

UNIVERSIDAD DE SALAMANCA

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO

TESIS DOCTORAL

**LOS NEGOCIOS FIDUCIARIOS
Y LA FIDUCIA EN GARANTÍA**

D. JAIME ALBERTO ARRUBLA PAUCAR

Dirigida por el

Prof. Dr. D. Eugenio Llamas Pombo

Salamanca, 2013

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	x
Generalidades sobre la tutela del crédito.	x
Crisis de las garantías tradicionales.	xiv
Nuevas instituciones de garantía en el ámbito mercantil.	xviii
1. El crédito documentario.	xix
2. La garantía a primer requerimiento.....	xx
3. Las garantías financieras.	xxi
4. Seguros de cumplimiento.	xxii
5. La Solidaridad legal.	xxiii
6. El leasing como apalancamiento financiero.	xxiv
7. La persona en sí misma como sujeto de crédito.	xxv
8. La fiducia en garantía.	xxvi
Los propósitos del presente trabajo.	xxviii
PRIMERA PARTE - Antecedentes, Evolución Y Desarrollo De Los Negocios Fiduciarios.	1
1. La fiducia en Roma: De la <i>fides</i> al <i>fideicommissum</i>	1
1.1. El <i>fideicommissum</i>	13
1.2. La evolución hacia otras figuras.	22
1.3. El <i>pactum fiduciae</i> ; ¿negocio transmisivo?	23

2.	El fideicomiso en el derecho germánico.	36
2.1.	La prenda inmobiliaria.....	40
2.2.	El <i>Manusfidelis</i>	40
3.	La evolución de la fiducia en España y en la Europa Continental.....	41
3.1.	Derecho Antiguo.	41
4.	El <i>Trust</i> anglosajón.....	51
4.1.	Surgimiento del sistema legal inglés.	54
4.2.	Los derechos legales y de equidad.	60
4.3.	Los <i>Uses</i>	63
4.4.	<i>Los trust</i>	70
4.4.1.	Evolución del “ <i>trust</i> ”.....	70
5.	El Fideicomiso en América Latina.	72
6.	La Tendencia Contemporanea y La Convencion de la Haya Sobre El <i>Trust</i>	91
7.	El <i>trust</i> y el derecho continental Europeo.....	94
8.	España, Los Negocios Fiduciarios y El <i>Trust</i>	100
9.	La jurisprudencia del Tribunal Supremo y los Negocios fiduciarios...	112
10.	La conclusión sobre el negocio fiduciario y el <i>trust</i> en España.....	130

PARTE II. - La estructura del Contrato de Fiducia, La Fiducia en Garantía y

los <i>Trust</i>.	133
1. Introducción.	133
2. El Contrato de Fiducia.	134
2.1. Función Económica.....	134

2.2.	La Función de la Fiducia en Garantía.	138
2.3.	Las Partes Intervinientes en la Operación.	141
2.4.	Naturaleza Jurídica del Negocio Fiduciario.	144
2.5.	Concepto de Contrato de Fiducia Mercantil y Fideicomiso de Garantía.	152
2.6.	Requisitos del Contrato de Fiducia.	158
2.6.1.	La Capacidad.	159
2.6.2.	El Consentimiento.	160
2.6.3.	El Objeto.	161
2.6.4.	La Causa en el Contrato de Fiducia.	161
2.6.4.1.	La causa en el negocio jurídico, un problema aún no resuelto.....	161
2.6.4.2.	La causa de la obligación y la causa del contrato.....	165
2.6.4.3.	El problema de la causa en la fiducia, más complejo aún.....	169
2.6.4.4.	Los sistemas causales.	170
2.6.4.5.	El negocio abstracto.	172
2.6.4.6.	La <i>causa fiduciae</i> en España.	177
2.6.4.6.1.	La teoría del doble efecto.	183
2.6.4.6.2.	Teoría de la propiedad formal y la material.	191
2.6.4.6.3.	La teoría de la propiedad fiduciaria del negocio simulad.....	194
2.6.4.6.4.	La teoría de la nulidad relativa	199
2.6.4.6.5.	Teoría de la conversión en negocio jurídico de garantía.....	201
2.6.5.	La Fiducia de Mera Liberalidad.	206
2.7.	Características.....	208

2.8.	La Fiducia en Garantía.....	215
3.	El Patrimonio de Afectación y el Patrimonio Autónomo.....	219
4.	Naturaleza jurídica del patrimonio autónomo en la fiducia mercantil.	226
5.	Patrimonio Autónomo y Fiducia en Garantía.	230
6.	La Naturaleza Jurídica de la Propiedad Fiduciaria.....	232
6.1.	Teoría de la propiedad modal.....	233
6.2.	Teoría del mandato irrevocable.....	234
6.3.	Teoría del patrimonio de afectación.....	234
6.4.	Ventajas de la Fiducia en Garantía sobre las garantías clásicas.....	238
7.	Los Efectos del Contrato de Fiducia Mercantil.	243
7.1.	Obligaciones y deberes principales del fiduciante.....	243
7.1.1.	Pago de honorarios y gastos al fiduciario.....	243
7.1.2.	Entrega y transmisión de los bienes fideicometidos.....	244
7.1.3.	Deber de información.....	245
7.2.	Obligaciones y deberes principales de la fiduciaria.....	246
7.2.1.	Realizar las gestiones necesarias para cumplir con la finalidad de la fiducia.	246
7.2.2.	El deber de cuidado y pericia.	246
7.2.3.	Deber de guarda y conservación.	247
7.2.4.	La obligación de representación.	247

7.2.5. Obligación de transferencia de los bienes objeto del contrato a su terminación.....	248
7.2.6. Indelegabilidad.....	248
7.2.7. Deber de buena fe.....	249
7.2.8. Deber de lealtad e imparcialidad.	250
7.2.9. Deber de información.	251
7.2.10. Deber de secreto.	252
7.2.11. Deber de llevar y rendir cuentas.	252
7.3. Derechos de la Fiduciaria.	252
7.3.1. Derecho de retención de la fiduciaria.	252
8. La Terminación Del Contrato	253
8.1. Por haberse cumplido cabalmente la finalidad buscada con la fiducia.	254
8.2. Por la imposibilidad absoluta de realizarlos.	254
8.3. Por expiración del plazo acordado por las partes.	255
8.4. Por el cumplimiento de la condición resolutoria a la cual esté sometido.	255
8.5. Por hacerse imposible o no cumplirse dentro del término señalado, la condición suspensiva de cuyo acaecimiento pende la existencia de la fiducia.	255
8.6. Por la muerte del fiduciante o del beneficiario, cuando tal suceso haya sido señalado en el acto constitutivo como causa de extinción.....	255
8.7. Por el abuso que la fiduciaria realice sobre los bienes recibidos.....	256
8.8. Por disolución de la entidad fiduciaria.	256

8.9.	Por acción de los acreedores anteriores al negocio fiduciario.....	256
8.10.	Por la declaración de la nulidad del acto constitutivo.	257
8.11.	Por mutuo acuerdo del fiduciante y del beneficiario, sin perjuicio de los derechos del fiduciario, y.....	257
8.12.	Por revocación del fiduciante, cuando expresamente se haya reservado ese derecho.	257
9.	Destinación de los bienes a la terminación del contrato.....	257
10.	La Fiducia y la Insolvencia.....	258
10.1.	Concurso o quiebra del fiduciante.....	259
10.2.	Concurso del fiduciario.....	260
11.	Los <i>Trust</i>	263
11.1.	Definición de <i>Trust</i>	264
11.2.	Naturaleza jurídica del <i>trust</i> y su funcionamiento.....	267
11.3.	Las Partes del <i>Trust</i>	270
11.4.	Distintas clases de <i>Trust</i>	284
11.5.	Comparación entre el negocio fiduciario de origen romano y el <i>Trust</i> anglosajón.	286

PARTE III - La Responsabilidad Civil en el Contrato de Fiducia.....293

1.	A manera de presentación, una nueva concepción de la responsabilidad contractual.	293
1.1.	El papel de la buena fe como dinamizador de la responsabilidad.....	302

1.2.	Preponderante el papel de la <i>bona fides</i> en la evolución de la responsabilidad contractual.	306
1.3.	La responsabilidad por dolo.	309
1.4.	La buena fe contribuye a ampliar los criterios de responsabilidad.	310
1.5.	Buena fe y diligencia	311
1.6.	Responsabilidad por riesgo	313
1.7.	La objetivación de la responsabilidad civil contractual en España.....	313
2.	La responsabilidad de la fiduciaria	324
2.1.	Planteamiento del problema.....	325
2.2.	Examen desde la perspectiva clásica: la responsabilidad con fundamento en la culpa contractual.	329
2.2.1.	El período precontractual.....	330
2.2.2.	El período contractual.....	333
2.2.2.1.	Concepto general.....	333
2.2.2.2.	Naturaleza de las Obligaciones de la Fiduciaria: obligaciones de medio y obligaciones de resultado.	334
2.2.2.3.	Algunas Obligaciones de la Fiduciaria y el Examen de la Responsabilidad.....	340
3.	Eximentes de Responsabilidad.....	348
3.1.	La participación de los interesados.....	351
3.2.	La imposibilidad liberatoria.	353
3.3.	Cláusulas eximentes de responsabilidad.....	354

4. La Propuesta para transformar la Responsabilidad de la Fiduciaria más acorde a su función profesional.....	357
CONCLUSIONES.....	361
BIBLIOGRAFIA... ..	371

INTRODUCCIÓN

Generalidades sobre la tutela del crédito.

Una de las problemáticas permanentes del derecho privado a través de su historia ha sido como dotar a los acreedores de una efectiva protección para la recuperación de su crédito.

Se habla de los medios de tutela del derecho de crédito, haciendo referencia a las acciones o medios que el sistema jurídico dispone en favor de los acreedores para reclamar la satisfacción de su interés en la relación obligatoria¹, es decir de su derecho de crédito. También se distingue entre la tutela efectiva y la tutela preventiva, dependiendo de si el crédito ha sido insatisfecho por el deudor, o si el acreedor alberga el temor de que la insatisfacción pueda producirse.²

La llamada “prenda general”³, o “la garantía común”⁴ ha sido por antonomasia el recurso con el cual se dota a los acreedores, por los diferentes sistemas jurídicos, para que logren satisfacer su acreencia. Por esta denominada “prenda general de los acreedores”, el acreedor puede perseguir cualquier clase de bien que se encuentre en el patrimonio de su deudor a fin de solicitar

¹ Díez-PICAZO, LUIS Y ANTONIO GULLÓN. “*Sistema de Derecho Civil*”. Tecnos, Madrid, 1988. 5ª.Ed. Pág. 223.

² Díez-PICAZO, LUIS Y ANTONIO GULLÓN. Ob. Cit. Pág. 223.

³ Es el vocablo que utiliza el código de Napoleón y algunos de los que son tributarios de este, como el código de Bello. Otros sistemas no lo ponen este remoque, pero igualmente confieren al creador para tutela de su crédito el patrimonio del deudor, bienes presentes o futuros (artículo 1.911 C. Civil de España).

⁴ Léxico utilizado por: Díez-PICAZO, LUIS Y ANTONIO GULLÓN. Ob. Cit. Pág.237.

su realización y si es del caso, pagarse con el producto de ese bien su acreencia.⁵

“El patrimonio del deudor constituye el soporte de sus obligaciones, sobre él se hace efectiva su responsabilidad. Es, pues, la garantía común de todos los acreedores y el común objeto del poder de agresión por parte de ellos para la satisfacción forzosa de sus créditos”⁶.

Pero, al momento de medir su eficacia como garantía para que los acreedores puedan recuperar su crédito hay que aceptar su relatividad. La prenda general vale y es efectiva en la medida de la solvencia del deudor.

Pero, ¿quién puede vaticinar con acierto sobre la solvencia futura del deudor, que es precisamente la que se precisa cuando el acreedor pueda y vaya a hacer efectivo el cobro de su acreencia? El patrimonio de las personas es esencialmente dinámico, está sometido a las vicisitudes de la vida diaria, al ir y venir de sus negocios, de sus operaciones mercantiles, de su prudencia y diligencia. Hoy se le puede conceder crédito a una persona que es muy solvente y puede suceder, que transcurrido algún tiempo, al momento de proceder al cobro de la obligación, hayan cambiado las circunstancias y esa persona ya no tenga bienes para responder por su obligación.

⁵ Señala el artículo 1.911 del Código Civil español que “del cumplimiento de sus obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros”.

⁶ DÍEZ-PICAZO, LUIS Y ANTONIO GULLÓN. Ob. Cit. Pág. 237.

Por ello, esa mera garantía consistente en la prenda general, no es suficiente. Los acreedores siempre estarán buscando maneras y formas de rodear de más seguridades la futura y eventual recuperación de su acreencia.

Pero además, hay que tener en consideración que, en principio todos los acreedores se encuentran en pié de igualdad o en igual condición; según el principio de la *par conditio creditorum*, si el patrimonio es insuficiente para pagar todas las deudas, no debe quedar expuesto a los que primero lleguen, a los más presurosos, en detrimento de los demás, sino que ellos deben concurrir en igual proporción, según el monto de su crédito; todos deben concurrir sobre el mismo, sacrificándose en tal medida, para que excluir a ninguno alcancen a cubrir la misma proporción de su acreencia⁷. Todo lo anterior salvo los créditos de aquellos que, precavidos, hayan obtenido garantías que les otorguen privilegios o preferencia ante esa concurrencia, o que sea la misma ley la que los coloque en tan predilecta y ventajosa posición.

En la historia del derecho privado se observan diferentes maneras de darle un tratamiento a las cauciones, seguridades o garantías para los acreedores⁸. En Grecia existieron la venta con pacto de retroventa, la prenda y la hipoteca; en Roma la *fiducia cum creditore* y la *fiducia cum amico* tuvieron funciones de garantía y fueron predecesoras del el *pignus*, la *hypotheca* y la hipoteca; en España, en las Siete Partidas se conoció el *peño* como la entrega o gravamen de cosas muebles o inmuebles para la seguridad de un crédito, señalando: “*Peño* es propiamente aquella cosa que un ome empeña a otro

⁷ DÍEZ-PICAZO, LUIS Y ANTONIO GULLÓN. Ob. Cit. Pág.237.

⁸ PÉREZ VIVES, ÁLVARO. “*Garantías Civiles*”. Temis, Bogotá, 1990. Pág. 1

apoderandole della, e mayormente cuando es mueble” (L.1, tít, 13, parte 5). En Alemania existió el derecho de prenda (*Pfand*), que luego se llamó *Satzung*. En Inglaterra y Estados Unidos se conoció el *mortgage*, que implicaba la transmisión de la propiedad en garantía con la facultad de recuperarla y luego la prenda la hipoteca y el *lien*.

El derecho de las obligaciones y de los contratos incorporado en los códigos decimonónicos introdujo una serie de instituciones obligacionales y negóciales que constituyen sin duda un acervo de alternativas, de mayor o menor eficacia como garantías o seguridades, que se encuentran a disposición de los acreedores para aminorar los riesgos que significa dejar la acreencia con la mera prenda general, sin aprovisionarla de otras cauciones diferentes.

Se le otorga a los acreedores acciones que tienden a reconstruir el patrimonio de su deudor, cuando este no es suficiente para satisfacer la acreencia, como el ejercicio de la acción subrogatoria y de la acción pauliana.

Las cauciones tienen muchas y muy variadas presentaciones. Van desde cláusulas penales, pactos de arras, solidaridad pasiva, reserva de dominio, la retroventa, el derecho de retención, hasta contratos accesorios de garantía como la fianza, prenda, hipoteca y anticresis.

Por muchos años esta forma clásica liberal, por llamarla de alguna manera, ha imperado en los negocios que son fuente de crédito, para atemperar la relatividad de la prenda general y todavía continúan teniendo un uso frecuente

en el tráfico económico. Sin embargo, muchos sujetos y empresarios prefieren optar por otro tipo de seguridades, amén de las dificultades que presenta hacer efectivo el crédito con las tradicionales garantías, de las que no se oculta una gran dosis de crisis en la vida contemporánea para satisfacer las necesidades de seguridad de crédito.

Crisis de las garantías tradicionales.

Las garantías conocidas como reales, prenda e hipoteca, deben parte de su crisis a la duración de los procesos judiciales. Para satisfacer el crédito el acreedor goza de un derecho para pedir, a través de un trámite judicial, que el bien objeto de la garantía, se venda en pública subasta y con el producto de la venta, se satisfaga la obligación insoluta. Esos procesos suelen ser bastante demorados en muchos países, dilatando la recuperación del crédito, circunstancia que lleva a muchos acreedores a no escoger, como tutela de su crédito, este tipo de garantías.

Pero adicionalmente, la prenda y la hipoteca han bajado del pedestal en que se encontraban como garantías reales, que daban a sus acreedores una serie de privilegios, tales como: tenerlos dentro de la escala de preferencias para el pago, gozando los créditos garantizados con ellas, como de la segunda y tercera clase; procesos más expeditos para hacer efectiva la realización de la acreencia; prebendas de orden procesal, como ser citados cuando otros acreedores persiguen el bien objeto de la garantía; privilegios en los procesos

concursoales, para votar o no los acuerdos entre acreedores y deudor y perseguir su garantía por parte.

La necesidad de proteger las empresas, como unidades de explotación económica, donde se encuentra en juego el interés general, en la medida que generan empleo y ponen en circulación la riqueza, ha llevado a que, en los diferentes trámites concursales que adoptan las legislaciones en el derecho comparado, los acreedores con garantías reales, deben ceder algunas bondades que les otorgaban las legislaciones liberales, en aras de proteger el interés general que está en juego, perdiendo su prevalencia efectiva en los procesos de insolvencia empresarial.

También en España, comentando la ley concursal y su efecto frente a las garantías, se observan voces que señalan *“El enemigo a batir es claro, la eficacia y vis atractiva que genera la ley concursal y las rigideces dogmáticas de las garantías reales sobre todo las mobiliarias”*⁹. Se agrega por el mismo autor en referencia a la misma ley concursal, en razonada crítica que se formula a la preponderancia que se le otorga en la misma a las llamadas garantías financieras, sobre otras garantías reales, lo siguiente: *“se han reescrito las garantías ajustándolas a las necesidades y demandas de unos pocos, sin importar el valor intrínseco que las mismas generan en la tutela del crédito”*¹⁰. Añade sobre el mismo tema: *“En cierta medida las rigideces y el*

⁹ VEIGA COPO, ABEL B. *“Garantías Financieras vs. Garantías Fiduciarias, o como sustraerse a la vis concursal”* ICADE. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales. Universidad Pontificia Comillas de Madrid. N. 73 enero-abril 2008, ISSN: 02 12-7377. Pág. 45-83

¹⁰ VEIGA COPO, ABEL B. *“Garantías Financieras vs. Garantías Fiduciarias, o como sustraerse a la vis concursal”*. Ob. Cit. Pág. 46-83.

*anquilosamiento de las tradicionales figuras garantorías pide a gritos la creación de nuevas figuras o la reconfiguración total de las existentes”.*¹¹

En algunos de estos sistemas de ley de concursos, se presenta la inclusión de los socios como acreedores internos¹². Se incluye una categoría de acreedores internos con derecho a voto que comprende a los socios o accionistas de las sociedades, y los titulares de participaciones en cualquier otro tipo de persona jurídica.¹³

El sistema de votación de los acuerdos en este tipo de procesos concursales, también pone en entredicho la eficacia de las garantías reales. La suerte del acuerdo puede estar definida por mayorías formadas por acreedores internos y otros sin garantías reales o fiduciarias, con lo cual éstas últimas pierden su capacidad para proteger al acreedor.¹⁴

¹¹ VEIGA COPO, ABEL B. “*Garantías Financieras vs. Garantías Fiduciarias, o como sustraerse a la vis concursal*”. Ob. Cit. Pág. 50-83.

¹² En Colombia, pese a que en la exposición de motivos del proyecto de ley que finalmente se convirtió en la ley 1116 de 2006 se consideraron los múltiples problemas de la ley 550 en su aplicación, la que facilitó abusos de las partes dominantes, en el texto final aprobado por el Congreso se restableció la categoría de los acreedores internos quienes, en consecuencia, siguen ejerciendo una importante influencia respecto de la suerte de los acreedores con garantía real o fiduciaria, cuya posición en todo caso también puede ser afectada por decisiones de otros acreedores sin garantías.

¹³ El art. 19, Ley 550, ley Colombiana sobre insolvencia empresarial, se establece que “Son acreedores internos los accionistas, socios, asociados o cooperados del empresario que tenga forma jurídica asociativa; el titular de las cuotas de la empresa unipersonal; el controlante de la fundación; y en general, los socios, controlantes o beneficiarios reales que hayan aportado al desarrollo de la empresa en forma demostrable y cuantificable”. Esta misma orientación la trae la nueva ley 1116.

¹⁴ La Ley 1116, Colombiana en materia de insolvencia, establece que el acuerdo debe ser aprobado por el voto favorable de un número plural de acreedores que representen, por lo menos, la mayoría absoluta de los votos admitidos conforme a reglas que definen cinco (5) clases de acreedores, compuestas respectivamente por:

1. Los titulares de acreencias laborales;
2. Las entidades públicas y las instituciones de seguridad social;
3. Las instituciones financieras nacionales y demás entidades sujetas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia de carácter privado, mixto o público; y las instituciones financieras extranjeras;
4. Acreedores internos;
5. Los demás acreedores externos.

Adicionalmente se deben obtener “*votos favorables provenientes de por lo menos de tres (3) clases de acreedores.*”

En este caso si el voto favorable de un número plural de acreedores que representen, por lo menos, la mayoría absoluta de los votos admitidos corresponde por ejemplo a los acreedores internos, los titulares de acreencias laborales y las entidades públicas y las instituciones de seguridad social, la situación de los

En este mismo sentido, para algunos, “Las garantías reales ofrecen a los acreedores un aislamiento casi total frente al riesgo de insolvencia del deudor. Tres han sido tradicionalmente las formas básicas de garantías reales conocidas en nuestro ordenamiento, prenda, hipoteca y anticresis, las tres experimentan y han experimentado un mayor o menor éxito, y todas, eso sí, se han caracterizado por una cierta falta de flexibilidad o cuando menos de la elasticidad necesaria para readaptarse a las nuevas exigencias en los circuitos financieros”.¹⁵

Otra garantía clásica, la fianza, viene siendo sustituida por la solidaridad pasiva, a fin de evitar los beneficios de excusión y de división que en momento dado puede proponer el fiador frente al acreedor.

La anticresis, de poca utilización, se trató de oxigenar en reformas que se introdujeron a los Códigos liberales, que solo la permitían con relación a bienes inmuebles, haciéndola extensiva a los bienes muebles, para poder

acreedores con garantía real se verá modificada sin consideración a la prelación de créditos, eliminando la posibilidad que tienen dichas garantías para proteger al acreedor de la insolvencia del deudor.

“En caso de que sólo existan tres (3) clases de acreedores, la mayoría deberá conformarse con votos favorables provenientes de acreedores pertenecientes a dos (2) de ellas.”

En este caso si las clases de acreedores son externos, internos y los titulares de acreencias laborales y el voto favorable de un número plural de acreedores que representen, por lo menos, la mayoría absoluta de los votos admitidos corresponde por ejemplo a las dos últimas, la situación de los acreedores con garantía real se verá modificada sin consideración a la prelación de créditos.

“De existir sólo dos (2) clases de acreedores, la mayoría deberá conformarse con votos favorables provenientes de ambas clases de acreedores.”

En este caso si las clases de acreedores son externos e internos la norma no establece una proporción para los votos provenientes de ambas clases y por tanto aún con la participación de votos favorables de algunos acreedores garantizados, el voto favorable de los acreedores internos puede variar la situación de los acreedores con garantía real.

Añade la norma que *“El acuerdo de reorganización aprobado con el voto favorable de un número plural de acreedores que representen, por lo menos, el setenta y cinco por ciento (75%) de los votos no requerirá de las clases de acreedores votantes, establecido en las reglas contenidas en los numerales anteriores.”*

En este caso, si el voto favorable de los acreedores que representan el 75% de los votos incluye a los acreedores internos, los titulares de acreencias laborales y las entidades públicas y las instituciones de seguridad social, éstos deciden la suerte de los acreedores con garantías reales o fiduciarias.

¹⁵ VEIGA COPO, ABEL B. “Las garantías Reales”. Javeriana-Ibáñez, Bogotá, 2010. Pág. 71.

incluir el establecimiento de comercio, pero al convertir en solidariamente responsable al acreedor anticrético por las operaciones del establecimiento de comercio, se desalentó su utilización.

Nuevas instituciones de garantía en el ámbito mercantil.

La vida comercial contemporánea ha arrojado nuevas prácticas y formas de tutelar el crédito para los acreedores. Irrumpen en la modernidad y en la posmodernidad nuevos tratos, noveles instituciones del derecho privado, que contribuyen a colmar las expectativas de los acreedores para la recuperación de su crédito, cuando el deudor no lo satisface normalmente, o por lo menos a ampliar el abanico de garantías que tradicionalmente se ofrecía. Todas arrojadas por las prácticas mercantiles, algunas introducidas en reformas legales, otras conservando su carácter atípico dependiendo del sistema jurídico del respectivo país. Observemos algunas de ellas:

1. El crédito documentario.

Es un instrumento de pago, sujeto a regulaciones internacionales, mediante el cual un banco (Banco Emisor) obrando por solicitud y de conformidad con las instrucciones de un cliente (ordenante) debe hacer un pago a un tercero (beneficiario) contra la entrega de los documentos exigidos, siempre y cuando se cumplan los términos y condiciones de crédito.

En otras palabras, es un compromiso escrito asumido por un banco de efectuar el pago al vendedor a su solicitud y de acuerdo con las instrucciones del comprador hasta la suma de dinero indicada, dentro de determinado tiempo y contra entrega de los documentos indicados. Este instrumento es uno de los documentos más sencillos en su forma pero complejo en cuanto a su contenido. Llamada también "Crédito Comercial" o "Crédito Documentario".

La Carta de Crédito tiene como función garantizar las compraventas a distancia no sólo dentro de un país, sino también con el objeto de exportar mercancía a comerciantes ubicados en otros países. Por eso, debemos partir del supuesto primario de la existencia de un contrato de compraventa.

2. La garantía a primer requerimiento

Las transacciones internacionales han ido gestando un fenómeno reciente que consiste en la desvinculación de la garantía de la obligación principal. Es así como tenemos la denominada "*garantía a primer requerimiento*" contrato por el cual el garante, por pedido del ordenante, se obliga ante el simple requerimiento del beneficiario a abonar una cuantía predeterminada como garantía de una obligación contraída con el ordenante, renunciando a oponer cualquier excepción fundada en la existencia, exigibilidad, cumplimiento, validez o coercibilidad de la obligación incumplida, pudiendo el garante solo

esgrimir las defensas que emanen de la propia garantía y que expresamente hubiera pactado.

Surge así un título abstracto, desvinculado del contrato principal, evitando la influencia de vicios de éste sobre la obligación de pago.

Además, esta clase de garantías se conectan a operaciones económicas, en ocasiones de considerable duración en el tiempo y con efectos a producir sobre una pluralidad de países, a veces muy alejados geográficamente y en donde rigen normas disímiles. Todo ello hace que los riesgos de la operación puedan afectar negativamente sobre el interés del acreedor. Además, debido a estas normales incidencias por las que atraviesan las operaciones comerciales de carácter internacional, es que los acreedores no se quedan cruzados de brazos y exigen garantías puras que aseguren, adecuadamente, que sus respectivos intereses quedaran satisfechos, y por esto, para el aseguramiento de los riesgos extraordinarios o atípicos que puedan afectar a la realización de la prestación, exigen la adopción de la garantía a primer requerimiento.

3. Las garantías financieras.

Nominadas de esta manera en algunos sistemas jurídicos como el español¹⁶, “Con esta figura, las entidades financieras acreedoras se proveen de una

¹⁶ Real Decreto-ley 5/2005, Capítulo Segundo.

cobertura tan cómoda, barata y eficiente como segura y prácticamente invulnerable, donde el acuerdo de voluntades apenas tiene límites.”¹⁷

Son una modalidad de las garantías reales que se realizan sobre instrumentos financieros para garantizar el cumplimiento de obligaciones financieras. No las define el legislador, no las concreta, no las delimita “Opta por la ambigüedad, bien calculada y deliberada, como mejor camino o expedito para hacer cuanto quieran los destinatarios de la norma”¹⁸

Se le confiere una ultra protección a esos acuerdos de garantía y garantías mismas, frente a los procesos concursales¹⁹, en detrimento de otros acreedores.

No están sujetos a las formalidades para la constitución de otras garantías, ni ha registro alguno. Permanecen entre las partes, e un acuerdo autónomo que ellas convienen que se denomina acuerdo de garantía financiera.

¹⁷ VEIGA COPO, ABEL B. “*Garantías Financieras vs. Garantías Fiduciarias, o como sustraerse a la vis concursal*”. Ob. Cit. Pág. 50-83.

¹⁸ VEIGA COPO, ABEL B. “*Garantías Financieras vs. Garantías Fiduciarias, o como sustraerse a la vis concursal*”. Ob. Cit. Pág. 47-83.

¹⁹ VEIGA COPO, ABEL B. “*Garantías Financieras vs. Garantías Fiduciarias, o como sustraerse a la vis concursal*”. Ob. Cit. Pág. 49-83.

4. Seguros de cumplimiento.

El seguro de cumplimiento es un contrato de seguros celebrado entre una compañía de seguros y un tomador asegurado, comúnmente denominado afianzado, en el que la aseguradora garantiza el cumplimiento por parte del citado tomador de unas obligaciones contenidas en la ley (disposición legal) o en un contrato.

En el evento de que el tomador no cumpla con dichas obligaciones, por causas que le sean imputables, la aseguradora deberá pagar al acreedor de la obligación, que para este caso es el asegurado - beneficiario de la póliza, los perjuicios patrimoniales que se causaron por tal incumplimiento, sin exceder el valor asegurado en la póliza.

El mecanismo es expedito pero en ocasiones es costoso, de difícil acceso, y en general, las compañías solicitan contra garantías a los tomadores que le permitan la recuperación de las sumas que deban pagar por el seguro. Estas contra garantías suelen ser muy onerosas para el afianzado.

5. La Solidaridad legal.

En ciertas circunstancias la ley es la que establece que varias personas responden solidariamente por un crédito aun sin que ellas así lo hayan estipulado expresamente.

Sucede así en materia mercantil, por la necesidad de dar seguridad al tráfico mercantil, disponiendo que los sujetos plurales que intervienen en las negociaciones como deudores, se presume que responden solidariamente.

También la jurisprudencia en el lo tocante a la responsabilidad civil viene haciendo extensiva la norma de la responsabilidad extracontractual.

Se trata por tanto de una responsabilidad extracontractual, que tiene su fundamento en la culpa pero encuentra pleno asidero en la solidaridad que establece la ley para los que contribuyen como causantes del daño.²⁰ El Código Civil consagra en la responsabilidad extracontractual, la responsabilidad solidaria de los agentes del daño, y tal solidaridad cubriría a todos los partícipes, como sucedió con la responsabilidad del equipo médico, tanto en la jurisprudencia española²¹ como en la colombiana²².

²⁰ De conformidad con el artículo 2344 del Código Civil colombiano, si el delito o culpa es cometido por varias personas, hay solidaridad pasiva. Esta norma, en principio establecida para la responsabilidad extracontractual, la viene haciendo extensiva la jurisprudencia a la responsabilidad contractual. En el Código Civil español, es el artículo 1138 del Código Civil y También el Tribunal Supremo la ha aplicado en similares circunstancias.

²¹ *En idéntico sentido también se verifican varias sentencias del Tribunal Supremo español (17 de octubre de 1996, 1º de marzo de 1996, entre otras), exponiendo que "...si bien el artículo 1137 del Código Civil dice que la solidaridad procede cuando la obligación expresamente la establezca, la jurisprudencia actual reiterada y muy numerosa, no exige con rigor e imperatividad el pacto expreso de solidaridad, habiéndose de esta manera dado una interpretación correctora al precepto citado, para alcanzar y estimar la concurrencia de solidaridad tácita pasiva, admitiéndose su existencia cuando del contexto de las obligaciones contraídas se infiera su concurrencia, conforme a lo que declara en su inicio el artículo civil 1138, por quedar patente la comunidad jurídica con los objetivos que los recurrentes pretendieron al celebrar el contrato".* Lo anterior, tomado de LLAMAS POMBO, EUGENIO. *La responsabilidad civil del médico: aspectos tradicionales y modernos*. Ed- Trivium, Madrid, 1988.

²² Ahora, este principio tomado de la responsabilidad aquilina, es también aplicado en la órbita de la responsabilidad contractual por la jurisprudencia, como puede observarse en la siguiente cita de una sentencia de la H. Corte Suprema de Justicia de Colombia. Observemos apartes de dicha sentencia: "Respecto de este tema, es decir, el de la solidaridad, al contrario de lo que piensa el recurrente, la Corporación entiende que ésta nace de la propia ley, que es una de sus fuentes, (art. 1568 del C. Civil), concretamente de la aplicación del principio general consagrado por el art. 2344 del C. Civil, eficaz para todo tipo de responsabilidad, porque lo que hizo el Tribunal no fue otra cosa que a partir de la demostración de la propia culpa del médico, deducir una responsabilidad directa, concurrente con la culpa contractual, no controvertida en este cargo,

6. El *leasing* como apalancamiento financiero.

El equipamiento de las empresas, el mecanismo de *leasing* financiero e incluso el operativo, ha conducido a una verdadera revolución en la tutela del crédito, en la medida que el mismo bien es el fundamento de la seguridad. Este permanece en poder y propiedad de la compañía dadora *leasing*, quién lo adquiere y lo entrega en arrendamiento a la empresa tomadora. La tomadora *leasing* tiene la mera tenencia del bien, paga arriendo, pero también amortiza el valor adquiriendo con ello un vocación hacía el dominio futuro del mismo.

Sus bondades son inocultables, el mismo bien es garantía y sigue en propiedad de quien ha hecho la inversión, pero lo disfruta la tomadora a plenitud, revolucionando de esta manera el concepto de propiedad en la

de la otra codemandada. En otras palabras, lo claro es que la solidaridad no surgió de una inexistente pluralidad de sujetos contratantes, como lo plantea el impugnante, sino de la propia ley, o sea el art. 2344, en tanto el juzgador consideró que el perjuicio había sido consecuencia de la culpa cometida por dos personas, una de ellas el médico encargado del tratamiento. Por supuesto que para arribar a esta nueva conclusión, vuelve a jugar papel determinante la estructura y el vínculo obligacional que hubo de quedar verificado, porque es la unidad de objeto prestacional y la relación existente de los codeudores entre sí y de éstos con el acreedor, en la forma como quedó averiguada, ligadas a la identidad del interés lesionado y del daño producido, la que permite hacer el predicamento de solidaridad que antes se expresó, porque como explica Adriano de Cupis al ocuparse de situaciones como la que ahora se estudia, para poder sostener la tesis de la solidaridad, “Es decisivo... que tales comportamientos concurren en la lesión del mismo interés y en la producción del mismo daño”. Precisamente, agrega, “la diversidad de título, es decir, del fundamento de la responsabilidad, no excluye su solidaridad, porque deriva de comportamientos concurrentes a la producción del mismo daño”.²² Ahora bien, la solución dada al caso a partir de interpretar extensivamente el art. 2344 del C. Civil, para comprender en él la solidaridad en el marco contractual que se examina, en consideración, claro está, a las circunstancias propias del caso, no ha sido extraña a la práctica judicial foránea, particularmente la jurisprudencia chilena, donde se ha llegado a idéntico planteamiento consultando el art. 2317 del C. Civil de dicho país, igual al 2344 del C. Civil colombiano, tanto en cuanto a su contenido, como a la ubicación, para deducirle responsabilidad solidaria al médico que incurre en la “culpa directa”, como al hospital con quien se había contratado.²²”

medida que para incorporar bienes productivos a la actividad empresarial, no es necesario adquirirlos, sino que es suficiente arrendarlos.

El *leasing Back*, es otra modalidad interesante, para el dueño de los bienes que requiere capital, y los vende a la compañía leasing, quién los adquiere en propiedad y luego los regresa al empresario, pero en arrendamiento financiero. Logra capitalizarse, utilizando sus propios bienes y sin necesidad de otras garantías.

7. La persona en sí misma como sujeto de crédito.

Es una realidad que los grandes prestamistas o dadores de crédito, vale decir, las entidades financieras, antes que una garantía convencional para la seguridad de las obligaciones que tienen a su favor, lo que hoy en día están estudiando antes de prestar dinero o dar una apertura de crédito, es la persona en sí misma considerada como “deudor” en cuanto a que observan, ante todo, si cuenta con trabajo o actividad remunerada de forma constante, la estabilidad laboral y su historial crediticio.

8. La fiducia en garantía.

Con la fiducia en garantía, se pretende garantizar obligaciones presentes o futuras, por un mecanismo alternativo frente a las garantías clásicas.

Por este contrato se transfiere a la fiduciaria un bien, con el encargo de que, en el supuesto incumplimiento de una obligación del fiduciante o de un tercero, la fiduciaria proceda a la venta del bien y entregue el producto de la realización del mismo, hasta la concurrencia del crédito, al acreedor beneficiario de la constitución del fideicomiso.

El contrato de fiducia se utiliza como garantía, cuando el deudor o la persona interesada en realizar operaciones de crédito, donde ocupará el papel de deudor, transfiere a una fiduciaria un bien mueble o inmueble con la finalidad que, en el evento de resultar impaga la obligación, proceda a la venta del bien, previo avalúo y para que con el producto de la misma, proceda al pago de las obligaciones contraídas.

Se trata de una garantía ágil, pues permite a los acreedores, frente al deudor moroso, obtener el pago de la deuda sin necesidad de acudir a procesos judiciales. Así se agiliza la venta de los bienes y se consiguen mejores condiciones, pues actúa como intermediario un profesional, que es la fiduciaria con capacidad de negociación, posibilidades que no ofrece la rigidez del procedimiento de la subasta pública.

En los sistemas jurídicos que reglamentan la fiducia y le confieren como efecto la constitución de un patrimonio autónomo, se le permite al constituyente de la fiducia obtener crédito rápido, pues la garantía la constituye ese patrimonio autónomo, manejada por una entidad fiduciaria con una línea de acción previamente definida en el contrato fiduciario.

El constituyente deudor además, conserva la tenencia de los bienes fideicometidos y puede seguir gozando de los mismos durante el tiempo que estén dados en fiducia. De allí la ventaja de la figura frente a otras garantías clásicas como la prenda civil o la mercantil con desplazamiento hacia el acreedor. Cuando el deudor va a conservar la tenencia de los bienes transferidos, suele acompañarse al contrato de fiducia uno de comodato entre la fiduciaria, quien actuará como comodante y el fideicomitente quien lo hará como comodatario.

La operación de venta que realiza la fiduciaria, es una de las finalidades previstas en el contrato de fiducia mercantil y procede a la realización de los bienes fideicometidos en forma privada.

Tremenda paradoja, las antiguas figuras de la *fiducia cun amico* y *fiducia cum creditore*, fueron las precursoras de garantías como la prenda y la hipoteca, que van a dominar como reinas de la tutela del crédito por varios siglos y ahora, su crisis llama de nuevo el escenario a las primeras.

Los propósitos del presente trabajo.

La investigación que hacemos examina en primer lugar los orígenes y raíces de la institución fiduciaria y su utilización como garantía del crédito.

La fiducia en general, es una de esas figuras jurídicas singulares que en muchos países son reflejo de prácticas comerciales que no gozan de alguna normatividad especial; que en el campo mercantil pertenece a aquel grupo de contratos que parecen ajenos a la lógica romanista y que, con sus peculiaridades, son utilizadas en muchos sistemas jurídicos. Sin embargo, su utilización adquiere gran importancia en los países que la han regulado y se convierte en una gran expectativa para aquellos que no la utilizan, pues su peculiar función en la vida cotidiana, su especial función económica, los beneficios para las personas y empresas que la emplean, la idea de confianza que se busca con ella y que indudablemente encuentran los usuarios, son inocultables y de allí su impulso en los estudios jurídicos del derecho comprado.

Nuestro estudio pretende concretarse en la utilización de la fiducia como instrumento de garantía, aunque dada su unidad de origen y de estructura, es imposible abordar el tema sin hacer referencia a los negocios fiduciarios en general. Por ello, el tema deberá ser tratado necesariamente en los rasgos que le son comunes con este tipo de negocios.

Necesario es comenzar por una observación que da cuenta del recorrido en el que se embarcará el lector, y es que la fiducia ha sido una figura que ha sufrido varias veces del fenómeno de la transnacionalización²³. Este fenómeno le ha hecho adoptar varias formas, que solo comparten el antecedente histórico, y que ha tomado cada una sus propias rutas, con peculiaridades y funciones instrumentales particulares, lo que hace imposible reconocerles una misma identidad estructural.

Este estudio comprenderá el contrato de fiducia mercantil, observando el origen de la institución en los confines del derecho romano y sus desarrollos legislativos a partir de los trabajos de los pandectistas y de la era de la codificación, lo que plantea necesariamente el trasegar histórico, para revelar el camino que recorrió la institución e identificar las bases iniciales y de allí su evolución para convertirse en lo que constituye el contrato de fiducia mercantil hoy por hoy.

En segundo lugar, pretendemos con el presente estudio examinar la estructura general de lo que hoy en día es el negocio fiduciario en las diferentes legislaciones de corte románico que lo regulan y por supuesto, *el trust* anglosajón, que aunque hoy son bien diferenciables, gozan de un antepasado común y unas estructuras en gran parte coincidentes.. La naturaleza jurídica, la función económica, la noción del contrato de fiducia, su objeto, su causa y las ventajas que ofrece cuando se realiza como garantía, serán todos los puntos en los que girará este estudio.

²³ LÓPEZ MEDINA, DIEGO EDUARDO. *Teoría Impura del Derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Editorial Legis-Universidad de los Andes. Bogotá, 2004.

A continuación nos ocuparemos del estudio del patrimonio autónomo, como fenómeno jurídico, sus bondades y dificultades, así como su tratamiento y actuación procesal, en aquellos países que han tipificado la fiducia mercantil y le han otorgado como efecto primordial la conformación de este patrimonio.

