no es efectiva la separación de los patrimonios y, por ende, pueden perseguirse los bienes por los acreedores del fiduciante, la ejecución a su favor no debiera quedar supeditada al fraude pauliano, sino simplemente a la prueba de la antedata que exige el artículo 1238.

## *2.2. Constitución en fraude de los acreedores del fiduciante*

La mención de la acción pauliana por fraude prevista en el caso colombiano nos ilumina respecto del gran temor hacia el fideicomiso, cual es que su constitución sea realizada en desmedro de los derechos de acreedores del fiduciante. Éste, a través del fideicomiso, intentaría vaciar su patrimonio y así defraudar a sus acreedores precedentes a la constitución del fideicomiso. Ésa es la razón de la regla ya indicada que otorga preeminencia a los créditos constituidos con anterioridad. Si bien dicha regla no aparece en todos los sistemas jurídicos que recogen la fiducia, es un problema de derecho común que se ha presentado siempre a propósito de las limitaciones a la propiedad. La constitución de derechos reales posteriores no pueden afectar a créditos devengados con anterioridad.

Sin perjuicio del derecho común, es usual que se contemple la acción respectiva para destruir el fideicomiso cuando ha sido con el objeto de fraude.

El artículo 245 de la ley peruana establece una acción de nulidad de la transferencia fideicomisaria realizada en fraude de los acreedores, la cual caduca en sólo 6 meses desde que se publicó en el diario oficial por 3 días consecutivos el respectivo aviso de enajenación. Se agrega que la misma acción caduca en dos meses de la fecha en que el acreedor haya sido notificado personalmente de la constitución del fideicomiso.

Con este tipo de acciones se protege a los acreedores del fiduciante o constituyente. Parece un plazo extremadamente breve aquel previsto en la ley peruana para la caducidad de la acción, lo que se suma a pre-

sumir el conocimiento de la constitución del fideicomiso a partir de la publicación en el diario oficial, lo que puede dar lugar a una cierta impunidad.

Todavía queda la situación particular del heredero, cuyo tratamiento particular sólo aparece en la ley peruana.

### *2.3. Acción del heredero forzoso en la ley peruana*

Una de las funciones que, al menos en el *trust* angloamericano es usual, pero que en la región no se utiliza, al menos hasta mis noticias, es la constitución del fideicomiso para paliar la situación económica de niños o personas con necesidades, antiguamente llamadas incapaces. Sumado esto a la angustia de los padres por el futuro de sus hijos cuando ellos ya no puedan acompañarlos. En Francia se utiliza un modelo basado en el mandato para solucionar este problema. En razón del mejoramiento de los estándares de vida en la región las personas viven más, pero a veces sin la claridad mental necesaria, lo que los hace objeto de abusos y fraudes. Lo mismo ocurre, decía, con hijos que no alcanzan la necesaria autonomía.

El fideicomiso puede ser una institución apropiada para resolver estos problemas. Pero también puede afectar las legítimas de los herederos del constituyente. Por eso la ley peruana contempla una especie de acción por inoficiosa donación que permite al heredero forzoso demandar la restitución de bienes fideicomitados por el causante a título gratuito que hubiere perjudicado la legítima. Pero la elección de bienes con que se verifica la restitución se realiza por la empresa fiduciaria.

No obstante, puede el fideicomitente constituir en fideicomiso los bienes que toquen a la legítima de alguno de sus herederos menores o incapaces, en beneficio de ellos mismos y mientras subsista la minoridad o la incapacidad.

La empresa fiduciaria, en todo caso, debe atender al mantenimiento del menor o del incapaz, con cargo a las rentas o frutos del fideicomiso.

En síntesis, la situación de los acreedores del fiduciante o constituyente debe enfrentarse en términos protectores, pues son ellos quienes ven disminuido su derecho de prenda general con la constitución del fideicomiso, pasando bienes del patrimonio de su deudor al fiduciante. Dicha protección se presenta a través de la inoponibilidad del acto fiduciario para acreedores precedentes, la acción por fraude que se traduce en una acción pauliana o de nulidad y, por último, los herederos del fiduciante afectados en sus legítimas, merecen también una protección especial, aunque el derecho común debiera ser suficiente para su resguardo a través de las acciones del ámbito sucesorio.