Igualmente se hará el análisis de cómo funciona atípicamente la figura, en aquellos países que no la tienen consagrada expresamente y que discusiones se presenta sobre la naturaleza jurídica de la llamada venta en garantía.

Por último, advertimos que las partes llegan al negocio fiduciario en busca de confianza para la realización de sus actividades. Si la fiduciaria falla en el cumplimiento de sus deberes se presenta una gran frustración que por lo pronto debe ser estudiada bajo la óptica de la responsabilidad. Por ello, el estudio final estará dedicado al tema de la responsabilidad en el contrato de fiducia en garantía.

PRIMERA PARTE

ANTECEDENTES, EVOLUCIÓN Y DESARROLLO DE LOS NEGOCIOS FIDUCIARIOS.

1. La fiducia en Roma: De la *fides* al *fideicommissum*

Preponderante fue el papel que cumplió la *fides* en la tradición jurídica romana; el romano, por su propia naturaleza humana, en sus múltiples actividades y relaciones con los demás congéneres, se encontraba avocado frecuentemente a efectuar referencias a la *fides*, la cual estaba inmersa en muchas de sus actuaciones cotidianas.²⁴

Varias han sido las investigaciones y las discusiones para encontrar un acuerdo acerca del alcance real de la expresión romana *fides*, la que al parecer, no puede ser atribuida a un único y especial significado; se trató más bien de una característica idiosincrática generalizada, la cual se conforma a partir de la Roma más antigua, que presenta una evolución y que acompañó muchas de las actuaciones de la civilización romana, impregnadas precisamente por la *fides*; al punto que BONFANTE, advierte que el pueblo romano fue el pueblo del Derecho y de la *fides* y que si Roma pudo ser tan fecunda en la elaboración del derecho, ello se debió precisamente gracias a la

²⁴ CASTRESANA, AMELIA. *Fides, bona fides: un concepto para la creación del derecho*. Tecnos, Madrid, 1991. Pág. 9.

fides.²⁵ La *fides* está presente en la más variada expresión de las relaciones de la *civitas*, como aquellas de naturaleza obligatoria, en la tutela, en la clientela, en la sociedad, en el matrimonio, en la hospitalidad, en la amistad; también se manifiesta en la actividad de magistrados, en las relaciones con otros pueblos, en la actividad jurisdiccional.²⁶

Para recabar precisamente en la amplia y basta cantidad de reflexiones que motiva la importancia de esta expresión cultural de la roma antigua, observemos una cita doctrinal²⁷ que advierte sobre la diversidad de alcances que puede tener la locución, donde además se hace énfasis en el gran contenido religioso que presentó en sus inicios; el concepto *fides* se tiene como:

“Término que tuvo en la historia de la urbe gran proyección y un papel fundamental, tanto en el ámbito público como en el privado. Aunque su protohistoria es ciertamente dudosa, ello no obstante, indicamos algunas notas sobre la misma para indicar que no fue ab origine un concepto ético, porque FIDES expresaba la sujeción externa de alguien mediante la acción de fuerzas de índole mágico, si bien con el tiempo devino valor central del patrimonio ético de la res pública romana, porque contribuyó a destacar y a hacer patente entre otros pueblos la magnitud nominis Romani.”

²⁵ BONFANTE, PIETRO. *Instituzioni di diritto romano*. Decima Edizione, Instituto di Diritto Romano. Università Roma. Roma. 1934. Pag. 96 y 114. También citado por CASTRESANA, AMELIA. Ob. Cit. Pág.9.

²⁶ NEME VILLAREAL, MARTHA LUCÍA. *La buena fe en el derecho romano*. Ed-Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2010. Pág. 63.

²⁷ GÓMEZ HOYOS, ENRIQUE: *“Las sedes históricas de la cultura jurídica europea”*. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia 2010. p. 434.

En la Roma antigua, la generalidad de las actuaciones de la vida jurídica se regían por un estricto formalismo, cuya coherencia, se ancoraba en la concretes y síntesis de la mentalidad romana, traduciendo en formas plásticas, las cuestiones esenciales del derecho.²⁸ El romano exteriorizaba su pensamiento acudiendo a símbolos, personificaciones, imágenes, representando en sus actos, las órdenes, acuerdos y su forma de pensar e idear.²⁹ La forma tiene su propia fuerza y no es posible expresarse sino a través de ella y la producción de efectos jurídicos de un determinado acto se condiciona a la expresión de ciertas palabras y también de algunos gestos³⁰. La forma es la expresión de la vivencia cotidiana y ésta a su vez es un contacto permanente con lo divino.

No se presenta en la Roma más arcaica una distinción entre religión y derecho y en la realidad cotidiana se mezclan lo religioso y lo jurídico y la comparten el *ius augurium* y el *ius civile*. Se luce una influencia permanente de la divinidad en la actividad humana³¹. Los rituales sagrados, hacen parte de las relaciones jurídicas que conforman el sistema jurídico religioso de la *civitas*.

Júpiter, el padre de los dioses y de los hombres, encabeza el orden ciudadano y se invoca como testigo en su acontecer jurídico religioso donde se presenta un grupo de reglas que ordenan el universo, de las cuales hace parte la noción de “*fides*”³². La *Dea Fides* contribuye a la preservación de ese orden jurídico

²⁸ NEME VILLAREAL, MARTHA LUCÍA. Ob. Cit.. Pág. 23.

²⁹ NEME VILLAREAL, MARTHA LUCÍA. Ob. Cit. Pág. 23.

³⁰ NEME VILLAREAL, MARTHA LUCÍA. Ob. Cit. Pág. 23.

³¹ NEME VILLAREAL, MARTHA LUCÍA. Ob. Cit. Pág. 24.

³² NEME VILLAREAL, MARTHA LUCÍA. Ob. Cit. Pág.32. Otras de esas fórmulas eran “*maiestas*” y “*terminus*”.

religioso; es la personificación divina del vínculo y del respeto a los compromisos bilaterales entre los sujetos, los *officia*; representa el vínculo sellado por un juramento; desatenderlo configura una ofensa directa a la divinidad representada por la diosa, conducta que castigaba Júpiter con toda energía³³.

De otro lado, aparece una divinidad masculina, el *Dius Fidius*, creencia antigua que se veneraba e un santuario sobre el Quirinal; se encuentra en relación con los actos que realizan los seres humanos que significa compromiso, promesa, así tenemos a *Fidius* como el dios de los compromisos, de la promesa o de la fuerza que ella contiene, el pacto solemne que es necesario respetar.³⁴ Es la simbolización del juramento, a tal punto que en su templo se guardaban los tratados³⁵.

Fides y juramento se vinculan estrechamente. El *ius iurandum* es la solemne invocación a la divinidad, quién se convierte en testigo de lo que promete o afirma y es constitutivo de la promesa sellada por la *fides*³⁶:

“De suerte que el juramento es, de cierta manera, palabra de consagración, tan potente que actúa automáticamente poniendo al sujeto a merced de la divinidad a quién jura, en el evento que en su

³³ La diosa Fides tiene su lugar en la tradición de NUMA POMPILIO, quién instituyó su culto y los ritos que lo componían. NEME VILLAREAL, MARTHA LUCÍA. Ob. Cit. Pág. 33-35. El rito de los *flamines*, se constituye como el símbolo de la *fides*, oficiado por tres pontífices. El gesto de la mano derecha de los sacerdotes simboliza la *fides* y la mano debe estar envuelta hasta los dedos para evitar todo contacto impuro. Con el estrecharse de las diestras, se configura un pacto sagrado para la diosa. NEME VILLAREAL, MARTHA LUCÍA. Ob. Cit. Pág.36.

³⁴ NEME VILLAREAL, MARTHA LUCÍA. Ob. Cit. Pág. 37, siguiendo a LIVIO y a CARCATERRA.

³⁵ NEME VILLAREAL, MARTHA LUCÍA. Ob. Cit. Pág. 37. La fórmula *me dius Fidius*, no indica que sea el dios del juramento, sino uno de los dioses que podía invocarse al jurar.

³⁶ Citando a LOMBARDI, NEME VILLAREAL, MARTHA LUCÍA. Ob. Cit. Pág. 38.

*declaración no corresponda con la realidad de los hechos. Así, el juramento opera como un mecanismo de salvaguarda social, supliendo la ausencia de aquellos de carácter coercitivo, mediante una especie de autocondena que invoca sobre sí mismo quién jura, en el evento de que no respete los compromisos asumidos, a la vez que crea al interior del sistema jurídico religioso un ordenamiento nuevo entre quién se empeña y aquel que recibe tal empeño”.*³⁷

En la *sponsio* primitiva, que es una invocación a la divinidad, el cumplimiento de la obligación se confía a la fuerza del juramento y en ella, la *fides* es un atributo de la deidad que tutela la palabra dada. Se jura invocando a Júpiter, a Hércules al *díus fidius*, entre otros y se vincula la persona conforme a su palabra expresada.³⁸ Ya decía CICERÓN que “para hacer efectiva la *fides*, ningún vínculo fuera más sólido que el juramento”(De off. 3.31,III).

Muchas y muy variadas son las aplicaciones de la expresión *fides* en el acontecer cotidiano romano. Advertía CICERÓN que, “Me parece que se cumple la auténtica etimología de *fides* cuando se hace lo que se dice”³⁹. Ya surge un avance que compromete la palabra empeñada en la acepción del término y quién cumple con ese propósito inspira confianza frente a todos los demás. En tal sentido, la *fides* es precisamente el respeto que la persona tiene por el compromiso que adquiere al comprometer su palabra.

FRAENKEL, estudia el tema desde un plano filológico y caracteriza la *fides* como confianza en algo, “se apoya en una propiedad moral que atribuida a una

³⁷ Siguiendo a KOFANOV y a FIORI, NEME VILLAREAL, Martha Lucía. Ob. Cit. Pág. 38.

³⁸ NEME VILLAREAL, Martha Lucía. Ob. Cit. Pág. 41.

³⁹ De republ.,4, 7, 21: “*fides enim nomen ipsum mihi videtur habere, cum fit quod dicitur*”. Citado por CASTRESANA, Amelia. Ob. Cit. Pág. 13.

persona da lugar a la confianza de otra”, es la confianza en la palabra, por el mero hecho de haber sido dada⁴⁰. El romano entrega su anillo como señal de quedar convenido y ello es suficiente para que cumpla su palabra, es en ello que se manifiesta precisamente la cultura de la *fides* y la esencia de la expresión, el respeto por la palabra empeñada, la confianza que se puede tener en alguna persona, para que realice algo a lo que se comprometido.

Esa confianza en lo dicho, es transcendental para la convivencia e interacción de la vida romana; permeando las nacientes instituciones jurídicas, cubre cantidad de actividades. Al respecto agrega el citado GOMEZ HOYOS⁴¹:

“Con un amplio campo semántico, que intramuros filitatis va desde la vinculación indicada y la primitiva idea de garantía, promesa, hacia valores de carácter interno como confianza, fidelidad y credibilidad, Glaubwürdigkeit einer person. Como podemos apreciar fue WIECKER quien precisamente acentuó este aspecto del término en cuestión al decir que dominó ya abinitio sobre amplios campos jurídicos.”

Las construcciones jurídicas tienen en su esencia atada la concepción de la *fides*. El vínculo obligacional en los convenidos privados descansa precisamente en esa imagen derivada necesariamente de la inicial idea religiosa o moral que le imponía al ciudadano respetar lo dicho o acordado. Se advierte en la doctrina analizada en este campo⁴²:

⁴⁰ JORDANO BAREA, JUAN B. *El Negocio Fiduciario*. Bosch, Barcelona, 1959. Pág. 23.

⁴¹ GÓMEZ HOYOS, ENRIQUE. Ob. Cit. p. 434.

⁴² GÓMEZ HOYOS, ENRIQUE. Ob. Cit. p. 434.

“En el plano de los negocios privados la palabra del vir romanus poseía una fuerza que le ata u obliga frente al otro, convirtiendo su vinculación en ligamen moral, que, a su vez, genera confianza en el interlocutor negocial. Estamos ante un nexo tan relevante en el ámbito negocial privado, porque ante la otra parte contractual queda atado a cumplir lo convenido entre ambos, fit quod dictum erat”.

La *fides* también es garantía. Quién recibía una promesa, ante la ausencia de normas que le dieran eficacia a su cumplimiento, exigía una garantía material cuyo sustento era la *fides*.⁴³ Así con la *fides* se pretende asegurar, se cumple una función de garantía, donde el acto y su función de unen inexorablemente; se ponía la propia persona del deudor como garantía de restitución el *nexum* se sustenta en la *fides*.⁴⁴

Pero incluso, *fides* es poder, que se manifiesta en las relaciones internacionales de Roma; mientras que en las cuestiones internas romanas, el *fides*, desde las XII Tablas, *potestas*, son restricciones a los poderes del patrono y del tutor⁴⁵; puede significar también, en el plano externo, un estado de dependencia o sumisión, como sucedía con los pueblos sometidos a Roma tras una rendición, *deditio in fidem*.⁴⁶ También los mismos tratados que celebraba Roma con esos pueblos que se sometían a su imperio y que debían ser honrados de conformidad con la *fides*.

⁴³ NEME VILLAREAL, MARTHA LUCÍA. Ob. Cit.. Pág. 79.

⁴⁴ NEME VILLAREAL, MARTHA LUCÍA. Ob. Cit.. Pág. 79-80.

⁴⁵ LOMBARDI; citado por CASTRESANA, AMELIA. Ob. Cit. Pág. 15.

⁴⁶ CASTRESANA, AMELIA. Ob. Cit. Pág. 16.

En las relaciones internacionales, por supuesto que la *fides* generaba su influencia y también su propio contenido semántico:

*“Nos evoca también FIDES en el ámbito internacional al ligamen generado entre Roma y los pueblos extranjeros asociados directamente al pueblo romano en el ámbito del jus gentium así como los tratados internacionales convenidos en los que aparecen FIDES y piden que se federe in potestatem populi romani.”*⁴⁷

Pero igualmente, en el campo de las relaciones humanas, la *fides*, cumple cometidos de convivencia y manifestación de amistad y respeto hacia los otros; cuando se espera fidelidad de los demás. Ya no se alude al poder, sino más bien a la solidaridad y a la cooperación, cuando se expresa *“totum me tuo amori fideique comendo”*.⁴⁸

Así también el binomio *fides-amicitia*, se utiliza significando ayuda, apoyo o protección, referido a las relaciones de amistad entre pueblos;⁴⁹ incluso, invocando protección a la divinidad, *“di inmortales obsecro vostram fidem”*.⁵⁰

Una serie de expresiones aluden en Roma al cumplimiento de lo prometido, al empeño de la palabra dada, a la confianza que se deposita en los demás y que comportan además garantía o seguridad. Estas se integran con la

⁴⁷ GÓMEZ HOYOS, ENRIQUE. Ob. Cit. p. 434.

⁴⁸ “Me confío enteramente a tu amor y tutela”: Cicerón, Ad. AH. 3, 20, 2, citado por CASTRESANA, AMELIA. Ob. Cit. Pág. 20.

⁴⁹ CASTRESANA, AMELIA. Ob. Cit. Pág. 22.

⁵⁰ “Dioses inmortales, imploro vuestra protección”: PLAUTO, Amph., 455. Cita CASTRESANA; ob. Cit. Pág. 23.

expresión *fides* en las siguientes fórmulas: *fide-rogo*, *fide-promitto*, *fide-dico*, *fidem praestare*.⁵¹

Podemos, como corolario de lo anterior, señalar que el concepto básico de la *fides* es el respeto y el cumplimiento de la palabra empeñada, “hacer lo que se dice”, “cumplir lo que se promete”⁵²; esto nos lleva a predicar, de quién honra tal comportamiento, unas cualidades inherentes a su persona, que son precisamente la confianza y la seguridad en los tratos. La *fides*, por tanto, hace referencia al “hombre de palabra”, a quién “honra sus compromisos” y precisamente por ello genera, esa persona en la sociedad, una “confianza” frente a los demás⁵³. Los otros congéneres, pueden esperar de esa persona lealtad, en la medida que cumple su palabra empeñada y genera confianza con su actuación.

La *fides* también es promesa; la promesa en sí y el acto de compromiso y se manifiesta en los usos *fidem dare* y *fidem accipere*, que traduce aseguración y se manifiesta con la diestra⁵⁴.

Posteriormente⁵⁵, por el contacto con el pensamiento griego y con el auge del tráfico mercantil por el Mediterráneo, a los rituales religiosos, se agregan lentamente, otros de naturaleza ético jurídica y su desarrollo incide notoriamente e una más compleja concepción de la *fides*⁵⁶.

⁵¹ CASTRESANA, AMELIA. Ob. Cit. Pág. 25.

⁵² CASTRESANA, AMELIA. Ob. Cit. Pág. 29.

⁵³ CASTRESANA, AMELIA. Ob. Cit. Pág. 30.

⁵⁴ NEME VILLAREAL, MARTHA LUCÍA. Ob. Cit.. Pág.84.

⁵⁵ Un periodo comprendido entre PLAUTO y el inicio del principado

⁵⁶ NEME VILLAREAL, MARTHA LUCÍA. Ob. Cit.. Pág. 91.

Señala NEME VILLARREAL⁵⁷:

“En dicho proceso, se surtirá una transformación esencial en la concepción de “fides”, la eficacia inmediata del símbolo de garantía que implicaba la entrega de la derecha, la invocación de los dioses, la sujeción personal, se transformará hasta llevar a los romanos a ver la sede de la “fides” ya no en la mano, en el juramento, ni en el vínculo corporal, sino en una convicción íntima de respeto a una concepción ético jurídica, relevante en cuanto estimada y reconocida por la comunidad como fundante del complejo de reglas de vocación universal, el ius gentium, aplicables en las relaciones jurídicas, la cual se denominará bona fides”.

El *ius gentium*, como núcleo normativo, es producto de la nueva realidad social, es la manifestación de esa evolución social en términos jurídicos, con vocación universal, reglas forjadas a partir del *oportere ex fide bona*.⁵⁸ El centro gravitacional del *ius gentium* pasa a ser entonces la *bona fides*.

Los negocios que van surgiendo a la sombra de la *fides*, fundamentados en la confianza, dan lugar obligaciones que deberán ser apreciadas al amparo de de la misma *fides*.⁵⁹ Se presenta por tanto un gran tránsito de la *fides*, como fundamento de los negocios y compromisos contenidos en ellos, a la *bona fides*, como regla de conducta y medida de la responsabilidad en los negocios del *iuris gentium*.⁶⁰

⁵⁷ NEME VILLARREAL, MARTHA LUCÍA. Ob. Cit.. Pág. 91

⁵⁸ NEME VILLARREAL, MARTHA LUCÍA. Ob. Cit.. Pág. 93.

⁵⁹ NEME VILLARREAL, MARTHA LUCÍA. Ob. Cit.. Pág. 115.

⁶⁰ NEME VILLARREAL, MARTHA LUCÍA. Ob. Cit.. Pág. 115.

La elaboración jurisprudente romana, a partir del uso de la *fides*, va formando unas uniones significativas, tales como *fidei-committere* y *fidei-mandare*, donde se expresa un sentido más concreto referente a la actividad que debe desplegar un sujeto, con relación a una herencia que debe desplazar o sustituir al fideicomisario que ha designado el *decurus*, “aquella confianza a la que se encomienda la disposición *mortis causa* que interpone al fiduciario, empeñando su palabra de que restituirá la herencia o determinados elementos de la misma al fideicomisario”.⁶¹ Es precisamente en este campo donde aparece esa exigencia de confianza, ese respeto por lo prometido frente al causante, de que se cumplirá su deseo; el fiduciario respetará lo encomendado por el *decurus*.

Es la conjugación en participio del *fidei-committere*, la que da lugar a una institución importante del derecho sucesorio romano, el *fideicommissum*, con la cual los juristas de la Roma antigua indicaban un tipo de manifestación de voluntad testamentaria, carente de formas y que se ve reflejado en el siguiente texto: “*fideicommissum est quod non civilibus verbis, sed precativè relinquitur, nec ex rigore iuris civilis proficiscitur sed ex voluntate datur relinquentis*”.⁶²

La institución fideicomisaria testamentaria romana la caracteriza su ausencia de formas civiles, desligada de las restricciones propias que el sistema jurídico romano imponía para los testamentos y legados. En las instituciones de Justiniano; 2, 23, 1 se lee: “*fideicommissa appellata sunt, quia nullo vinculo*

⁶¹ CASTRESANA, AMELIA. Ob. Cit. Pág. 33.

⁶² “ULPIANO. Reg. 25, 1: Citado por CASTRESANA, AMELIA. Ob. Cit. Pág. 34.

iuris, sed tantum pudore eorum qui rogabantur continebantur".⁶³ Su fundamento se basa en la confianza esperada, en confiar en la buena fe, en la lealtad a la palabra empeñada, en lo que se espera de quién ha recibido *rogatio*, sin que mediara vínculo jurídico alguno; precisamente se acude a la *fides*, donde no alcanza la fuerza vinculante de lo formal.

Es exactamente en esa tradición jurídica romana, donde la fiducia siembra sus raíces. Experimentará cambios en su práctica sobre todo a partir del periodo republicano. Las prácticas fiduciarias en Roma se llevaban a término a través del *fideicommissum* y el *pactum fiduciae* y el negocio se manifestaba bajo las formas de la *fiducia cum creditore* y la *fiducia cum amico*, y los fideicomisos testamentarios.

El formalismo propio del derecho romano antiguo, su escasa adaptabilidad a muchas necesidades que la dinámica vital demandaba, se convierten en campo abonado para los actos fiduciarios. El apareamiento de los encargos fiduciarios está anclado en los actos supuestos. Efectivamente, ante la sentencia contenida en la ley de las Doce Tablas (*quod non est in legem, non est in mundum*), que muestra el sistema romano primitivo como un sistema terminado y cerrado, las nuevas necesidades que la vida social arroja, se ven avocadas a tener que traspasar los linderos de lo legal, buscando adaptaciones y ellas son precisamente los llamados negocios aparentes, anclados en realidades o en simulaciones, pero necesarios para responder a una dinámica social más activa y que demanda adaptaciones. Los negocios fiduciarios son

⁶³ Enciclopedia Jurídica Española. Tomo Decimosexto. Ed, Francisco SEIX, Editor, Barcelona, 1910. Pág. 326.

respuesta precisa esa problemática; una necesidad de la vida romana, enfrentada a un sistema rígido en sus formas, lleva al romano a desarrollar actos de apariencia, fundamentados en la ley supuestamente, con propósitos diferentes en causa, con unas finalidades que la ley no permite atender, pero que un pueblo con una cultura fundamentada en la *fides*, encuentra en esa alternativa la manera de lograr sus propósitos.

El carácter rigorista del derecho en Roma y la escasez de formas contractuales típicas, llevaron a la utilización de los llamados negocios indirectos⁶⁴ y es precisamente allí donde encuentra sus raíces el negocio fiduciario.

1.1. El *fideicommissum*.-

La palabra *fideicommissum*, deriva del latín, y se compone de *fides*, fe, y *commissum*, confiado.⁶⁵

El fideicomiso testamentario, se trataba del acto por medio del cual una persona (testador o disponente) encargaba a otra (fiduciario o heredero) la transmisión de toda su herencia, de una cuota o parte de ella o de un bien determinado de la misma a una tercera persona (fideicomisario). Esta institución del derecho sucesorio permitía al testador disponer de sus bienes sin atender a los órdenes hereditarios establecidos, por lo que mediante esta

⁶⁴ GARRIGUEZ DIAZ-CAÑABATE, JOAQUÍN. *Negocios fiduciarios en el Derecho Mercantil*. Civitas, Madrid, 1981. Cit. pág. 15.

⁶⁵ Enciclopedia Jurídica Española. Ob. Cit. Pág. 324.

figura, encargaba a sus herederos la ejecución de su voluntad *post mortem* a favor de un beneficiario que carecía de capacidad hereditaria⁶⁶.

Tenían por tanto los fideicomisos, en los primeros tiempos de Roma, un carácter precario. Su origen se debe al perfil estrictamente formalista y preciso de sus instituciones jurídicas; ritualidades que conducían necesariamente a la publicidad de la designación de los herederos, no permitiendo a los testadores flexibilidad para disponer de conformidad con sus deseos en algunos casos. Por todo ello se ven abocados los disponentes testamentarios romanos a acudir a figuras que les permitan, sacudirse de la ritualidad y formalismo, para atender a sus reales deseos. Precisamente, por no gozar del favor del derecho, los fideicomisos dependían en su totalidad de la fidelidad y honradez de quién recibía ese encargo por parte del testador, quién buscaba por esta vía, escaparse de ciertas rigurosidades que no le permitían dejar legados o herencias a ciertos incapaces. Quedaba a la *fides* del encargado, a su palabra empeñada, el cumplimiento de la disposición *mortis causa*, sin que en principio existiese una acción tendiente a hacerlo cumplir.

Así, hoy se asocia al fideicomiso con el régimen sucesorio, y un ejemplo claro de ello, es el diccionario de la Real Academia Española cuando define al fiduciario como el "*heredero o legatario a quien el testador manda a transmitir los bienes a otra u otras personas, o darles determinada inversión*"⁶⁷, definición en la que se observa claramente la influencia del derecho hereditario y que

⁶⁶ JIMÉNEZ SÁNCHEZ, MARCO ANTONIO. *Estudios sobre el fideicomiso*. Grupo Editorial Ibañez. Pág.18

⁶⁷ En http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=fiduciario consultado el 10 de febrero de 2010

todavía se mantiene en algunos países bajo la figura de la fiducia testamentaria.

Las llamadas sustituciones fideicomisarias se utilizaron en Roma desde remotos tiempos, como una de las maneras de disponer la última voluntad⁶⁸, para superar los inconvenientes que ocasionaba la aplicación de los rígidos principios del *jus civile*, supremamente estricto para disponer por testamento. Según estos principios no podía ser heredero ni beneficiario quien no tuviere capacidad y por el principio *semel heres semper heres*, no era posible designar heredero con plazo de caducidad o bajo condición. Los fideicomisos nacen para obviar las anteriores dificultades. Sucedió que si el *pater familia*, quería retribuir o beneficiar a personas a quién la ley no admitía, como los extranjeros, los deportados, los proscritos,⁶⁹ los esclavos, los latinos, las mujeres por prohibición de la ley Voconia, los célibes en virtud de las leyes caducarías, etc., realizaba una disposición a persona en quién podía hacerlo, confiando en su buena fe, para que ésta a su vez, satisficiera su deseo entregándole lo dispuesto al destinatario impedido. En principio eran meros encargos de confianza que se hacían al heredero civil, confiados a la buena fe de éste⁷⁰. El cumplimiento del deseo del testador, quedaba al albur de la actuación, acompañada de la buena fe, con que procediera el heredero encargado, que no en pocos casos lo desatendían sin que por ello perdiesen la herencia. En los inicios de la institución, no tenía el beneficiario (fideicomisario) acción alguna para reclamar su derecho, ninguna distinta al

⁶⁸ CLARO SOLAR, LUIS. “*Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, Volumen IV De los Bienes*”. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1979. Pág. 11.

⁶⁹ CLARO SOLAR, LUIS. Ob. Cit. Pág. 11.

⁷⁰ Diccionario de Derecho Privado. Tomo I. Directores varios. Ed.Labor. Barcelona, Madrid, Buenos Aires, Rio de Janeiro, México, Montevideo. 1954. Pág. 1946.

escozor mismo que en la sociedad podía cundir una desatención manifiesta a la última voluntad del *pater familias* y una traición por parte del heredero a la palabra que había empeñado.

Los fideicomisos no estaban sujetos a ninguna formalidad; pudiendo hacerlos en testamento o de modo que no ofreciera duda “*et in epistola e in libello, vel sine scriptura, immo etiam nutu fideicommissum relinqui posse adhibitibus testibus nulla dubitatio est*”, no exigían las formulas solemnes y sacramentales de los testamentos o los legados, simplemente el testador se dirigía al heredero con expresiones de súplica, ruego o encargo, *verba precativa*, utilizando las locuciones *peto, rogo, volo, fideicomitio*, etc, expresándose en latín o en griego, para que se le entregara alguna asignación a una tercera persona, por mera liberalidad del difunto, pudiendo señalarse personas que carecían de capacidad para recibir por causa de muerte, sirviendo igualmente para liberar esclavos, lo que no podía hacerse por un legado⁷¹.

Se trataba de una liberalidad indirecta, confiada al honor y a la buena fe del instituido y dependiente íntegramente de su voluntad, mas no de la ley “*fideicommissa appellata sunt, quia nullo vinculo juris, sed tantum pudore eorum qui rogabantur contiebantur*”⁷². En un comienzo no es más que una manera de esquivar o eludir la prohibición de adquirir por herencia a quienes no gozaban de la *testamentifactio*.

⁷¹ Enciclopedia Jurídica Española. Tomo Decimosexto. Ed, Francisco SEIX, Editor, Barcelona, 1910. Pág. 326.

⁷² Inst., lib. II, tít. XXIII, párr. 1º.

Se fueron generalizando de tal manera que no había testamento que no los contuviera. El cumplimiento del encargo se edificaba en la honradez y buena fe del fiduciario, sin que existiera alguna acción que permitiera reclamar su ejecución por lo que la institución se prestó para abusos que alarmaron consistentemente a la sociedad⁷³. Se dice que después de las guerras púnicas, los fiduciarios deshonestos no cumplían en Roma con el encargo, aplicando el dicho de “que el dinero vale más que la buena reputación”⁷⁴.

Se observa en las Instituciones de JUSTINIANO⁷⁵ que Augustus⁷⁶, por motivaciones incrustadas en la moral, hizo realizar por intervención de cónsules, algunos fideicomisos que en su opinión merecían amparo y fue bien acogida tal innovación, y luego, ante su generalización en tiempos de Claudio, se creó un pretor especial para el efecto, con el propósito de ejecutar los fideicomisos, el *praetor fideicommissarius*; funcionario judicial encargado de resolver este tipo de cuestiones,⁷⁷ por el procedimiento *extra ordinem cognitio*. En reacción a lo anterior, se les dio el carácter de obligatorios, otorgándoles fuerza y valor y concediéndoles la categoría de institución legal, cuando se concedieran a favor de personas capaces; los cónsules recibieron instrucciones de controlar su cumplimiento, y posteriormente la competencia del *praetor fideicommissarius*, también se atribuyó a los gobernadores de provincia, funcionarios que juzgaban tales cuestiones por el procedimiento *extra ordinem cognitio*, hasta que los jueces ordinarios los reemplazan más tarde; concediéndole además al beneficiario

⁷³ AMALLO N., DANIELA. *Fideicomiso*. Ed. Depalma, Buenos Aires. 1996. Pág. 10.

⁷⁴ MARGADANT S., GUILLERMO F. *Derecho Romano*. X Ed. Ed- Esfinge. Mexico, 1981. Pág. 502.

⁷⁵ Inst, 1, tít. 23 Lib. 2. Vinnius. Citado por CLARO SOLAR, LUIS. Ob. Cit. Pág. 11.

⁷⁶ Al parecer motivado por un fideicomiso que le fue confiado.

⁷⁷ CLARO SOLAR, LUIS. Ob. Cit. Pág. 11.

una acción que le permitió exigir la ejecución de los encargos hechos en caso de que las causas del heredero-fiduciario para no cumplir, fuesen evidentemente desatinadas.

También en tiempos de Adriano y por rescripto de este emperador se declararon ineficaces en provecho del fisco los fideicomisos dejados a peregrinos; éstos y las *personae incertae*, incapaces de recibir herencias y legados, fueron también declaradas incapaces de recibir fideicomisos⁷⁸; un *senado consulto*, conocido como Pegasiano extendió a los fideicomisos la incapacidad que pesaba sobre los *célibes* y los *orbi*; otro *senado consulto* posterior y la misma jurisprudencia les aplicaron las reglas referentes a las disposiciones hechas *pena nomine* y a favor de personas inciertas y en tiempos de Vespaciano se sometieron a los tributos que la ley Falcidia impuso a los legados.⁷⁹

Pasaron los fideicomisos entonces a ser disposiciones testamentarias que generaban derecho y se inició su reglamentación, con una gran informalidad por las razones mismas de su origen, al punto que incluso se admitían sus expresiones verbales. Teodosio el joven, en el año 424, exigió para la prueba del fideicomiso verbal, la declaración de cinco testigos; Justinianus, llegó un incluso a admitir como prueba, buscando proteger este tipo de disposiciones de última voluntad, diferir el fideicomisario, el juramento al fiduciario, prestando previamente aquél el juramento de *calumnia*⁸⁰. Se veía el heredero

⁷⁸ MARGADANT S., Ob. Cit. Pág. 503.

⁷⁹ Enciclopedia Jurídica Española. Tomo Decimosexto. Ed, Francisco SEIX, Editor, Barcelona, 1910. Pág. 326.

⁸⁰ CLARO SOLAR, LUIS. Ob. Cit. Pág. 12.

afectado con el fideicomiso en la siguiente encrucijada: o aceptaba que tenía ese encargo del *decuyus* y procedía a su cumplimiento o negaba jurando que nada le había sido indicado por el testador y si se negaba a prestar el juramento, se tenía por cierto el fideicomiso que el fideicomisario señalaba haber sido dispuesto por el testador.⁸¹

Los fideicomisos podían comprender parte o la totalidad de la herencia o recaer sobre cosas singulares; se le imponían al heredero o al legatario y era indispensable que el heredero aceptase la herencia, pues no lo podía hacer el fideicomisario⁸². Así se conocieron en Roma dos clases de fideicomisos, los universales o herencias fideicomisarias, *heriditas fideicommissaria*, y los singulares, *fideicommissa singule rei*, también llamado *fideicommissum speciali*, según se comprendiera la totalidad de la herencia o parte de ella.⁸³

Los fideicomisos universales implicaban una especie de sustitución del heredero hacia el designado por el testador como fideicomisario, los segundos, no implicaban tal sustitución. La restitución la hacía el heredero al fideicomisario permitiéndole aprender las cosas corporales o dejándole entrar en posesión material de ellas o declarándolo verbalmente o por escrito, en el sentido de que efectuaba la restitución. Se presentaba el inconveniente de que por voluntad del testador, le correspondía al fideicomisario abonar las deudas de la herencia en proporción a lo que se le sustituía, para lo que no pocas veces se presentaba dificultad. Para resolver este problema, bajo el imperio de Nerón, se dictó un *senado consulto*, conocido como *Trebeliánico*,

⁸¹ CLARO SOLAR, LUIS. Ob. Cit. Pág. 12.

⁸² CLARO SOLAR, LUIS. Ob. Cit. Pág. 12

⁸³ Enciclopedia Jurídica Española. Tomo Decimosexto. Ed, Francisco SEIX, Editor, Barcelona, 1910. Pág.327.

en virtud del cual todas las acciones que le conciernen al heredero o contra el heredero, le correspondían igualmente a quién le sustituía.⁸⁴ También, por este mismo *senado consulto* Trebeliano, en el fideicomiso universal se reputaba al fideicomisario como heredero *utiliter*, quedando colocado *loco heredis*, o sea, le subrogaba al heredero y el fiduciario *loco legatarii*, mientras que por el fideicomiso singular, el heredero conservaba su calidad y se consideraba al fideicomisario como un legatario con todas las consecuencias legales que implicaba tal estado de cosas.⁸⁵

En el reinado de Vespasianus, en el año 73 de la era cristiana, viene otro *senado consulto*, conocido como Pegasiano, atribuido al Cónsul Pegasus, que era jurisconsulto de formación, con dos proposiciones importantes: 1ª. El fiduciario que aceptaba voluntariamente la herencia, tenía derecho a retener la cuarta parte de ella y si entregaba más allá de esa fracción, luego podía recuperarla; 2ª. Si rehusaba hacer adición, a petición del fideicomisario podía ser obligado a ello por el pretor y se le obligaba a hacer la restitución sin poder conservar la cuarta parte. Lo anterior por los problemas que presentaba el temor de la insolvencia del fideicomisario.⁸⁶ Para conseguir la restitución de la herencia, se le concedía al fideicomisario una *actio personalis ex testamenti*.

Las regulaciones que se llevaron a cabo con la tendencia de hacer menos aleatorio el cumplimiento de la finalidad de los fideicomisos, fomentaron en la práctica su desarrollo.

⁸⁴ CLARO SOLAR, LUIS. Ob. Cit. Pág. 13.

⁸⁵ Enciclopedia Jurídica Española. Tomo Decimosexto. Ed, Francisco SEIX, Editor, Barcelona, 1910. Pág.327.

⁸⁶ CLARO SOLAR, LUIS. Ob. Cit. Pág. 13.

Justiniano transformó, unificó y simplificó el sistema a partir de las siguientes notas características⁸⁷:

1. El fideicomisario tenía el carácter de heredero sustituto del fiduciario.
2. El fiduciario tenía el derecho a la cuarta parte de los bienes de la herencia, la que impropriamente se la llamo Trebeliánica, pero su verdadero nombre debió ser Pegasiana.
3. El fideicomisario podía obligar al fiduciario a aceptar la herencia, y si no lo hacía se la tenía por aceptada y perdía la cuarta Trebeliánica.
4. Estando ya la práctica de vinculación mediante la designación de sucesivos sustitutos fideicomisarios, dispuso que los fideicomisos no podían pasar de cuatro generaciones.
5. Los fideicomisos singulares se unificaron con los legados y los universales se equipararon a la herencia del *jus civile*.

Reformas posteriores limitaron el fideicomiso a la libertad de disposición del testador.⁸⁸ No obstante, la institución fue evolucionando hasta reconocer un derecho real en favor de los fideicomisarios sobre los bienes del fideicomiso, por lo que se podía pedir su restitución en la fecha señalada aún en contra de terceros poseedores de buena fe. Este fideicomiso testamentario fue conocido como “sustitución fideicomisaria”, figura que se usó, entre otros propósitos, para esquivar las legítimas que se establecían por ley a favor de ciertos

⁸⁷ Diccionario de Derecho Privado. Tomo I. Ob. Cit. Pág. 1947.

⁸⁸ CARREGAL, MARIO ALBERTO. *El fideicomiso*. Ed. Buenos Aires. 1982. Pág. 19.

herederos conocidos como legitimarios. La sustitución fideicomisaria hacía efectiva la voluntad del causante, aún por encima de lo que establecía la ley⁸⁹.

1.2. La evolución hacia otras figuras.

Luego vendrá un desarrollo más contractual de la fiducia, sacándola de las meras estructuras del testamento. A estas figuras convencionales haremos referencia a continuación.

Como puede observarse, no hay duda que Roma y su sistema jurídico, son la raíz de las instituciones fiduciarias en todas sus manifestaciones, así no coincidan exactamente con la imagen que reivindicaron los pandectistas.

Las figuras negociales de la fiducia romana, consistieron en que, bajo la forma solemne de traslación de la propiedad de un bien (*mancipatio*)⁹⁰, se acompañaba un pacto (*pactum fiduciae*) por medio del cual la persona que recibía ese bien (*accipiens*) se comprometía frente a quien se lo había traspasado (*tradens*) a reintegrárselo a él o a la persona que éste indicase, una vez verificado un fin previamente determinado en dicho pacto, es decir, se fundamentaba en una causa negocial (*causa fiduciae*). El encargo

⁸⁹ Con el mismo propósito sería utilizada en la época feudal cuando el mayorazgo, institución del Derecho Civil que tenía por objeto perpetuar en la familia la propiedad de ciertos bienes, entra en crisis.

⁹⁰ Hay gran discusión doctrinal acerca de si en Roma, las llamadas *fiducia cum amico* y *fiducia cum creditore* implicaban una transferencia real de la propiedad. Para MIGUEL ALBALADEJO GARCIA “en ninguno de los dos supuestos existió la transmisión de la propiedad, sino que lo transferido era un poder familiar (nombrar un *tutor fiduciarius*) o una cosa (res mancipi) en función de dueño, siéndolo confiado para cumplir una finalidad concreta, pero en ningún caso se transmitía el derecho de propiedad puesto que incluso hasta fines de la república el concepto de *dominium* no se hallaba suficientemente configurado”. Prólogo a libro de: FUENTESECA, CRISTINA. *El negocio fiduciario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. J.M. Bosch Editor. Barcelona. 1997. Pág. 12.

encomendado bajo la *potestas* de otra persona, hacía responsable al fiduciario, demandándole una *gestio negocial ex fide bona*.

Son dos actos claramente distinguibles en el antiguo derecho romano; por un lado, la *mancipatio* con su efecto real de traslación de la propiedad y el otro el *pactum fiduciae*, con un efecto obligacional. El trabajo de los jurisperitos se orienta a darle unidad a ambos negocios, de conformidad con el fin que busca la fiducia; de esta manera es predominante el *pactum conventum*, al punto de relegar la *mancipatio* y la *in jure cessio* a meros actos formales, para el cumplimiento del *pactum fiduciae*. Para las épocas de Gayo ya no se presentan y posteriormente desaparecen⁹¹.

1.3. El *pactum fiduciae*; ¿negocio transmisivo?

La raíz del negocio fiduciario descansa sobre la confianza que el fiduciante coloca en la palabra dada por el fiduciario de obrar de conformidad con la finalidad propuesta⁹². Se trata de un negocio fundado en la confianza que inspira otra persona,⁹³ a quien se decide a utilizar, para un propósito o finalidad específica.

⁹¹ DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO. *El negocio fiduciario. Estudio crítico de la teoría del doble efecto*. REUS, S.A. Madrid., 1972. Pág. 11.

⁹² JORDANO BAREA, JUAN B. Ob Cit. Pág. 24.

⁹³ GARRIGUES DIAZ –CAÑABATE, JOAQUÍN. *Negocios Fiduciarios en el Derecho Mercantil*. Cuadernos Civitas. Madrid. 1981. Pág.16.

La fiducia apareció por tanto, como uno de los negocios que abrevaban en el principio de la *bona fides*,⁹⁴ durante la evolución y el desarrollo del derecho romano⁹⁵. De este contrato se derivaban obligaciones para las partes, bien puras y simples o sometidas a alguna modalidad.

Para algunos, este negocio encuentra su enclave en el antiguo derecho romano, anterior al justiniano, como una de las primeras formas de garantía real de una deuda, ocupando en la historia un lugar anterior al auto pignoración representada por el *nexum*.⁹⁶ De la fiducia aparecen referencias en las Instituciones de GAYO, en las Sentencias de PAULO, la *Collatio*, los fragmentos del Vaticano y el Código Teodosiano (15, 14, 9), aparte de otros textos de la época y en un tríptico de Pompeyo del siglo I y una *tabula* de la antigua Bética, quizá del siglo II.⁹⁷

No obstante que la fiducia constituyó la esencia a partir de la cual se desarrollan los demás contratos en Roma, en su fórmula procesal inicial, todavía no se evidencia una referencia expresa a la *bona fides*, a no ser que se entienda contenida en la expresión *fraudatio*⁹⁸. La fórmula *in ius conceptae* para exigir al fiduciario la restitución de la *res Mancipi*, era:

⁹⁴ La locución *bona fides*, aparecida con posterioridad a la *fides* romana, “añade una idea de solidez o seguridad respecto a la simple *fides*, de manera que ahora la acción verbal, de la que aquella se predica, se confía a una sincera y segura lealtad”. CASTRESANA; AMELIA. Ob. Cit, pág. 59.

⁹⁵ Guzmán Brito, Alejandro. *Derecho Privado Romano, tomo II*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 1996. GONZÁLEZ DE CANCINO, EMILSEN. *Derecho Romano II, Obligaciones, Fuentes*. Primera edición, Editorial Universidad Externado de Colombia. Bogotá 2001. RODRÍGUEZ-ROSADO, BRUNO. *Fiducia y Pacto de Retro en Garantía*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 1998. SÁNCHEZ GERVIL, D. ANTONIO, *El negocio fiduciario: La eterna disputa. Visión histórica de la fiducia y criterio actual del Tribunal Supremo*. Consultado el 10 de noviembre de 2009: <http://www.aranzadi.es/index.php/informacion-juridica/actualidad-juridica-aranzadi/746/comentario-jurisprudencia/vision-historica-de-la-fiducia-y-actual-criterio-del-tribunal-supremo>

⁹⁶ NAVARRO MARTORELL, MARIANO. *La Propiedad Fiduciaria*. Bosch. Barcelona. 1950. Pág. 27.

⁹⁷ NAVARRO MARTONELL, MARIANO. Ob. Cit. Pág. 28.

⁹⁸ BETANCOURT, FERNANDO. *Derecho Romano Clásico*. U. de Sevilla. 3ª. Ed-, Sevilla, 2007. Pág. 629.

“Si paret Aulum Agerio Numerio fundum de quo agitur ob pecuniam debitam fiduciae causa mancipio dedisse eamque pecuniam solutam eove nomine satisfactum esse aut per Numerium Negidium stetisse quo minus solveretur eumque fundum redditum non esse negotiumve ita actum nom esse, ut inter bonos bene agere oportet et sine fraudatione, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex Numerium Negidium Aulo Agerio comdemn, si non paret absolvito.”⁹⁹

Pero como sucede con muchos estudiosos del derecho romano, para otros tratadistas, de estos negocios de confianza emanaban una serie de acciones¹⁰⁰; las mismas que se caracterizaban por incluir la cláusula “*ex bona fides*” dentro de su fórmula; sin embargo, aunque en la *actio fiduciae* se había consagrado una acción similar o equivalente, “*ut inter bonos bene agier aporet*”, la fiducia fue consagrada dentro del Título XIX del Edicto Perpetuo como un contrato anclado en la buena fe, al lado del depósito, la compraventa, la sociedad, el arrendamiento y el mandato. Así, estos negocios obligaban al deudor a atender la prestación debida de acuerdo con las exigencias de la buena fe, por lo que el *praetor* debía valorar y apreciar los comportamientos de los intervinientes a la luz del referido principio. Por ello, gozaba de jurisdicciones amplias, como por ejemplo: podía compensar las prestaciones debidas entre deudor y acreedor; también aceptar excepciones que se apartaran de las fórmulas que las regían; incluir todos los pactos celebrados

⁹⁹ “Si resulta que Numerio Negidio le ha restituido a Aulo Agerio el fundo Capenate, sobre el que se litiga, por causa de una deuda de dinero prestada por Numerio Negidio a Aulo Agerio o no fue por Numerio Negidio por quien dejó de pagarse la deuda o no hubo fraude en el acto, tú, juez, condena a Numerio Nigidio a favor de Aulo Agerio a cuanto valía el asunto, si no resulta ser así, absuévele.” BETANCOURT, FERNANDO. Ob. Cit. Pág. 629.

¹⁰⁰ Digesto 44, 7, 51. “La acción no es más que el derecho de perseguir judicialmente lo que le deben a uno” (Celso 3 dig.). En GONZÁLEZ DE CANCINO, EMILSEN. Op. Cit, y Digesto 44, 7, 3. pr. En GONZÁLEZ DE CANCINO, EMILSEN. Ob. Cit

entre las partes relacionadas en el negocio para, de su análisis conjunto, fijar el verdadero alcance de la acción, así como determinar sus propios límites; valorar los comportamientos precontractuales y contractuales, en búsqueda de un actuar doloso o culposo del que se derivara el incumplimiento de las obligaciones; castigar la presión que una parte ejerciera sobre la otra; excusar al deudor cuando cumpliera después de la *litis contestatio*; estimar los perjuicios que causara el incumplimiento en la condena del deudor e incluir la mora en el pago en la condena así como la tasación de los frutos no percibidos durante la misma.

Caracterizado además como un contrato real, por suponer la *datio* de un bien, y formal, por incluir las fórmulas de la *mancipatio* o la *in iure cessio*¹⁰¹, obligaba al fiduciante a dar una *res Mancipi* al fiduciario, quien quedaba obligado según los términos del *pactum fiduciae* a comportarse de determinada forma respecto de la cosa y retornarla al fideicomitente o a darla a un tercero apenas se cumpliera una condición o se venciera el plazo acordado.

La estructura del negocio incluía la cláusula "*fidei fiduciae causa*", que revelaba la verdadera naturaleza del acuerdo, puesto que el término *fidei* aludía a la confianza esperada del comportamiento del fiduciario por parte del fiduciante, mientras que con *fiduciae* se daba muestra de la confianza que se ponía en aquel para el cumplimiento de lo encargado. Así, este acuerdo ataba la transferencia a una finalidad especial determinada, por lo que el bien podría

¹⁰¹ AMALLO N. DANIELA. *Fideicomiso*. Ob. Cit. Pág. 10.

servir de garantía para el cumplimiento de una obligación o *fiducia cum creditore*.

Inicialmente, la que podríamos llamar fiducia romana clásica no implicaba una transmisión de la propiedad en el sentido que la entendemos. Se trataba de un negocio jurídico anclado en la *fides bona* negocial; el *dominus* confiaba al cesionario un *usus* de la cosa, bien con fines de garantía o con finalidad de salvaguardarla, pero con la intención clara de obtener su restitución una vez cumplidos los objetivos¹⁰².

Se atribuye a GAYO (Instituciones, II, 60) la distinción del negocio fiduciario, como *fiducia cum creditore contracta* o *fiducia cum amico contracta*, clasificación a la que frecuentemente se hace referencia entre doctrinantes y jurisprudencia: “*Sed fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris iure, aut cum amico quo tutius nostrae res apud eum sint*”.¹⁰³

El derecho romano antiguo muestra la utilización de la *mancipatio* como negocio indirecto, para obtener a través de la enajenación de un cosa o un derecho, una finalidad de garantía o de simple administración. La *mancipatio* era una forma general de transmitir la propiedad, independientemente del motivo que la inspirase y precisamente por ese carácter abstracto del negocio, puede servir para fines fiduciarios, que es la *mancipatio fiduciae causa*.¹⁰⁴ También aparece en el derecho romano el fenómeno de la intermediación en

¹⁰² ARESPACOCHAGA, JOAQUÍN DE. *El Trust, La fiducia y figuras afines*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid. 2.000. Pág. 17.

¹⁰³ JORDANO BAREA, JUAN B. Ob. Cit. Pág.18.

¹⁰⁴ GARRIGUES DIAZ –CAÑABATE, JOAQUÍN. Ob. Cit. Pág.16.

la transmisión *mortis causa* con la figura del *familiae emptor*, que se valía para buscar su efecto de la *mancipatio familiae* y más tarde en los fideicomisos¹⁰⁵.

Según BONFANTE¹⁰⁶, podía definirse el negocio fiduciario como:

“una convención por la cual una de las partes (fiduciario), al recibir de la otra (fiduciante) una cosa en la forma de la *mancipatio* o la *in iure cessio*, asume la obligación de hacer uso de aquella con un fin determinado, y, al menos por regla general, restituirla una vez logrado el fin”.

Y también la versión de ARIAS RAMOS¹⁰⁷:

“es una institución consistente en la transmisión de la propiedad por *mancipatio*, a cuyo acto se acompaña un convenio por el cual el *accipiens* se compromete a la devolución de la cosa recibida, o a dar a ésta un cierto destino cuando acaezca una determinada circunstancia que se cita”.

La fiducia era un negocio formal por el cual, el propietario de una cosa efectuaba *mancipatio* a otra persona, la misma que se obligaba a restituirla al mismo fiduciante o a un tercero designado. Accesorio a la fiducia, las partes convenían mediante un pacto la finalidad o *fiduciae causa*; la cual podía ser la de garantía de una deuda (*fiducia cum creditore contracta*) o podía ser la de depósito, comodato o mandato (*fiducia cum amico contracta*).¹⁰⁸ La más frecuente era la de garantía y se solía pactar que si el fiduciante no pagaba a

¹⁰⁵ DE ARESPACOHAGA. Ob. Cit. Pág. 123. Esta institución romana, será el remoto antecedente de la fiducia sucesoria secreta.

¹⁰⁶ Citado por: NAVARRO MARTORELL, MARIANO. Ob. Cit. Pág. 28.

¹⁰⁷ Citado por: NAVARRO MARTORELL, MARIANO. Ob. Cit. Pág. 28.

¹⁰⁸ BETANCOURT, FERNANDO. Ob. Cit. Pág. 629.

la fecha convenida, no podía reclamar sino el *superfluum* del precio obtenido por la venta de la cosa efectuada por el fiduciario¹⁰⁹

La *fiducia cum amico*, que se contrae preferentemente en provecho ajeno¹¹⁰, llamada por algunos fiducia “altruista”, en interés del fiduciante, que fue en realidad su primigenia manifestación, cumplía finalidades de salvaguarda de un bien de los actos de confiscación. El *dominus* cedía el bien por medio de una *emancipatio fiducia* causa con la finalidad exclusiva de custodia y con el pacto de restitución¹¹¹. Luego es empleada para muchas aplicaciones, tales como: arrendamiento, mandato, depósito, comodato, administración general, munumisión, donaciones mortis causa y por persona interpuesta, etc.

La *fiducia cum creditore* fue una figura más elaborada, que se contraía preferentemente en provecho propio¹¹², en interés del fiduciario; es una institución de la época republicana, pero también en la época clásica fue muy utilizada, llamada por algunos autores como fiducia “egoísta”¹¹³; se buscaba con ésta proporcionar al acreedor una garantía real, por ello algunos la llaman “enajenación aseguratoria”¹¹⁴, confiriéndole la *potestas* sobre una cosa, mientras el deudor, *debitor fiduciae*, pagase la deuda, evento en el cual se restituía; pero de no haber pago, el acreedor de conformidad con el *pactum fiduciae* podía vender el bien y pagarse su acreencia¹¹⁵.

¹⁰⁹ *Ibidem*.

¹¹⁰ JORDANO BAREA, JUAN B. Ob. Cit. Pág. 21.

¹¹¹ ARESPACOHAGA, JOAQUÍN DE. Ob. Cit. Pág. 17.

¹¹² JORDANO BAREA, JUAN B. Ob. Cit. Pág. 21.

¹¹³ SETTI Y SIEBERT, Citados por: NAVARRO MARTORELL, MARIANO. Ob. Cit. Pág. 30.

¹¹⁴ JORS-KUNKEL, citado por: NAVARRO MARTORELL, MARIANO. Ob. Cit. Pág. 30.

¹¹⁵ ARESPACOHAGA, JOAQUÍN DE. Ob. Cit. Pág. 17.

Sin embargo, para HĚCK, las dos formas de fiducia, *cum amico* y *cum creditore*, cumplen con la misma finalidad y función económica, que es servir de garantía; en la primera se transmitía la cosa al mismo acreedor; en la segunda se mancipaba la cosa a un amigo del deudor para que la tuviera en interés del acreedor.¹¹⁶ Para este autor las diferentes aplicaciones de la *fiducia cum amico*, no son más que una variedad de la *fiducia cum creditore*, y están dirigidas básicamente a buscar garantía¹¹⁷.

Con la *fiducia cum creditore*, que se concretaba a través de los pactos de *lex commissoria* o *vendendo*¹¹⁸, se garantizaba el cumplimiento de obligaciones dinerarias a través del traspaso de un bien, bajo la condición, expresada en el *pactum fiduciae*, de retornarlo de nuevo cuando se restituyera la suma de dinero recibida sin importar que el valor del bien fuera superior al de la deuda, lo que en el futuro significaría su prohibición¹¹⁹. Con el pacto de *lex commissoria* se entregaba la propiedad del bien al acreedor y si la obligación no se cumplía, el *accipiens* quedaba como propietario definitivo del bien; con el *ius vendendi*¹²⁰ se permitía al fiduciario la venta del bien para la complacencia de su crédito, devolviendo el remanente o *superfluum*, al fiduciante¹²¹. Se permitía por tanto una especie de pacto comisorio sobre el bien objeto de la garantía.

¹¹⁶ Citado por. JORDANO BAREA, JUAN B. Ob. Cit. Pág. 19

¹¹⁷ Citado por: NAVARRO MARTORELL, MARIANO. Ob. Cit. Pág. 30.

¹¹⁸ AMALLO N. DANIELA. Ob. Cit. Pág. 11

¹¹⁹ En 326 d.C. fue prohibida por Constantino, al igual que los intereses que se cobraban en medio del negocio de prenda, esto consecuencia de las doctrinas de la iglesia cristiana. Prohibición que llegaría hasta 1830, cuando se permitió la usura.

¹²⁰ AMALLO N. DANIELA: Ob. Cit. Pág. 11

¹²¹ RODRÍGUEZ-ROSADO, BRUNO. Ob. Cit.

El fiduciario se obligaba a cumplir con los fines estipulados en el *pactum fiduciae*, pero era en virtud del acuerdo que aquel se hacía propietario del bien al ocurrir el evento previsto en el mismo pacto, por tanto sólo podía disponer de éste o gravarlo si así se le había permitido en el contenido del mismo convenio. Si el fiduciario disponía del bien o lo grababa, en contraposición a las órdenes recibidas, su proceder se consideraba válido pero implicaba un incumplimiento de sus obligaciones como fiduciario, que conducía a la obligación de reparar al fiduciante. Este último por su parte se obligaba a restituir las expensas realizadas por mejoras útiles, así como a indemnizar los daños que causara el bien al fiduciario¹²². En la ejecución de las obligaciones el fiduciario respondía de toda clase de culpa, principio que después se suaviza, y solo debía obrar con la diligencia que en sus propias cosas suele tener, *diligentia qualem suis rebús adhibere solet*. Hoy, el debate vuelve a centrarse en se dilema sobre cuál debe ser la diligencia esperada del fiduciario.

La *fiducia cum amico* o encargo en confianza se identificó con el préstamo de uso o comodato y consistía en que aquel que recibía el bien podía utilizarlo gratuitamente en su provecho, custodiarlo, o lograr algún fin en especial y por el *pactum fiduciae* se comprometía a regresarlo una vez consiguiera el fin propuesto.

Hay que tener en cuenta que la fiducia no implicaba la entrega material del bien al fiduciario, por lo que el fiduciante podía readquirir la titularidad del bien en virtud de la usucapión al paso de un año, sin que fuera necesario el justo título

¹²² Digesto 12,7,31; 47,2,61,1. En GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO. Ob. Cit.

o la buena fe, figura que según GAYO, constituía la usucapión lucrativa¹²³. Sin embargo, si el fiduciario dejaba al fiduciante en calidad de arrendatario o precarista, es decir, de mero tenedor, no operaba la adquisición por tal modo.

Siendo la *fides* un elemento común, en la cual están ancladas tanto la *fiducia cum amico*, como la *fiducia cum creditore*, puede sostenerse que son especies de una misma naturaleza unitaria con la observación de que en la primera, el fiduciante cuenta con la amistad, lealtad y cercanía del fiduciario, que fortalecen la *fides*, mientras en la segunda, incluso se presenta un antagonismo entre el acreedor y el deudor y la fiducia se ampara solamente en la confianza que inspira la palabra empeñada, que incluso se puede dar entre sujetos no unidos por vínculos de amistad.¹²⁴

La antinomia *fiducia cum amico* y *fiducia cum creditoris*, fiducia pura o fiducia impura, fiducia en interés propio o en interés ajeno, puede ser eliminada, por la presencia de la *fides*, común en estos negocios; haciendo de la relación de confianza o amistad, un elemento accesorio, el cual puede faltar sin menoscabo del propósito fiduciario. La teoría del negocio fiduciario debe comprender ambas especies, soportadas en la base común de la *fides*¹²⁵.

La realidad es que las llamadas transmisiones que se hacían en las primeras épocas romanas a los fiduciarios no eran lo que hoy entendemos por tales. Los pandectistas pretendieron retrotraer su idea de transmisión del Siglo XIX a la fiducia romana, cuando en los tiempos de esta última ni siquiera se había

¹²³ GAYO 2,60; 3,201. GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO. Ob. Cit.

¹²⁴ JORDANO BAREA, JUAN B. Ob. Cit. Pág. 25.

¹²⁵ JORDANO BAREA, JUAN B. Ob. Cit. Pág. 26.

desarrollado el concepto de *dominium* que no aparece consolidado sino hasta fines de la República. No hay acuerdo incluso entre los mismos romanistas sobre la naturaleza y alcance de ese atributo dominical primitivo, que surge con una serie de expresiones como *potestas*, *manus* o *mancipium*¹²⁶. La idea de la trasmisión no pretendía hacer dueño al fiduciario, poder que además no se presentaba con el entendimiento que hoy tenemos, simplemente se entregaba para que se cumpliera la finalidad buscada.

La figura de la fiducia, como negocio de la época clásica romana, con el paso del tiempo pasó a ser relegada y su utilización entró en decadencia. La fiducia *cum amico*, por estar cimentada estrictamente en el *fides* depositada en el fiduciario, quedando el fiduciante sin claridad para la salvaguarda de sus derechos¹²⁷. De otro lado, la fiducia *cum creditore*, entró en desempleo cuando aparecieron nuevas alternativas que satisfacían las necesidades funcionales de los sujetos. Pero su desuso fue decretado con la desaparición de la *mancipatio* y la *in iure cessio*, pactos que se tornaron complicados dentro de la lógica contractual de un imperio creciente y comercialmente más dinámico, por lo que no llegaron a la época posclásica, y la utilización de la *fiducia cum creditore* fue reemplazada por otros negocios como el *pignus*, el *commodatum*, el *depositum* y el *mandatum*. El *pignus* principalmente, en sus diversas manifestaciones y como negocio de garantía, que otorgaba al acreedor una *actio in rem* de origen pretoriano. La fiducia entra en decadencia para ser

¹²⁶ FUENTESECA, CRISTINA. *El negocio fiduciario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Bosch Editor. Barcelona. 1997. Pág. 24.

¹²⁷ ARESPACOCHAGA, JOAQUÍN DE. Ob. Cit. Pág. 18.

suprimida en la Compilación de Justiniano¹²⁸, donde no se incluye como instrumento de garantía y se prefieren otras como la prenda y la hipoteca.

La fiducia en Roma desaparece cuando se abandonan las antiguas formas de la *mancipatio* y la *in iure cessio*¹²⁹, para ser reemplazadas por las figuras de la prenda y la hipoteca, más acordes con la exigencia social de la época, dando mayor seguridad a los acreedores, sin tener que correr con los riesgos y peligros de la fiducia. La fiducia funcionaba en Roma debido a la formalidad y abstracción que caracterizaba estas figuras, que una vez desaparecidas, se llevan consigo a la fiducia. Esta tendencia se completa luego con la prohibición de la *lex commissoria*¹³⁰. Desaparece su utilización al punto que no aparece en el *Corpus* justiniano¹³¹. Ni en el Digesto ni en el Código de Justiniano aparece mencionada la fiducia, puesto que para los compiladores de estos dos grandes textos, se trata de una institución obsoleta, reemplazada por el término *pignus* en textos clásicos; sin embargo es mencionada en otras fuentes no tan significativas, pero no menos importantes¹³² y no en forma muy extensa¹³³. Hay evidencia de la presencia de la fiducia en la época post clásica, como en el *Codex Theodosianus*, especialmente en dos Constituciones (C. Th. 15, 4, 9 y C. Th. 2,30,2), que es la última fuente normativa romana que hace alusión a la

¹²⁸ ARESPACOHAGA, JOAQUÍN DE. Ob. Cit. Pág. 18.

¹²⁹ DE CASTRO, FEDERICO., *El negocio fiduciario. Estudio crítico de la teoría del doble efecto*, «Anales de la Academia Matritense del Notariado», 1972, t. XII, p. 14. Prosigue: «La fiducia pudo funcionar en Roma gracias a lo formal y abstracto de *mancipatio* e *in iure cessio*; abandonadas éstas, sin ellas no es posible la fiducia, y por esta razón desaparece en el Derecho romano», Por ello se explica el resurgimiento de la fiducia en forma del moderno negocio fiduciario en el siglo XIX en Alemania, debido a su sistema de negocios abstractos.

¹³⁰ DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO. *El negocio fiduciario. Estudio crítico de la teoría del doble efecto*. REUS, S.A. Madrid., 1972. Pág.12.

¹³¹ DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO. Ob. Cit. *ibídem*. Pág.10.

¹³² Como se dijo, en las Instituciones de GAYO (2,13,1-5) entre otras.

¹³³ FUENTESECA, CRISTINA. Ob. Cit. Pág. 21.

fiducia¹³⁴. También los *Fragmenta Vaticana* daban a entender la existencia de la fiducia. Así como los documentos epigráficos conocidos como la Tabula Baetica¹³⁵ y la Mancipatio Pompeiana, aluden a los negocios fiduciarios.

Ya en la época republicana, las fuentes literarias, concretamente CICERÓN, aluden a la fiducia¹³⁶.

Sin embargo, en el renacimiento jurídico italiano de la Universidad de Bolonia, las escuelas de glosadores y la sucesiva de postglosadores, basados en el Digesto de Justiniano, no hicieron alusión a la fiducia entre los negocios de garantía romanos¹³⁷. Precisamente por no aparecer en dicho texto, y considerarla obsoleta para esa época.

Será la escuela Pandectística Alemana la que retome el tema fiduciario y lo introduce nuevamente en la teoría del negocio jurídico, quedando la incertidumbre de si es o no lo que en Roma se tenía por fiducia, o si se trata más bien de una adaptación. Cualquiera que se sea la respuesta, que las hay de muchos pelambres sobre este punto, la realidad, es que en todos los negocios fiduciarios a partir de los pandectistas y hasta los contemporáneos, no puede desconocerse la existencia de un ADN común, que no es otra que la fiducia romana.

¹³⁴ FUENTESECA, CRISTINA. Ob. Cit. Pág. 22.

¹³⁵ Tabla en bronce, encontrada en un despacho notarial en Andalucía en 1867.

¹³⁶ La literatura de baja latinidad transmitió dos importantes definiciones, BOECIO en sus comentarios a los *Topica* de CICERÓN Y SAN ISIDORO DE SEVILLA en *Originum sive etimologiarum libri*. Citados por FUENTESECA, CRISTINA. Ob. Cit. Pág. 22.

¹³⁷ FUENTESECA, CRISTINA. Ob. Cit. Pág. 22.

La escuela alemana aporta una dogmática a la fiducia, concibiéndola como un negocio de garantía, prototipo de este tipo de contratos¹³⁸.

2. El fideicomiso en el derecho germánico.-

Para algunos, la función de la fiducia en el derecho germánico antiguo fue similar a la que cumplió en el derecho romano, su fin es el mismo y su fundamento igualmente reside en la *fides* depositada en el fiduciario.¹³⁹ Otros ponen en duda que sea la misma fiducia romana, a pesar de sus similitudes, donde realmente no había una transferencia en estricto sentido de la palabra.

Por ello, no obstante sus semejanzas, también hay diferencias profundas que se evidencian básicamente en los límites de poder jurídico conferido al fiduciario¹⁴⁰. En la fiducia romana ese poder era absoluto, con la única limitación obligatoria contenida en el *pactum fiduciae*. El poder que en la fiducia de tipo romano se confiere al fiduciario es ilimitado (titularidad plena y definitiva); sin embargo, se obliga personalmente a transferir al fiduciante o a un tercero indicado por este, una vez alcanzada la finalidad buscada. Si incumpliendo su obligación, dispone arbitrariamente de la cosa, en provecho

¹³⁸ FUENTESECA, CRISTINA. Ob. Cit. Pág. 23. Pero la concepción pandectística alemana, no obedece solamente a la especulación dogmática abstracta que caracteriza esta escuela, sino al descubrimiento de las Instituciones de Gayo en el famoso palimpsesto de Verona de 1816 (*Codex Veronensis*), donde se mencionan los dos tipos de fiducia a los que hicimos alusión.

¹³⁹ NAVARRO MARTORELL, MARIANO. Ob. Cit. Pág. 40.

¹⁴⁰ SCHULTZE, Citado por: NAVARRO MARTORELL, MARIANO. Ob. Cit. Pág. 40.

propio o de un tercero, solamente puede el fiduciante intentar su acción personal contra ese fiduciario.¹⁴¹

En la fiducia germánica ese poder era limitado, estaba condicionado a un uso predeterminado y si se violaba esa limitante, resultaba ineficaz y la cosa podía ser reivindicada por el fiduciante o sus herederos¹⁴². La titularidad del *Treuhänder* se encuentra sujeta a una condición resolutoria y por consiguiente, es ineficaz toda utilización de la cosa, diferente a la finalidad propuesta en el acuerdo y da lugar al retorno de la cosa al fiduciante o sus herederos¹⁴³.

Se presentaban en la fiducia germánica más garantías para el fiduciante. El instituto romano sin embargo, más puro, en la medida que se edificaba estrictamente en la confianza¹⁴⁴. En la fiducia de tipo romano el poder de abuso del fiduciario tiene un correctivo imperfecto en el vínculo obligacional, mientras en la germánica, dicho poder abusivo queda eliminado por un remedio legal. Por tanto, a la germánica le falta esa característica, que envuelve una situación de peligro, limitada en la romana por la presencia de la *fides*.¹⁴⁵

No se desconoce que la fiducia germánica tiene su antecedente en la romana, pero la diferenciación existió y la esencia de la misma, para algunos autores, se encuentra en el principio de la publicidad respecto a las situaciones de derecho

¹⁴¹ JORDANO BAREA, JUAN B. Ob. Cit. Pág. 27.

¹⁴² NAVARRO MARTORELL, MARIANO. Ob. Cit. Pág. 41.

¹⁴³ JORDANO BAREA, JUAN B. Ob. Cit. Pág. 27. En el mismo sentido: CARRIOTA-FERRARA, LUIGI. *I negozi fiduciari*. CEDAM, Padova, 1933. Ristampa inalterata Università di Camerino. 1978. Pág. 24.

¹⁴⁴ NAVARRO MARTORELL, MARIANO. Ob. Cit. Pág. 40.

¹⁴⁵ JORDANO BAREA, JUAN B. Ob. Cit. Pág. 28.

real de ambos ordenamientos¹⁴⁶; mientras que en un sistema como el romano tales situaciones eran oponibles *erga omnes*, no era posible admitir unas limitaciones en ellas con carácter real; por el contrario, en el derecho germánico, con un sistema de publicidad que garantizaba a los terceros no ser perjudicados por limitaciones no publicitadas, no habría razón para no aceptar en la fiducia una limitación real.

Por esta transformación de la fiducia germánica, hacía lo que podría llamarse una fiducia legal, en la medida que el abuso del fiduciario se contrarresta con coacción jurídica y no queda a la deriva del mero comportamiento del fiduciario romano, es que se entiende la fiducia germánica como la base o fundamento de lo que será la fiducia moderna. Es lo que podría llamarse la armonización entre el instrumento y los fines perseguidos. Nunca el fin perseguido es la transferencia de la titularidad hacia el fiduciario, ello apenas es el instrumento para llegar a un fin definitivamente diferente, que es lo que se consigue en últimas con la fiducia germánica y se distancia considerablemente en la romana, que en principio solamente queda protegida por el culto de un pueblo hacia su *fides*.

Parece ser que el antecedente más antiguo de esta institución es la *treuhand* germana¹⁴⁷ que se desarrolló bajo dos figuras a saber: a) La Prenda Inmobiliaria y b) El *manusfidelis*.

¹⁴⁶ SCHULTZE, Citado por: NAVARRO MARTORELL, MARIANO. Ob. Cit. Pág. 42.

¹⁴⁷ FUENTESCA, CRISTINA, Análisis de la posible relación entre la fiducia romana y el trust anglosajón, Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, S.A., enero 1998, p. 43 y ss.

El fiduciario en el derecho germano recibía el nombre de *saldman* o *treuhander*, cuyo poder atribuido era limitado a recibir un bien inmueble (la tierra) de un propietario originario o fiduciante con la obligación de transmitirlo a otra persona adquirente definitivo. El *saldman* adquiriría una propiedad limitada sobre la cosa recibida por el fiduciante, en tanto que el fiduciante conservaba la propiedad material¹⁴⁸. La transmisión del bien fideicometido se hacía bajo condición resolutoria, instaurándose una propiedad limitada porque el bien regresaba automáticamente al fiduciante, lo que le permitía reivindicar el bien de cualquier tercero que lo tuviera. También a partir del *salman* germánico, se derivará en el medievo en la *perfilatio* y en los ejecutores testamentarios¹⁴⁹.

Para BOGERT¹⁵⁰, el *treuhand* de la ley germánica equivale a la figura del *feoffee to uses* de la temprana estructura inglesa del *use*. El *salman* era una persona a quién se efectuaba transferencia de la tierra, para que a su vez la traspasara a otro, de acuerdo con las instrucciones del donante.

Los autores alemanes del siglo XIX, retoman la figura que transmitieron los pandectistas a la civilística moderna. Para estos, la fiducia es un negocio de doble efecto, de un lado, un negocio externo y visible, consistente en la venta y la transferencia de un bien y el otro, que no se devala a terceros, que es el

¹⁴⁸ MOSQUEIRA, MIGUEL ANGEL: “*Fideicomiso financiero: Una alternativa de financiamiento no tradicional*”, Argentina 2001-2008”, Consultado el 18 de mayo de 2010 en http://eco.mdp.edu.ar/cendocu/tesis/docs/economia/mosqueira_ma.pdf

¹⁴⁹ DE ARESPOCHAGA. Ob. Cit. Pág. 123.

¹⁵⁰ Citado en: PIÑA MEDINA, JORGE; ACOSTA ROMERO, MIGUEL. *Las Instituciones Fiduciarias y el Fideicomiso en México*. Banco Mexicano, Somex. México. 1982. Pág. 8.

pacto obligacional de devolver el bien y el compromiso de no disponer del mismo¹⁵¹.

2.1. La prenda inmobiliaria:

Figura similar a la *fiducia cum creditore*, el deudor transmitía como garantía de cumplimiento, un bien inmueble a su acreedor mediante la *carta venditionis*, y éste a su vez se obligaba con una contracarta, a devolver el primer documento junto con el inmueble pignorado, cuando se satisficiera su obligación. Sobresalían dos diferencias entre estas dos figuras: una, la prenda inmobiliaria se limitaba a inmuebles; otra, los documentos de formalización llamados aquí *carta venditionis* y *contracarta*, y en Roma *pactum fiduciae*.

2.2. El Manusfidelis:

Figura utilizada para efectuar una donación a la muerte de una persona o antes, y así transgredir la normativa que limitaba las adquisiciones solo para herederos legítimos, consistía en que el donante traspasaba un bien a un fiduciario denominado *manusfidelis*, utilizando como documento la *carta venditionis*. El bien se trasladaba casi de inmediato al donatario designado, reservando para el donante un derecho de goce vitalicio sobre lo donado.

¹⁵¹ ARESPACOHAGA, JOAQUIN DE. Ob. Cit. Pág. 18.

El *manusfidelis* era una persona del clero, lo que suponía una garantía de cumplimiento tanto para el donante como para el donatario, ya que sus facultades eran casi absolutas, pudiendo incluso disponer de los bienes en su provecho. La confianza se desprendía de la calidad del fiduciario.

La fiducia germánica contenía una división de derechos entre el fiduciario o acreedor formal o legal, y el fiduciante titular del derecho de crédito material. Se fraccionaba el derecho de propiedad en “*dominium legitimum*” y “*dominium material*”. Esta concepción, fue retomada dentro del sistema anglosajón, que la modificó y así derivó en un nuevo contrato llamado *trust*.¹⁵².

3. La evolución de la fiducia en España y en la Europa Continental.

3.1. Derecho Antiguo.

La legislación española, adoptó la principalística de las sustituciones fideicomisarias del derecho romano. La ley 14, última del título 5º de la partida sexta, establece la sustitución fideicomisaria, reconociendo al heredero gravado el derecho a la cuarta parte de la herencia que le obliga a restituir en caso de aceptar la herencia, cuarta parte que es denominada Trebeliánica. Señala al efecto la partida aludida:

¹⁵² SOLÍS CABRERA, ANA HAYDEÉ: “*El replanteamiento del Contrato de Fideicomiso en la legislación extranjera y en la legislación Guatemalteca*” Consultado el 18 de mayo de 2010 en http://biblioteca.usac.edu.gt/tesis/04/04_6384.pdf

“fideicomisaria substitución quiere decir establecimiento de heredero que es puesto en fe de alguno que la herencia desea de su mano que la dé á otro; así como si dicese el facedor del testamento: Establezco por mío heredero á fulano é ruégole, ó quiero, ó mando, que esta mi herencia que yo le deseo que la tenga tanto tiempo é que después que la dé é entregue á fulano”.

Los fideicomisos en las partidas eran universales o singulares, es decir, a título de herencia o legado y podían ser expresos o tácitos. Solo tenía derecho el heredero cuando aceptaba la herencia y entraba en posesión de ella voluntariamente, pero si la repudiaba o retardaba su aceptación y era apremiado por el juez para tal efecto, la perdía, regulación sin duda, inspirada en las instituciones romanas.

Sin modificación, rigieron las regulaciones establecidas en las partidas sobre los fideicomisos y la sustitución fideicomisaria hasta la Novísima Recopilación; en una de las leyes, la primera del título XVIII del libro X, se dispuso que en caso de no querer aceptar la herencia el primeramente instituido, pueden hacerlo directamente el heredero o herederos fideicomisarios, suprimiéndose la necesidad de hacer apremio judicial al fiduciario que se negaba a aceptar y vino la discusión de si se mantenía o no la cuarta Trebelianica.¹⁵³ El apremio, en principio fundamental para evitar la caducidad, se torna innecesario, luego de que las Ordenanzas reales de Castilla de 1566, promulgadas por Felipe II, dispusieron que en caso de negativa del heredero a aceptar, o en caso de repudiación de la herencia, pasara ésta, *ipso jure*, al sustituto fideicomisario.¹⁵⁴

¹⁵³Enciclopedia Jurídica Española. Tomo Decimosexto. Ed, Francisco SEIX, Editor, Barcelona, 1910. Pág. 329.

¹⁵⁴CLARO SOLAR, LUIS. Ob. Cit. Pag. 15.

Las leyes del Toro de 1505, fomentaron considerablemente la utilización de los fideicomisos, ampliaron la posibilidad de incluir bienes raíces y permitieron fundar y constituir mayorazgos, capellanías, patronatos y obras pías¹⁵⁵, aparte de las situaciones propias de la herencia con relación a los demás herederos. Los bienes que componían estas fundaciones, quedaban a perpetuidad vinculados al dominio y manejo de una familia, generalmente la del causante y otorgando a quién este indicaba, el primogénito varón en la mayoría de los casos, el manejo de estos denominados mayorazgos, con la prohibición perpetua de enajenar.

No solo los mayorazgos conducían al efecto de prohibición perpetua de enajenar, muchos otros fideicomisos pretendían la misma finalidad, dejando las propiedades estáticas en una familia por muchas generaciones, impidiendo su circulación y su mejora y desarrollo y creando iniquidades y desigualdades abominables entre los hijos de una misma familia.¹⁵⁶

Fueron los mismos monarcas españoles quienes se dieron a tarea de eliminar estas desigualdades generadas en los mayorazgos y fideicomisos, mediante los cuales, los testadores imponían su voluntad a las generaciones futuras estacionando sus patrimonios. Carlos III instituyó que para poder establecer un mayorazgo o cualquier otra disposición que conllevara la prohibición de enajenar a perpetuidad, se debía obtener una licencia especial o autorización de la corona. Carlos IV restringirá a un quince por ciento la porción del

¹⁵⁵ CLARO SOLAR, LUIS. Ob. Cit. Pag. 15.

¹⁵⁶ CLARO SOLAR, LUIS. Ob. Cit. Pag. 17.

patrimonio que se podía vincular a esta clase de disposiciones y urgido por las necesidades de atender gastos militares, permitió que muchos mayorazgos fueran enajenados por subasta pública, no obstante la prohibición del testador, con tal que los dineros obtenidos se destinarán a un préstamo con fines patrióticos,¹⁵⁷ obteniendo unos réditos que se fueron incrementando, hasta llegar a permitir la venta directa y la posibilidad de que los mismos familiares los negociaran para sí mismos¹⁵⁸.

La *wadatio* fue una institución, proveniente de los germanos del Este, de amplia aplicación en España en el derecho medieval, que aparece nombrada en las fuentes y que el opinión de algunos se trata de una transmisión fiduciaria de los bienes muebles del deudor, que implicaba para éste una pérdida de la facultad de enajenarlos¹⁵⁹. No hay un consenso generalizado de que se trata de una institución fiduciaria, aunque si es aceptado su carácter eminentemente de garantía.

La conocida ley desvinculadora de 11 de Octubre de 1820, restablecida por el Decreto de 30 de Agosto de 1836, y confirmada en definitiva por la ley de 16 de Agosto de 1841 (todas siguiendo el impulso de la Real Cédula de 14 de mayo de 1789), en sus artículo 1º. y 14 suprime los fideicomisos perpetuos, por su condición de vinculares, pero deja subsistentes a los temporales.

¹⁵⁷ CLARO SOLAR, LUIS. Ob. Cit. Pag. 18.

¹⁵⁸ Ley 20 de 1805.

¹⁵⁹ MAYER, citado por NAVARRO MARTONELL, MARIANO. *La propiedad Fiduciaria*. Bosch, Barcelona, 1950. Pág. 45.

El proyecto de Código Civil de 1851, con criterio radical, prohibía todas las sustituciones fideicomisarias y las consideraba nulas cualquiera fuera la forma que adoptaran¹⁶⁰; el proyecto de 1882 las admite en su artículo 782, de donde han pasado al vigente Código Civil Español.¹⁶¹ Esa contemplación es restringida, pues los limita al segundo grado a favor de personas que vivan al fallecer el testador.

No se encuentran otros rastros sobre la utilización de la fiducia romana en el derecho medieval continental europeo. Pero en esta época, bajo la organización feudal, el fideicomiso romano se utiliza para la regulación legal de las vinculaciones de feudos y patrimonios, desnaturalizando la institución romana, que no tenía esta finalidad. De allí nacieron a imagen y semejanza del fideicomiso todas las instituciones vinculadoras de la propiedad, mayorazgos y fideicomisos perpetuos, con dos caracteres que los alejaban definitivamente del fideicomiso romano, uno, su perpetuidad y otro un régimen de sustituciones establecido por el originador que seguía el orden de primogenitura y masculinidad.¹⁶²

Doctrinalmente, durante la etapa conocida como el renacimiento jurídico italiano en la Universidad de Bolonia, en el estudio que los glosadores y posglosadores desarrollaron sobre el *corpus iure*, con fundamento en el Digesto, nada se encontró de la fiducia, entre los negocios de garantía romanos.

¹⁶⁰ Artículo 635, considera fideicomiso toda sustitución, con excepción de las vulgares, y las considera nulas.

¹⁶¹ Enciclopedia Jurídica Española. Tomo Decimosexto. Ed, Francisco SEIX, Editor, Barcelona, 1910. Pág. 330.

¹⁶² Diccionario de Derecho Privado. Tomo I. Ob. Cit. Pág. 1947.

Consecuencia de su desaparición dentro de la corriente romana, la fiducia no fue incluida dentro de las figuras contractuales incorporadas en los primeros códigos civiles, el Prusiano y el Austriaco, tampoco el Código Civil Francés, ni dentro del Código Civil Español, o en sus pares comerciales de la época.

El pensamiento liberal y los movimientos que generó a partir de la Revolución Francesa, fue contrario a toda forma de estancamiento y vinculación de la propiedad y por lo tanto, incompatible con los mayorazgos y fideicomisos perpetuos, motivando un movimiento general que influyó en las codificaciones para limitarlos o suprimirlos¹⁶³.

En la era Napoleónica, en la época de la revolución francesa, se prohibieron las sustituciones fideicomisarias por haber ayudado a concentrar grandes riquezas en pocas manos, posición que influiría luego en el Derecho español. No sucedió lo mismo en la legislación anglosajona, que por esa razón tendrá - en el derecho moderno - una enorme influencia avalada por una tradición centenaria sobre la regulación jurídica romana.

No parece la fiducia en el *Code de Napoléon*, entre otras razones, porque en la Compilación de Justiniano fue suprimida como ya lo advertimos y cuando los colectores de *Digesto* hallaron mención a la fiducia en los textos clásicos, cambiaron el vocablo *fiducia* por el término *pignus*.¹⁶⁴

¹⁶³ Diccionarios de Derecho Privado. Tomo I. Ob. Cit. Pág. 1947.

¹⁶⁴ FUENTESECA, CRISTINA. Ob. Cit. Pág. 49.