#### *2.4. Acreedores del fiduciario*

El principio aquí consiste en la manifestación del aislamiento patrimonial debiendo distinguirse en forma nítida el patrimonio personal del fiduciario de aquél objeto del fideicomiso. Es conocido que el fiduciario tiene un poder de disposición relevante respecto a los bienes constituidos en fideicomiso. En el caso uruguayo, el profesor Mariño señala que:

El fiduciario puede enajenar dichos derechos personales o reales fiduciarios a terceros en forma válida y eficaz, aun cuando la enajenación en determinadas circunstancias sea inoponible al fiduciante y al beneficiario y, como consecuencia de ello, éstos tengan el derecho de revocarla.

Aquí, el fiduciario excede los derechos que le ha otorgado el constituyente, siendo inoponible dicho acto dispositivo si existe inscripción registral del contrato de fideicomiso. Esto conforme el artículo 17, 1<sup>er</sup> LFU.

La pregunta que surge es qué ocurre si no existe registro, habiéndose excedido el fiduciario de sus facultades. En esta hipótesis la ley

uruguay mantiene la oponibilidad a terceros, salvo que el adquirente tuviera conocimiento del fideicomiso o el acto dispositivo fuera extraño a la finalidad del fideicomiso (artículo 17, 2º).

La protección está determinada por la buena fe de los terceros, quienes ignoraban la transgresión a las facultades por el fiduciario, ya sea porque no existía inscripción o por ser extraño a la finalidad del fideicomiso.

La revocación alcanzará la parte en exceso, manteniendo incólume aquella que se verifica dentro de las facultades del fiduciario.

Esta misma limitación aparece en la ley uruguay a propósito del artículo 7.2 que permite a los acreedores del beneficiario «perseguir para la satisfacción de sus créditos los frutos que dichos bienes generen». De ahí que deba concluirse que los frutos pertenecen al beneficiario. Aparece, en consecuencia, como límite al fiduciario la imposibilidad de disponer de los frutos del patrimonio fideicomitado.

### 3. LA INSOLVENCIA Y PROCESO CONCURSAL FRENTE A LOS ACREEDORES

El caso colombiano ilustra ciertos problemas de la fiducia en garantía y el concurso del constituyente o fiduciante. El caso célebre, aunque ya ha pasado el tiempo, es aquel de la sociedad Acerías Paz del Río S.A., que explicó ayer el profesor Mantilla.

El problema jurídico radica en determinar las razones por las cuales la superintendencia que administra la quiebra del constituyente puede intervenir en la administración de los bienes ya entregados en fideicomiso y que son de propiedad del fiduciario, favoreciendo con su resolución a los acreedores del constituyente.

El embargo sobre los bienes fideicomitidos por la superintendencia no tiene fundamento, pues «[...] no pertenecían al deudor constituyente concursado sino al fiduciario [...]». Esto genera, por lo demás, un claro conflicto entre acreedores, mientras la decisión de la superintendencia privilegia los derechos de los acreedores del constituyente por sobre aquellos del patrimonio entregado en fiducia y también pasa a llevar los acreedores del beneficiario en lo que toca a los frutos, si fuere diverso al constituyente, la aplicación de separación de patrimonios impediría dicho favoritismo.

La decisión de la superintendencia, contradictoria con la naturaleza de la fiducia, implica, además, que los acreedores del patrimonio fiduciario debieran presentar sus créditos al proceso concursal, echando por tierra la naturaleza intrínseca del patrimonio separado y autónomo objeto de la fiducia.

Por eso más clara y pertinente es la solución brasileña al problema, pues «Si el deudor ingresara en liquidación, el acreedor podrá requerir la posesión directa de la propiedad. La propiedad que se haya suministrado en garantía en una enajenación fiduciaria no podrá formar parte del patrimonio del insolvente en un procedimiento de quiebra del deudor, una vez que dicha propiedad pertenece al acreedor fiduciario. Si la propiedad se hubiere incluido en el inventario del patrimonio del insolvente, sin embargo, el acreedor podrá solicitar a un tribunal que expida una orden de restitución de posesión».

En el caso uruguayo, en forma explícita en el artículo 8 se indica que la insuficiencia de bienes del fideicomiso para el pago de los créditos no dará lugar a la quiebra, procediendo sólo la liquidación privada a cargo del fiduciario, quien enajenará los bienes y pagará los créditos siguiendo el orden de prelación previsto en la ley de quiebras.