Se observa a lo largo de su transcurrir histórico, cómo la institución del fideicomiso se ha utilizado para alcanzar por vía oblicua objetivos no permitidos por la ley, que hoy por hoy todavía persisten y que pueden contribuir de alguna manera al desprestigio de la figura¹⁶⁵. Han sido célebres los fideicomisos para adquirir propiedades que están vedadas a extranjeros o realizar ciertas inversiones resguardadas para nacionales.

No fue sino hasta los estudios de la escuela pandectista alemana, en el siglo XIX, que se halló de nuevo el negocio fiduciario y se desarrolló como una figura importante dentro de la estructura del negocio jurídico, labor que realizaría REGELSBERGER¹⁶⁶ en 1880, presentando la fiducia romana como el negocio que nacía del *pactum fiduciae*, del que surgía la *actio fiduciae*, que permitía al fiduciante cumplido exigir al fiduciario que le transmitiera el bien, acción calificada como *in personae*, no *in rem*, por lo que si el fiduciario disponía del bien lo hacía de forma válida y oponible al fiduciante.¹⁶⁷ En 1893 será incluido en el sistema general del derecho Romano vigente en Alemania, surgido en la fiducia romana. En opinión de FEDERICO DE CASTRO, FERDINAND REGELSBERGER, inventa, bautiza y lanza al mundo jurídico el negocio fiduciario¹⁶⁸ Para esta escuela alemana la fiducia constituye un negocio jurídico de doble efecto; por una lado, una operación externa y visible donde

¹⁶⁵ JIMENEZ SÁNCHEZ, MARCO Antonio. Ob. Cit. Pág. 22.

¹⁶⁶ REGELSBERGER, *Zwei Beitrage zur lehre von der cession*. 1880. Referenciado en: MATTEI, UGO. *Comparative law and economics*. Primera edición. University of Michigan Press. 1997. Consultado el 9 de noviembre de 2009, en: http://books.google.com.co/books?id=nnuTCtY_6DYC&pg=PA158&lpg=PA158&dq=Regelsberger+fiducia&source=bl&ots=h0C-sLjGXb&sig=8lxeN2PObaaiWfkouqXDCAqUido&hl=es&ei=VOgfS9-3MM60tgfA2YGeCg&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=4&ved=0CBQQ6AEwAw#v=onepage&q=Regelsberger%20fiducia&f=false

¹⁶⁷ SÁNCHEZ GERVILA, D. ANTONIO. Ob. Cit. Pág. 18.

¹⁶⁸ DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO. *El negocio fiduciario. Estudio crítico de la teoría del doble efecto*. REUS, S.A. Madrid., 1972. Pág. 10.

se transmitía la propiedad de una cosa a título de venta y otra de carácter oculto, de naturaleza obligacional, donde se obligaba a devolver el bien y a no disponer del mismo.¹⁶⁹ Aquí comienza lo que podría llamarse la era moderna de la fiducia, pero que solo tiene reconocimiento legislativo en Alemania, encontrando serias dificultades en los sistemas causalistas como el de España. En Alemania, donde es posible el negocio abstracto e independiente, al margen del negocio causal, se entroniza esa transmisión al costado de la causa e incluso con finalidades administrativas o de mera garantía.¹⁷⁰ Se presenta un campo abonado para el negocio abstracto y para aquel que se centra en la denominada finalidad jurídica, que supera la llamada finalidad práctica o económica y aunque no se incluye en la regulación del C. Civil, ya había sido mencionado en su exposición de motivos¹⁷¹, todo edificado bajo la construcción del doble efecto la cual se concilia plenamente con la del negocio abstracto y la finalidad estrictamente jurídica.

Esta revitalización de la fiducia romana llevó a que la doctrina italiana retomara el tema, gracias a las elaboraciones de FRANCESCO FERRARA¹⁷² y así fue incluida dentro del nuevo Código Civil Italiano de 1942 en el capítulo del mandato¹⁷³ apareciendo de nuevo en el derecho continental, donde va a tener grandes contradictores, pues la doctrina del negocio abstracto no está admitida por el Derecho positivo italiano. Para superar el escollo surgirá la variante

¹⁶⁹ ARESPACOHAGA, JOAQUÍN. Ob. Cit. “*El Trust, La fiducia y figuras afines*”. Marcial Pons, Barcelona, 2000. Pág. 18.

¹⁷⁰ ARESPACOHAGA, JOAQUÍN. Ob. Cit. Pág.19.

¹⁷¹ DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO. *El negocio fiduciario. Estudio crítico de la teoría del doble efecto*. REUS, S.A. Madrid., 1972. Pág. 15.

¹⁷² De gran influencia en Italia su publicación sobre “*Il negozi fiduciari*” en 1901.

¹⁷³ En tal sentido: MATTEI, UGO. Ob. Cit. P. 159

explicativa de la *causa fiduciae*, fundamentada en la unidad del negocio fiduciario¹⁷⁴.

Viene el tema a ser objeto de estudio por los escolares Ibéricos, cuyo aporte más relevante fue el de CASTÁN TOBEÑAS, y que incluso llevó a que el Tribunal Supremo comenzara a admitir casos del pacto de fiducia dentro del sistema de derecho privado español. La Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de Mayo de 1944 que utiliza el término de negocio fiduciario para una venta en garantía¹⁷⁵, que antes se manifestaba bajo la forma de venta con pacto de retroventa. El retracto convencional había sido recogido en Las Partidas, tomado del derecho romano y llevado al Código Civil y a la denominada Carta de Gracia de Cataluña, antecedente de la compilación catalana¹⁷⁶.

Sin embargo, no existe mención alguna expresa al negocio fiduciario, ni en el Código Civil Español ni en el de Comercio. Para abrirle un espacio en el sistema Español, con una desbordante oposición, si es que ello es posible, el fundamento sería la autonomía privada (arts. 1.091 y 1.255), amén de otros apoyos en la Ley Hipotecaria (art. 2.3º. y 45) y la ley de Sociedades anónimas (artículo 18.2).¹⁷⁷ La jurisprudencia del Tribunal Supremo se manifiesta a favor de la admisibilidad del negocio fiduciario en el derecho Español¹⁷⁸. En opinión

¹⁷⁴ La tesis de GRASSETTI, expuesta en su texto “*Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*”, aparecido en 1936.

¹⁷⁵ DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO. *El negocio fiduciario. Estudio crítico de la teoría del doble efecto*. REUS, S.A. Madrid., 1972. Pág. 21.

¹⁷⁶ FUENTESECA, CRISTINA. Ob. Cit. Pág. 49.

¹⁷⁷ ARESPACOCAGA, JOAQUÍN. Ob. Cit. Pág. 22.

¹⁷⁸ Sentencias de 25 de Mayo de 1944, 28 de Enero de 1946, 23 de Febrero de 1951, 3 de Mayo de 1955, 10 de Junio de 1957.

de CASTÁN¹⁷⁹, si bien no hay norma que consagre expresamente este tipo de negocios, tampoco existe alguna que se oponga su reconocimiento y validez¹⁸⁰.

Hubo muchos intentos por reformar el Código Civil Francés¹⁸¹, buscando, entre otras cosas, regular de manera exhaustiva la figura de la Fiducia. En la exposición de motivos de dicho proyecto de Ley se vio la necesidad de responder al hecho de la generalización de este instrumento jurídico en el mundo globalizado. Se dispuso la figura como una fiducia profesional en la que solo pueden ser constituyentes las personas jurídicas y como fiduciarios solo pueden actuar las entidades financieras.

Se define como una operación por la cual uno o varios constituyentes transfieren bienes, derechos o garantías, o un conjunto de bienes, de derechos o de garantías, presentes o futuros, a uno o varios fiduciarios que, teniéndolos separados de su patrimonio propio, actúan con un fin determinado en beneficio de uno o varios beneficiarios.

La fiducia se constituye mediante ley o mediante contrato y siempre es de carácter oneroso, nunca gratuito. Esta figura se adaptó del *Trust* anglosajón tomando como referente los buenos logros a los que se llegó en la Convención de la Haya de 1 de julio de 1985, relativa a la ley aplicable al *trust*.

¹⁷⁹ CASTÁN TOBEÑAS, J. *El Derecho Civil Español, común y foral*. Tomo I. Volumen 2º. Página 482. Revisado y puesto al día por don JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS. Madrid. 1987.

¹⁸⁰ En el mismo sentido se pronuncia un importante sector de la Doctrina española, a saber: PÉREZ GONZÁLEZ, Y ALGUER, NAVARRO MARTORELI, JOAQUÍN GARRIGUEZ, entre otros.

¹⁸¹ ZUNZUNEGUI, FERNANDO. *Ley de Fiducia en Francia*, Revista de Derecho del Mercado Financiero, Marzo 2007

4. El *Trust* anglosajón

Hay discusión entre historiadores sobre cuál puede ser el origen del *trust*. Para algunos, fue en la Inglaterra medieval que el encargo de confianza romano, el *pactum fiduciae*, renació en los *uses*, que más tarde dieron vida a la práctica actual del *trust*¹⁸². También se dice que en la baja edad media, ante la imposibilidad de los menores y de las mujeres de heredar, el padre confiaba en el *trustee* para poder dejar bienes a su familia¹⁸³. Otros encuentran su origen en el *Treuhand* o *Salman* germánico. El ya citado BOGERT¹⁸⁴, señala que el *treuhand* de la ley germánica equivale a la figura del *feoffee to uses* de la temprana estructura inglesa del *use*.

¹⁸² Ibidem, "...los ingleses inventaron el "uso" y el "trust" inicialmente como medio de evadir muchas de las prohibiciones, nulidades y cargas legales, el pago de tributos y faltar en el cumplimiento de sus obligaciones impuestas por sus primitivas leyes".

¹⁸³ "Su origen histórico puede hallarse en el derecho inglés, en el marco del sistema jurídico o conjunto de principios desarrollados por la *Court of Chancery* en la Baja Edad Media. Ese tribunal, presidido por el *Chancellor* del rey, funcionario eclesiástico y confesor del monarca, elaboró un sistema de normas de *Equity* para remediar —*ex aequo et bono*— las lagunas del *Common Law*, circunscrito a fórmulas rígidas que daban lugar a injusticias insolubles por la vía legal. Una fuente habitual de esas injusticias era la incapacidad jurídica de los menores de edad y de las mujeres, quienes no podían adquirir ni ejercer derechos de propiedad. El varón que poseía bienes y deseaba asegurar a su esposa y descendientes menores el uso y goce de esos bienes después de su muerte estaba obligado a confiar en la buena fe de un tercero capaz de derecho —*trustee*— (al que denominaremos *fiduciario*) a quien transfería la titularidad de esos bienes encomendándole que los empleara en beneficio de sus herederos —*beneficiaries* o *cestui que trust*— (a quienes denominaremos *beneficiarios*). Esa transferencia con arreglo al *Common Law* no admitía impugnaciones. El tercero de buena fe adquiría la propiedad de los bienes y podía disponer de ellos con el mismo arbitrio del propietario originario de los bienes creador del *trust* —*trustor* o *settlor*— (a quien denominaremos *fideicomitente* o *fiduciante*). La longevidad no era una característica habitual de esa época, sumada a la desaparición de adultos pudientes en guerras intestinas y de religión. En consecuencia un buen número de viudas y menores quedaban a la merced de esos terceros de buena fe o *trustees*, cuya honorabilidad en muchos casos dejaba qué desear. Sin embargo, pocos o ninguno eran los recursos que el *Common Law* contemplaba para asegurar el cumplimiento honrado del *trust*." Lo anterior señalado por Deferrari, José David. "Trust y Fideicomisos: Un paradigma de las dificultades del uso de préstamos, calcos y neologismos en la traducción jurídica al español". InDret 2/2005. Revista para el análisis del Derecho. Pág. 165. WWW.INDRET.COM.

¹⁸⁴ Citado en: PIÑA MEDINA, JORGE; ACOSTA ROMERO, MIGUEL. *Las Instituciones Fiduciarias y el Fideicomiso en México*. Banco Mexicano, Somex. México. 1982. Pág. 8.

Aunque no puede excluirse que una y otra institución jurídica hayan aportado su influencia a la figura anglosajona, la realidad es que ninguna de las dos ha sido completamente determinante y fue la necesidad práctica la que dio lugar a las primeras utilizaciones de la figura. Hay que remontarse a la época de las primeras utilizaciones cuando el poder central, bastante joven, observa dos fuerzas que se oponen, las congregaciones religiosas y los feudatarios¹⁸⁵. Para controlar las congregaciones religiosas, utiliza la ley sobre manos muertas (*statute of Mortmain*); para mantener contralados a los feudales, se confiscan los bienes de aquellos vasallos que se rebelan en su contra.¹⁸⁶ La astucia se antepone a la fuerza; los religiosos aconsejan a los piadosos realizar donaciones a terceros que son sus partidarios y los nobles, antes de enfrentar al poderoso, ceden sus feudos a un amigo de confianza para evitar la confiscación. ¿Alguna reminiscencia del derecho romano por parte de los letrados monjes, o una traslación, dado el origen germánico de los nobles, de la figura del *Treuhand*?, es probable, pero bastante quimérico transferir figuras jurídicas de otros pueblos sin saber cómo serán recibidas por quienes aplican su propio sistema. No se trata de imitar técnicas jurídicas foráneas, más bien de coincidencia en figuras que se basan en la confianza, en la *fides*. Confiar más en la palabra comprometida que en las reglas o fórmulas jurídicas, como sucedía con los cruzados, antes de partir a defender su causa, o quienes se embarcaban a un arriesgado y aventurado viaje o antes de empuñar armas contra su Señor; se veían compelidos a confiar sus bienes en un amigo y no era del derecho, sino del corazón humano de esa persona en

¹⁸⁵ LEPAULLE, PIERRE. *Tratado Teórico y Práctico de los Trusts*. Ed. Purrúa. México. 1975. Pág. 11.

¹⁸⁶ LEPAULLE, PIERRE. *Ob. Cit.* Pág. 11.

que se confiaban.¹⁸⁷ Acciones legales para reclamar lo suyo no habían, quedaban confiados a la lealtad de esa persona cercana, si fallaba y los traicionaba, era un asunto de honor que se resolvía entre ellos, no ante los jueces.

Así las cosas, la base fundamental del *trust*, en opinión de LEPAULLE:

“no se encuentra sino en la eterna astucia de la interpósita persona: astucia tan rudimentaria como torpe, puesto que consistía en ponerse a merced de un hombre de paja; no es la astucia del jurista que se refugia en la ingeniosidad de una construcción técnica, sino en el último recurso de quienes buscan en la amistad, la protección que el derecho se negaba a otorgarles”¹⁸⁸.

Estamos de acuerdo, más que buscar las bases del *trust* anglosajón en finos refinamientos de tradición jurídica, son coincidencias y urgencias de la necesidad práctica, de buscar maneras de defenderse cuando es el mismo derecho el que produce la amenaza y dificulta la interacción. Siempre los seres humanos buscan la manera de hacer sus cosas y de saltar los obstáculos que para ello se les presente, así sean jurídicos.

No es posible trasplantar simplemente la institución conocida en el Derecho inglés como *trust* para efectos de identificarla con el negocio fiduciario; no es tan simple la cuestión como para equiparar *trust* anglosajón, con fiducia romana. Para una correcta comprensión del *trust* anglosajón es necesario mirarlo dentro del contexto del sistema jurídico donde funciona y observar cuál ha sido la evolución del derecho inglés y sus principales características.

¹⁸⁷ LEPAULLE, PIERRE. Ob. Cit. Pág. 12.

¹⁸⁸ LEPAULLE, PIERRE. Ob. Cit. Pág. 12.

Nos introduciremos por tanto, brevemente, en el funcionamiento del sistema jurídico anglosajón y la división sustancial que significó el *Common Law* del *Equity* como fuente de derecho, para así apreciar de forma adecuada los intereses que se reconocen y protegen dentro de la estructura del *trust*.

4.1 Surgimiento del sistema legal inglés.-

La consolidación del *Common Law* actual es el producto de varias etapas que se han surtido a lo largo de varios siglos como pasaremos a verlo¹⁸⁹. En una primera época, se presentó un derecho meramente consensual y trivial, que no se vio influenciado por la cultura romana, que dominó Inglaterra desde el siglo I D.C., época del emperador Tiberio Claudio Cesar Augusto Germánico, hasta el V¹⁹⁰.

Un segundo periodo comienza con la llegada de los normandos en 1066, momento en el que se comenzaron a unificar los reinos anglosajones, y con ello a establecer las bases del *Common Law*. Bajo el reinado de Guillermo el Conquistador, se comenzó a aplicar el principio de territorialidad del derecho y se reemplazaron las asambleas que resolvían conflictos en atención a las

¹⁸⁹ DAVID, RENÉ. *Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos*. Traducción de la segunda edición por Pedro Bravo Gala. Aguilar S.A. Ediciones, Madrid, 1969

¹⁹⁰ MORENO, FRANCISCO: “*Elogio del common law*” Consultado el 24 de mayo de 2010 en: <http://www.liberalismo.org/articulo/413/258/elogia/common/law/> “En sus orígenes, la cristianizada pero poco romanizada tierra de Inglaterra contaba con unas leyes que, al igual que las bárbaras normas del continente, siguieron el principio de la personalidad del derecho (de aplicación según la pertenencia a una u otra comunidad étnica de los sujetos: sajones, anglos, jutos o daneses). Este hecho, junto al precario desarrollo jurisprudencial de un derecho eminentemente consuetudinario, dificultaba la creación de un derecho más evolucionado.

costumbres locales por tribunales regionales que también partían de un derecho consuetudinario regional. También se establecieron los Tribunales de Westminster¹⁹¹, que constituían la sede de justicia del rey y solo operaban frente a situaciones que ponían en peligro la paz del reino o cuando los mecanismos existentes no aseguraban una justicia real y cierta. Pero lo que comenzó como un sistema excepcional, que dejaba a las jurisdicciones regionales la tarea de dar solución a los problemas que se presentaban, se fue tornando en una jurisdicción más activa, en la medida que los jueces ampliaban su competencia al reconocer que la corona tenía interés en la correcta administración de justicia, y echó mano de herramientas eminentemente exclusivas de estos tribunales como medios de prueba racionales y medidas coercitivas e impositivas que aseguraban efectividad en las decisiones que tomaban; todo esto llevó a que las personas comenzaran a buscar en la jurisdicción del rey, la definición de sus controversias, sin embargo sus súplicas no siempre eran efectivas, pues el carácter eminentemente procesalista llevó a que ésta se volviera una jurisdicción plenamente formalista, mientras, además, adquiría un grado de privilegio por lo que no todos los súbditos del reino tenían acceso a ella.

Con *la curia regis* o *royal courts*, como se conocieron las cortes de Guillermo, se intentó centralizar la administración de justicia, convirtiéndose ésta en el centro de la vida administrativa y jurídica del nuevo reino de Inglaterra.

¹⁹¹ Consultado el 24 de mayo de 2010 en: <http://www.artehistoria.jcyl.es/historia/contextos/1725.htm>
“Guiados por las directrices que emanaban del Derecho Común, para la administración de justicia existían los tribunales de Westminster, con diversas salas: una para los pleitos civiles, otra para los criminales y una tercera, el "Exchequer", para los financieros. Los asuntos judiciales urgentes eran tratados en el Tribunal de la Cancillería, que aparecía como una segregación del Consejo privado, al igual que lo sería otro tribunal con entidad específica desde mediados del Quinientos, el de la Cámara Estrellada, que se encargaría de velar por la seguridad del Estado, cobrando así una clara dimensión política y represiva...”

Alrededor de ella surgió un estamento forense muy homogéneo, del que surgían los jueces, que con sus sentencias fueron creando el *common law*,¹⁹² sistema caracterizado por su formación con base en la costumbre, pero no la nacida del comportamiento popular, sino del comportamiento de los jurisprudentes. Desde el siglo XIV se formaron en torno a la *curia legis* las cuatro organizaciones corporativas de los juristas, conocidas como *Inns of Court*¹⁹³, y que todavía existen, con la función desde su nacimiento y hasta nuestros días de crear un estamento forense homogéneo en el que los lazos de tradición cultural y de conocimiento personal crean el hábito cerebral constante sobre la temática jurídica que se transmite de generación en generación.

Se convierte la casta de los juristas en una especie de *gheto* aislado, al que contribuyó el lenguaje usado por los tribunales, pues los documentos se escribían en latín y entre ellos se hablaba francés. Desde 1.362 una ley intentó reemplazar el francés por el inglés, pero hasta 1.700 algunos juristas sostenían que el inglés no estaba en capacidad de expresar los problemas técnicos del derecho¹⁹⁴.

Hacia 1154 con la llegada al trono de Enrique II, se produjo la primera unificación eficaz del sistema legal inglés. Esto sucedió porque se implementó la práctica de enviar jueces de los tribunales reales a oír y resolver las diversas

¹⁹² LOZANO, MARIO. *Los Grandes sistemas jurídicos*. Ed. Debate. Madrid 1982. Pág. 168.

¹⁹³ The Bar Council, consultado el 25 de Mayo de 2010 en: <http://www.barcouncil.org.uk/about/innsforcourt/> “Hay cuatro Inns of Court: Lincoln’s Inn, Inner Temple, Middle Temple and Gray’s Inn. Los inns dan apoyo a los barristers y estudiantes para barrister a través de actividades de educación, facilidades en almuerzos y cenas, acceso a habitaciones comunes y jardines, y otorgando varias becas escolares. Una de las llaves de funcionamiento de los Inns es la responsabilidad de llamar a los barristers a la Barra. Cualquiera que desee entrenarse para el Bar debe unirse a los Inns y sons los inns los que van a tener el poder de llamar al estudiante a la Barra. Adicional a esta responsabilidad, los Inns también tienen el rol de tribunales disciplinarios para afrontar las quejas contra los barristers”.

¹⁹⁴ Lozano, Mario. Ob. Cit. Pág. 169.

controversias que se producían a lo largo y ancho del reino. Estos jueces ambulantes regresaban a Londres donde comentaban con sus colegas las decisiones que habían tomado. A raíz de esta práctica, se comenzaron a recopilar las sentencias que reflejaban las decisiones con mejor sentido común y las reglas halladas en las mejores costumbres locales, que venían de varias generaciones atrás, y luego esta recopilación servía de norte para casos similares en otros lugares del reino. Así nació la regla del precedente o *stare decisis* dentro del derecho común que comenzó a establecerse entre la sociedad anglosajona¹⁹⁵.

Sin embargo, los tribunales reales que aplicaban ese derecho unificado, debieron competir con otros tribunales locales¹⁹⁶ de derecho feudal o de derecho canónico que seguían siendo competentes para conocer casos y a los que los litigantes eran libres de acudir para presentar sus casos a prevención. Así, en medio de este escenario judicial, en el que se mezclaban varias jurisdicciones y se daba una contradicción social, mientras unos rechazaban la ampliación de la competencia judicial del rey, otros la preferían. Se trataba de una alternativa de jurisdicción a la cual se acomodaba la sociedad.

De aquí seguimos en que, en el siglo XII la aplicación del Derecho se tornó uniforme para toda la Gran Bretaña (con excepción de Escocia, que no estando incluida en la corona inglesa, continuaba utilizando el Derecho romano). El procedimiento comenzaba con el pago de un emolumento que ponía en marcha las *courts of Law* mediante la autorización que el Rey hacía a través de

¹⁹⁵ MORENO, FRANCISCO: “*Elogio del common law*”, Ob. Cit. Pág. 23

¹⁹⁶ County courts, Hundred courts, manorial o seignorial courts y ecclesiastical courts

la *Chancellor's Office* con un *writ*¹⁹⁷ o mandamiento de apertura de juicio. En principio, no existía mayor problema, pues era potestativo de los monarcas formular los *writs*.

Sin embargo, muchos litigios quedaban en competencia exclusiva de los tribunales del rey y sustraídos de los feudales. Por ello, en un momento de predominio de los feudales sobre Enrique III, lo obligaron a dictar las *Provisoions of Oxford* (1.258) que bloquearon los tipos *writs* a los que existían a la fecha de expedición de las normas. Optaron, como en todo sistema jurídico por el predominio de la certeza sobre la flexibilidad.¹⁹⁸ Así se congela la evolución del *common law* por una treintena de años, situación que se convierte en insostenible.

Eduardo I, trata de poner remedio a esta situación de estancamiento y en 1.285, dictando el *Statute of Westminster II*¹⁹⁹, intenta conciliar la disputa entre feudales y monarcas, permitiendo la formulación de nuevos *writs*, pero de manera bastante conservadora y se pone nuevamente en movimiento el proceso evolutivo del *common law*. Sigue el reforzamiento del gobierno que pone fin a los tribunales feudales y se añade el ciclo originario del *common law*,

¹⁹⁷ En el *common law*, un *writ* es una orden escrita expedida por un organismo con jurisdicción administrativa o judicial; este cuerpo es generalmente un tribunal.

¹⁹⁸ LOZANO, MARIO. Ob. Cit. Pág. 171.

¹⁹⁹ Columbia Encyclopedia. The Columbia Electronic Encyclopedia, Sixth Edition Copyright © 2010, Columbia University Press., consultado a través de <http://www1.universia.net/CatalogaXXI/C10037PPPEIII/E46346/index.html> el 25 de mayo de 2010: "Westminster, Statutes of, in medieval English history, legislative promulgations made by Edward I in Parliament at Westminster. Westminster I (1275) practically constitutes a code of law; it covers a wide range, incorporating much unwritten law into the written code, and is a sweeping ordinance against administrative abuses. Westminster II (1285) is similar in purpose and scope; it is especially remarkable for its judicial reforms and for the clause *De donis conditionalibus*, which fostered the entailing of estates and thus fundamentally altered English landholding. Westminster III (1290), also called *Quia emptores*, provided that in the case of alienation of an estate or part of an estate the new holder should hold directly from the overlord rather than from the old holder. Thus, the statute stopped the process of subinfeudation."

compuesto por el derecho penal y el derecho de la propiedad, el derecho de los contratos y la responsabilidad extracontractual.

Alrededor del siglo XIII, los de *Westminster* consolidaron un nuevo derecho, que será el *common law* como tal, síntesis de la costumbre inmemorial del Reino, que, en palabras de RENÉ DAVID, se reduce a las de los siglos XII y XIII: doscientos años donde los tribunales reales del *common law* fueron establecidos en diversos condados, fijando procedimientos de juicio, y además, tomando elementos del derecho romano que se adecuaron al raciocinio procedimental inglés²⁰⁰.

Finalmente, la jurisdicción de los Tribunales de *Westminster* envuelve el sistema judicial inglés y se hacen competentes para conocer a la totalidad de los eventos que suceden en el reino, punto al que se llegó en la medida que los jueces reconocían algún interés de la corona en todo caso, siempre bajo la premisa de lo que significaba la correcta administración de justicia para el Rey.

Esta realidad jurídica de los ingleses explica la poca penetración del Derecho romano en la Gran Bretaña, a pesar de que aquel había sido favorecido por las dinastías *Tudor* y *Estuardo*; también, esa particular manera del sistema y su arraigo en los jueces, será la barrera para que sea impermeable a la ola de la codificación en el siglo XVIII, aunque tendrá grandes impulsores como el sistematizador JEREMIAS BENTHAM. En cambio, en Alemania, la división en pequeños estados tornaba indispensable aceptar el *Derecho romano* como un

²⁰⁰ DAVID, RENÉ. Op. Cit. Página 280

común denominador jurídico. Así se contraponen el Derecho europeo continental de origen romano, al *common law* en la Gran Bretaña.²⁰¹

4.2. Los derechos legales y de equidad.-

El procedimiento de los *writs* con el tiempo, se volvió muy rígido, y los jueces terminaron invirtiendo más tiempo en el examen de la forma que en el de la fundamentación y contenido de las reclamaciones formuladas. La petición del reclamante debía coincidir plenamente con el tipo de *writ* y si no estaba previsto, el remedio a la respectiva situación no era pertinente²⁰². Se estableció con ello el principio de "*no writ, no remedy*" (sin mandamiento no hay veredicto).

A partir de aquí, el *common law* se comenzó a caracterizar por ser un sistema esencialmente formalista, y en tal medida, lo sustantivo siempre estuvo limitado por lo procesal. Como consecuencia de lo anterior, no se satisfacía la necesidad de justicia del pueblo por lo que se comenzaron a llevar los conflictos ante el Rey para que éste diera una solución justa²⁰³. Así surgieron, ante esta necesidad, los cimientos para la jurisdicción de la *Equity*, punto de partida de un tercer periodo en la historia del derecho inglés.

²⁰¹ LOZANO, MARIO. Ob. Cit. Pág. 169.

²⁰² MORENO, FRANCISCO: "*Elogio del common law*", Ob. Cit. "...por ejemplo las *courts of Law* entendían básicamente de indemnizaciones o compensaciones pecuniarias o de recuperación de la propiedad o de su valor, pero no entraban a conocer los casos en que el demandante solicitaba la obligación de cumplimiento contractuales no monetarios o la prohibición de hacer o paralizar ciertas acciones..."

²⁰³ RENGIFO, RAMIRO. *La fiducia. Legislación Nacional y Derecho comparado*. Ed. Pequeño Foro. Bogotá. 1984. Págs. 40 y 41.

Desde la conquista normanda, era posible recurrir al rey en apelación de las decisiones judiciales de los tribunales reales. Aunque inicialmente este oficio de dar solución a los casos era un rol del soberano y su consejo, la guerra de las Dos Rosas²⁰⁴ llevó a que tanto el soberano como aquel colegiado delegaran la potestad en el Lord Chancellor, que era al tiempo el capellán y secretario del rey y que tenía la tendencia de definir los casos atendiendo más a reglas morales que a normas jurídicas. Por ello, su jurisdicción se llamó *equity*.

Así se estableció un sistema jurídico con dos métodos procesales que contaban con fuentes sustanciales claramente divergentes: mientras el *Common Law* se basaba en las normas y decisiones que conformaban el precedente, los casos que se presentaban a la *Equity* se decidían conforme los criterios de la equidad, buen juicio y otros referentes morales.

Cuando se frena la evolución del *common law*, el *equity* adquiere gran impulso, pues sus decisiones no tenían en cuenta el tipo de *writs* que había sido utilizado. Se inició la utilización de “la equidad” concurriendo y a veces desplazando los tribunales reales y hacia finales del año 1500 se produjeron sentencias contradictorias sobre casos análogos. Aparece el *equity law* como alternativa frente al Derecho común, y con Enrique IX (hacia el comienzo del siglo XV) fue reconocido el Tribunal de la Cancillería o *Equity Jurisdiction*, distinguiéndose entre las acciones legales y las acciones de equidad,

²⁰⁴ Serie de guerras civiles intermitentes en el siglo XV entre las casas reales inglesas de York y Lancaster y sus patrocinadores. Ambas familias pretendían el trono de Inglaterra, por origen común en la Casa de Plantagenet, como descendientes del rey Eduardo III. Las guerras comenzaron en 1450 y terminaron con la victoria de los Lancaster en 1485 con la muerte de Ricardo III en la batalla de Bosworth y el acceso de Enrique VII al trono.

atendiendo a la demanda del peticionario, fundamentada en el *common law* o el *equity law*²⁰⁵.

Por todo lo anterior, podemos afirmar que el dualismo vigente en una época del Derecho inglés tuvo su origen en la necesidad de atenuar el rigorismo del *common law*,²⁰⁶ situación que estaba acorde con la necesidad de manejar una actividad en permanente evolución como lo era el Derecho Mercantil.

Esta dualidad de sistemas planteó un conflicto jurídico y judicial que derivó en un pronunciamiento del Rey Jacobo I, hecho en 1616, en el que admitió la existencia del tribunal de la *Equity*, pero limitó su competencia y prohibió que se pronunciara sobre aspectos que eran exclusivos del *Common Law*; le obligó a adoptar un esquema jurisprudencial como fuente de sus decisiones y comprometió a la corona a no crear nunca más otro tribunal²⁰⁷.

Adicionalmente, el conflicto entre las dos jurisdicciones, fue resuelto en 1615 por Francis Bacon, al que Jacobo I había sometido un caso importante de conflicto, el *Earl of Oxford Case*, y determinó que habiendo incompatibilidad entre el Derecho común y la equidad, debía preferirse ésta.

Ya en el siglo XIX, cuando comienza la última etapa de formación del derecho inglés, se da una reforma en la esencia del sistema judicial. Las reformas

²⁰⁵ RENGIFO, RAMIRO. Ob. Cit. Págs. 42 y 43.

²⁰⁶ CASAS SANZ DE SANTAMARÍA, EDUARDO. *El abc de los servicios fiduciarios en Colombia*. ED. Temis. Santafé de Bogotá. 1997. Pág. 19.

²⁰⁷ El Derecho Inglés, pág. 13. Obra que forma parte de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, consultado el 25 de Mayo de 2010 en <http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2792/37.pdf>

procesales de 1832, 1833 y 1852, lo libran del formalismo de las acciones, y lo constituye como un sistema más libre en la forma y permite que se convierta en un derecho que se preocupe más por la parte sustancial que la procesal.

Entre 1873-1875, al expedirse las *Judicature Acts*, se modifica la organización judicial creando La Corte Suprema de la Judicatura (*Supreme Court of Judicature*), suprimiendo la distinción entre la corte del *common law* y de la corte del *equity*. A partir de este momento se unifican los tribunales y todas las jurisdicciones inglesas se volvieron competentes para aplicar indistintamente las reglas del *common law* y las del *equity*, al contrario de lo que sucedía con anterioridad donde se obligaba a comparecer ante una corte del *common law* para obtener la aplicación del *common law*, y ante la corte de la cancillería para obtener el recurso del *equity*²⁰⁸.

Las *Judicature Acts*, limpian el derecho sustantivo de leyes que se encontraban en desuso y de precedentes viejos y obsoletos.²⁰⁹

4.3. Los Uses.-

Pues bien, esta pequeña revisión histórica contextualiza un poco la evolución que del *pactum fiduciae* romano, derivó en lo que se conoció como los *Uses*.

El régimen de la propiedad inmobiliaria, siempre ha sido escrupuloso y en épocas medievales igualmente lo fue. En Inglaterra, las normas del *common*

²⁰⁸ Ibidem, Pag 16.

²⁰⁹ RICARDO, DAVID, Op Cit. Página 258

law eran precisas y estrictas en relación con los derechos del dueño de la tierra.

Por esa época, las comunidades religiosas presentaban una serie de privilegios de orden contributivo, relacionado con sus propiedades inmobiliarias, pues se consideraba que debido a la actividad de los religiosos, dedicados al culto divino, no debía cobrárseles, al menos en su integridad, las contribuciones por impuestos ordinarias que pagaban los predios de las demás personas del reino. Esta situación no era de buen recibo por algunos señores feudales y por monarcas que sumaban a su inconformidad el hecho de que los religiosos no participaran activamente en las batallas limitándose a rezar por el éxito de las mismas.

Los señores feudales se lanzan en contra de tales privilegios y ante la resistencia e imposibilidad de colocar a los religiosos en cintura y en un plano de igualdad en materia contributiva, se van al extremo y se opta por despojarlos de sus tierras y por prohibirles adquirir nuevos inmuebles. Esto se consagra institucionalmente con la puesta en vigencia del llamado "*estatuto de manos muertas*"²¹⁰ en el año 1217²¹¹.

Los religiosos no se conforman con tal prohibición y proceden a estudiar mecanismos tendientes a soslayarla y buscar la manera de adquirir tierras no

²¹⁰ RABASA, OSCAR. *El Derecho Angloamericano*. Fondo de Cultura Económica, Mexico, 1944, p.275. "El estatute of Mortamain fue expedido en 1217 y buscaba acabar con la inmovilización de la tierra, fenómeno que se había producido como consecuencia de la exagerada acumulación de tierra en manos de las agrupaciones religiosas, hasta el punto en que en el siglo XII, una cuarta parte de las tierras de Inglaterra se hallaba en manos de asociaciones religiosas"

²¹¹ Durante la Edad Media, la ley contra las manos muertas, prohibía las donaciones de bienes inmuebles a los conventos e iglesias.

obstante la referida interdicción. Auscultando instituciones romanas se encuentran con la figura de la fiducia, por la que finalmente se inclinaron entre muchas otras alternativas evaluadas.

Así aparecen los “uses”, como una institución análoga a la fiducia que permitía a los religiosos adquirir bienes por interpuestos terceros, generalmente laicos amigos de aquellos, que recibían de ellos el dinero, pero adquirirían el bien a nombre propio. Intervenían en esta operación negocial el constituyente o *feoffor to use*, el encargado de cumplir su voluntad o *feoffee to use*, y el beneficiario o *cestui que use*.

Algunos autores no están de acuerdo en señalar el origen de los *uses*, con fundamento en la fiducia del Derecho romano y se orientan más bien por pensar que, la raíz de estas prácticas se encuentra en las mismas reglas del mandato o gestión de intereses ajenos contenidas en el *common law*.

El *use* tiene su principio como un simple traspaso de la plena propiedad a una persona, con el propósito de que, a pesar de parecer ante el Derecho (*Common Law*) como el propietario, poseyera y administrara los bienes que le fueron transmitidos, pero no en provecho propio, sino de otra persona a quién se quería beneficiar con el goce real de los mismos; lo que no se podía hacer directamente, sino por la interpuesta persona, debido a una incapacidad del beneficiario o a una prohibición legal, o por temor a que se viera privado de sus derechos por las mismas circunstancias políticas de la época²¹².

²¹² JORDANO BAREA, JUAN B. Ob. Cit. Pág. 34.

Atribuir la autoría de los *Uses* a un momento cierto o a alguna persona determinada es pretender dar solución a una discusión doctrinal de largo tiempo, por lo que lo más pertinente es concluir que éstos tuvieron su fuente en prácticas sociales con las que se pretendía eludir alguna prohibición legal, como la ley de las manos muertas, o asegurar legados sin atender al orden hereditario establecido en la época, o poder usar las propiedades sin tener que cumplir los gravámenes que el régimen feudal suponía, o simplemente cometer un fraude contra algún acreedor, distraendo los bienes.

De tiempos remotos y atendiendo a diversas motivaciones, se dio comienzo en Inglaterra a ésta práctica por la cual, en términos más dogmáticos, el dueño de la una finca, *settlor*, traspasaba el dominio que tenía sobre ella a otra persona, *el feoffee to use*, acordando entre ellos, a que aunque el cesionario sería el dueño legal de la cosa, otra persona, *el cestui que use*, tendría el derecho de uso y goce, como si fuera el propietario; este podía ser el mismo cedente o un tercero. La propiedad que tenía el *feoffee* no era en razón de su propio beneficio, sino que confiados en su buena fe, lo detentaba en beneficio de *cestui que use*.²¹³

Esta práctica involucraba a varios sujetos, los primeros, el *settlor* y el *feoffee*, que acordaban el traspaso de la propiedad de un bien del primero al segundo y un tercero, el *cestui que use*, que sería el único que le daría uso, de ahí el nombre de la figura. Pero esta práctica se atenía al régimen de propiedad que

²¹³ JORDANO BAREA, JUAN B. Ob. Cit. Pág. 31.

existía al momento, por lo que según el ordenamiento inglés, la propiedad del bien quedaba en cabeza del adquirente, *feoffee*, derecho que nacía de lo establecido en el *common law*, por lo que gozaba de la protección legal que tal jurisdicción podría brindar, pero dejaba a quien disfrutaría del bien, *cestui que use*, a merced de la obligación moral que recaía sobre el propietario, pues no gozaba de acción legal alguna a la que pudiera acudir para reclamar el incumplimiento del acuerdo que suponía el *Use*²¹⁴. La persona interpuesta era ante la ley el pleno propietario y por ende no tenía el *cestui que use* ninguna acción jurídica para exigir el cumplimiento del encargo²¹⁵.

Este periodo, en el que los *Uses* no tuvieron relevancia jurídica, llega hasta principios del siglo XV, cuando hubo una reacción del parlamento en contra del empleo indebido que se le daba a esta práctica, por lo que en 1376 los prohibió en aquellos casos donde resultara fraude a los acreedores de las partes y el año siguiente tomó la misma decisión a la transferencia de tierra con reserva de su uso, con lo que se imposibilitaba la reivindicación de la propiedad. En 1391, amplió la aplicación del estatuto de manos muertas, en lo que se incluyó el traspaso del uso de las tierras²¹⁶.

Para el siglo XV, el *Common Law* se erguía como un sistema eminentemente procesalista, por lo que a la competencia de los Tribunales de la jurisdicción real *los Uses* no tenían entrada. Fue en 1402²¹⁷ que algún aventurado presentó

²¹⁴ RENGIFO, RAMIRO. Ob. Cit. Págs 44 y 45

²¹⁵ JORDANO BAREA, JUAN B. Ob. Cit. Pág. 34.

²¹⁶ BATIZA, RODOLFO. El Fideicomiso, teoría y práctica. Cuarta Edición. Editorial Porrúa S.A. México 1980. Páginas 37 y siguientes.

²¹⁷ RENGIFO, RAMIRO. La Fiducia, legislación nacional y derecho comparado. Segunda Edición. Fondo Editorial Universidad EAFIT. Medellín 2001. Página 47

por primera vez al Tribunal de la *equity* una reclamación por el mal actuar del propietario legal de un bien, en virtud de un acuerdo de *Use*, y la mencionada jurisdicción le reconoció la protección a los intereses que tenía el *cestui to use* sobre tal convenio, así como se desaprobó la conducta desleal que el *feoffee to use* desplegaba al ampararse en su posición de dominio sobre el bien e incumplir el beneficio del *cestui*. Gracias a la aparición y formación de la segunda rama del derecho inglés (*Equity*), correctora de la ley estricta, hacia la mitad del siglo XV el beneficiario oculto obtuvo su acción personal contra el fiduciario y la obligación de éste, de eminente compromiso moral, paso a ser una obligación jurídica²¹⁸. Esto resalta la importancia que la división del sistema judicial inglés jugó en la formación de una práctica en la que se reconocen dos posiciones de acuerdo a los regímenes, el *common law*, estricto en sus fuentes y criterios, donde el *feoffee* es el propietario legítimo del bien, y el *equity*, que, fundado en el ideal de equidad y demás valores morales, reconocía al *cestui* un interés jurídico sobre el mismo bien, y así limitaba la propiedad del *feoffee*, en la medida que se le podía obligar a que destinara el bien a aquello que había acordado con el *settlor* en favor del *cestui*.

La práctica de los *uses* dio lugar a la aparición de dos clases de dominio, el legal, reconocido por la ley estricta, el *Common Law*, y el equitativo o beneficioso, al principio entendido como un deber de conciencia, la buena fe del confiado, luego sancionado por la rama del derecho de equidad (*Equity*)²¹⁹.

²¹⁸ JORDANO BAREA, JUAN B. Ob. Cit. Pág. 34.

²¹⁹ JORDANO BAREA, JUAN B. Ob. Cit. Pág. 31.

Pero en toda Inglaterra no fue generalizado el disgusto por los *Uses* y la utilización que se les daba. En 1535, el *Statute of uses* decretó su final práctico²²⁰. El texto enlistaba las distintas prácticas para las que se utilizaban estos acuerdos y la finalidad fraudulenta que se buscaba siempre con ellos, por lo que eliminó la estructura de la que gozaban y reconoció al *cestui* el derecho pleno de dominio del bien y en tal medida privó al *feoffee* de todo interés que detentaba hasta el momento. Así, no prohibió los *Uses*, sino que los hizo aptos para que en virtud de ellos la propiedad plena sobre un bien se transmitiera al beneficiario. En tal medida dejó en manos del *Common Law* el conocimiento de los conflictos relacionados a los *Uses*, pues ya no era un problema en el que se viera inmiscuido un derecho de equidad, sino un derecho civil para el que, el competente, era el primer tribunal.

Sin embargo, el estatuto dejó sin regular varios tipos de *Uses*, como los que recaían sobre bienes muebles o aquellos en los que el *feoffee* actuaba como un administrador del bien, ni los *Uses* sobre *Uses*²²¹, y fue en ellos que el Tribunal del Canciller encontró la forma darle vida de nuevo a tan importante figura y afinarla para que no fuera instrumento para fomentar violaciones legales, llamándola *Trust*, para alejarla de lo consagrado por la ley que los proscribía.

Aparece entonces el *trust* en la esfera jurídica anglosajona, y en consecuencia los *uses* llegan a su fin²²².

²²⁰ BATIZA, RODOLFO. Ob. Cit. y Rengifo, Ramiro, Ob Cit.

²²¹ RENGIFO, RAMIRO, Ob. Cit. Página 56

²²² Se torna necesario que durante la explicación del *Trust* se repitan con tanta frecuencia ciertas expresiones especiales de este tipo de acuerdo, pero se precisa para poder dejar claras las ideas, aun con sacrificio sobre la buena redacción.

4.4. *Los trust*

4.4.1. Evolución del “*trust*”.

Tenemos por tanto que el *trust*, como resultado histórico de la evolución de los *uses* primitivos, es una institución especialísima, *sui generis* del sistema jurídico inglés, donde se encuentran dos especies claras de dominio y de propietarios en razón de la coexistencia de dos ramas jurídicas separadas.²²³

La institución de los *uses* iniciada por los religiosos, tiene una gran aceptación y muy prontamente experimentan una generalización en las prácticas económicas inglesas de la época.

Gracias a la *equity*, se reconoció, como atrás se vio, acción personal al beneficiario contra el fiduciario, antes ausente o dejada al actuar antojadizo del Chancellor²²⁴. Esta acción solo hacía referencia al fiduciario y si éste enajenaba el bien a un tercero, abusando de la *fides* depositada en él, el fiduciante o el beneficiario no podían ejercitar acción alguna contra el tercer adquirente, quién recibía el bien completamente libre. Por ello, el derecho

²²³ JORDANO BAREA, JUAN B. Ob. Cit. Pág. 32.

²²⁴ “Accedir Chancellor. Este funcionario, quien originariamente era un clérigo de alta jerarquía y confesor del rey, era el portador del sello real que refrendaba los actos jurídicos y podía convocar al *trustee* inmoral y exhortarlo a cumplir sus deberes. Si se negaba, el *Chancellor* podía arrestarlo indefinidamente por rebeldía —*contempt of Court*—. Algunas semanas a pan y agua en las mazmorras poco salubres del *Chancellor* solían provocar un cambio de conducta radical por parte de ciertos *trustees* contumaces, quienes decidían comportarse *ex aequo et bono* en el futuro...”. Lo anterior señalado por: DEFERRARI, JOSÉ DAVID. “*Trust y Fideicomisos: Un paradigma de las dificultades del uso de préstamos, calcos y neologismos en la traducción jurídica al español*”. *InDret* 2/2005. Revista para el análisis del Derecho. Pág. 165. www.INDRET.com.

de la *equity* tuvo que evolucionar el concepto de obligación inicial, independientemente de la voluntad del fiduciario obligado, sobre la base del enriquecimiento torticero y con ello se encaminó hacia la formación del *trust* moderno²²⁵. Los adquirentes de bienes recibidos en *trust*, en adelante se verán compelidos al cumplimiento de las obligaciones adjuntas, no pudiendo escudarse en que no habían sido contraídas por ellos²²⁶.

“El *trust*, que originalmente había sido un verdadero negocio fiduciario, fue convirtiéndose con el tiempo en un tipo de “fiducia legal”²²⁷. Esta es precisamente la razón, en opinión de algunos²²⁸, para que el *trust* se presente como una figura autónoma, que nada tiene que ver con el negocio fiduciario del derecho romano.

Resulta que si la institución pasa a ser protegida plenamente por la ley, no permitiendo abusos, deja de ser fiducia en el sentido técnico del vocablo²²⁹. La esencia del negocio fiduciario radica precisamente en ser meramente un vínculo obligatorio, confiado a la *fides* del fiduciario. La tutela legal, no permite la desviación al fiduciario, quién no tiene alternativa para su ejecución, independientemente de que quiera honrar la palabra empeñada.

Sin embargo, por las finalidades que a veces se perseguían con la institución, se produjo la necesidad de limitar y regular la actividad y surge en

²²⁵ JORDANO BAREA, JUAN B. Ob. Cit. Pág. 35.

²²⁶ JORDANO BAREA, JUAN B. Ob. Cit. Pág. 35.

²²⁷ JORDANO BAREA, JUAN B. Ob. Cit. Pág. 35.

²²⁸ JORDANO BAREA, JUAN B. Ob. Cit. Pág. 35.

²²⁹ Opinión de GRASSETTI, en *Trust anglosassone, proprietà fiduciaria e negozio fiduciario*, en “Rivista del Diritto commerciale”, 1936, I. Pág 552 y sigs. Citado por JORDANO BAREA, JUAN B. Ob. Cit. Pág. 37.

consecuencia el “*statute for uses*”, advirtiendo que el dueño de la propiedad continuaba siendo el usuario, despojando así de toda finalidad práctica la utilización de la institución. Con ello se pensó que se terminaría con la utilización funcional de la institución.

No obstante la formulación de la norma, el Tribunal de *equity*, salió en defensa de de los *uses*, fundamentado en sus propias decisiones anteriores y en conveniencias que eran ostensibles con tales prácticas. Se encuentra la manera de imponer el poder judicial frente a la norma dictada, acudiendo a sutiles clasificaciones, y la institución de los *uses*, conservando su esencia, pasó a llamarse *trust*, que en latín significa fiducia, o confianza en castellano, el propietario legal *trustee* (fiduciario) y el propietario en equidad *cestui que trust* (el que confía).²³⁰

Con estas decisiones que respaldaron la institución se inicia una nueva época, caracterizada por una de vigorización en su utilización, la que se extiende a todo tipo de actividades y negocios, hasta que en 1893 el parlamento inglés dictó la *Trustee Act*, que constituía una recopilación de las decisiones de los tribunales en esta materia, dando reconocimiento legal a los diferentes tipos de *trust* que la práctica comercial venía utilizando.

5. El Fideicomiso en América Latina.

²³⁰ CASAS SANZ DE SANTAMARÍA, EDUARDO. Ob. Cit. Pág. 21

América latina se ha constituido como un escenario jurídico fiel al sistema romano germánico, por lo que los negocios fiduciarios son un tanto extraños al contenido de sus ordenamientos, por lo menos en lo que se conoce como fiducia legal con el efecto propio de la constitución de un patrimonio autónomo. Esto ha llevado a diversas discusiones acerca de los efectos patrimoniales de la fiducia o fideicomiso, así como a un avance dispar con el modelo anglosajón, tanto por lo formalista como por el lento evolucionar de los ordenamientos, en su mayoría del siglo XIX, lo que lleva a que la evolución de la legislación y la aplicación judicial de las instituciones jurídicas sea un trasegar más lento que la dinámica que el tráfico mercantil impone. Así, se han reevaluado los efectos que se pueden lograr con cada tipo de *pactum fiduciae*, prohibiendo algunos y reglamentando al exceso otros.

La legislación de los países latinoamericanos que han introducido regulación en materia de fiducia, muestran una marcada influencia de las doctrinas anglosajonas del *trust*; sin embargo en muchas de ellas, como por ejemplo en la mexicana, se observan raíces en la teoría del autor francés Pierre Lapaulle sobre “patrimonio de afectación”²³¹.

Observemos la dinámica de la institución en algunas de los sistemas jurídicos latinoamericanos:

²³¹ LÉPAULLE, PIERRE. "De la nature du trust", *Journal du Droit International Privé*, julio-octubre 1927, pp. 966-982.

En la **Argentina**²³² los negocios fiduciarios encuentran su fuente en el mismo Código Civil de Vélez Sarsfield, el Artículo 2662, que establece el dominio imperfecto al decir “*dominio fiduciario es el que se adquiere en un fideicomiso singular, subordinado a durar solamente hasta el cumplimiento de una condición resolutive, o hasta el vencimiento de un plazo resolutive para el efecto de restituir la cosa a un tercero.*”

La primera referencia legal que se hizo dentro del campo mercantil, algo desafortunado por la expresión, lo designó como contrato fideicomisario, que se debía levantar en escrito público, inscrito en el registro público de comercio.

Sin embargo, algunos opinan que antes de la consagración legal por la Ley 24.441 que es la que lo introduce en el derecho positivo argentino, no había ningún otro medio para realizar actos de disposición de la propiedad, que pudiese alcanzar resultados parecidos, es decir, atando los bienes a una finalidad determinada, en beneficio de terceros²³³.

La ley 24441 de 1994²³⁴ incorporó realmente la fiducia. Dice el artículo 1, “*Habrà fideicomiso cuando una persona (fiduciante) transmita la propiedad 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.*” A partir de allí la ley regula la figura, y de tal forma permite que cualquier persona sea fiduciario, pero que solo puedan anunciarse

²³² RODRÍGUEZ AZUERO, SERGIO. Ob. Cit..

²³³ HAYZUS, JOSE ROBERTO. *Fideicomiso*. Astrea, Buenos Aires, 2011. Pág. 1.

²³⁴ Consultada el 15 de febrero de 2010 en: <http://www.cnv.gov.ar/LeyesReg/Leyes/24441.htm>

públicamente como tales las entidades financieras y las sociedades autorizadas por la Comisión Nacional de Valores, que, de paso, son las únicas con capacidad de realizar fideicomisos financieros.

La ley permite que la fiducia sea viable siempre que se den los elementos necesarios para determinar el beneficiario, por lo que no es necesaria su existencia al momento de la constitución de la fiducia. De igual manera pueden ser sustitutivos, siempre que haya renuncia, muerte o rechazo del anterior. En caso de que ninguno aceptare, “será el fideicomisario el beneficiario²³⁵, y aun cuando éste rechace, será el fiduciante quien ocupe tal lugar”.

Los elementos esenciales del contrato de fiducia están señalados en el Artículo 4 de la misma ley. En cuanto a las formalidades, si se hace por testamento, entonces deberá cumplir lo que el ordenamiento civil ha establecido para tal manifestación, de igual forma, como supone la transferencia de ciertos bienes, también deberá cumplir con las solemnidades determinadas para aquellos, así como el debido registro, cuando la ley se lo exija.

Patrimonialmente, establece una división en el patrimonio del fiduciario, por lo que los bienes fideicomitados no serán parte de la garantía de los acreedores de este y tampoco de los del fiduciante, lo que dependerá de la existencia de un fraude a los del segundo. En teoría, parece una especie de patrimonio de

²³⁵ Extrañamente la ley argentina así lo expresa, utilizo este calificativo pues bajo la lógica de la fiducia en y atención a los términos con los que se designan las partes, el fideicomisario no es otra persona más que el beneficiario, por lo que del texto se entendería que frente al rechazo del beneficiario sería el beneficiario quien lo reemplazaría, lo que ya había expresado cuando permitió la sustitución de aquellos. Dice aquel aparte del artículo 2 de la Ley: “[...] *Si ningún beneficiario aceptare, todos renunciaren o no llegaren a existir, se entenderá que el beneficiario es el fideicomisario. Si tampoco el fideicomisario llegara a existir, renunciare o no aceptare, el beneficiario será el fiduciante.*”

afectación, dado que los bienes se transmiten al fiduciario, separándolos de su patrimonio y atándolos a una finalidad cierta y definida por el fiduciante.

Como semejanzas al *trust* anglosajón, se encuentran, primero, que el derecho del beneficiario puede transmitirse tanto por acto entre vivos como por testamento²³⁶. Segundo, que aunque las causales de terminación del contrato están expresamente señaladas²³⁷, cabe resaltar que la renuncia o deceso del fiduciario abre la puerta a su reemplazo, decisión para la que se seguirá el procedimiento señalado por el fiduciante en el instrumento, que en caso de que no hubiere tal, será el juez quien lo nombrará, para que se le transfieran los bienes y continúe con la misión encargada. Tercero, que podrá el fiduciario recuperar lo gastado en el mantenimiento del bien, así como a una retribución por sus servicios²³⁸. Cuarto, tiene el fiduciario la obligación de rendir cuentas, obligación que no es condonable, como tampoco lo son la culpa y el dolo²³⁹.

El fideicomiso en garantía, aunque la ley vigente no lo menciona, también se admite en el derecho argentino, pues es un fideicomiso como cualquier otro²⁴⁰; por éste se separan activos del patrimonio del deudor, que se entregan al fiduciario, para que respalden las obligaciones que ha contraído el fiduciante con los terceros, que serán los beneficiarios de la fiducia.

²³⁶ Último párrafo del Artículo 2 de la Ley 24441 de 1994

²³⁷ Artículo 25 de la Ley 24441 de 1994

²³⁸ Artículo 8 de la Ley 24441 de 1994

²³⁹ Artículo 7 de la Ley 24441 de 1994

²⁴⁰ DE CORES, CARLOS- GABRIELLI, ENRICO. *El nuevo derecho de las garantías reales*. Zavalia, Temis, Ubijus, Reus. Bogotá, México, Madrid, Buenos Aires. 2008. Pág. 249.

En **Bolivia**, se trata de un negocio importante y bastante recurrido, a pesar de su escasa regulación en el Código de Comercio de 1977. La versatilidad y flexibilidad del tratamiento jurídico del contrato²⁴¹, le concede amplias posibilidades de aplicación en el sistema financiero²⁴². Por el contrato de fideicomiso se transfiere un bien o un derecho por el fideicomitente a la fiduciaria. Como efecto del contrato se conforma un patrimonio autónomo con los bienes o derechos transmitidos²⁴³.

En el **Brasil**²⁴⁴. En este país en particular no hay un desarrollo general de la figura en el sistema jurídico, se presenta más bien una reglamentación de algunos tipos especiales de fiducia, Por ejemplo, la Ley 9514 de 1997 regula la transferencia fiduciaria en garantía de bienes inmuebles, mientras que el Código Civil, en el Capítulo IX *Propiedade Fiduciária*, hace lo mismo pero referido a bienes muebles. En la definición que trae, señala el carácter solemne del contrato, y el registro necesario de tal en la notaría del domicilio del deudor, con lo que se producen los efectos del contrato, entonces se desdobra la propiedad del bien y el deudor queda como el poseedor directo y depositario de la cosa. La transmisión fiduciaria hace del acreedor propietario resoluble y poseedor indirecto del bien. Vale resaltar que el acreedor se vuelve el fiduciario en esta relación.

²⁴¹ Señala el artículo 1409 del Código de Comercio Boliviano: “por el fideicomiso una persona, llamada fideicomitente, transfiere uno o más bienes a un Banco, llamado fiduciario, quién se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada en provecho de aquél o de un tercero llamado beneficiario”. Se destaca claramente que en este negocio hay transmisión y la fiduciaria debe ser un Banco.

²⁴² VILLCA POZO, MILENKA. *El Fideicomiso en Bolivia*. En el libro colectivo *El fideicomiso en Latinoamérica*. Marcial Ponds, Buenos Aires, Madrid, Barcelona, 2010. Pág. 35.

²⁴³ Artículos 1409 y 1410 del Código de Comercio.

²⁴⁴ RODRIGUEZ AZUERO, SERGIO. Ob. Cit.

El mismo Código Civil establece la enajenación obligatoria del bien, por parte del acreedor, apenas se concrete la garantía, para que se pague su acreencia con el producido de la venta, por lo que de ninguna manera podrá satisfacer su crédito con el bien transferido. Cerrando la puerta al pacto comisorio, lo que de cierta forma también se encontrará en el caso colombiano.

En **Colombia**²⁴⁵, en la evolución del sistema jurídico nacional, se pueden evidenciar varios momentos fundamentales en la legislación, primero la propiedad fiduciaria fue consagrada en el Código Civil de Bello en los Artículos 794 y siguientes, ordenamiento que entró en vigencia en la República de Colombia en 1887. Luego, como fruto de la misión Kemmerer, se promulgó la Ley 45 de 1923, que en el Artículo 7 entendía la fiducia como un encargo de confianza y permitía a los establecimientos bancarios crear la sección fiduciaria, que ejercería cualquiera de las funciones contenidas en el Artículo 107. Con estos encargos no se forma un patrimonio de afectación, se acercan más a la idea de la *fiducia cum amico*, llenando sus vacíos normativos con el mandato.

Sigue la promulgación del Código de Comercio, Decreto 410 de 1971, nuevo Código de Comercio, que incluyó en los Artículos 1226 y siguientes al contrato de fiducia mercantil. Luego, con la ley 45 de 1990, se prohibió a las instituciones de crédito prestar servicios fiduciarios, y así esto quedó en manos de sociedades especializadas, llamadas sociedades fiduciarias o fiducias; mientras se estableció un plan de desmonte de los servicios fiduciarios de los

²⁴⁵ Es nuestro país de origen y residencia y donde hemos tenido un mayor contacto con la institución, por ello algún énfasis mayor. Pero de igual manera no se pretende un estudio especial de la fiducia colombiana, por lo que el desarrollo es apenas somero.

bancos comerciales que no fue mayor a dos años, disposición reglamentada por el Decreto 217 de 1991.

Considerada como una actividad eminentemente financiera, la fiducia mercantil, como práctica está reglada por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, Decreto 663 de 1993, lo que pone a las sociedades fiduciarias bajo la vigilancia y control de la Superintendencia Financiera, que reúne lo que antes eran las Superintendencias Bancaria y de Valores. La Ley 1328 de 2009, es la más reciente reforma del mentado Estatuto, entre otros aspectos, establece medidas para la protección del consumidor financiero, lo que no solo altera la fiducia como práctica, sino que también la vincula como institución jurídica, por ejemplo regla asuntos como el deber de información propio de los profesionales en el ejercicio de su actividad dentro del marco financiero y establece otras obligaciones de las entidades financieras.

El Artículo 1226 del Código de Comercio, define al contrato de fiducia mercantil como *“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.”*

Dentro de la evolución legislativa, el contrato de fiducia en garantía ha sido también objeto de distintas modificaciones. La que en su momento fue la Superintendencia Bancaria, hoy Superintendencia Financiera, había prohibido

la realización de contratos de fiducia si el fin era otorgar una garantía al cumplimiento de una obligación, decisión contenida en los oficios OJ-416 del 4 de noviembre de 1974 y OJ-136 del 13 de noviembre de 1981; luego lo permitió con la condición que la garantía no cubriera ninguna obligación de la que la sociedad fiduciaria fuera acreedor, en tal sentido oficio 040130 de 31 de agosto de 1989, para mediante el la circular externa N° 6 de 1991, permitir esta práctica y someterla solamente a la regulación comercial del contrato de fiducia. Así el numeral 2 del Artículo 29 del Decreto 663 de 1993, detalló que las sociedades fiduciarias estaban autorizadas a ejecutar “[...] actividades relacionadas con el otorgamiento de garantías por terceros para asegurar el cumplimiento de obligaciones, [...]”.²⁴⁶

Descomponer el concepto mercantil del contrato de fiducia ha sido fuente de una rica labor doctrinal, por ejemplo, se ha anotado que al calificarlo como un *negocio jurídico* se abre la posibilidad de que sea perfeccionado tanto por una declaración unilateral de voluntad como por un contrato²⁴⁷. También se han reconocido, en el texto, tres elementos fundamentales en el negocio fiduciario, uno subjetivo, que refiere a los sujetos que hacen parte del negocio fiduciario, uno objetivo, que es el bien o bienes que se dan a la fiduciaria en virtud del acuerdo, y uno teleológico, el fin determinado que la fiduciaria se obliga a cumplir²⁴⁸.

²⁴⁶ En tal sentido: REYES VILLAMIZAR, FRANCISCO. “Los Procesos Concursales Frente al Contrato de Fiducia en Garantía” Publicado en Revista de Derecho Privado N° 23. Mayo de 1999. Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, páginas 3-37. Manrique Nieto, Carlos E. “La Fiducia en Garantía”. Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez y Universidad de los Andes, Facultad de Derecho. Bogotá, 1998

²⁴⁷ RENGIFO, RAMIRO. Op Cit. Páginas 294 y siguientes.

²⁴⁸ REYES VILLAMIZAR, FRANCISCO. Op Cit. Páginas 18 y 19.

Se ha puesto en tela de juicio la capacidad de administrar y enajenar que se reconoce en el fiduciario en virtud del contrato de fiducia, pues el ordenamiento civil limita los actos de enajenación a aquellos que se les reconoce capacidad para hacerlo y bien el contrato de fiducia mercantil puede prohibir al fiduciario la disposición del bien transferido.²⁴⁹

Dentro de este catálogo interminable de choques y acuerdos, se encuentra un tema de especial interés y gran desarrollo, pero sobre el cual no hay acuerdo, y es la naturaleza patrimonial de la propiedad fiduciaria; algunos abogan por la noción de un patrimonio en afectación, otros la califican como un patrimonio autónomo, pero todo parte de la discusión sobre si el Código Civil permite acoger una posición moderna del patrimonio, sobre la clásica²⁵⁰, cuando expresamente el ordenamiento no adopta alguna, sino que de manera asistemática se refiere a algunos conceptos, lo que ha dado a que la jurisprudencia y la doctrina²⁵¹ se mueva en una y otra dirección²⁵².

²⁴⁹ Discusión de un amplio desarrollo, en la medida que cobija otras, como si la naturaleza de las acciones que el beneficiario y el fiduciante tienen en virtud del acuerdo, son estas reales, por el interés que recae sobre el bien, o si son personales; así como si la capacidad de disponer del bien, en la medida que sea de género o de especie, atiende a la facultad para traditar que establece el artículo 740 del Código Civil como requisito para enajenarlo.

²⁵⁰ VALENCIA ZEA, ARTURO. “*Derecho Civil, Tomo II Derechos Reales*”, Séptima Edición, Editorial Temis Bogotá 1983. Página 32. Atribuye a Aubry y Rau, quienes en seguimiento de lo expuesto por ZACHARIE, construyen la teoría clásica del patrimonio, según la cual el patrimonio es una emanación de la personalidad, por lo cual solo las personas naturales y jurídicas son titulares de uno y solo uno, que es indivisible, salvo cuando se mira como cuotas intelectuales, lo que sucede en las sucesiones con pluralidad de herederos.

Por otro lado le da crédito a ENNECCERUS, JOSSERAND, A, VON THUR Y RIPERT Y BOULANGER como críticos de la posición clasicista, lo que permitió una ideología más liberal en la que el patrimonio puede considerarse como una posibilidad de la personalidad, que se concreta en la medida que el sujeto adquiera bienes, derechos u obligaciones, que permite afectar bienes a un fin lícito determinado y en tal medida crear una segunda universalidad jurídica separada del patrimonio inicial, y que abre la puerta a la concepción de un patrimonio sin persona, es decir un patrimonio autónomo.

²⁵¹ Al respecto, VALENCIA ZEA, ARTURO, Op. Cit. De un corte más de avanzada, propone una teoría moderna, y da planteamientos doctrinales para aplicarla, así expone el fundamento de los patrimonios en afectación (Página 30 y siguientes), por lo que para el autor, un sujeto puede dividir su patrimonio en varias universalidades jurídicas, afectándolas a un fin específico.

²⁵² Así también lo concluyen MONTOYA OSORIO, MARTA ELENA Y MONTOYA PÉREZ, GUILLERMO. *Las Personas en el Derecho Civil Colombiano*. Primera edición, Editorial Leyer. Bogotá, página 47.

Recientemente²⁵³ la Corte Suprema de Justicia, en sede de casación decidió sobre un caso que envuelve un contrato de fiducia en garantía. En este caso la fiducia respalda todas las obligaciones adquiridas por el fiduciante ante terceros, lo que conforma un beneficiario indeterminado pero determinable. En tal orden, da al fiduciario un inmueble, para que con su venta o por una dación en pago satisfaga el crédito de los acreedores a los que incumpla.

Si bien la decisión de la Corte no casa la sentencia del Tribunal, juez de alzada, por razones de técnica formal, sí reafirma la decisión tomada por el de segunda, en la medida que acepta que es jurídicamente viable. En tal medida enfatiza en la obligación que tiene el fiduciante en colaborar a la ejecución de la garantía y en la conservación del bien fideicomitido. Fallo importante en la medida que refleja el buen empleo de la técnica que este negocio supone a la vez que permite la ejecución de la garantía y resalta la buena fe y confianza naturales de este contrato, puesto que no solo el encargo del fiduciario nace de la confianza, sino que es la relación contractual completa la que encuentra su fuente en ella.

En **México**²⁵⁴, el fideicomiso mexicano se ha desarrollado con fundamento en el *Trust* anglosajón, y aunque su desarrollo comercial no le permite estar a la par de su referente, sí goza de algunos caracteres importantes que permiten evidenciar cierto parecido. Doctrinariamente, como se advirtió antes, se ha

²⁵³ Sentencia de 18 de diciembre de 2009. Magistrado Ponente, Dr. ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ. Radicado 2004-00172-01

²⁵⁴ BATIZA, RODOLFO. Op. Cit. RODRÍGUEZ AZUERO, SERGIO. Negocios Fiduciarios, su significación en América Latina. Primera edición, Editorial Legis. Bogotá 2005

evidenciado la fuerte influencia de la teoría patrimonial del autor francés PIERRE LAPAULLE sobre patrimonio de afectación, la que ha llevado a ricos discursos y enfrentamientos sobre la naturaleza de la propiedad fiduciaria.

En México, el fideicomiso, versión propia del *pactum fiduciae*, se incluyó en la legislación en 1924²⁵⁵, aunque se encuentran rastros de un primer empleo del *trust* desde 1899, como una forma de financiación de la construcción de ferrocarriles, que no era otra cosa que la conjunción de varios elementos que correspondían a los contratos de préstamo, mandato e hipoteca²⁵⁶.

La Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios, fechada el 24 de diciembre de 1924 pero publicada en el Diario Oficial del 16 de enero de 1925, agregó los Bancos de Fideicomiso, “*que sirven los intereses del público en varias formas y principalmente administrado los capitales que se les confían e interviniendo, con la representación común de los suscriptores o tenedores de bonos hipotecarios, al ser emitidos éstos, o durante el tiempo de su vigencia*”.²⁵⁷

El 30 de junio de 1926 se sancionó la Ley de Bancos de Fideicomiso, la que reglamentó la función de aquellas instituciones y en su exposición de motivos resaltó la diferencia con la corriente romana en lo que a esta figura se refiere, con mayor precisión que por fideicomiso no se entendería aquello que por siglos se había identificado así, sino que era la adecuación de la práctica

²⁵⁵ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, JORGE ALFREDO. “*El Fideicomiso ante la Teoría General del Negocio Jurídico*” Tercera Edición, Editorial Porrúa S.A. México, 1982. Página 3.

²⁵⁶ BATIZA RODOLFO. Op. Cit. Página 98.

²⁵⁷ BATIZA RODOLFO, Op. Cit. Página 104. Se refiere a la “Legislación Bancaria”, Secretaría de Hacienda y Crédito Público, Dirección General de Crédito, México, 1957, tomo II, Páginas 26, 31.

moderna anglosajona. El artículo 6 de la Ley definió el fideicomiso como “*un mandato irrevocable en virtud del cual se entregan al banco, con carácter de fiduciario, determinados bienes para que disponga de ellos o de sus productos según la voluntad del que los entrega llamado fideicomitente, a beneficio de un tercero llamado fideicomisario o beneficiario.*” Definición algo accidentada y muy criticada con posterioridad, pues el fideicomiso para nada constituye un mandato irrevocable. A estas críticas, el precursor del proyecto que definía como tal al fideicomiso, RICARDO ALFARO, reparó a sus críticos no haber entendido que se conceptuó con la idea de plasmar una idea clara y entendible bajo todo punto de vista, que permitiera la adopción más simple de una figura totalmente extraña a la lógica jurídica donde se planteaba trasladar y que atacaron el artículo sin tener en cuenta más que las primeras palabras, sin ver que era más allá donde se encontraba la real lógica del fideicomiso²⁵⁸.

Entre otros aspectos, la Ley estableció que el contrato se debía celebrar por escrito, bien público o privado o testamento, patrimonialmente los bienes dejaban el haber del fideicomitente y se radicaban en el del fideicomisario, o por lo menos se entendían gravados a su favor, declarándose inembargables. Podía incluir cualquier bien o crédito, aunque se debían respetar las formalidades que regían su disposición, por lo que pasaban a ser parte del patrimonio del fideicomisario, quien podía disponer de ellos siempre que le estuviera permitido en el instrumento que creó el fideicomiso.

²⁵⁸ RODRÍGUEZ AZUERO, SERGIO: *Negocios Fiduciarios, su significación en América Latina*. Primera edición, Editorial Legis. Bogotá 2005. Página 69

El 31 de agosto del mismo año, se sancionó la Ley de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios, bajo la cual se establecieron los primeros fideicomisos de garantía²⁵⁹.

En 1932 se sancionó la Ley General de Instituciones de Crédito, que complementó y aclaró conceptos de la ley de 1926, en pro de establecer un ordenamiento más claro y preciso, que permitiera un mejor empleo de las herramientas dadas. Sin embargo, menos de un mes después se sancionó la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, y en 1941 la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, que rigen en la actualidad, con las reformas a las que ha sido sometida²⁶⁰, la actividad fiduciaria en México.

La doctrina²⁶¹ resalta de la legislación mexicana, el tema de la capacidad procesal, que se debe reclamar a la entidad fiduciaria y no al fideicomiso, puesto ella es la propietaria y titular de los bienes.

El fideicomiso en garantía goza de una regulación particular contenida en los artículos 345 y siguientes de la L.G.T.O.C. Entre otros aspectos, establece un listado cerrado de aquellos que pueden ser fiduciarios²⁶² y les permite serlo inclusive cuando son acreedores del crédito garantizado. Da lineamientos del proceso de enajenación o transferencia de los bienes objeto del fideicomiso en

²⁵⁹ BATIZA, RODOLFO, Op Cit. Página 114.

²⁶⁰ A la fecha, la última fue en agosto de 2008, Textos de las Leyes consultados el 15 de febrero de 2010 en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/139.pdf> y <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/145.pdf>

²⁶¹ RODRÍGUEZ AZUERO, SERGIO: Ob. Cit. Página 73.

²⁶² Que encuentran su régimen en la L.G.I.C.O.A. ejemplo es el Artículo 87, que establece prohibiciones en el ejercicio de fiduciarias en el fideicomiso en garantía.

garantía, establece obligaciones al poseedor del bien fideicomitado y sanciones a su incumplimiento.

En el **Perú**²⁶³, a diferencia de lo que ocurrió en los códigos civiles del siglo XIX de varios países latinoamericanos como Colombia y Chile, en el Código Civil Peruano (1852) no se hace ninguna referencia a esta figura del derecho romano; ni siquiera en legislaciones posteriores como el Código de Comercio de 1902 y el Código Civil de 1936. Se vino a reconocer la existencia de esta figura en el Decreto Ley 7159 de 1931, en su Art. 94 que era llamada Comisión de Confianza.

El primer antecedente legislativo se dio con el derogado Decreto Ley 770, Ley General de Instituciones Financieras, Bancarias y de Seguros, que le otorgó netamente un arraigo legal de contrato bancario; esto hasta la vigente Ley N° 26702, que amplía sus alcances en forma contundente, dotándole de características propias, a tal punto que pueda ser utilizado como cualquier otro contrato privado, pero guardando sus caracteres propios y específicos²⁶⁴. Esta es llamada Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros.

Es importante resaltar que si bien no son las únicas leyes que contienen disposiciones normativas relacionadas con el fideicomiso, si son las fundamentales.

²⁶³ ALBERTO STEWART BALBUENA, *El Contrato De Fideicomiso*. <http://www.teleley.com/128e.htm>. consultado el 15 de junio de 2010.

²⁶⁴ <http://www.gestiopolis.com/finanzas-contaduria/contrato-fideicomiso-regulacion-perspectivas-peru.htm> Consultada el día 3 de Junio de 2010.

Por tanto, de la primera de ellas es pertinente señalar que sus artículos 314 a 350 desarrollan esta institución, definiéndola como una relación jurídica por la cual una persona llamada fideicomitente transfiere uno o más bienes a otra persona llamada fiduciario, quien se obliga a utilizarlos en favor de aquel, o de un tercero, llamado fideicomisario²⁶⁵. Sin embargo es necesario aclarar que debe entenderse como transferencia de dominio y no solo transferencia física, la que se realiza en el contrato de fiducia. Así mismo dicha ley emplea el término "relación Jurídica", y según varios tratadistas, hubiera sido mejor usar el término "Acto Jurídico" para estar dentro de una terminología nacional o simplemente "Negocio Jurídico", que parece ser el término de preferencia para la doctrina y la legislación extranjera²⁶⁶.

En virtud del artículo 314, se define esta figura como una relación jurídica de naturaleza patrimonial que puede ser creada mediante acuerdo o de manera unilateral mediante testamento que debe ser concretado por el albacea quien para perfeccionarlo debe firmar el respectivo contrato con el banco nombrado fiduciario por el testador. Con lo anterior se evidencia que la fiduciaria tiene por característica fundamental la bilateralidad.

Se considera un contrato bancario debido a que perfecciona una operación bancaria, establecida como tal en el inciso e) del artículo 247 de la Ley; y, la segunda en virtud del artículo 315, sólo las empresas bancarias están autorizadas para desempeñarse como fiduciarios. De igual forma se considera

²⁶⁵ Decreto Ley 770. Artículo 314

²⁶⁶ <http://derechogeneral.blogspot.com/2008/01/el-fideicomiso-en-el-derecho-bancario.html> Consultada el día 5 de junio de 2010

un contrato solemne en virtud del artículo 319 de este Decreto Ley que señala que para su perfeccionamiento debe realizarse por escritura pública.

Su función viene dada en el Art. 314 donde se señala la finalidad de este negocio que es beneficiar al propio constituyente o a un tercero que se denomina fideicomisario, mediante la actividad que el banco fiduciario deberá ejercer sobre los bienes cuya propiedad le transfiriera el fideicomitente. Se establece que el plazo del fideicomiso es máximo de 20 años, es decir que los plazos a los cuales se somete dicha propiedad pueden ser inferiores y de no pactarse alguno si se aplicaría el que señala la Ley (20 años). El contrato de fideicomiso es oneroso, es decir, que los bancos fiduciarios tienen el derecho de obtener beneficios en su ejecución, lo cual debe ser entendido como la obvia compensación del trabajo realizado con los activos del fideicomiso a favor del fideicomisario y, obviamente, como un costo de los beneficios alcanzados a éste, o sea, deducible de la utilidad bruta que la actividad del fiduciario obtenga.

Por otra parte la legislación vigente define el fideicomiso como una relación jurídica por la cual es fideicomitente transfiere bienes en fideicomiso a otra persona denominada fiduciaria, para la constitución de un patrimonio fideicometido, sujeto al dominio fiduciario de este último y afecto al cumplimiento de un fin específico a favor del fideicomitente o un tercero denominado fideicomisario²⁶⁷. En esta disposición se advierte el elemento de “patrimonio fiduciario” como un derecho que se presenta como diferente del

²⁶⁷ Ley 26702. Art 241

derecho de dominio, en razón de las limitaciones que tiene en cuanto al uso, los frutos y la disposición de los bienes²⁶⁸.

En **Panamá**, al igual que en Perú, el contrato de fiducia no fue incluido ni en el Código Civil, ni en el Código de Comercio. La primera ley de fideicomisos fue adoptada en 1925, en la cual se logró adaptar al derecho civil las modalidades del “*trust*” o fideicomiso del derecho anglosajón²⁶⁹. Sin embargo esta institución jurídica es modificada con la Ley 17 del 20 de febrero de 1941 sobre fideicomiso, que a su vez queda derogada con la hoy vigente Ley 1 de 1984.

Actualmente se define el fideicomiso como un acto jurídico en virtud del cual una persona llamada fideicomitente transfiere bienes a una persona llamada fiduciario para que los administre o disponga de ellos a favor de un fideicomisario o beneficiario, que puede ser el propio fideicomitente²⁷⁰.

Así mismo, se destaca porque los bienes en el fideicomiso constituyen un patrimonio separado de los bienes personales del fiduciario y no pueden ser secuestrados ni embargados, salvo por obligaciones incurridas o por daños causados con ocasión de la ejecución del fideicomiso²⁷¹.

²⁶⁸ BRAVO ARTEAGA, JUAN RAFAEL. “*Derecho Tributario. Escritos y Reflexiones*”. Ed. Universidad del Rosario: Bogotá, Septiembre de 2008. Pag. 444

²⁶⁹ FABREGA, JUAN PABLO. “*El fideicomiso panameño y sus características*”. Fábrega, Molino y Mulino Abogados. Panamá, 2001. Pág. 2

²⁷⁰ Ley 1 de 1984. Art.1

²⁷¹ http://www.mauriciomarulanda.com/site/index2.php?option=content&do_pdf=1&id=11 Consultada el 5 de Junio de 2010

Finalmente es importante resaltar que la ley panameña otorga la posibilidad de que los fideicomisos sean sometidos a las leyes o la jurisdicción de otro país²⁷², siempre y cuando así lo disponga el instrumento del fideicomiso.

En el **Uruguay**²⁷³. En el ordenamiento jurídico uruguayo se expidió en el año 2003 la Ley 17.703, la primera Ley de fideicomiso. En el concepto de fideicomiso, aparece la idea de un derecho afectado a una finalidad cualquiera, pero lícita, fundamentado en la autonomía de la voluntad y que incluso puede ser de garantía²⁷⁴

Señala que quien adquiere la propiedad fiduciaria (Fiduciario) adquiere un derecho de propiedad limitado por las instrucciones impartidas por el fideicomitente; la transferencia de esta propiedad está a un plazo o condición y no puede ser otorgada por un periodo mayor a treinta años. Es posible configurar el fideicomiso mediante acuerdo, testamento o unilateralmente cuando es fideicomiso financiero.

Se reconocen tres tipos de fideicomiso:

1. Fideicomiso de Inversión o Administración: Una persona llamada Fideicomitente busca que el Fideicomiso, que puede ser una persona natural o jurídica, administre o invierta todos o algunos bienes o derechos.

²⁷² Ley 1 de 1984. Art. 38 inc.2

²⁷³ EDUARDO FERRARI, POSADAS & VECINO, *El fideicomiso uruguayo*. <http://www.latincounsel.com/esp>.

²⁷⁴ DE CORES, CARLOS. GABRIELLI, ENRICO. Ob. Cit. Pág. 249.

2. Fideicomiso de Garantía: El Fideicomitente asume una deuda y desea garantizar la misma mediante la transferencia de los bienes requeridos a un Fideicomiso e indicando al Fiduciario de que en caso de incumplimiento dichos bienes deben ser vendidos para pagar a los acreedores del Fideicomitente.

3. Fideicomiso Financiero: En este caso hay un Fiduciario que emite certificados de participación en la Propiedad Fiduciaria o títulos de deuda garantizados por los bienes transferidos al Fideicomiso. Únicamente las instituciones de intermediación financiera o los fondos de inversión pueden actuar como Fiduciarios en este tipo de Fideicomiso.

La extinción del fideicomiso puede ser de común acuerdo entre las partes, cumplimiento de la condición o el plazo al cual fue sometida la propiedad fiduciaria y por decisión del fideicomitente que tiene ese derecho.

6. La Tendencia Contemporanea y La Convencion de la Haya Sobre El *Trust*.

El paso hacia la internacionalización de la figura lo ha dado en El Convenio de la Haya sobre el *Trust*,²⁷⁵ de 1985, al cual vienen adhiriendo muchos países, algunos incluso que no tienen reglamentada la institución fiduciaria dentro de su sistema jurídico.

²⁷⁵ Convenio sobre la Ley Aplicable al *Trust* y a su reconocimiento.

En la decimocuarta sesión de la Conferencia de Derecho Internacional Privado, celebrada en la Haya, a partir de 1980 se acordó elaborar un proyecto regulativo para el *trust*. Una comisión se integró para el efecto que trabajó en los años posteriores. Un primer borrador se aprobó en octubre de 1983 y se envió a todos los países para su discusión, los cuales se dividieron en dos grupos; los que tenían consagrado el *trust* en sus legislaciones internas, que se mostraban más entusiastas con el proyecto y los que no lo tenían, con una participación más preventiva y expectante. En julio 1º. De 1985 se aprueba la Convención y la suscriben: Australia, Canadá, Francia, Estados Unidos, Holanda, Italia, Luxemburgo y el Reino Unido²⁷⁶. Al lado de Inglaterra, siguen Bermuda, Gibraltar, Hong Kong, Isla de Man, Islas Malvinas, Islas Sandwich, Islas Vírgenes británicas, Jersey y Monserrat.