La regla es diversa si se trata de un fideicomiso financiero, pues para el caso de insolvencia se deberá realizar una asamblea con los tenedores

de títulos de deuda, quienes deberán determinar la administración y liquidación del patrimonio (artículo 32).

Para el caso peruano, el artículo 255 relativo a la liquidación de la empresa fiduciaria señala que:

En caso de liquidación de la empresa fiduciaria, asiste a quienes tengan legítimo interés el derecho de identificar y rescatar los bienes y derechos existentes que pertenezcan al patrimonio fideicomitido, en cualquier estado del proceso, por no formar parte de la masa. Por el valor de los bienes, recursos líquidos y derechos perdidos o no identificables del fideicomiso, el fideicomisario tiene sobre la masa, hasta por el importe de la responsabilidad de la empresa fiduciaria, un crédito amparado con privilegio general de primer orden.

Es decir, salvo esta norma específica, el proceso concursal de las empresas fiduciarias se rige por las reglas generales de la misma ley que regula el fideicomiso, es decir, los artículos 116 y siguientes. Dicho proceso involucra la rehabilitación o la liquidación a través de una figura contractual en que se encomienda por la superintendencia dicho proceso, bajo su vigilancia.

La apertura del proceso de rehabilitación o liquidación paraliza las acciones judiciales que puedan interponerse contra la empresa. Luego, los acreedores del patrimonio fiduciario, e incluso el beneficiario por los frutos, no podrá exigirlos ya a la empresa fiduciaria, sino que deberán someterse al proceso colectivo.

Respecto a las posibles compensaciones, la ley peruana aparece bastante estricta, realizando, al parecer, una excepción al efecto automático en caso de deudas recíprocas, pues dichas compensaciones deben verificarse por vía contractual bajo la homologación de la propia superintendencia.

No creo que existan razones relevantes para dar un tratamiento particular al proceso concursal de la empresa fiduciaria, y ahí se enfrentan los usuales problemas entre los acreedores sin privilegios, como son los del patrimonio fiduciario.

CONGRESO DE FIDEICOMISO

LIMA 2011

SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN EL MES DE  
FEBRERO DEL 2013, CON F.M. SERVICIOS  
GRÁFICOS S.A., HENRY REVETT 220, URB. SANTA RITA  
SANTIAGO DE SURCO, TELÉFONO: 444-2007  
LIMA 33, PERÚ





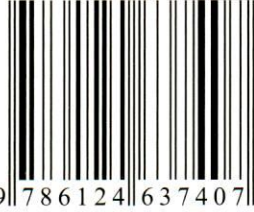


El fideicomiso constituye una valiosa herramienta en el mercado de capitales, puesto que no sólo deviene en un óptimo medio de financiamiento, sino que también resulta muy apropiado para los procesos de securitización o titulación de activos.

De esta manera, en América Latina, el fideicomiso es un instrumento común para la administración de patrimonios, la constitución de garantías, la canalización de inversiones públicas y privadas y los procesos de privatizaciones estatales.

No obstante, en el Perú, la gran mayoría de los fideicomisos se constituyen únicamente como garantía de financiamiento, por lo que resulta imprescindible la difusión de sus amplias y versátiles aplicaciones.

ISBN 978-612-46374-0-7



El Quinto Congreso Internacional de la Asociación Andrés Bello de Juristas Franco Latinoamericanos sobre Fideicomiso, organizado por la Asociación Andrés Bello de Juristas Franco Latinoamericanos, la Pontificia Universidad Católica del Perú y la Universidad Panthéon-Assas (París II), así como auspiciado por el Servicio de Cooperación de los Países Andinos de la Embajada de Francia en el Perú, el Estudio Ricardo Guevara Bringas y el Estudio Mario Castillo Freyre, se llevó a cabo en la ciudad de Lima, Perú, los días 13 y 14 de abril de 2011.

En esta ocasión, se dieron cita importantes juristas y expertos en el fideicomiso a nivel mundial, con el fin de discutir los nuevos rumbos de esta importante institución jurídica, que viene cobrando renovadas fuerzas.

Esta obra preserva las valiosas perspectivas y testimonios de los participantes en este importante evento, acercando así al lector a este necesario —aunque poco difundido— debate jurídico.