El texto entro en vigor el primero de Enero de 1992 y ha sido ratificado además, por Malta, Países Bajos, Liechtenstein, San Marino, Suiza y Mónaco.

Más que una propuesta de “ley uniforme”, busca establecer disposiciones comunes sobre la ley aplicable al *trust* y resolver los problemas más importantes relativos a su reconocimiento²⁷⁷ y además poner fin a los problemas de calificación que se presentaban al tener que tratar con una figura desconocida en muchos sistemas legislativos, para pasar a reconocerle ciertos efectos básicos en el estado ratificante, así éste no tenga regulada la institución.

²⁷⁶ DE ARESPACOHAGA. Ob. Cit. Pág. 41-42.

²⁷⁷ Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado (www.hcch.net).

La Convención enclava un concepto en el contorno del derecho internacional privado y por ello, sus efectos no afectan el derecho interno de los países ratificantes que regulan la figura, en sus propios términos²⁷⁸. En su artículo 2º., la Convención define el *trust* “A los fines de esta Convención, el término *trust* se refiere a la relación jurídica creada -inter vivos o por causa de muerte- por una persona, el fiduciante, cuando (sus) bienes han sido colocados bajo el control de un fiduciario en el interés de un beneficiario o para un propósito determinado. El *trust* tiene las siguientes características:

- a) Los bienes constituyen un fondo separado y no son parte del patrimonio del fiduciario.
- b) La propiedad de los bienes está a nombre del fiduciario o en el nombre de otra persona por cuenta del fiduciario.
- c) El fiduciario tiene el poder y el deber –en cuyo ejercicio responde (rendición de cuentas)- de administrar, utilizar o disponer de los bienes conforme a las disposiciones del *trust* y a las obligaciones especiales impuestas por la ley. La reserva de ciertos derechos y poderes del fiduciante y el hecho de que el fiduciario tenga derechos como beneficiario no son necesariamente incompatibles con la existencia de un *trust*.”

En cuanto a la “ley aplicable”, la Convención establece que será la ley elegida por el fiduciante. En el evento de que no se indique expresamente la ley aplicable, podrá deducirse de la interpretación de las cláusulas en su contexto

²⁷⁸ DE ARESPACOHAGA. Ob. Cit. Pág. 42.

o a la luz de las circunstancias del caso. Si la ley escogida no contempla el *trust* o la clase de *trust* de que se trate o si el instrumento no indica la ley aplicable, el asunto queda sometido a la ley con la que se encuentre más cercanamente vinculado. Para esta determinación, se tendrá en cuenta: a) el lugar de administración del *trust*, designado por el fiduciante; b) el lugar de ubicación de los bienes; c) el domicilio del fiduciario, y d) las finalidades del *trust* y los lugares de su cumplimiento.

7. El *trust* y el derecho continental Europeo.

Como se observó, muchos de los países del continente europeo, se mueven en una de las siguientes direcciones: o vienen ratificando la convención de la Haya o han incorporado el *trust* o hacen referencia al mismo o consagran algunas figuras afines.²⁷⁹

Sin duda, el interés que ha tomado la figura del *trust* en los últimos tiempos es consecuencia del proceso de globalización que se vive y la integración económica de las diferentes regiones. Se convierte en una necesidad imperiosa tener que identificar las instituciones jurídicas y por lo menos buscar aproximaciones, si no identidades, legislativas, para poder favorecer el flujo de capitales, de bienes y de servicios.

²⁷⁹DE ARESPACOHAGA. Ob. Cit. Pág. 47.

Se puede observar el fenómeno que se vive en los países continentales de la siguiente manera.²⁸⁰

- Países que no han incorporado el *trust* en sus ordenamientos legales y que no reconocen los que se celebran en el extranjero, como por ejemplo España.
- Otros países que no han incorporado el *trust* en su ordenamiento legal, pero que en cierta medida, mayor o menor, reconocen el *trust* celebrado en el extranjero, como serían Holanda y Suiza.
- Aquellos que han incorporado la legislación al derecho interno y además reconocen el *trust* extranjero, como Liechtenstein, Francia o fuera de Europa, la región de Quebec en Canadá y Japón.

Francia firmó el convenio, pero no lo ha ratificado, sin embargo, desde su firma comenzó una tarea tendiente a la regulación de la fiducia dentro de su sistema jurídico de derecho privado, para lo cual realizó intentos en 1989, 1992 y 1994 y por fin, el proyecto del Senador Philippe Marini, de 8 de Febrero de 2005, es el que ha logrado la aprobación. La ley de fiducia de 19 de Febrero de 2007, modifica el Código Civil Francés, contiene 21 artículos que la definen, caracterizan y la dotan de un régimen protector del patrimonio fiduciario. También agrega una regulación fiscal sobre el tema.

Observemos algunos comentarios doctrinales sobre estos intentos franceses, que llegaron a feliz término, superando los temores de defraudación fiscal con

²⁸⁰ DE ARESPOCHAGA. Ob. Cit. Pág. 47.

la introducción de la institución, que se presentaron claramente en el primer intento y que tratan de soslayarse en los siguientes²⁸¹:

“ [2] La “fiebre del oro del trust” ha regresado a Francia, cabe vaticinar que con gran virulencia, sobre todo para conseguir la repatriación de activos y evitar la deslocalización de capitales. Y “ha regresado”, porque no es éste el primer intento de regularlo. Trece años separan el momento presente del último brote serio que conmovió el cuerpo jurídico francés³: del 20 de febrero de 1992 al 8 de febrero de 2005. En efecto, en tal día de 1992, el Ministro de Justicia francés presentó al Parlamento (Assemblée Nationale) un proyecto de ley sobre la fiducia aprobado por el Consejo de Ministros. Este proyecto venía encarecido por diversos factores: (a) los operadores jurídicos venían reclamando un instrumento similar al trust, como lo demuestran las propuestas, en forma de texto articulado, presentadas en los años anteriores por el Consejo Nacional de Notarios (CSN) o por la Association Française des Entreprises Privées (AFEP); (b) Francia había firmado el 26 de noviembre de 1991 el Convenio de La Haya sobre la ley aplicable al trust y su reconocimiento –aunque no lo ratificó ni lo ha ratificado todavía–; (c) la doctrina francesa parecía haber preparado los mimbres conceptuales necesarios para preparar el encaje de la nueva construcción jurídica en el ordenamiento jurídico. En efecto, la preocupación francesa por asimilar e incorporar el trust contaba con años de cultivo desde las vehementes propuestas de Pierre LEPAULLE desde 1927⁴ o los resultados del Congreso celebrado en 1937 por la Association Henri Capitant de juristes de langue française⁵. Sin embargo, las objeciones conceptuales de la doctrina dominante⁶ (los dogmas de la unidad del patrimonio, el carácter absoluto de la propiedad, el numerus clausus de los derechos reales, etc.) seguían constituyendo un clima demasiado adverso para pretender su implantación legislativa. El punto de inflexión doctrinal puede situarse en la influyente y completa tesis doctoral de Claude WITZ, publicada en 1980⁷, a la que siguieron diversos congresos y trabajos en la misma línea.

En este clima se presentó al Parlamento francés en 1992 el proyecto de ley sobre la fiducia elaborado por el Ministerio de Justicia, que con sus 20 artículos sobre aspectos sustantivos civiles y hasta 63 preceptos más sobre aspectos contables, fiscales y diversos, había conseguido, al decir de uno de los mayores expertos en la materia, Donovan WATERS,

²⁸¹ CÁMARA LAPUENTE, SERGIO. Ob. Cit. Pág. 4.

captar la esencia del trust⁸. Sin embargo, el proyecto de Ley no llegó nunca a ser siquiera debatido en el Parlamento y en agosto de 1994 cayó definitivamente de la agenda parlamentaria. Simplificando, cabe decir que fueron principalmente temores de defraudación fiscal los que produjeron el aborto legislativo. Pero si Francia ya había contado con algunos “infiltradores” del trust dotados de gran tesón –como LEPAULLE– en 1996, el trust encontraría un nuevo valedor tenaz. El senador MARINI trató de resucitar el proyecto de ley inserto en una propuesta de reforma general del Derecho societario⁹; para resolver el problema fiscal y el riesgo de transferencias de propiedad al fiduciario en favor de terceros sólo para evadir impuestos hereditarios, esta propuesta abogaba por que sólo las personas jurídicas pudiesen constituir fiducias. Sin embargo, también esta reconversión de la fiducie fracasó.

[3] La actual proposición de ley sobre la fiducia de febrero de 2005 también ha sido presentada, en esta ocasión al Senado, por MARINI en su calidad de senador y ponente general de la comisión de finanzas del Senado. Se comprende que una de las cuestiones en las que el equipo que ha trabajado con MARINI en la confección de este texto articulado ha puesto mayor celo ha sido dotar a la institución de un régimen fiscal adecuado para poder alejar los fantasmas fiscales que han dejado en el camino propuestas anteriores. “Neutralidad” y “transparencia” son las palabras que resumen las reglas con las que se pretende exorcizar esos fantasmas, así como la interdicción de la fiducia con fines de liberalidad.²⁸²

²⁸² CÁMARA LAPUENTE, SERGIO. Ob. Cit. Pág. 4.

³ Basta para atestiguar la conmoción que ocasionó –tanto a nivel práctico, empresarial, fiscal y doctrinal– con echar un vistazo a la ingente cantidad de bibliografía que se generó en Francia entre 1990 y 1993 sobre la propuesta legislativa: pueden verse sendos listados elocuentes en BARRIÈRE, F., *La réception du trust au travers de la fiducie*, Litec, Paris, 2004, p. 503 y ss., esp. pp. 520-541 (y n. 11); GRIMALDI, M., BARRIÈRE, F., “Trust and fiducie”, en HARTKAMP, A., HESSELINK, M., HONDIUS, E., ET AL. (dirs.), *Towards a European Civil Code*, 3ª ed., Ars Aequi Libri, Kluwer Law International, Nijmegen-The Hague-London-Boston, 2004, pp. 801-803.

⁴ LEPAULLE, P., “De la nature du trust”, *Journal du Droit International Privé*, julio-octubre 1927, pp. 966-982; ID., “La notion du trust et les institutions équivalentes en droit français”, *Bulletin de la société de législation comparée*, 1929, pp. 312-356; ID., *Traité théorique et pratique des Trusts en Droit interne, en Droit fiscal et en Droit international*, Rousseau & Cíe., Paris, 1932.

⁵ AA.VV., *La fiducie en Droit moderne. Travaux de la Semaine Internationale de Droit*, Sirey, Paris, 1937.

⁶ Buen epítome de ella es MOTULSKY, H., “De l'impossibilité juridique de constituer un Trust anglo-saxon sous l'empire de la loi française”, *Revue Critique de Droit International Privé*, 1948, p. 451-468

⁷ WITZ, C., *La fiducie en droit privé français*, Economica, Paris, 1981.

⁸ WATERS, D. W. M., “The Institution of the Trust in Civil and Common Law”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 252, 1995, p. 450: “in their 1992 projet de loi the French got it right” [the trust].

4 InDret 2/2005 Sergio Cámara

El proyecto francés, marca un claro acercamiento al piloto introducido en el Convenio de la Haya sobre ley aplicable al *trust*. Se advierte que el modelo al cual se acerca el proyecto es precisamente el internacional y no el angloamericano. Observemos lo que dice sobre el mismo la doctrina²⁸³:

“[27] En conclusión, la fiducie es un tipo de trust internacional, encuadrable en el modelo definido por el Convenio de la Haya sobre trust, con importantes diferencias respecto al trust anglosajón, si bien con claros préstamos de éste. No cabe asimilarlo, por tanto, a un negocio fiduciario según el patrón de la fiducia pura romana (con su teoría del doble efecto), aunque podría decirse que constituye una evolución desde ésta (y sus manifestaciones atípicas) hasta el trust. Entre las fuentes de inspiración de este nuevo instrumento también cabe citar al mandato y a la estipulación a favor de tercero. Respecto a ésta resulta oportuno destacar que la exposición de motivos, en dos ocasiones (p. 5), indica que las reglas del Code sobre la stipulation pour autrui tienen vocación de aplicarse a las fiducias en beneficio de tercero, salvo pacto en contrario. Aunque en la lectura del texto articulado no existen remisiones expresas a ese régimen, de acuerdo con la teleología de la PLF de integrar la fiducia en el Derecho común. La analogía no es de extrañar si se tiene en cuenta que incluso en algún autor estadounidense se ha propuesto la práctica identidad entre el trust y el contrato a favor de tercero⁶⁴.”

La tendencia universal es abrirle las puertas a esta institución, en los últimos años, muchos países del mundo han dado espacio a la figura en sus regímenes de derecho privado y otros están en estudios o proyectos tendientes a hacer lo mismo. Las razones las explican algunos así²⁸⁴:

²⁸³ CÁMARA LAPUENTE, SERGIO. *Trust a la francesa*. Universidad de Rioja. InDret 2/2005. Revista para el análisis del Derecho. Pág. 25. www.INDRET.COM.

²⁸⁴ CÁMARA LAPUENTE, SERGIO. Ob. Cit. Pág. 3.

[1] *“Francia no puede permanecer insensible a la globalización de este instrumento jurídico [el trust]”. Esta rotunda recriminación es una de las primeras consideraciones de la exposición de motivos (párrafo tercero) de la proposition de loi instituant la fiducie presentada por el senador Philippe MARINI al Senado francés en su sesión ordinaria de 8 de febrero de 2005. E inmediatamente uno se pregunta: ¿tan imprescindible es este recurso jurídico oriundo del mundo anglosajón? La realidad y la retórica de la globalización ¿llegan tan lejos como para exponer a un sistema jurídico a importar una institución foránea que difícilmente encaja en los principios rectores de su Derecho patrimonial? Y en caso de lograr adaptar convenientemente tal institución anglosajona, ¿servirá entonces para los fines de competitividad económica y jurídica que se persiguen con su implantación legislativa?*

Se justifica por tanto el reconocimiento del *trust* de origen anglosajón, por la necesidad actual que crea la globalización económica, al punto que, desatender la existencia de prácticas como ésta, no produce otro efecto en el país que a ella se cierra, que restarle competitividad en ese mercado universal. Así, por su origen y estructura novedosa frente a la clásica observación de los derechos reales, comenzando por el de propiedad, que tienen los sistemas románicos, su observación y reconocimiento no debe ser deleznable y objeto de un desprecio *ad limine*, puesto que las circunstancias actuales del comercio entre los pueblos, hacen imperioso, lejos de contrastar, buscar elementos de conjunción entre los diferentes sistemas jurídicos.

Continúa el mismo autor que venimos analizando:

“Ciertamente, la expansión del trust en territorios de Civil Law, por vía legislativa o jurisprudencial, ha sido notable en el último siglo, e incluso cabría calificarla de espectacular en los últimos diez años. A los ejemplos pioneros de Escocia, Liechtenstein, Sudáfrica, Etiopía, Israel, Puerto Rico o Japón, amén de la mayoría de los países de Latinoamérica (con su colofón en Uruguay en 2003), cabe añadir el caso

de Quebec, que reformó a fondo el régimen (bilingüe) de su trust/fiducie, existente desde 1879, aprovechando la entrada en vigor de su Código civil el 1 de enero de 1994. Otro sistema jurídico tributario del Derecho civil francés, como es el de Luxemburgo, ha ampliado el campo de aplicación de sus “contratos fiduciarios” (regulados por reglamento desde 1983) por medio de la Ley de 27 de julio de 2003 (publicada el 3 de septiembre de 2003). Otros países con gran potencial inversor como Rusia o China han regulado la institución del trust, respectivamente, por leyes de 1993 y 2001, respectivamente. Diversas jurisdicciones que regulan trusts offshore, tan atractivos desde el punto de vista de la inversión y planificación fiscal internacional, han remodelado en los últimos años su régimen, como es el caso de dos miembros de la Unión Europea como Chipre o Malta. Por su parte, en Italia se han presentado varios proyectos de Ley fallidos sobre la materia desde 1998 y en Cataluña se hizo pública en 2003 una propuesta integrada en los trabajos preparatorios del Código civil de Cataluña para regular los “patrimonios fiduciarios” dentro del libro relativo a los bienes”².

Se culmina el proceso con una fiducia a la francesa, que se acerca al *trust* anglosajón, aprovechando los logros alcanzados por la Convención de la Haya de 1 de Julio de 1985.

8. España, Los Negocios Fiduciarios y El *Trust*.

España es uno de los países de Europa que desconoce la figura del *trust* en su ordenamiento jurídico común, que es además la tendencia generalizada en el continente. Las reflexiones doctrinales y jurisprudenciales de las últimas décadas, no pasan de recaer sobre una figura atípica, en principio proveniente de sistemas anglosajones, pero con repercusiones en los románicos. Tampoco ha firmado el Convenio de la Haya sobre ley aplicable al *trust* y a su reconocimiento. La ratificación del texto internacional no se ha considerado hasta ahora prioritaria, por ser pocos los conflictos y litigios sobre el tema. Aunque en la realidad se sabe que la finalidad que se cumple con la utilización

de esta figura en otros lugares, búsqueda de confianza y que acá se arropa a veces con el manto de las sociedades, precisamente para evitar su eventual no reconocimiento por las autoridades judiciales.

Sin embargo, con frecuencia se alude al *trust* en España, entre otras razones, porque extranjeros residenciados en España tienen celebrados estos negocios por fuera del país o también se presentan ciudadanos españoles, con patrimonio en el extranjero donde también han celebrado estos contratos fiduciarios²⁸⁵.

En Navarra, el Fuero Nuevo de Navarra regula en la ley 466 la figura de la fiducia en garantía, entendiéndola como la transmisión al acreedor de la propiedad de una cosa o la titularidad de un derecho mediante una forma eficaz frente a terceros.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 21 de Abril de 2008 ha advertido que la figura anglosajona se encuentra presente en la realidad jurídica española y que los tribunales se enfrentan a los problemas que ocasiona su desconocimiento en España²⁸⁶.

²⁸⁵ GORTÁZAR LORENTE, CARLOS. *Trust y empresa familiar*. En la obra colectiva *El trust en el derecho civil*. Bosch, Barcelona, 2007. Pág. 523.

²⁸⁶ El caso se trata de un *trust* norteamericano que junto con el testamento del causante está llamado a definir su sucesión. La competencia de los tribunales españoles se da por el lugar de ubicación de los bienes inmuebles de la sucesión y su esposa le transmite a una ciudadana española que inscribe la adquisición en el registro de la Propiedad. La hija del causante discute la validez de la escritura de adjudicación de la herencia y de la de compraventa de la finca, por entender que de acuerdo con el *trust* le corresponderían derechos sobre la misma. El Tribunal Supremo confirma la resolución dictada por la Audiencia Provincial de Madrid el 23 de Noviembre del 2.000, con fundamento en las siguientes consideraciones, que abreviamos: La inexistencia en el derecho español de norma que indique el derecho aplicable a la figura y se suple, aplicando las del conflicto de la sucesión, que según el artículo 9.8 del Código Civil, remite al derecho representado por la ley nacional del causante, que para este caso es la ley de Arizona, pero como no obra la prueba de la ley extranjera rechaza la validez del *trust*, por ser desconocido en el derecho español.

El hecho de que la legislación positiva española no haga alusión expresa al *trust*, no obsta para que un gran sector de la doctrina coincida en reconocerle validez al *trust* celebrado en el exterior, de conformidad con su ley de origen respectiva, siempre y cuando no afecte el orden público interno²⁸⁷. Sin embargo, advirtiendo, como lo hiciera en su momento el maestro GARRIGUEZ, en el punto no puede generalizarse.

La doctrina señala una serie de argumentaciones favorables y desfavorables, que deberán ser tenidas en cuenta al momento de aceptar la validez de un *trust* celebrado en el extranjero²⁸⁸ y de paso, sirven de reflexión sobre la posibilidad de que en el mismo sistema jurídico español, se pueda hablar o no de fiducia mercantil convencional.

Hay que partir de un supuesto ineludible, el sistema jurídico español no consagra ni el contrato de fiducia ni el *trust*. Partiendo de esta realidad actual, se presentan una serie de elucubraciones para aceptar o no la figura.

Como condiciones jurídicas favorables, se anotan:

- La **autonomía de la voluntad**, como postulado fundamental de la contratación, consagrado en los artículos 1091 y 1255 del C.C. Se pensaría que con fundamento en el principio de la libertad de contratación, que se manifiesta en la libertad de pactos y de forma,

²⁸⁷ DE ARESPACOHAGA, JOAQUÍN. *El trust, la fiducia y figuras afines*. Marcial Pons. Barcelona. 2000. Pág. 117.

²⁸⁸ DE ARESPACOHAGA, ob, cit. Pág. 118 a 130.

podría desarrollarse un espacio jurídico para la figura anglosajona. No obstante, en opinión de algunos, ello no es suficiente²⁸⁹, por ser indispensable un re ordenamiento de principios e incluso de excepciones legales que lo permitan.

Con fundamento en el principio de la libertad contractual y que no hay expresos textos que prohíban o impidan la celebración de negocios fiduciarios en el Código Civil, un amplio sector de la Doctrina se inclina por la posibilidad de que en el sistema jurídico Español se puedan celebrar negocios fiduciarios²⁹⁰. Perfectamente, una persona puede adquirir la titularidad de un bien y por su propia decisión, obligarse o no usarlo, sino para cierta finalidad previamente concertada; nada habría de malo en ello. Y si esto es posible frente a un negocio fiduciario interno, la razón para reconocerle validez al *trust* celebrado en el extranjero se impone.

Se trataría por tanto de una garantía atípica, acordada al amparo del principio de la autonomía de la voluntad, en la medida que carece de regulación en el derecho común. A pesar de esta ausencia de regulación, doctrina y jurisprudencia admiten la validez de la venta en garantía por tratarse de un negocio celebrado con fundamento en la libertad de contratación que se reconoce en el artículo 1255 del Código Civil. Así lo advierte el Tribunal Supremo en Sentencia de 19 de mayo de 1982 (RJ 2580). Es la misma ley la que se convierte en un límite a este tipo de acuerdos, que encuentran su problemática, no tanto en su admisibilidad, sino en su estructura, fundamento

²⁸⁹ DE ARESPOCHAGA. Ob. Cit. Pág.118.

²⁹⁰ En este sentido CASTÁN, PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, BONET RAMÓN, NAVARRO MARTONELI y JOAQUÍN GARRIGUEZ, entre otros.

causal, efectos y en la protección de otros principios establecidos en la ley, como la prohibición del pacto comisorio y el respeto por la *par conditio creditorum*.²⁹¹

- Se señalan algunas **instituciones jurídicas** que son próximas al *trust*, a las cuales podría recurrirse como instrumento para su introducción. Estas serían el mandato irrevocable, el contrato en beneficio de un tercero, la donación, el albacea y la sustitución fideicomisaria en los términos del artículo 781 del código civil.

El mandato, también como negocio edificado en la confianza, coincidiendo con el *trust* en este mismo propósito teleológico, encontraría la diferencia insalvable precisamente en la transferencia definitiva de la propiedad al mandatario, a todas luces inaceptable por el sistema jurídico actual²⁹².

La posibilidad permitida por el sistema jurídico español de derivar los efectos jurídicos de un contrato hacia terceras personas, parecería permitir que el llamado *trustee* realice la finalidad negocial en favor del beneficiario. También la doctrina²⁹³ de la estipulación para otro podría dar asiento a la figura y en este sentido se pronuncia la jurisprudencia del Tribunal Supremo.²⁹⁴

²⁹¹ MARÍN LÓPEZ, J.M. “Comentario a la STS de 26 de abril de 2001. Compraventa con pacto de retro (contrato simulado) que esconde una transmisión de la propiedad en garantía de una deuda ajena (contrato disimulado). Distinción entre ambas figuras. Régimen jurídico de la transmisión de la propiedad en garantía (venta en garantía): violación de la prohibición de pacto comisorio, y posibilidad de ejercitar una acción real contra el bien que sirve de garantía”. Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, Madrid. Ed. Civitas, 2002, número 58, 1568, pp. 147 a 171.

²⁹² DE ARESPACOHAGA. Ob. Cit. Pág.118.

²⁹³ DE ARESPACOHAGA. Ob. Cit. Pág.120.

²⁹⁴ STS de 10 de diciembre de 1956.

Asimismo se piensa en la donación como instrumento que podría justificar la transferencia de la propiedad desde el *settlor* a los *trustees*, sin dejar de reconocer las dificultades que presenta este negocio desde su estructura obligacional, para acomodarse a las finalidades del *trust*.²⁹⁵

El albaceazgo no pareciera ser una figura suficiente de entrada, precisamente porque a este ejecutor testamentario no se le hace transferencia alguna de la propiedad.

La sustitución fideicomisaria, a la postre una sustitución hereditaria, por la cual se encarga al heredero que transfiera a un tercero algún bien de la herencia o su totalidad, con las limitaciones que le impone el artículo 781 y siguientes del C. Civil, institución que rememora la institución romana de la fiducia *cum amico*, también podría ser utilizada como introducción al *trust*. Una de las dificultades es precisamente la prohibición expresa de la fiducia testamentaria con fundamento en el artículo 785 del C.C.²⁹⁶

- **El negocio fiduciario**, tratándose de negocios *Inter vivos*, aparece aceptado por doctrina y jurisprudencia²⁹⁷, con fundamento en el artículo 1274 del C.C. No sucede lo mismo con los negocios fiduciarios *mortis causa*, que presentan una serie de tropiezos que los hacen inviables en la práctica²⁹⁸.

²⁹⁵ DE ARESPACOHAGA. Ob. Cit. Pág.120.

²⁹⁶ DE ARESPACOHAGA. Ob. Cit. Pág.121.

²⁹⁷ STS de 18 de febrero de 1965.

²⁹⁸ DE ARESPACOHAGA. Ob. Cit. Pág.121.

Aunque se encuentra una raíz común entre el negocio fiduciario y el *trust*, que es precisamente la búsqueda de la confianza, se presentan claras diferencias entre ellos. Ese elemento de confianza se torna más exigente en los negocios fiduciarios, al punto, como se ha dicho, que para algunos la nota característica en este tipo de relaciones jurídicas es la posibilidad de abuso por parte del fiduciario; además, también se ha dicho por algunos que en la estructuración de estos negocios, aparece una naturaleza jurídica compleja, en cuanto que se presentan dos negocios, uno transmisor de la propiedad y otro obligacional o moderador del primero²⁹⁹, concepción que encuentra asiento en el negocio romano que implicaba la transferencia, integrada al “*pactum fiduciae*”³⁰⁰; en cambio el *trust*, desde su confección feudal, presenta un desdoblamiento de la propiedad, dando lugar al propietario formal o legal (*dominium legitimum*), que es el fiduciario y propietario material (*dominium naturale*), con un verdadero derecho real que es el fiduciante.³⁰¹

- La **tradición jurídica española**, que indica que en cierta manera ha tenido asiento la figura a través de otras instituciones como la fiducia sucesoria secreta, de amplia aplicación en su época, pero proscrita a partir del artículo 785.4º del código Civil que la prohíbe expresamente, por cierto temor a hacia su utilización fraudulenta. Sin embargo, las compilaciones forales de algunos territorios como Cataluña y Navarra conservan la institución³⁰², que se puede considerar acorde con la tradición del sistema jurídico español.

²⁹⁹ DE ARESPACOHAGA. Ob. Cit. Pág.21.

³⁰⁰ DE ARESPACOHAGA. Ob. Cit. Pág.21.

³⁰¹ DE ARESPACOHAGA. Ob. Cit. Pág.21.

³⁰² DE ARESPACOHAGA. Ob. Cit. Pág. 123.

Incluso, en las fuentes forales castellanas (“Partidas”, Pasajes 6.7.13 y 6.7.14), se admite la fiducia sucesoria secreta de manera más clara y evidente³⁰³. La similitud de la institución con el *trust* anglosajón salta a la vista y demuestra que la tradición jurídica española no ha sido ajena a la figura³⁰⁴.

Como desfavorables se indican los siguientes argumentos:

- **La concepción unitaria del derecho de propiedad.** En el derecho Español, se concibe la propiedad en un concepto unitario y único, que no admite los desdoblamientos que son propios de los sistemas que adoptan la figura del *trust*. No puede concebirse un propietario formal, para el cumplimiento de una finalidad y un fiduciante que tenga una acción real para poder luego reclamar su propiedad³⁰⁵. La única vía de hacer reclamo sería mediante el ejercicio de una acción personal alegando que se le ha incumplido el *pactum fiduciae* y por tanto tiene derecho a la reparación del perjuicio³⁰⁶. Esta concepción monista del derecho de propiedad se establece como una barrera que impide de entrada la adaptación del *trust*.

El concepto de propiedad en el Derecho español, es diferente al concepto de propiedad que se concibe el *trust*, por tanto estaríamos frente a una forma

³⁰³ DE ARESPACOHAGA. Ob. Cit. Pág. 124.

³⁰⁴ DE ARESPACOHAGA. Ob. Cit. Pág. 124.

³⁰⁵ DE ARESPACOHAGA. Ob. Cit. Pág.127.

³⁰⁶ DE ARESPACOHAGA. Ob. Cit. Pág.127.

atípica de la propiedad que no está permitida³⁰⁷ ni puede ser creada por la voluntad de las partes. El principio de la autonomía de la voluntad no alcanza a las partes para llegar a la idea de un patrimonio autónomo³⁰⁸.

Cierto sector minoritario de la doctrina, con algún respaldo jurisprudencial, sostiene la posibilidad de intentar una acción *in rem* sobre los bienes cedidos a fin de evitar el abuso por parte del fiduciario³⁰⁹; advierten además, que la adquisición de los bienes por parte del fiduciario se produce *a non dominu*, y que por supuesto ello es posible, en el sistema jurídico español.

- La concepción causalista del derecho de obligaciones español.

Siempre se ha mantenido una discusión acerca de la cual es la causa en los negocios fiduciarios, partiendo de la aceptación, no menos polémica, de que se trata de negocios causales.

La jurisprudencia se ha inclinado por considerar el negocio fiduciario como un negocio causal y por ende válido y apto para producir los efectos pertinentes, con relación a la transmisión de la propiedad. Se diferencia claramente de los negocios simulados, de entrada carentes de causa. Se considera en consecuencia el negocio fiduciario como un negocio complejo, compuesto por dos actos separables, uno real de transmisión y otro obligacional cuya causa

³⁰⁷ GORTÁZAR LORENTE, CARLOS. Ob cit. En la obra colectiva *El trust en el derecho civil*. Bosch, Barcelona, 2007. Pág. 523.

³⁰⁸ GORTÁZAR LORENTE, CARLOS. Ob. Cit. En la obra colectiva *El trust en el derecho civil*. Bosch, Barcelona, 2007. Pág. 523.

³⁰⁹ DE CASTRO, ALBARADEJO Y JORDANO, citados por DE ARESPOCHAGA. Ob. Cit. Pág. 127.

es la finalidad de administración o de garantía³¹⁰, que viene a ser la causa del negocio complejo que se advierte y de contera, válida y legítima el negocio de transmisión.

Sin embargo, un sector de la Doctrina³¹¹ no acepta este planteamiento. Considera que estamos frente a un negocio simulado; donde no es real la causa de la transferencia, pues en realidad de verdad, nada se quiere transferir.

Se presentan serias dificultades en la doctrina para admitir el negocio abstracto en la causa, aunque algunos sectores lo admiten³¹², con fundamento en el principio de autonomía de la voluntad y en el principio de presunción de licitud de causa contractual que consagra el artículo 1255 del Código Civil; incluso, el mismo Tribunal Supremo aludió a ello desde Jurisprudencia de 14 de Enero de 1935.

La conclusión se impone. No hay ambiente propicio para el *trust* en el derecho español, ante tanta dispersión en la doctrina y en la jurisprudencia, la figura no encuentra un campo favorable para su aplicación y desarrollo en circunstancias de atipicidad.

- La pregunta sería ahora, si ese espacio de la autonomía privada se encuentra limitado en el sistema español por un “*numerus clausus*”

³¹⁰ DE ARESPACOHAGA. Ob. Cit. Pág.128.

³¹¹ DE CASTRO, ALBARADEJO Y JORDANO, citados por DE ARESPACOHAGA. Ob. Cit. Pág. 128.

³¹² CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ. *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Tomo IV. Reus, Madrid, 1981. Pág. 855.

frente a los derechos reales. La teoría de "*numerus clausus*", no admisión de nuevos derechos reales, los cuales se consideran enlistados en forma taxativa por el ordenamiento jurídico, una enumeración cerrada; se convierte en una verdadera talanquera, para llegar a admitir complejidades mayores, como lo sería la teoría del desdoblamiento de la propiedad, en propiedad material "*dominium naturale*", que correspondería al fiduciario, y en propiedad formal "*dominium legitimum*", para el fiduciante; sistema originario del derecho feudal, no acogido por el derecho moderno español³¹³ y que es precisamente en la que se fundamenta el *trust* anglosajón.

Para algunos³¹⁴, solo por ley cabe la variación o creación de tipo de propiedad; además no pueden admitirse derechos reales de modo que no puedan ser reconocidos por el tráfico y los derechos limitativos deben tener un carácter de temporalidad.

Sin embargo, existen voces discordantes. A pesar de la necesidad de cierta correspondencia entre el *numerus clausus* de los derechos reales y los negocios que afectan estos derechos, de allí a predicar que no es posible como objeto de transmisión una figura de derecho real atípico frente al sistema reconocido por el ordenamiento, como sería la transmisión fiduciaria, estaría por fuera de sustento en el mismo sistema³¹⁵. En consecuencia, se puede hablar en el sistema jurídico español de *numerus apertus* de negocios reales

³¹³ DE ARESPOCHAGA. Ob. Cit. Pág. 128.

³¹⁴ GORTÁZAR LORENTE, CARLOS. Ob. Cit. En la obra colectiva *El trust en el derecho civil*. Bosch, Barcelona, 2007. Pág. 523. Citando a MONTÉS PENADÉS.

³¹⁵ En este mismo sentido JORDANO BAREA, JUAN B. *El negocio fiduciario*. Ed. Bosch, Barcelona. 1959. Pág. 122-123.

quoad effectum, siempre que ese derecho real transmitido sea típico. El negocio *fiducie causa*, sería uno de esos contratos hábiles para provocar la transferencia del derecho de propiedad y no existe límite a la autonomía negocial en ese sentido³¹⁶. Don FEDERICO DE CASTRO, analizando en artículo 609 del Código Español, advierte que la propiedad y los demás derechos reales sobre los bienes se adquieren y transmiten por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición y no explica cuáles sean dichos contratos y el Reglamento hipotecario se refiere a “cualquier acto o contrato de trascendencia real que, sin tener nombre propio en el Derecho, modifique, desde luego en lo futuro, alguna de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales”.³¹⁷

Precisamente, esta dualidad de criterios en la doctrina para la aceptación de los negocios fiduciarios en España, fundamenta también el criterio negativo que venimos exponiendo para el reconocimiento de *trust* celebrado en el extranjero.

- La prenda general de los acreedores o principio de responsabilidad universal del deudor. Por este principio todos los bienes que se encuentran del patrimonio del deudor, pueden ser perseguidos por sus acreedores, para la satisfacción de sus créditos. El *trust* implicaría una separación del bien dado en fiducia del resto de los bienes del

³¹⁶ JORDANO BAREA, JUAN B. *El negocio fiduciario*. Ed. Bosch, Barcelona. 1959. Pág. 124.

³¹⁷ DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO. *El Negocio Jurídico*. Civitas, Madrid, 19885. Pág. 201-202.

deudor, afectando la prenda general de los acreedores, que no podrían perseguir esos bienes que estarían en cabeza del fiduciario³¹⁸.

Aunque no lo consideran un obstáculo insalvable, pues ya hay figuras similares dentro del ordenamiento español, como la herencia yacente y los fondos de inversión, también aparece relacionado como uno de los obstáculos, en principio, para la aceptación de la figura fiduciaria.³¹⁹

9. La jurisprudencia del Tribunal Supremo y los negocios fiduciarios.

No ha sido muy coherente la línea jurisprudencial del Tribunal Supremo Español en relación al tema de la fiducia. Tampoco han sido muchas las sentencias sobre el tema. Sin embargo, sus decisiones no dejan duda de la admisión de los negocios fiduciarios en el sistema de derecho privado español.

Para observar la secuencia cronológica y temática, se pueden agrupar las decisiones en las siguientes etapas, con algunos casos aislados que también indicaremos:³²⁰

Una primera sentencia, un tanto aislada por lo que no se incluye como una etapa, sino más bien como una introducción al tema, de 23 de Mayo de 1935,

³¹⁸ En Colombia existe una norma, muy debatida por cierto, que permite a los acreedores del fiduciante, anteriores a la constitución del fideicomiso, perseguir los bienes fideicometidos (Artículo 1238 del C. de Comercio).

³¹⁹ DE ARESPACOHAGA. Ob. Cit. Pág. 128.

³²⁰ SÁNCHEZ GERVILLA, ANTONIO. *Visión histórica de la fiducia y actual criterio del Tribunal Supremo*. Foro de casos prácticos. www.notariosyregistradores.com

que reconoce que hay transmisión de la propiedad, pero no el dominio absoluto.

Señala el Tribunal Supremo:

“Que la figura jurídica creada por las adjudicaciones para el pago de deudas es muy compleja, pero en síntesis cabe afirmar, que por ella se constituye un patrimonio especial, dotado de órganos de disposición y caracterizada por su finalidad fiduciaria o sea por la atribución de la propiedad o de un derecho a un sujeto activo en interés ajeno y por motivos de confianza”.

Una primera etapa, a partir de 1944 y hasta la sentencia de 20 de Noviembre de 1965, cuyas sentencias se inclinan por la transmisión de la propiedad y la teoría del doble efecto. Luego de esta última sentencia, el Tribunal Supremo no volvió a aceptar la transferencia del dominio con fundamento en la fiducia.

La segunda etapa comenzaría con esta sentencia de 1965 y se caracteriza por un periodo confuso a la hora de determinar si hay o no transmisión de la propiedad. El Tribunal Supremo parece inclinarse por lo se conoce como la propiedad formal, también aparecen algunas sentencias que aluden a la teoría del doble efecto. Las sentencias son poco claras y contradictorias y se extiende este período hasta 1995.

La tercera etapa desde 1995 hasta ahora, se marca un cambio en el sentido de que la tendencia es abandonar la teoría del doble efecto y por ende a la negación de la transmisión de la propiedad como consecuencia de los negocios fiduciarios en cualquier modalidad. Aparecen las ideas de mandato, venta en garantía o cumplimiento de un fin específico, previsto o determinado,

sin abandonar del todo la teoría de la propiedad formal, que la mantiene hasta sus más recientes decisiones.

Por razones obvias, haremos hincapié en las sentencias que emergen en esta tercera etapa y en las que nos parecen más significativas sobre la materia.

Aparece la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de Abril de 2001, donde se dice que la transmisión en garantía es un negocio fiduciario, del tipo de fiducia "*cum creditore*". El fiduciante transmite la propiedad formal con el riesgo de que al adquirirla el fiduciario y figurar como tal frente a terceros, pueda este vulnerar el pacto de fiducia trasmitiéndola a su vez, estando los adquirentes del fiduciario protegidos en su adquisición en virtud de la eficacia de la apariencia jurídica que protege las adquisiciones a título oneroso y de buena fe de quien en realidad no es propietario. Que el fiduciante transmite al fiduciario la propiedad formal del objeto o bien sobre el que recae el pacto, con la finalidad de apartarlo de su disponibilidad y así asegurar la satisfacción del crédito. Que el fiduciario no se hace dueño real del objeto transferido, salvo la apariencia jurídica y que debe devolverlo una vez cumplidas las finalidades perseguidas con la fiducia. Si no se cumple la obligación, no se convierte el fiduciario en propietario pleno y debe proceder como cualquier acreedor, sin acción real. Posteriormente, el Tribunal Supremo se vuelve a pronunciar sobre la transmisión de la propiedad en garantía en Sentencias de 17 de julio de 2001 (RJ 6860), 5 de diciembre de 2001 (RJ 9934), 1 de Febrero de 2002 y 14 de Marzo de 2002. Es importante esta sentencia en la medida que nunca antes se había ocupado en forma tan elaborada y extensa sobre la

figura fiduciaria. Señala claramente que la venta en garantía es un negocio fiduciario, más concretamente, un supuesto de fiducia *cum creditore*; lo afirma expresamente el Tribunal Supremo cuando señala: “la transmisión en garantía es un negocio fiduciario, del tipo de la fiducia *cum creditore*” (FJ 3º. Párrafo tercero, 1º.). También indica el Tribunal en su sentencia que toda venta en garantía lleva implícita la obligación de retransmisión de la cosa, una vez pagada la obligación objeto de la garantía; dice expresamente: “El fiduciario...ha de devolverlo [el bien] al fiduciante una vez cumplidas las finalidades perseguidas con la fiducia. El pacto fiduciario lleva consigo esa retransmisión” (FJ 3º. Párrafo tercero, 3º.). El problema sería hasta dónde puede llegar el fiduciante en el ejercicio de ese derecho con relación a terceros de buena fe que estarían protegidos por el principio de la apariencia. Señala la sentencia comentada que “el fiduciante transmite la propiedad formal con el riesgo de que al adquirirla el fiduciario y figurar como tal frente a terceros, puede éste vulnerar el pacto de fiducia transmitiéndola a su vez, estando los adquirentes del fiduciario protegidos en su adquisición en virtud de la eficacia de la apariencia jurídica, que protege las adquisiciones a título oneroso y de buena fe de quién en realidad no es propietario” (Fj 3º. Párrafo tercero, 1º.) De allí que algunos señalen la conveniencia de hacer constar claramente en el título la situación del bien en fiducia, para que no alegue el tercero el desconocimiento de esta circunstancia³²¹.

Advierte que la garantía que emerge del pacto fiduciario se hace efectiva por el “*ius retinendi*” que se atribuye al acreedor fiduciario que ha recibido la posesión

³²¹ MARÍN LÓPEZ, J.M. “Comentario a la STS de 26 de abril de 2001....”. Cit. Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, Madrid. Ed. Civitas, 2002, número 58, 1568, pp. 147 a 171.

del bien vendido en garantía. Este derecho de retención, tradicionalmente reconocido en la jurisprudencia, se reafirma en dos sentencias posteriores: STS de 1 de febrero de 2002 señala que: “la titularidad formal produce el efecto de asistir al fiduciario, en tanto no se produzca el cumplimiento, un *“ius o título retinendi”* (FJ 3º., párrafo quinto) y la de 14 de Marzo de 2002 advierte que la propiedad en garantía “únicamente atribuye a los adquirentes de la garantía (fiduciarios) una titularidad meramente formal, y un *ius retinendi”* (FJ 4º. Párrafo quinto). Por supuesto, para que pueda hablarse de retención, se precisa que el fiduciario acreedor haya recibido la posesión del bien y su finalidad es la garantía para el pago de la obligación. Solucionada ésta, cesa dicho derecho y el fiduciante vendedor podrá ejercer su derecho de retransmisión del bien.

Además se ocupa la sentencia en diferenciar la transmisión de la propiedad en garantía por el mecanismo fiduciario (venta en garantía) y de la compraventa con pacto de retro. En la venta con pacto de retro se presenta una verdadera transmisión de la propiedad y a pesar de que las partes persigan una finalidad de garantía, no se desnaturaliza la causa típica del contrato. En esta figura el motivo atípico de garantía es lícito y no afecta la validez del negocio y no se vulnera con ello la prohibición del pacto comisorio (artículos 1859 y 1884 del Código Civil), tal como lo ha sostenido el mismo Tribunal Supremo en distintas sentencias (29 de enero de 1908 y 14 de noviembre de 1957). La sentencia pareciera entrar a revisar esta doctrina.

Dentro de esta etapa, encontramos que por sentencia del Tribunal Supremo de 4 de Diciembre de 2002, N. 1174; se hace referencia a *fiducia cum creditore*, como una venta en garantía de un préstamo, cuya causa es la garantía del débito contraído, que no da lugar a la transferencia definitiva sino a una mera propiedad formal, aunque confiere el derecho de retención, como lo ha reconocido la jurisprudencia y se citan las sentencias de 8 de Marzo de 1988, 7 de Marzo de 1990, 30 de Enero de 1991, 6 de Julio de 1992, 5 de julio de 1993, 22 de Febrero de 1995, 2 de diciembre de 1996, 13 de Mayo y 4 de Julio de 1998 y 16 de noviembre de 1999, como antecedentes de la decisión.³²²

La venta en garantía en cambio (*fiducia cum creditore*), el verdadero propietario sigue siendo el vendedor, el comprador solo tiene una propiedad fiduciaria o formal en garantía del crédito del que es titular y frente al deudor que es el vendedor. Además hay diferencia, pues en la venta en garantía el vendedor, satisfaciendo el crédito tiene derecho a recuperar el bien, pero es un derecho de carácter personal contra el fiduciario que no alcanza a los terceros adquirentes de buena fe. Distinto ocurre en la venta con pacto de retro, que el derecho a recuperar el bien es de carácter real y ejercitable *erga homnes*.

En conclusión, la disconformidad se concreta también en la diferencia en la causa entre ambos contratos. La venta con pacto de retro responde a la función de la compraventa, cambiar cosa por dinero, así se presente una

³²² Dice así la sentencia: “Se trata de venta en garantía de un préstamo, pues la “causa fuduciae” no es propiamente la enajenación llevada a cabo, sino el afianzamiento que se pretende del débito mediante una compraventa que convierte al fiduciario en sólo propietario formal dada su posición principal de acreedor (aparente comprador), en tanto que el fiduciante es el deudor y obligado al préstamo que contrajo, actuando en el negocio como aparente vendedor, por lo que el fiduciario lo que ha de pretender es la devolución de préstamo garantizado, pero sin que acceda a su patrimonio de modo definitivo el derecho de propiedad, al no ser que esa finalidad del negocio concertado, sin perjuicio del derecho de retención que la doctrina jurisprudencial le reconoce (Sentencias de).

finalidad de garantía; las partes quieren y aceptan el negocio de venta. En la venta en garantía no se pretende vender el bien, sino entregarlo en garantía del pago de una deuda³²³. Carácter formal de la titularidad del fiduciario y real de la titularidad del fiduciante.

Por sentencia de 26 de Julio de 2004, el Tribunal Supremo se ocupa de la venta en garantía, el pacto comisorio, la simulación y sus diferencias con los negocios fiduciarios. También se refiere a la oponibilidad del derecho de retención a otros acreedores. Advierte expresamente que en lo tocante a la causa está superada la teoría del doble efecto y se presenta causa en los negocios fiduciarios. La Sala primera sigue sus precedentes del 13 de febrero de 2003, 8-7-99, 29-11-89, 23-9-90. 16-9-91 y 22-2-95 y señala:

“Sobre el negocio fiduciario. Se decía en la sentencia 22-2-95. “Se está en presencia de un negocio fiduciario por el que quién recibe la titularidad de los bienes se obliga a emplear las facultades dispositivas que la adjudicación le confiere en el cumplimiento de las finalidades de la fiducia. No puede integrar en su patrimonio el objeto sobre el que recae como si la titularidad fuese suya y no del fiduciante. El instrumento jurídico que se utiliza suele ser el de una compraventa ficticia que no por eso dejará de tener causa, que se halla en la concesión de facultades dispositivas al fiduciario para alcanzar una determinada y prevista finalidad, con el riesgo inherente a estos negocios de que el fiduciario abuse de su posición jurídica y emplee aquellas facultades de no utilidad o beneficio del fiduciario...”

³²³ MARÍN LÓPEZ, J.M. “Comentario a la STS de 26 de abril de 2001. Compraventa con pacto de retro (contrato simulado) que esconde una transmisión de la propiedad en garantía de una deuda ajena (contrato disimulado). Distinción entre ambas figuras. Régimen jurídico de la transmisión de la propiedad en garantía (venta en garantía): violación de la prohibición de pacto comisorio, y posibilidad de ejercitar una acción real contra el bien que sirve de garantía”. Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, Madrid. Ed. Civitas, 2002, número 58, 1568, pp. 147 a 171.

En sentencia 842 del Tribunal Supremo de 27 de julio de 2006, se ocupa nuevamente de perfilar la fiducia *cum amico*, siguiendo los precedentes sentados en sentencias 31 de Octubre de 2003 y 5 de Marzo de 2001 y dice la sentencia que:

“consiste en la atribución patrimonial que uno de los contratantes, llamado fiduciante, realiza a favor de otro, llamado fiduciario, para que éste utilice la cosa o derecho adquirido mediante la referida asignación para la finalidad que ambos pactaron, con la obligación de retransmitirlos al fiduciante o a un tercero cuando se hubiera cumplido la finalidad prevista. En esta modalidad de fiducia, el fiduciario se compromete a tener la cosa en beneficio del fiduciante o de un tercero –beneficiario-, de tal modo que no ostenta un titularidad real, pues no es auténtico dueño, sino que solo tiene una titularidad formal, en el sentido de aparente, caracterizándose precisamente la figura de que se trata por predominar el interés del fiduciante, lo que acentúa la nota de confianza y de ahí que doctrinalmente se considere la “fiducia cum amico” la forma pura o genuina del negocio fiduciario –Sentencia de 16 de Julio de 2001-. En otros términos: en el negocio fiduciario el fiduciante transmite al fiduciario la propiedad formal del objeto o bien sobre el que recae el pacto de fiducia; el fiduciario no se hace dueño real del objeto transmitido, salvo el juego del principio de la apariencia jurídica, y ha de devolverlo al fiduciante una vez cumplidas las finalidades perseguidas con la fiducia-Sentencia de 31 de octubre de 2003-.”

Por sentencia del Tribunal Supremo del 27 de Febrero 2007(RJ2007/1768) señala con relación a la fiducia *cum amico* que la atribución de titularidad de un bien inmueble en virtud de pacto de «fiducia *cum amico*» no impide a los

fiduciantes hacer valer el carácter meramente fiduciario de la titularidad atribuida, que no deja de ser una titularidad formal y no real³²⁴.

En sentencia de 30 de mayo de 2008(RJ 2008/3190), el Tribunal Supremo se ocupa de nuevo de la existencia de “*fiducia cum creditore*”, en una venta hecha por el fiduciante prestatario a favor de fiduciario prestamista, la llamada venta en garantía manteniendo la continuidad en esta línea jurisprudencial³²⁵.

³²⁴ Dice la Sentencia: “La interpretación en la instancia fue rotundamente distinta: las partes se limitaron a concertar un negocio fiduciario del tipo «*fiducia cum amico*», en el que la transmisión de la propiedad se basa en la confianza en el fiduciario, de modo que éste la conservará hasta el momento en que se reclama por el fiduciante la propiedad de lo transmitido. Dice al efecto el fundamento jurídico quinto de la sentencia de primera instancia: «Si nos atenemos a su literalidad, dicho documento no contiene ninguna renuncia expresa a los derechos de los firmantes sobre el bien a que se refiere, sino sólo consienten en que la titularidad formal del mismo conste a nombre del cónyuge sobreviviente. Y ello es lógico, pues, no liquidada la sociedad de gananciales en dicho momento –como no lo está en la actualidad– mal se puede renunciar a lo que se ignora si les va a corresponder en la división de la misma. A nuestro parecer, el citado documento, revela la existencia de un negocio fiduciario concertado entre los firmantes de dicho documento, herederos del cónyuge premuerto, y el cónyuge sobreviviente, a virtud del cual todos ellos consienten que la titularidad formal la ostente este último, sin perjuicio de los derechos de aquéllos en la liquidación de la sociedad de gananciales y en la herencia del cónyuge premuerto, y hasta el momento en que dicha sociedad de gananciales se liquide. Y no es obstáculo a tal calificación, la circunstancia de que el citado documento esté firmado solamente por los herederos del cónyuge premuerto, pues no se debe olvidar que tal documento va dirigido a un tercero, vendedor del bien litigioso. Lo trascendente del documento es que revela la existencia de dicho negocio, lo que se confirma por el efectivo otorgamiento de la escritura pública a nombre exclusivo de la viuda, intervención de ésta en dicho otorgamiento que no se justifica si no es por tal hecho, pues ella tenía perfecto conocimiento de que el bien había sido adquirido constante matrimonio y que, por ello, tenía carácter ganancial. Se trata de un tipo específico de negocio, “*fiducia cum amico*”, fundamentada en la confianza propia entre los intervinientes familiares directos que, en dicho momento, conservaban buenas relaciones personales, negocio válido y eficaz, como ha tenido ocasión de decir el Tribunal Supremo en numerosas sentencias, citándose a este efecto la de 2 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 8784) , y que no autoriza al fiduciario a realizar actos dispositivos que contradigan lo pactado entre ellos, sin perjuicio de la protección de los terceros de buena fe»”.

³²⁵ Dice la sentencia comentada: “*Según esta misma sentencia, las líneas maestras que la configuran pueden resumirse así:*

«1º. La transmisión en garantía es un negocio fiduciario, del tipo de la fiducia cum creditore. El fiduciante transmite la propiedad formal con el riesgo de que al adquirirla el fiduciario y figurar como tal frente a terceros, pueda éste vulnerar el pacto de fiducia transmitiéndola a su vez, estando los adquirentes del fiduciario -si son terceros de buena fe- protegidos en su adquisición en virtud de la eficacia de la apariencia jurídica, que protege las adquisiciones a título oneroso y de buena fe de quien en realidad no es propietario.

2º. El fiduciante transmite al fiduciario la propiedad formal del objeto o bien sobre el que recae el pacto fiduciario, con la finalidad de apartarlo de su disponibilidad y así asegura al fiduciario que lo tendrá sujeto a la satisfacción forzosa de la obligación para cuya seguridad se estableció el negocio fiduciario.

3º. El fiduciario no se hace dueño real -propietario- del objeto transmitido, sino que ha de devolverlo al fiduciante una vez cumplidas las finalidades perseguidas con la fiducia. El pacto fiduciario lleva consigo esa retransmisión.

Por sentencia del Tribunal Supremo de 13 de Julio de 2009 (RJ 2009/4466), en su Sala primera, advierte que la fiducia “*cum amico*” es válida salvo finalidad fraudulenta³²⁶. En lo demás mantiene la misma línea jurisprudencial de la llamada tercera etapa, señalando que el fiduciario no ostenta la titularidad real, no es auténtico dueño, sino un titular formal, sin perjuicio de la apariencia del acto.

Nuevamente en Mayo 17 de 2011 (RJ 2011/3973), el Tribunal Supremo, en su Sala primera, se ocupa de la fiducia “*cum amico*” y la doctrina de los actos

4°. *La falta de cumplimiento por el fiduciante de la obligación garantizada no convierte al fiduciario en propietario del objeto dado en garantía; la transmisión de la propiedad con este fin no es una compraventa sujeta a la condición del pago de la obligación.*

5°. *El fiduciario, caso de impago de la obligación garantizada, ha de proceder contra el fiduciante como cualquier acreedor, teniendo la ventaja de que cuenta ya con un bien seguro con el que satisfacerse sobre el que le corresponde una especie de derecho de retención, pero sin que ello signifique que tiene acción real contra el mismo.*

6°. *La transmisión de la propiedad con fines de seguridad, o "venta en garantía" es un negocio jurídico en que por modo indirecto, generalmente a través de una compraventa simulada, se persigue una finalidad lícita, cual es la de asegurar el cumplimiento de una obligación, y no pueda pretenderse otra ilícita, como la de que, en caso de impago de la obligación, el fiduciario adquiera la propiedad de la cosa, pues se vulneraría la prohibición del pacto comisorio, revelándose la "venta en garantía" como un negocio en fraude de Ley (art. 6.4 Cód. civ. [LEG 1889, 27]). Igualmente, en la de 4-12-2002 (RJ 2002, 10424) : En definitiva, en el caso de autos, se trata de venta en garantía de un préstamo, pues la "causa fiduciae" no es propiamente la enajenación llevada a cabo, sino el afianzamiento que se pretende del débito mediante una compraventa que convierte al fiduciario en sólo propietario formal dada su posición principal de acreedor (aparente comprador), en tanto que el fiduciante es el deudor y obligado al préstamo que contrajo, actuando en el negocio como aparente vendedor, por lo que el fiduciario lo que ha de pretender bajo esta figura es la devolución de préstamo garantizado, pero sin que acceda a su patrimonio de modo definitivo el derecho de propiedad ni siquiera a través de un pacto comisorio, al no ser esa la finalidad del negocio concertado».*

³²⁶ Señala la sentencia: “Ciertamente en el caso nos encontramos ante una "fiducia cum amico" cuyo precedente histórico se halla en las Instituciones de Gayo (II, 60, "sed fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris iure, aut cum amico quo tutius nostrae res apud eum sint") y cuya posibilidad y validez, salvo finalidad fraudulenta, ha sido reconocida por la jurisprudencia de esta Sala (entre las más recientes Sentencias cabe citar las de 15 de marzo de 2000 (RJ 2000, 1837) ; 5 de marzo y 16 de julio de 2001 (RJ 2001, 5226) ; 17 de septiembre de 2002; 10 y 13 de febrero (RJ 2003, 1046) y 31 de octubre de 2003; 30 de marzo de 2004; 23 de junio y 27 de julio de 2006 y 7 de mayo de 2007 (RJ 2007, 3559)). En esta modalidad de fiducia el fiduciario no ostenta la titularidad real pues no es un auténtico dueño, teniendo solo una titularidad formal, sin perjuicio del juego del principio de la apariencia jurídica. El dominio sigue perteneciendo al fiduciante en cuyo interés se configura el mecanismo jurídico, lo que acentúa la nota de la confianza.”

propios del fiduciante.³²⁷ En esta oportunidad se advierte por la corporación que no cabe acudir a la doctrina de los actos propios del fiduciante para sostener que de los mismos se desprende la efectiva titularidad del fiduciario. Por lo demás se sigue la misma línea jurisprudencial de la tercera etapa que hemos advertido, haciendo referencia además a la propiedad formal del fiduciario.

Por sentencia de 4 de Octubre de 2011, Ponente: Don JUAN ANTONIO XIOL RIOS, señala la Sala que estamos frente a un acuerdo fiduciario, del tipo de *fiducia cum amico*, cuya finalidad y validez ha sido reconocida por la jurisprudencia, salvo que sea fraudulenta, y se caracteriza por que el fiduciario no ostenta la titularidad real sino únicamente la titularidad formal, pues no es verdadero propietario, sin perjuicios de la apariencia jurídica frente a terceros y las consecuencias que esto trae frente a terceros de buena fe, de modo que el dominio sigue perteneciendo al fiduciante en cuyo interés se configura e mecanismo jurídico.

³²⁷ Señala la sentencia comentada lo siguiente:“(…) siendo así que en esta modalidad de fiducia el fiduciario no ostenta la titularidad real pues no es un auténtico dueño, teniendo solo una titularidad formal, sin perjuicio del juego del principio de la apariencia jurídica, de modo que el dominio sigue perteneciendo al fiduciante en cuyo interés se configura el mecanismo jurídico, lo que acentúa la nota de la confianza. Pues bien, en tal situación no cabe acudir a la doctrina de los actos propios del fiduciante para sostener que de los mismos se desprende la efectiva titularidad del fiduciario (sentencia de esta Sala núm. 637/2006, de 23 junio (RJ 2006, 4610)) pues no concurren en tales actos -que inciden sobre el mantenimiento de la apariencia de una situación no real- los requisitos para que los mismos creen estado y hayan de considerarse vinculantes para quien los protagoniza. (...) el principio de que nadie puede ir contra sus propios actos solo tiene aplicación cuando lo realizado se oponga a los actos que previamente hubieren creado una situación o relación de Derecho que no podía ser alterada unilateralmente por quien se hallaba obligado a respetarla, pues constituye un presupuesto necesario para la aplicación de esta doctrina que los actos propios sean inequívocos, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda una determinada situación jurídica que afecte a su autor, y que entre la conducta anterior y la pretensión actual exista una incompatibilidad según el sentido que, de buena fe, hubiera de atribuirse a aquélla; situación de incompatibilidad que no existe cuando la base de la acción se encuentra precisamente en la afirmación de que se han venido realizando actos de reconocimiento de propiedad a favor de quien no era titular real del dominio.”

En sentencia del Tribunal Supremo, Sala primera, número 34 de 27 de enero de 2012(RJ 2012/3658), a propósito de un negocio que simulaba un préstamo con garantía real, advierte claramente que no se está ante una modalidad de negocio fiduciario, sino ante un acto simulado relativamente. Se presenta una nulidad del contrato de compraventa con pacto comisorio; no se trata de un negocio fiduciario sino de la simulación de un contrato de préstamo con garantía real³²⁸. Mantiene por tanto la Jurisprudencia mencionada la posibilidad de que se presente un pacto fiduciario en la medida que en el caso que examina lo excluye, pero admite la posibilidad de que lo fuera.

En conclusión, la jurisprudencia del Tribunal Supremo en lo que hemos llamada la tercera etapa, está caracterizada por las siguientes notas:

- Se admiten los negocios fiduciarios en el derecho privado español, concretamente se perfilan la *fiducia cum creditore* y la *fiducia cum*

³²⁸ Señala la sentencia: “entraña un pacto comisorio (arts. 1858 y 1859 C.c .), porque a través de la instrumentación de una compraventa en la que el objeto es el inmueble gravado y el precio es el importe de la deuda insatisfecha, el acreedor hipotecario persigue el mismo fin prohibido legalmente; que se apropie de la cosa dada en garantía en satisfacción de su crédito. Se comete un fraude de ley, porque, al amparo del texto de una norma que lo permite (art. 1445 C.c .), resulta vulnerada la norma prohibitiva del pacto comisorio, por lo que, descubierto el fraude, hay que aplicar ésta por ordenarlo el art. 6º.4 del Código civil ". (...) " Por tanto, no se trataba de una fiducia de tipo cum creditore (ni mucho menos cum amico) sino de una clara simulación, negocio jurídico simulado, compraventa, con simulación relativa, en el sentido de que encubría un préstamo con garantía y la garantía era, nada menos, que el acreedor (que fue querellado por usura) hacía suyas las fincas si no devolvía el capital prestado y sus intereses, lo cual no es otra cosa que el pacto comisorio, consistente en que el acreedor hace suya la cosa si se incumple la obligación y el artículo 1859 (y 1884 en la anticresis) dispone que el acreedor no puede apropiarse las cosas dadas en prenda o hipoteca, ni disponer de ellas". Y añade: " En primer lugar, porque su negocio adquisitivo no es verdadera compraventa, sino el final de una serie de transmisiones bajo la simulación relativa de un negocio jurídico de compraventa que disimula un préstamo con pacto comisorio, es decir, que el verdadero negocio es nulo de pleno derecho bajo la sanción de nulidad absoluta del artículo 6.3 del Código civil por ir contra la mencionada prohibición expresa, de larguísima tradición histórica".

amico. La primera con una finalidad de garantía y la segunda, con una finalidad de mandato.

- La transmisión en garantía es un negocio fiduciario, del tipo de la *fiducia cum creditore*.
- La transferencia que hace el fiduciante al fiduciario no es plena, solo de la propiedad formal, para poder cumplir con el propósito de la fiducia. No lo hace un dueño real –propietario- del objeto transmitido. Una vez de se cumpla dicho propósito habrá lugar a una retransferencia de la propiedad nuevamente al fiduciante. Es un derecho personal que no alcanza a terceros de buena fe. El pacto fiduciario lleva consigo esa retransmisión.
- La finalidad es precisamente la de apartarlo de su disponibilidad al fiduciante que sigue siendo dueño, y así asegura el cumplimiento de la obligación para cuya seguridad se estableció el negocio fiduciario. La falta de cumplimiento no convierte en propietario a fiduciario.
- Ante el incumplimiento de la obligación, el fiduciario ha de proceder contra el fiduciante como cualquier acreedor, con la ventaja de que cuenta ya con un bien seguro con el que puede satisfacerse y sobre el que tiene una especie de derecho de retención, pero sin que signifique que tiene una acción real contra el mismo.
- Existe un derecho de retención sobre el bien transmitido en fiducia mientras se cumpla la finalidad buscada con la negociación.
- Se presenta una apariencia de transferencia que protege a los terceros que adquieren de buena fe. El negocio fiduciario implica un riesgo, pues al quedar el fiduciario como propietario formal aparente y

figurando como tal frente a terceros, pueda incumplir el pacto de fiducia y retransmita a terceros el bien, estando los adquirentes del fiduciario -si lo son de buena fe- protegidos en virtud de la eficacia de la apariencia jurídica, que protege las adquisiciones de buena fe, a título oneroso, de quien en realidad no es propietario.

En las decisiones más recientes de las Audiencias Provinciales se observa claramente la tendencia marcada por el Tribunal Supremo sobre los negocios fiduciarios. Observemos algunas de ellas:

AP Valencia (Sección 8ª), sentencia núm. 444/2011 de 20 julio. JUR 2011\394823, señala la sentencia:

“...podría considerarse procedente la calificación de lo ocurrido como una fiducia , más un contrato de opción de compra, para la recuperación de la propiedad en el plazo pactado. Es paradigmática al respecto, la STS. núm.....las partes fue el típico negocio de transmisión de propiedad en garantía, a través de un medio indirecto cual es la instrumentación.....simulada, que la jurisprudencia de esta Sala ha conocido ya en bastantes ocasiones (sentencias de 2 de junio de 1982 , 12.....maestras que la configuran pueden resumirse así: «1º. La transmisión en garantía es un negocio fiduciario, del tipo de lafiducia cum creditore.....tal frente a terceros, pueda éste vulnerar el pacto de fiducia transmitiéndola a su vez, estando los adquirentes del fiduciario -si son terceros de buena fe- protegidos en su adquisición en virtud de la eficacia de la apariencia jurídica, que protege...”.

AP Cádiz (Sección 6ª,), sentencia núm. 15/2012 de 30 enero. JUR 2013\89284. Dice:

“... El negocio jurídico fiduciario, en cuya existencia se fundó desde una perspectiva técnica la contestación a la demanda, puede conceptuarse como aquél en el que confluyen las notas de uso de un medio.....nombre de fiduciario. No encontrándose restricción alguna para su celebración en atención a la amplitud que el artículo 1.255 del.....la autonomía de la voluntad, tradicionalmente se han venido distinguiendo en su seno las modalidades de fiducia " ". Mientras que en las primeras las facultades atribuidas al fiduciario están destinadas a utilizarse en exclusivo interés del fiduciante, no ocurre lo mismo en las segundas, en el que común a ambos. La modalidad más habitual

de este último es la llamada venta en garantía. La compraventa analizada en el fundamento de derecho sexto es asimilable a ella a la vista del contrato de préstamo que se trató en el séptimo, aunque sus perfiles exactos no puedan determinarse, en tanto que se efectuó una aparente atribución patrimonial a otro.....no ya que lo impidiera que no hubiese documento alguno en el que constase el precio o que se hubiera dejado.....por no convenirse el mismo, se habría dejado de perfeccionar en todo caso. Como han acertado a destacar las sentencias del...”.

AP Sevilla (Sección 8ª), sentencia núm. 335/2012 de 2 julio. JUR 2012\330937.
Señala la sentencia:

“...de definir la naturaleza jurídica de los negocios controvertidos. La fiducia "cum creditore" es un pacto en virtud del cual una persona transmite en plena propiedad un determinado bien a otra para garantizarle el.....obligación crediticia, que el primero asegura, se haya saldado, constituyéndose en su conjunto como un contrato causal, conforme al , en el que la causa no consiste en la enajenación, sino en la garantía de la deuda a que la relación obligatoria responde, siendo justamente en la causa del contrato fiduciario donde hay que alojar la limitada eficacia real de la venta en garantía que, no pudiendo oponerse al fiduciante por no haberse operado.....no ser ésta la finalidad perseguida, que sólo quiso la garantía, sin voluntad de comprar o vender, y sigue exponiendo la.....propia sentencia de 8 de marzo de 1988 que abundando en lo dicho , la de 2 de junio del propio año.....prescinde de la sustantividad de la causa fiduciae como comprendida en el artículo 1274, no obstante lo cual la titularidad formal..”.

AP Sevilla (Sección 6ª), sentencia núm. 377/2012 de 20 septiembre. JUR 2013\147373. Dice:

“...Todo pues, parecería apuntar a una venta con pacto comisorio, figura respecto de la cual el TS en sentencia de 20 de Diciembre de 2.007 indica:ha mantenido la doctrina del negocio fiduciario , en su consideración del doble efecto, real y obligacional, que fue importado incluso en su terminología de la doctrina alemana, pese a ser distintos los presupuestos básicos del Derecho civil en este extremo; pero la doctrina española más especializada discute su.....la llamada causa fiduciae y cada vez más lo asimila, en muchos casos, al negocio jurídico simulado , con simulación relativa, cuyo.....propia jurisprudencia no ha sido ajena a esta evolución y en ocasiones apunta la existencia de la simulación: la.....no ser esa la finalidad perseguida, que sólo quiso la garantía, sin voluntad de comprar o vender”; ...”

AP Sevilla (Sección 8ª), sentencia núm. 483/2007 de 21 diciembre. JUR 2011\233717. Dice así:

“...En cualquier caso el negocio fiduciario no es un negocio simulado.....ficticio sino real y perfectamente válido, que transmite al prestamista -en la fiducia que nos ocupa «cum creditore»- la titularidad dominical de los.....prestamista, siendo indiscutible «la validez entre las partes de la venta en garantía, en cuanto fue elemento determinante de la concesión del préstamo, cuya.....por pago arrastrará sin duda la titularidad del fiduciario, pero, en tanto no se produzca el cumplimiento, le asistirá un "ius.....del plazo para ello estipulado expresamente, consolidará el pleno dominio en su favor, siempre que no existan otros obstáculos, al margen..”.

AP Madrid (Sección 18ª), sentencia núm. 504/2012 de 15 octubre. JUR 2012\376773. Dice la sentencia:

“En efecto, las figuras conocidas de antiguo como fiducia y pacto retro son de ordinario las convenciones por medio de las cuales se llevan a cabo las ventas de propiedades no con la intención propia del contrato de.....de la cosa vendida, sino con una simple finalidad de garantía, con independencia de la cuestión doctrinal acerca de si son.....tiene, junto con los pactos fiduciarios, para producir efectos perversos en orden a la justa correspondencia de las obligaciones de las partes contratantes. Así, y en relación ya con la figura del pacto retro una añeja.....semillero de fraudes y pleitos, tiene sin embargo su justificación en la libertad de contratación proclamada en el art. 1255 C.Civil y puede obedecer sin duda a.....forma que no es posible apriorísticamente adoptar una actitud negativa en todo caso frente a un contrato perfectamente lícito y moral, tipificado como tal en el artículo 1507 C. civil , y por tanto, lo procedente...”

AP Tarragona (Sección 1ª), sentencia núm. 418/2012 de 16 octubre. JUR 2013\13096. Señala:

“...El negocio fiduciario es aquel negocio en el que las partes utilizan una figura jurídica (normalmente la.....más débiles, como la custodia y ocultación de unos bienes (fiducia cum amico) o la garantía de un préstamo (fiducia cum creditore). Además, existe una desproporción entre el negocio jurídico celebrado (compraventa) y la finalidad perseguida por el mismo. En el caso concreto de la fiducia cum creditore, la transmisión de la propiedad en garantía al acreedor otorga a éste una «titularidad fiduciaria» sobre el.....por ello conviene analizar los efectos que semejante titularidad acarrea en las relaciones entre el acreedor y el deudor y en las relaciones con terceros. Inter partes el hecho que el.....propiedad la mantiene el deudor fiduciante, aunque el acreedor queda en apariencia como dueño. El acreedor adquiere una mera titularidad formal.....ese bien. Evidentemente, sólo existe derecho de retención cuando la venta en garantía va acompañada de la transmisión de la posesión del bien..”.

AP A Coruña (Sección 3ª), sentencia núm. 42/2013 de 18 enero. JUR 2013\58902. Dice la providencia:

“...Por ello en el caso presente nos hallamos ante un negocio fiduciario que.....pacto de retro) pues la voluntad existente es la de garantía no la transmisora de propiedad alguna y así lo viene reconociendo el T.S. en Sentencias entre otras: 17-Sept.2003 y 26 de Julio-2004 , también llamado "venta en garantía" caracterizándolo como: 1º) la transmisión en garantía, es un negocio fiduciario; tipo fiducia cum creditore, 2º) el fiduciante transmite la propiedad y asegura.....fiduciario, caso de incumplimiento de la obligación garantizada, se convierte en acreedor contra el fiduciante. ...”.

AP Las Palmas (Sección 5ª), sentencia núm. 313/2010 de 30 junio. AC 2010\2259. Manifiesta:

“...de instancia y considera que se ha acreditado que la venta de la finca se hace en virtud de un contrato fiduciario de los llamados "fiducia cum creditore ", como garantía de cobro, encubriendo la operación un préstamo, sin verdadera voluntad.....la firma de un contrato de arrendamiento de igual fecha en el que se pacta una opción de compra cuyo precio se calcula teniendo en cuenta el dinero "prestado" más el beneficio.....Así el Tribunal Supremo en, rec. 568/2001 , establece: <<...declarando, con base en la doctrina jurisprudencial sobre la fiducia "cum creditore ", contenida en lasrelación contractual que unía a los litigantes debía calificarse como venta en garantía, y que los prestatarios-vendedores otorgaron escritura de compraventa a.....resulta plenamente ajustada a la doctrina de esta Sala Primera en torno a la figura de la venta en garantía o de la fiducia cum creditore , contenida, además de en las Sentencias citadas por la Audiencia, en otras más recientes de ...”

AP Barcelona (Sección 19ª), sentencia núm. 96/2009 de 19 febrero. AC 2009\1216. Sentencia:

“...líneas maestras de la configuración de la figura jurídica llamada "venta en garantía" para seguidamente analizar cuál es la naturaleza jurídica de los documentos suscritos "inter partes" en fecha 2 de Junio de 1993 (documentos números 8 y 9 de la demanda). La doctrina jurisprudencial contenida en la , la define así: "1º.- La transmisión en garantía es un negocio fiduciario, del tipo de la fiducia "cum creditore". El fiduciante transmite la propiedad formal con el.....tal frente a terceros, pueda éste vulnerar el pacto de fiducia transmitiéndola a su vez, estando los adquirentes del fiduciario -si son terceros de buena fe- protegidos en su adquisición en virtud de la eficacia de la apariencia jurídica, que protege.....adquisiciones a título oneroso y de buena fe de quien en realidad no es propietario. 2º.- El fiduciante transmite al fiduciario.....al fiduciante una vez cumplidas las finalidades perseguidas con la fiducia. El acto fiduciario lleva consigo esa retransmisión....”

AP Barcelona (Sección 17ª), sentencia núm. 396/2007 de 28 junio. JUR 2007\357582. Señala:

“...vieja doctrina del doble efecto real y obligacional de la "fiducia cum creditote",

establece: " la validez entre las partes de la venta en garantía, en cuanto fue elemento determinante de la concesión del préstamo, cuya.....por pago arrastrará sin duda la titularidad del fiduciario, pero, en tanto no se produzca el cumplimiento, le asistirá un "ius.....del plazo para ello estipulado expresamente, consolidará el pleno dominio en su favor, siempre que no existan otros obstáculos, al margen..."

AP Granada (Sección 5ª), sentencia núm. 257/2007 de 8 junio. JUR 2008\17574. Manifiesta:

"...Dice el Alto Tribunal en sentencia de su Sala 1ª de 6 de Julio de.....992 , que la configuración jurisprudencial del esquema negocial de la "fiducia non cum amico sed creditore" que, entre otras, en S. 30-1-91 se contempla afirmándose: "ya en S. 7-3-90 se decía: se caracteriza por el.....logrado por la vía directa del préstamo con afianzamiento. Negocio en virtud del cual una persona (fiduciante) transmite la plena propiedad.....recogiendo el sentir jurisprudencial anterior, señala que el pactum de fiducia cum creditore se definió ya en la S. 19-5-82 como negocio en virtud del cual una persona (fiduciante) transmite en plena propiedad un determinado bien o derecho a otra distinta.....obligación crediticia, que el primero asegura, se haya saldado, constituyéndose en su conjunto como un contrato causal, conforme al artículo 1.274 C.C ., en el que la causa fiduciae no consiste en la enajenación propiamente, sino en la garantía o afianzamiento del débito a que la relación obligatoria responde, siendo justamente en la causa del contrato fiduciario donde hay que alojar la limitada eficacia real de la venta en garantía que, no pudiendo oponerse el fiduciante por no haberse operado..."

AP Islas Baleares (Sección 4ª), sentencia núm. 54/2007 de 6 febrero. AC 2007\1450. Advierte:

"...Conforme señala el Tribunal Supremo en su el negocio fiduciario, rectamente entendido, es aquel en virtud del cual el que actúa como fiduciante transmite la.....avalada está debidamente cumplida ("pactum fiduciae"). Se trata de una venta en garantía integrada unitariamente por dos vertientes; una en cuanto representa transmisión de dominio, y otra de carácter obligacional..... que en el negocio fiduciario existe un contrato complejo integrado por otros.....partes, que constriñe al comprador al uso del derecho adquirido en forma que no impida el rescate y consiguiente deber en otro caso de indemnización de daños y perjuicios, sirviendo de causa al contrato unificado la fiducia que presta soporte también a la compraventa en función de garantía a los contratantes. ..."

AP Alicante (Sección 6ª), sentencia núm. 187/2005 de 12 abril. JUR 2005\129980. Señala:

“...Sobre el pactum de fiducia cum creditore dice la que se definió ya en la como negocio en virtud del cual una persona (fiduciante) transmite en plena propiedad un determinado bien o derecho a otra distinta.....obligación crediticia, que el primero asegura, se haya saldado, constituyéndose en su conjunto como un contrato causal, conforme al art. 1274 del, en el que la causa fiduciae no consiste en la enajenación propiamente, sino en la garantía o afianzamiento del débito a que la relación obligatoria responde, siendo justamente en la causa del contrato fiduciario donde hay que alojar la limitada eficacia real de la venta en garantía que, no pudiendo oponerse al fiduciante por no haberse operado.....no ser ésta la finalidad perseguida, que sólo quiso la garantía, sin voluntad de comprar o vender. ...”

AP Toledo (Sección 1ª), sentencia núm. 229/2005 de 29 septiembre. JUR 2005\236530. Señala:

“..., en el que se concluye que el contrato litigioso de 14.....arrendamiento de 2 de diciembre, no es un contrato de garantía como se pretende (fiducia) sino una verdadera transmisión de la propiedad a título de venta con pacto de retro, como lo demuestra que en este caso existe pago real de parte del precio...”

Observando con detenimiento este panorama de las decisiones de las Audiencias Provinciales, podemos concluir que todas siguen los lineamientos jurisprudenciales del Tribunal Supremo en la que hemos denominado la tercera etapa, con las mismas conclusiones que anteriormente expusimos como que pueden derivarse en el momento presente de la concepción de los negocios fiduciarios en la Jurisprudencia española.

10. La conclusión sobre el negocio fiduciario y el *trust* en España.

No obstante las dificultades que se han presentado para la aplicación de la figura en el sistema jurídico español, las discusiones altisonantes y dispares que se observan en la doctrina e incluso en la jurisprudencia, que además son replica de las que suceden en toda la Europa continental, la realidad es que, si

se quiere, existen serios argumentos para darle espacio al negocio fiduciario, sin necesidad de mucho apretujo.

Sin embargo, internamente, en el momento jurisprudencial que actualmente se vive, habría que sostener que no es posible la transmisión de la propiedad³²⁹.

La inclusión de la figura es una imposición del mundo contemporáneo. La globalización de la economía, la eliminación de fronteras y la búsqueda de espacios comunes para el comercio, obliga al acercamiento institucional de los instrumentos negociales entre las diferentes naciones.

Sin duda, se tiene una resistencia cultural a introducir figuras provenientes de otros sistemas, especialmente anglosajonas, que han sido elaboradas a partir de finalidades pragmáticas, más que de la pureza de las formas y conceptos a los que se ha hecho culto en muchos años en la tradición jurídica de la Europa continental. Pero los hechos desbordan las realidades y no podemos seguir resistiéndonos al paso de una figura que avasalla con su presencia el mundo del comercio contemporáneo.

Lo primero sería adherir a la Convención de la Haya sobre el *Trust*, paso que perfectamente podría dar España, a fin de reconocer los efectos de los *trust* celebrados en el exterior. Este paso daría una apertura a la figura en doctrina y

³²⁹ SÁNCHEZ GERVILLA, ANTONIO. *Visión histórica de la fiducia y actual criterio del Tribunal Supremo*. Foro de casos prácticos. www.notariosyregistradores.com

jurisprudencia que indiscutiblemente podrían abrir el camino a desarrollos legislativos internos para aceptar definitivamente la institución fiduciaria.³³⁰

Mientras tanto, algunos consideran desaconsejable la utilización de los *trust* extranjeros por los españoles para bienes que se encuentren en el territorio nacional, precisamente por no estar la figura disponible en el sistema y por la gran cantidad de criterios contrarios que se presentan para su introducción.³³¹

³³⁰ CÁMARA LAPUENTE, SERGIO. *Trust a la francesa*. Universidad de Rioja. InDret 2/2005. Revista para el análisis del Derecho. Barcelona, mayo de 2005. Pág. 41. WWW.INDRET.COM [44] **Dice sobre el punto:** “Y la cuestión final sobre este reto: ¿intentará el legislador español arrostrar una tal regulación? El Estado español no es uno de los signatarios del Convenio de la Haya sobre *trust* de 1985, a diferencia de Francia (que lo firmó, pero sin ratificarlo aún), ni ha presentado ningún proyecto conocido para una regulación general ni del *trust* ni de la fiducia. Unos 80 años de jurisprudencia sobre los negocios fiduciarios –como fiducia atípica– demuestran al menos dos cosas: la enorme vitalidad de este instrumento en la práctica jurídica (así como de los *trusts* foráneos que despliegan sus efectos en suelo español) y la gran litigiosidad que genera por falta de una regulación de sus aspectos, que se ven sometidos a gran incertidumbre por las dispares soluciones jurisprudenciales en algunos aspectos vitales, o por los problemas a la hora de inscribir fiducias o *trusts* en el Registro de la Propiedad o al afrontarse la tributación de sus distintos elementos, etc. Mientras las operaciones fiduciarias siguen su marcha innominada –alegales, pero no ilegales–, algunas actividades concretas van incorporándose a nuestro ordenamiento jurídico bajo el patrón de los patrimonios afectados a un fin (como el patrimonio protegido de los discapacitados regulado en la Ley 41/2003) o de la fiducia de garantía (como las garantías financieras del RDL 5/2005). En este sentido, el puro intento de regulación global de la fiducia por Cataluña dentro de su proyectado Código civil (según los trabajos preparatorios publicados en 2003), o la organización de jornadas o congresos sobre el *trust*, como el previsto en Tarragona en octubre de 2005⁸⁵, reflejan sin duda una sensibilidad digna de atención hacia fenómenos que acaso podrían reportar ventajas a un ordenamiento jurídico en un contexto económico ineludiblemente internacional.” Aunque en las balanzas de pagos no sume la exportación de instituciones jurídicas, quizás el éxito económico francés de su experimento fiduciario pueda sumar otro éxito menos contabilizable, pero igualmente codiciado: la expansión de su modelo fiduciario a otros sistemas jurídicos.⁸⁵

³³¹ GORTÁZAR LORENTE, CARLOS. Ob. Cit. En la obra colectiva *El trust en el derecho civil*. Bosch, Barcelona, 2007. Pág. 529.

PARTE II.

La estructura del Contrato de Fiducia, La Fiducia en Garantía y los *Trust*.

1. Introducción.

Pretendemos a continuación examinar la estructura general de lo que hoy en día es el negocio fiduciario en las diferentes legislaciones de corte románico que lo regulan, procurando resaltar sus lineamientos más comunes y los principales puntos de diferencia, igualmente observar la misma estructura en el *trust* y procederemos a efectuar la respectiva comparación. La naturaleza jurídica, la función económica, la noción del contrato de fiducia y del *trust*, su objeto, su causa y las ventajas que ofrece cuando se utiliza como instrumento de garantía, sus características y efectos principales, serán objeto de nuestro análisis a continuación.

El negocio fiduciario actual, con sus deferentes manifestaciones en los distintos sistemas jurídicos, es la consecuencia de la adaptación que de la fiducia romana, que realizaron los pandectistas alemanes³³².

Se puede decir de entrada de que se trata de un negocio de estructura compleja y partiendo de esta afirmación será como debemos acercarnos al

³³² FUENTESECA, CRISTINA. Ob. Cit. Pág. 49.

estudio y comprensión de la naturaleza jurídica de los negocios fiduciarios³³³. Esta idea inicial, además, sirve de fundamento a la jurisprudencia para diferenciar los negocios fiduciarios de los negocios simulados, a los que observa de una estructura simple³³⁴.

2. El Contrato de Fiducia.

2.1. Función Económica

Al negocio fiduciario se le llama con este nombre porque implica fiducia en el comportamiento del sujeto que recibe el encargo o la atribución patrimonial³³⁵, en él se confía algo. Por ello, en la lengua castellana, fiducia equivale a confianza.

Es un negocio fondeado en la confianza que nos inspira otra persona³³⁶ y por ello se le confía una gestión especial. La confianza en sí, es un elemento que campea soberbio en el derecho de los negocios. Todo el derecho de obligaciones está edificado sobre la confianza que despierta el deudor³³⁷. Cualquier trato de crédito es a su vez, una relación de confianza, por ello crédito viene de *credere*, es decir, confiar en la persona a quién le

³³³ MARTÍN LEÓN, ANTONIO. *Negocios fiduciarios, Simulación y Transmisión de la Propiedad*. Thomson-Reuters-Aranzadi. Navarra, 2012. Pág. 40.

³³⁴ STS de 28 de Octubre de 1988 y 17 de Septiembre de 2002; citadas por MARTÍN LEÓN, ANTONIO. *Negocios fiduciarios, Simulación y Transmisión de la Propiedad*. Thomson-Reuters-Aranzadi. Navarra, 2012. Pág.40.

³³⁵ MESSINEO, FRANCISCO. *Derecho Civil y Comercial*, Tomo II. E. J. E.A. Buenos Aires. 1971. Pág. 453.

³³⁶ GARRIGUEZ DIAZ-CANABATE, JOAQUIN. *Negocios fiduciarios en el Derecho Mercantil*, Civitas, Madrid, 1981, pág. 16.

³³⁷ GARRIGUEZ DIAZ-CANABATE, JOAQUIN. *Ob Cit.*, pág. 17.

concedemos crédito.³³⁸ El acreedor confía en que el deudor le pagará, precisamente, porque previo al examen de solvencia material, debe existir una convicción sobre la solvencia moral; al menos, ambas ideas se agrupan una al lado de otra³³⁹. Si este es el sentido que impera en todo el derecho de obligaciones, se agudiza aún más frente a ciertos contratos que tienen especialmente desarrollada la idea de confianza como elemento psicológico, como son los llamados *intuitu personae*, en los que la mera desconfianza puede conducir a su resolución o terminación³⁴⁰. Así llegamos a una idea de negocio fiduciario en un sentido amplio, que serían todas aquellas relaciones en la que predomina un deber de lealtad hacia otro³⁴¹.

En un sentido estricto, en el negocio fiduciario propiamente dicho, el fiduciante lo juega todo a la pura confianza que deposita en el fiduciario³⁴², considerando que, en opinión de algunos, la diferencia con los demás negocios de gestión de intereses ajenos, consiste en la mera posibilidad o potestad de abuso que podría predicarse de quién recibe el encargo de confianza³⁴³. El fiduciante queda en manos del fiduciario, al punto que de que si este quiere defraudarlo, puede perfectamente hacerlo, al margen de lo que se le pueda exigir de responsabilidad por su conducta defraudadora.

³³⁸ GARRIGUEZ DIAZ-CANABATE, JOAQUIN. Ob Cit., pág. 17.

³³⁹ GARRIGUEZ DIAZ-CANABATE, JOAQUIN. Ob Cit., pág. 17.

³⁴⁰ GARRIGUEZ DIAZ-CANABATE, JOAQUIN. Ob Cit., pag. 18.

³⁴¹ GARRIGUEZ DIAZ-CANABATE, JOAQUIN. Ob Cit., pag. 18.

³⁴² GARRIGUEZ DIAZ-CANABATE, JOAQUIN. Ob Cit., pag. 19.

³⁴³ MESSINA, citado por GARRIGUEZ DIAZ-CANABATE, JOAQUIN. Ob Cit., pag. 19.

La utilización de la fiducia mercantil responde a un sin número de necesidades de orden práctico de los empresarios comerciales, con un propósito o finalidad fundamental: “obtener seguridad y confianza en sus operaciones”.

La institución contractual deviene en una especie de instrumento marco que sirve de apoyo a una gran variedad de operaciones mercantiles que los comerciantes pueden realizar.

Se habla de muchas clases de fiducia mercantil, a saber: de administración, de familia, de garantía, inmobiliaria, de inversión, de mera liberalidad, social, etc. En realidad, en todas ellas pesa una actividad fundamental que es la administración y un propósito común que es la seguridad, edificadas en la confianza que a las partes debe inspirar al realizar sus propósitos negociales, instrumentándolos a través de la institución fiduciaria.

Según MESSINEO, la fiducia se emplea para: *“a) para conferir, de modo particularmente eficaz, un encargo al fiduciario; b) o bien para facilitarle el ejercicio o la ulterior transferencia de un derecho; c) o bien, para procurarle la más fácil satisfacción de un derecho de crédito (por ejemplo que nace ex mutuo) (se le transfiere un bien, en lugar de constituirle una garantía real por suministro de dinero recibido: la llamada fiducia cum creditore o negocio fiduciario de garantía); d) o bien igualmente, para confiarle la custodia y la disponibilidad de bienes a través de la transferencia de la propiedad de ellos, con el acuerdo de que el fiduciario debe hacer el uso de esos bienes prescritos por el fiduciante; e) o bien, para eludir prohibiciones de ley; f) o bien, para*

*obviar la incapacidad legal de recibir bienes; g) o bien, para “poner al seguro” bienes (denominada fiducia cum amico, o negocio fiduciario de custodia, o de administración); h) o, finalmente, para sustraer bienes a los derechos de los acreedores”.*³⁴⁴

Pero la anterior enunciación es apenas a título de ejemplo, pues con la figura fiduciaria se abre un inmenso campo a la imaginación de los interesados en aras de su utilización; se trata de un instrumento contractual, que en su función esencial ofrece confianza a los empresarios mercantiles, para que puedan realizar sus diversas actividades. Es una especie de operación contractual de una gran flexibilidad y versatilidad, que puede ser utilizada con múltiples funciones y muy diversos fines.

Así tenemos como conclusión que la función económica que cumple toda fiducia, como instrumento contractual, es precisamente otorgar confianza a las partes para realizar sus operaciones o actividades, cuando se encuentran urgidas o necesitadas de tan peculiar propósito. Es, en parte, la presencia de la fiduciaria, en algunos sistemas jurídicos, como entidad especializada y vigilada por entes estatales que se encargan del control de la actividad financiera, lo que da tranquilidad a las partes en el negocio que ellas se proponen.

Pero además del elemento subjetivo, consistente en la presencia de la figura de la fiduciaria que brinda confianza y seguridad a las partes sobre la diligencia

³⁴⁴ MESSINEO, FRANCISCO. Derecho Civil y Comercial, Tomo II. E. J. E.A. Buenos Aires. 1971. Pág. 453.

con que se realizará la gestión encomendada; otra nota aparece como fundamental para lograr tal cometido y es, en la posibilidad que existe en los sistemas jurídicos de algunos países, para la formación del patrimonio autónomo o de afectación especial que surge como efecto de la transferencia de bienes, con los cuales se ha de cumplir la finalidad buscada, que es consecuencia propia de la celebración del contrato de fiducia mercantil.

2.2. La Función de la Fiducia en Garantía.

Con la fiducia en garantía, se pretende como finalidad primordial la de garantizar obligaciones presentes o futuras, utilizando un mecanismo alternativo frente a las garantías clásicas que se regulan en los diferentes sistemas jurídicos.

Se trata de una garantía ágil, tanto para obtener crédito, como para lograr su tutela frente a falta de pago del deudor. Agiliza la obtención del crédito, en la medida que la fiducia precede el otorgamiento de crédito, y una vez constituida los desembolsos al deudor se pueden dar rápidamente ante la garantía preexistente. Y una vez incurre en mora el deudor permite a los acreedores, frente al deudor moroso, obtener el pago de la deuda sin necesidad de acudir a procesos judiciales. Así también se agiliza la venta de los bienes objeto de la garantía y se consiguen mejores condiciones, pues actúa como intermediario un profesional, que es la fiduciaria con capacidad de negociación, posibilidades que no ofrece la rigidez del procedimiento de la subasta pública judicial.

En algunos sistemas jurídicos, le permite al constituyente de la fiducia obtener crédito rápido, pues la garantía la constituye un patrimonio autónomo, manejado por una entidad fiduciaria con una línea de acción previamente definida en el contrato fiduciario. Además, la constitución previa de un patrimonio autónomo para esta finalidad, permite en el futuro, la obtención de crédito de manera rápida y ágil, eliminando trámites previos que supone el otorgamiento de otros tipos de garantía, como avalúo, estudio del crédito, etc.

El constituyente deudor además, conserva la tenencia de los bienes fideicometidos y puede seguir gozando de los mismos durante el tiempo que estén entregados a la fiduciaria para el propósito de la fiducia en garantía. De allí la ventaja de la figura frente a otras garantías clásicas como la prenda civil o la mercantil con desplazamiento hacia el acreedor. Cuando el deudor va a conservar la tenencia de los bienes fideicometidos, suele acompañarse al contrato de fiducia un contrato de comodato que se suscribe entre la fiduciaria, quien actuará como comodante y el fideicomitente quien lo hará como comodatario.

La operación de venta que eventualmente se autoriza a la fiduciaria con respecto a los bienes fideicometidos, ante la eventual situación de que deudor no solucione su obligación oportunamente, es otra de las finalidades que se obtienen con el contrato de fiducia mercantil en garantía y puede por tanto, proceder la fiduciaria a la realización de dichos bienes en forma privada, logrando una mayor agilidad para satisfacer la tutela del crédito e incluso para

lograr un mejor precio en la negociación de los mismos, e incluso realizar dación en pago al acreedor si llegan a tal acuerdo.

Podemos por tanto concluir que, la fiducia en garantía, entre las ventajas que ofrece a las partes, puede gozar de una gran versatilidad, por ejemplo, las partes pueden estar buscando y obtener diversas funciones, como serían las siguientes:

- Que el patrimonio autónomo sea el que garantice la operación de crédito.
- Garantizar obligaciones que se piensan contraer en un futuro.
- Garantizar una obligación anteriormente contraída por el fiduciante o por un tercero.
- La administración de unos bienes por la fiduciaria, para que con el producto de los frutos de éstos se amortice un crédito.
- La administración de empresas en dificultades como fórmula concordataria o previa al trámite del concordato o programa de reestructuración de créditos.
- Para que la fiduciaria pague las deudas insolutas, con el producto de la realización de los bienes fideicometidos o entregue los bienes en dación de pago a los acreedores.

No obstante, algunos autores advierten acerca de cierta idea de peligro que encierra en negocio fiduciario, en la medida que el fiduciario se encuentra en una posición en la que, en un momento dado, le permite abusar. Dada la

propiedad del fiduciario de carácter plena y definitiva, puede enajenar la *res fiduciaria* o contravenir de alguna otra manera el *pactum fiduciae*.³⁴⁵ Precisamente por tratarse de un encargo por el cual se gestiona un interés ajeno, se trata por tanto de un negocio que descansa sobre la confianza que deposita el fiduciante sobre el fiduciario. Sin embargo, son riesgos que pueden minimizarse con un adecuado control de las fiduciarias por parte del Estado, como sucede en algunos sistemas; el patrimonio autónomo o de afectación que se constituye en otros y también dentro de la órbita de la finalidad preventiva que cumple la responsabilidad civil.

2.3. Las Partes Intervinientes en la Operación.

Se trata de una operación triangular, en la que aparece la persona del fiduciante o fideicomitente, que es el sujeto interesado en realizar alguna operación, de las muchas que pueden realizarse con el apoyo de la fiducia mercantil y que en consecuencia le transferirá o fideicometirá los bienes pertinentes, muebles, inmuebles, créditos, a la persona de la fiduciaria; ésta, la fiduciaria, que en algunos sistemas, es un ente jurídico autorizado por el Estado para actuar como tal y sometido a la vigilancia Estatal, aunque en otros sistemas no aparece esta exigencia y puede ser también una persona natural; y una tercera parte que es el fideicomisario o beneficiario de la gestión realizada con el mecanismo de la fiducia, que podrá ser incluso el mismo fideicomitente u otra u otras personas o el primero con ésta o aquellas.

³⁴⁵ JORDANO BAREA, JUAN B. *El negocio fiduciario*. Ed. Bosch, Barcelona. 1959. Pág. 12-13-16.

Observando el elemento subjetivo de la operación, consideramos que, tanto la intervención del fiduciario como la del beneficiario, son esenciales en la estructura jurídica de la fiducia; sin embargo, el beneficiario puede no existir al momento de celebrarse el negocio e incluso mientras se ejecuta el contrato, en tanto que el fiduciante solo es necesario para lograr el acuerdo con el fiduciario y transmitirle el bien y después puede incluso desaparecer. De ahí que sea el fiduciario el gran protagonista en este contrato, sin menospreciar los demás, que acuden a aquel, para poder lograr sus propósitos y finalidades, por la confianza que la institución inspira.

Sobre el cuestionamiento de quién debe ser el fiduciario se presentan muchas reflexiones en el campo doctrinal: desde la posibilidad de que toda persona natural o jurídica puede ser un fiduciario hasta restringir dicha actividad a entidades financieras debidamente vigiladas y controladas por el estado, a fin de garantizar y salvaguardar los derechos de quienes acuden a buscar este tipo de servicios³⁴⁶.

³⁴⁶ En opinión de: CÁMARA LAPUENTE, SERGIO. *Trust a la francesa*. Universidad de Rioja. InDret 2/2005. Revista para el análisis del Derecho. Barcelona, mayo de 2005. Pág. 33. WWW.INDRET.COM, encontramos el siguiente cuestionamiento: “**2.9. ¿Quién puede ser fiduciario?** [36] Esta cuestión ha sido fuente de intensos debates cada vez que se ha pretendido regular el *trust* en un ordenamiento civilista. La dicotomía está entre restringir la condición de fiduciario a determinados profesionales o a bancos y entidades financieras, o bien permitir que todas las personas puedan ser fiduciarios. Por la primera alternativa, en concreto, por la exigencia de que el fiduciario sea una entidad de crédito o ciertas sociedades con varios requisitos de solvencia y garantía, se decanta la mayoría de los sistemas de *Civil Law*, como Luxemburgo, los fideicomisos bancarios latinoamericanos, el proyecto de Ley italiano de 1998 para introducir el *trust*, o el segundo proyecto francés sobre la regulación de la fiducia de 1994. En cambio, la PLF de 2005, de acuerdo con la tradición angloamericana, el régimen escocés o las previsiones de los PETL y el CHT no ponen ese límite para poder desempeñar el cargo de fiduciario. Puede tratarse de una “persona física o jurídica” (art. 2062 Cc., lo cual significa que podrá serlo un profesional o no, un amigo, un familiar y, por supuesto, *a fortiori*, un abogado, un notario, un banco, un asesor, un gestor de cualquier tipo, etc.⁷⁵). No se contemplan requisitos específicos de capacidad (salvo las interdicciones para ser fiduciario en caso de haber sido sancionado por actividades que hacen dudar de su idoneidad y probidad para este oficio: art. 2067 Cc.; *vid.* § siguiente), ni se restringe expresamente la nacionalidad del fiduciario, aunque si reside fuera de Francia, a efectos fiscales debe denominar un representante en Francia (art. 16 PLF). Pese a la reseñada amplitud para designar

En algunos sectores de la doctrina se opina que en realidad las partes del contrato son solo dos, el fiduciante y el fiduciario, siendo los beneficiarios terceros que pueden verse afectados por el contrato³⁴⁷.

En la Ley francesa sobre la fiducia, también se conserva la figura tripartita del negocio con algunas peculiaridades. La fiduciaria puede ser persona natural o jurídica y los beneficiarios pueden ser terceros en el contrato. Observemos el siguiente comentario al proyecto que precedió la Ley³⁴⁸:

“Existen tres sujetos que pueden intervenir en el esquema fiduciario: el constituyente, el fiduciario y el o los beneficiarios. Los dos primeros concluyen el contrato y los beneficiarios pueden ser terceros (uno o varios) o serlo el constituyente (o uno de ellos: art. 2063 § 2), en cuyo caso el tradicional esquema triangular quedaría en una relación entre dos sujetos. El fiduciario, como regla general, no disfruta de los bienes ni puede ser beneficiario, salvo en el caso de fiducia con fines de garantía (art. 2063 § 3). Con un criterio en este caso más amplio que muchas otras legislaciones civilísticas que han restringido la cualidad de fiduciario a las personas jurídicas e incluso a determinadas personas jurídicas (entidades de crédito), la PFL permite que sean fiduciarios las personas jurídicas y las físicas. Donde vuelve a aflorar el carácter cauto de esta propuesta, tratando de evitar facilitar los usos fraudulentos de la figura, es en la prohibición de que el propio constituyente sea el fiduciario. Este veto –a mi juicio razonable– se enfatiza en la exposición de motivos (apartado II.A), aunque hubiera sido deseable dejar constancia expresa en el articulado. Con él se sigue la recomendación de los “Principios europeos sobre Derecho de trust”¹⁸, alejándose así del Common Law, del Derecho escocés y de las reglas propuestas para el Derecho catalán (art. 5.2 de la propuesta

fiduciario, existe un límite importante, cual es la interdicción del *trust* auto declarado: el constituyente no puede designarse a sí mismo como fiduciario (*vid. supra*, § 7b)”.

³⁴⁷ MOLINA SANDOVAL, CARLOS A. *El Fideicomiso en la dinámica mercantil*. Ed-B de f. Montevideo-Buenos Aires. 19. 2009. Pág. 26.

³⁴⁸ CÁMARA LAPUENTE, SERGIO. *Trust a la francesa*. Universidad de Rioja. InDret 2/2005. Revista para el análisis del Derecho. Barcelona, mayo de 2005. Pág. 8. WWW.INDRET.COM.

de la subcomisión, art. 514-7 de la propuesta de la sección de Derecho patrimonial)”.

En la fiducia en garantía se mantiene la misma estructura tripartita, ocupando el deudor real o potencial la posición del fiduciante, quién transfiere los bienes que son objeto de la garantía a la Fiduciaria, entidad especializada en la gestión de este tipo de encargos y los beneficiarios serán él o los acreedores garantizados.

También es posible que el fiduciante constituya la fiducia con el objeto de garantizar obligación de un tercero y no propia.

2.4. Naturaleza Jurídica del Negocio Fiduciario.

Se presentan amplias discusiones en la doctrina acerca de la naturaleza jurídica del negocio fiduciario.

La primera que queremos abordar tiene que ver con su carácter contractual.

Para la tradición romano-germánica, la fiducia o fideicomiso plantea un interesante debate sobre su forma de concretarse, pues mientras unos abogan por la unilateralidad del acto en su formación, interviniendo solamente una voluntad, otros lo conciben como un contrato, con la intervención de varias voluntades.

Distintas son las nociones anglosajonas y latinas del contrato; mientras que para los primeros es esencial la causa onerosa, *consideration*; los segundos, en seguimiento de la línea francesa, enmarcan como contrato todo acuerdo de voluntades dirigido a producir efectos jurídicos, independiente de si este es oneroso o gratuito.

Otra posición la advierte BATIZA³⁴⁹, refiriéndose a ciertos doctrinantes que han considerado el fideicomiso como cuasicontrato, en la medida que aceptan que la sola declaración del fiduciante le genera obligaciones, y la aceptación de la fiduciaria es solo necesaria para la ejecución del fideicomiso, no para el perfeccionamiento del negocio. Incluso, tal concepción adquiere plena audiencia en la fiducia testamentaria. Consideramos que esta concepción cuasicontractual, no es de recibo, no contribuye al entendimiento de la figura en los sistemas latinos. Claro es que el *trust* se constituye con la entrega de un instrumento y no con el acuerdo de voluntades. En consecuencia, ni la mera autodeterminación de dar un interés en *trust* tiene capacidad para establecerlo, pues necesita de la publicidad del otro, lo que si bien constituye un acto jurídico unipersonal, produce una separación patrimonial al hacerlo público, pues así lo entiende la lógica jurídica anglosajona.

Para los sistemas romano-germánicos, aceptar tal naturaleza cuasicontractual para la fiducia en general y la fiducia en garantía en particular, va en contravía de muchas de las instituciones jurídicas que los conforman. Por ejemplo, desde el punto de vista de la transmisión patrimonial en donde entran en juego los

³⁴⁹ BATIZA, RODOLFO. *El fideicomiso*. Porrúa, Mexico, 1990 Páginas 131 y siguientes.

modos para adquirir el dominio como lo son, la tradición y la sucesión por causa de muerte³⁵⁰; la tradición requiere de unos presupuestos mínimo: dos personas, sus respectivos patrimonios y una convención obligacional preexistente, válida y eficaz; mientras que la sucesión por causa de muerte, en la cual se va a liquidar un solo patrimonio, echa mano de una ficción para poder reunir a las dos personalidades en un mismo momento y parte de una sola manifestación de voluntad, el testamento o las asignaciones legales de la sucesión intestada.

El testamento no constituye para nada un acuerdo de voluntades; allí obra únicamente la del testador, otra cosa es que los herederos o legatarios pueden rechazar las asignaciones que se les hayan hecho; esto por un lado, pues si bien hay una disposición del causante, primero se debe sanear el patrimonio dejado por él, es decir, pagar las deudas que en vida adquirió. Esta simple reflexión concluye en aceptar que el testamento, acto jurídico unilateral por predilección, no tiene la capacidad de producir inmediatamente los efectos patrimoniales naturales del fideicomiso o fiducia. Para que puedan producirse los efectos propios del negocio fiduciario, se precisa la aceptación por parte de los herederos o legatarios que serán beneficiarios e incluso, de la fiduciaria que se encargará de su cumplimiento. El testamento no deja de ser en este caso mera potencia, que requiere de otras voluntades complementarias para

³⁵⁰El Código Civil Francés, en los Artículos 711 y 712 recoge los modos por los que se puede adquirir el dominio de las cosas, según estos: “*La propiedad de los bienes se adquiere y transmite por sucesión, por donación inter vivos o testamentaria y por efecto de las obligaciones.*”, y “[...] *también por accesión o incorporación y por prescripción.*” De igual manera el Artículo 609 del Código Civil Español los enuncia, aclarando que se adquiere la propiedad “[...] *por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición.*”. Mientras que el Código Civil de BELLO los enlista en el Artículo 673, deja el tratamiento para cada Título, por lo que en el Artículo 740 dice que la tradición “[...] *consiste en la entrega que el dueño hace de ellas (las cosas) a otro, habiendo por una parte la facultad e intención de transferir el dominio, y por otra la capacidad e intención de adquirirlo.*”

que pueda estructurarse el negocio fiduciario. El testamento es un mero punto de partida para el negocio fiduciario, que inexorablemente requerirá, posteriormente, de la voluntad y consentimiento de otros actores en la operación.

La función del testamento, como declaración unilateral podría asimilarse a los efectos que se generan de una oferta encaminada a la celebración de un negocio jurídico. Como no es un acto suficiente para separar un bien o conjunto de ellos del patrimonio de un sujeto y afectarlo a una finalidad establecida, menos será para traditarlo a otro sujeto bajo la condición suspensiva de aceptar el encargo. Simplemente, vinculará al oferente, que no necesariamente puede ser considerado futuro fiduciante, a los términos en los que redacte su propuesta.

En este punto se ha establecido una diferencia clara entre en *trust* y la fiducia que hizo tránsito a los ordenamientos latinos. Y en tal orden de ideas, en aquel, es erróneo promulgar que el perfeccionamiento y la ejecución son dos momentos separados. Apenas se perfecciona el contrato se producen sus efectos propios y por ende se procede a su ejecución.

Como figura jurídica, en el derecho anglosajón su perfeccionamiento se da cuando produce plenos efectos jurídicos. El *trust* se perfecciona cuando un crédito o bien sale del patrimonio del *settlor* y se radica el interés equitativo en el del *cestui*, lo que es consecuencia de la entrega del instrumento a un tercero o al *trustee*, cuyo rechazo habrá impedido el perfeccionamiento del *trust*

siempre que se le haya exigido la negativa o afirmación inmediata de la posesión de su cargo. De ahí que se haya dicho que no es necesaria la aceptación del *trustee* para que el *trust* se perfeccione. En consecuencia, el *trust* puede catalogarse como un acto unilateral o como un acuerdo, lo que dependerá de la forma en que se entregue el instrumento.

En Colombia, el Código de Comercio de 1971 introdujo en el sistema privado el contrato de fiducia Mercantil. La ley Argentina³⁵¹ introduce en su articulado fundamentos para la concepción del fideicomiso como contrato.³⁵² Queda por tanto concebido el contrato de fiducia mercantil, dentro de la órbita de la autonomía de la voluntad, permitiendo a las partes establecer la finalidad que quieran cumplir a través de dicho mecanismo, para lo cual, el fiduciante transmitirá o fideicometirá los bienes que destine a tal propósito, con los cuales se formará un patrimonio autónomo.

Dejando de lado la discusión sobre la naturaleza contractual, nos encontramos con que en España, muchas y variadas son las discusiones que se presentan para observar la naturaleza jurídica de los negocios fiduciarios.

Como observación preliminar, ya lo hemos dicho, se trata de un negocio atípico en el Ordenamiento jurídico español y por ello es precisamente que se presta a la discusión y polémica, al punto de ser considerado como un negocio difuso por algunos³⁵³. Todo ello precisamente por no encontrarnos frente a una figura jurídica sino frente a una construcción jurídica, y ello

³⁵¹ Ley 24.441 en la Argentina, contentiva de reformas al derecho privado.

³⁵² HAYZUS, JOSÉ ROBERTO. *Fideicomiso*. Astrea, Buenos Aires, 2011. Pág. 12.

³⁵³ DE LOS MOZOS, JOSÉ LUIS. *Negocio Fiduciario*. La ley, Madrid, 1986. Pág. 1030.

conduce precisamente a que cada jurista español que aborda el tema, tiene su propia concepción sobre su estructura, naturaleza jurídica y causa y de allí la imposibilidad de llegar a un acuerdo en la doctrina³⁵⁴. Lo anterior, en abierto contraste con épocas pretéritas donde se aceptaba la teoría del doble efecto y se caracteriza el negocio fiduciario como un negocio que transmitía plena y efectivamente la propiedad³⁵⁵. Hoy, se trata de buscar un criterio menos contaminante y más esterilizado y en la misma jurisprudencia del Tribunal Supremo, en sentencia de 2 de Diciembre de 1996, se señala:

“consiste en una atribución patrimonial que uno de los contratantes, llamado fiduciante, realiza a favor del otro, llamado fiduciario, para que este utilice la cosa o el derecho adquirido, mediante la referida asignación, para la finalidad que ambos pactaron, con la obligación de retransmitirlos al fiduciante o a un tercero cuando se hubiera cumplido la finalidad prevista”³⁵⁶.

La doctrina caracteriza el negocio fiduciario con dos elementos en íntima conexión, uno de naturaleza objetiva que es la desproporción entre el medio jurídico utilizado y la finalidad perseguida y otro de naturaleza subjetiva que es la confianza buscada por las partes: de la conjunción de este par de elementos, se obtiene como síntesis el negocio fiduciario³⁵⁷. Igualmente, la jurisprudencia señala los lineamientos más sobresalientes del negocio

³⁵⁴ MARTÍN LEON, ANTONIO. *Negocios Fiduciarios, Simulación y Transmisión de la propiedad*. Ob. Cit. Pág. 28-29.

³⁵⁵ MARTÍN LEÓN, ANTONIO. *Negocios Fiduciarios, Simulación y Transmisión de la propiedad*. Ob. Cit. Pág. 29.

³⁵⁶ Cita MARTÍN LEÓN, ANTONIO. *Negocios Fiduciarios, Simulación y Transmisión de la propiedad*. Thomson Reuters ARANZADI, Navarra, 2012. Pág. 30. El mismo T.S. reitera la definición en STS 4 de Julio de 1998, 5 de Marzo de 2001, 7 de Junio de 2002, 31 de Octubre de 2003, 26 de Julio de 2004, 23 de Junio y 27 de Julio de 2006 y 29 de Noviembre de 2007.

³⁵⁷ REGELSBERGER, *Pandekten*. Leipzig. 1893, pág. 58; MARTÍN LEÓN, ANTONIO. *Negocios Fiduciarios, Simulación y Transmisión de la propiedad*. Ob. Cit. Pág. 29

fiduciario, destacando que se trata del uso de un medio indirecto y atípico, para obtener una finalidad, que bien podría haberse logrado por un medio directo y típico, lo que configura la desproporción entre el medio empleado y el fin perseguido, y por el grado de confianza, se crea el ambiente para el abuso del fiduciario³⁵⁸.

La doctrina relaciona el negocio fiduciario con el negocio indirecto³⁵⁹ y la Jurisprudencia, la misma inclinación, en una época anterior a los años ochentas, donde predominaban las sentencias que equiparaban los negocios fiduciarios a “negocios indirectos”; luego viene el empleo del “medio indirecto”, separando el concepto del “medio” del negocio mismo.

En la actualidad, predomina la doctrina que considera los negocios fiduciarios como “negocios anómalos”, según la cual la fiducia consiste en una anomalía negocial³⁶⁰ y la misma jurisprudencia del Tribunal Supremo ha utilizado la expresión “convenio anómalo”³⁶¹ o negocio que provoca o produce una “situación anómala”³⁶².

³⁵⁸ STS. De 25 de Mayo de 1944, 23 de Febrero de 1951, 10 de Julio de 1957, 28 de Octubre de 1988, 5 de Abril de 1993, 17 de Septiembre de 2002, 13 de Febrero de 2003, 26 de Julio de 2004.

³⁵⁹ CASTÁN TOBEÑAS, citado por NAVARRRO MARTORELL, MARIANO. *La propiedad Fiduciaria*. Bosch, Barcelona. 1950. 132. Y el mismo NAVARRRO MARTORELL, MARIANO. *La propiedad Fiduciaria*. Bosch, Barcelona. 1950. 132.

³⁶⁰ Díez-PICAZO, LUIS Y ANTONIO GULLÓN. Ob. Cit. Pág. 502-517. DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO. Ob. Cit. Pág. 329-457.

³⁶¹ STS de 16 de Noviembre de 1999, 7 de Junio de 2002, 31 de Octubre de 2003 y 30 de marzo y 26 de Julio de 2004, citadas por MARTÍN LEÓN, ANTONIO. *Negocios Fiduciarios, Simulación y Transmisión de la propiedad*. Ob. Cit. Pág.33.

³⁶² Sentencia de 2 de junio de 1982.

Más recientemente, la doctrina considera el negocio fiduciario como un negocio atípico que se caracteriza por tener una estructura compleja³⁶³. El Código Civil no hace la más leve alusión a dicha figura, sin dejar de advertir de cierta regulación de la fiducia *cum amico* en leyes posteriores a la Guerra Civil Española y de la fiducia *cum creditore* en el espacio propio de las garantías financieras³⁶⁴.

La atipicidad de la figura fiduciaria en el ordenamiento privado español, ha llevado a jurisprudencia y doctrina a la utilización de figuras negociales típicas para lograr los propósitos fiduciarios³⁶⁵. El más frecuente, la compraventa, para acercarse a la fiducia *cum creditore*. Se utiliza la compraventa y la transmisión que subsiguiente que de ella se deriva, como negocio medio, que con un pacto adicional y complementario, se conviene en la retransmisión una vez cumplida la finalidad de garantía. Por ello incluso, se le domina por la jurisprudencia como “venta en garantía”, más que negocios fiduciario³⁶⁶. La venta, negocio típico y título para la transmisión, se utiliza como cause o instrumento, para una finalidad que en sí misma, no requiere transmisión. Por ello, dice la doctrina que: “Los llamados negocios fiduciarios no son más que

³⁶³ MARTÍN LEÓN, ANTONIO. *Negocios Fiduciarios, Simulación y Transmisión de la propiedad*. Ob. Cit. Pág. 34

³⁶⁴ MARTÍN LEÓN, ANTONIO. *Negocios Fiduciarios, Simulación y Transmisión de la propiedad*. Ob. Cit. Pág. 34.

³⁶⁵ MARTÍN LEÓN, ANTONIO. *Negocios Fiduciarios, Simulación y Transmisión de la propiedad*. Ob. Cit. Pág. 34.

³⁶⁶ MARTÍN LEÓN, ANTONIO. *Negocios Fiduciarios, Simulación y Transmisión de la propiedad*. Ob. Cit. Pág. MARTÍN LEÓN, ANTONIO. *Negocios Fiduciarios, Simulación y Transmisión de la propiedad*. Ob. Cit. Pág. 35-36.

negocios causales típicos transmisivos adaptados a fines fiduciarios, a otros fines diversos y menores que los suyos típicos³⁶⁷.

Se observa como la modalidad más importante del negocio fiduciario, la venta en garantía³⁶⁸. Define este instrumento en términos generales la doctrina, como “el negocio jurídico caracterizado por una desproporción entre el medio jurídico empleado y el fin práctico que se quiere alcanzar. Para lograr los interesados lo que se proponen, el transmitente (deudor-fiduciante) confía en que el adquirente (acreedor-fiduciario) ajustará su conducta a la finalidad convenida, sin usar libremente de las facultades que el derecho adquirido le proporciona³⁶⁹”.

Otra manera utilizada, es mediante la conjunción de varios negocios típicos, como compraventa, opción de compra, leasing-back, que en su conjunto, conforman una operación compleja, con una finalidad unitaria de garantía³⁷⁰.

2.5. Concepto de Contrato de Fiducia Mercantil y Fideicomiso de Garantía.

Como se observará posteriormente, existen dificultades para ofrecer un concepto de lo que debe entenderse por *trust*. Además, no puede

³⁶⁷ MARTÍN LEÓN, ANTONIO. *Negocios Fiduciarios, Simulación y Transmisión de la propiedad*. Ob. Cit. Pág. 36. STS. De 3 de Mayo de 1955, que caracteriza el negocio fiduciario señalando el uso “de un medio indirecto y fuera de los cuadros típicos de la ley”.

³⁶⁸ PUIG BRUTAU, JOSE. *Fundamentos de Derecho Civil*. Tomo III. Volumen III. Bosch, Barcelona, 3ª. Ed. 1983. Pág. 375.

³⁶⁹ DIEZ-PICAZO, LUIS Y ANTONIO GULLÓN. *Instituciones de Derecho Civil Civil*, Volumen I. Ob. Cit. Pág. 255. PUIG BRUTAU, JOSE. *Fundamentos de Derecho Civil*. Tomo III. Volumen III., Ob. Cit. Pág. 375.

³⁷⁰ MARTÍN LEÓN, ANTONIO. *Negocios Fiduciarios, Simulación y Transmisión de la propiedad*. Ob. Cit. Pág.38.

equipararse la definición de la figura anglosajona con la latina. Dado que el *trust* es una institución que desempeña múltiples funciones, es muy difícil dar una definición que logre englobar todas sus ventajas funcionales. Por esta razón, la doctrina opta por describir la operación en lugar de definirla.

En cambio, para la fiducia mercantil latina, se ofrecen múltiples definiciones que mantienen una constante en sus elementos esenciales. Se puede decir que es un contrato por el cual, una persona encarga a otra para que cumpla con una finalidad específica en relación a unos bienes concretos, muebles o inmuebles, corporales o incorporales, cuya titularidad le transmitirá con el propósito de que pueda cumplir el fin propuesto, a favor de uno o varios beneficiarios, que pueden ser o dentro de los cuales puede estar el mismo encargante. Por su labor la persona que recibe el encargo obtiene una retribución.

La persona que hace el encargo se llama fiduciante; quien lo recibe es el fiduciario y aquel o aquellos en cuyo beneficio se realizará la fiducia, son los beneficiarios.

Para una mejor comprensión, procedamos a observar algunas definiciones del contrato de fiducia que presenta la doctrina:

“El contrato de fideicomiso es aquel por el cual una persona recibe de otra un encargo respecto de un bien determinado cuya propiedad se le transfiere a

*título de confianza, para que a cumplimiento de un plazo o condición le dé el destino convenido*³⁷¹.

*“El negocio fiduciario consiste en la transmisión definitiva de una cosa o de un derecho para un fin de administración o garantía que no exige esa transmisión definitiva”*³⁷²

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito Mexicana dispone en su artículo 346:

*“En virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria”*³⁷³.

*“Aquel en virtud del cual una persona transmite plenamente a otra ciertos bienes, o derechos, obligándose éste a afectarlos a la realización de una finalidad lícita y determinada y, como consecuencia de dicha finalidad, obligándose a retransmitir dichos bienes o derechos a favor de un tercero o revertirlos a favor del transmitiente”*³⁷⁴.

³⁷¹ CARREGAL, MARIO ALBERTO. *El Fideicomiso*. Ed. Buenos Aires. 1982. Pág. 87.

³⁷² JORDANO BAREA, JUAN B. Ob. cit. Pag. 12.

³⁷³ BATIZA, RODOLFO. *Principios Básicos del Fideicomiso y de la Administración fiduciaria*. Ed- Purrúa, Mexico, 1985. Pág. 33.

³⁷⁴ VILLA GORDA LOZANO, JOSÉ MANUEL. *Doctrina General del Fideicomiso*. Ed- Purrúa, México, 1982. Pág. 55 y 566.

La doctrina italiana³⁷⁵ revela que el concepto de fiducia es usado para indicar fenómenos diversos, y uno de ellos enseña una categoría contractual determinada, definida como *“contrato (o negocio) fiduciario, en virtud del cual la propiedad de un bien resulta transferida de un sujeto a otro con el pacto, llamado pactum fiduciae, que el segundo lo utilice para un determinado fin, alcanzado el cual debe volver a transferir el bien al primero.”*³⁷⁶

El proyecto francés de Febrero de 2005, presenta la siguiente definición sobre fiducia:

“Art. 2062 Cc (según la redacción que le daría el art. 1 PLF): “La fiducia resulta de un contrato por el cual un constituyente transfiere derechos de toda naturaleza a una persona física o jurídica denominada fiduciario, con la carga para ella de administrarlos o de disponer en provecho de uno o varios beneficiarios de acuerdo con las estipulaciones del contrato con fines de gestión, de garantía o de transmisión a título oneroso, exclusiva o cumulativamente. La transferencia se opera a un patrimonio de afectación [“patrimoine d’affectation”], llamado patrimonio fiduciario [“patrimoine fiduciaire”], distinto del patrimonio personal del fiduciario y de cualquier otro patrimonio fiduciario, deviniendo el fiduciario titular o propietario fiduciario de los derechos transferidos”.

Comentando el proyecto francés y comparándolo con la concepción atípica de la fiducia en la jurisprudencia francesa, antes de la actual ley, encontramos la siguiente opinión³⁷⁷:

“Mediando casi 25 años de diferencia, resulta elocuente por contraste transcribir la noción de fiducie (atípica) con la que la doctrina y la jurisprudencia francesa han venido operando en las últimas décadas, para apreciar el giro sufrido por influencia de las últimas codificaciones del trust. Según la definió WITZ en 1981, “la fiducia es un acto jurídico por el cual una persona, el fiduciario, convertido en titular de un derecho

³⁷⁵ GALGANO, FRANCESCO. *“El negocio jurídico”*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1992. Pág. 441.

³⁷⁶ En el sistema italiano no se presenta el fenómeno del patrimonio autónomo, ni aparece la figura de la fiduciaria como titular de dicho patrimonio.

³⁷⁷ CÁMARA LAPUENTE, SERGIO. *Trust a la francesa*. Universidad de Rioja. InDret 2/2005. Revista para el análisis del Derecho. Pág. 9. WWW.INDRET.COM.

patrimonial, ve limitado el ejercicio de su derecho por una serie de obligaciones, entre las cuales figura generalmente la de transferir el derecho al término de un período, bien al fiduciante, bien a un tercero beneficiario”¹⁹. Cabe apreciar en ella todavía el arrastre histórico de la “teoría del doble efecto” de la fiducia romana (derecho real del fiduciario limitado por obligaciones puramente personales hacia el fiduciante), que también impregnó la jurisprudencia española hasta 1982²⁰. El salto cualitativo hacia la noción de “patrimonio afectado a un fin” se ve ahora claro en la PLF de 2005.”

La ley de fiducia de 19 de Febrero de 2007 en Francia, simplificó la propuesta del proyecto y señala:

“La operación por la cual uno o varios constituyentes transfieren bienes, derechos o garantías, o un conjunto de bienes, de derechos o de garantías, presentes o futuros, a uno o varios fiduciarios que, teniéndolos separados de su patrimonio propio, actúan con un fin determinado en beneficio de uno a varios beneficiarios”

El sistema jurídico colombiano ofrece la siguiente definición general del contrato de fiducia³⁷⁸:

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

³⁷⁸ Art. 1226 del Código de Comercio.

Se marcan claros lineamientos diferentes entre las nociones de fiducia, cuando el sistema se encuentra anclado en lo que se conoce como fiducia romana, donde el fiduciario recibe los bienes y los introduce en su patrimonio, quedando obligado a cumplir con la finalidad propuesta por el fiduciante, presentándose un acto transmisivo y un acto obligacional, el *pactum fiduciae*, que es lo que también se conoce como la teoría del doble efecto; y la noción más internacional, que se acerca a los conceptos del *trust*, donde con los bienes entregados en fiducia al fiduciario, se forma un patrimonio autónomo, fiduciario o de afectación a un fin, según las diferentes terminologías.

Observemos un comentario doctrinal sobre el particular³⁷⁹:

“Mediando casi 25 años de diferencia, resulta elocuente por contraste transcribir la noción de fiducie (atípica) con la que la doctrina y la jurisprudencia francesa han venido operando en las últimas décadas, para apreciar el giro sufrido por influencia de las últimas codificaciones del trust. Según la definió WITZ en 1981, “la fiducia es un acto jurídico por el cual una persona, el fiduciario, convertido en titular de un derecho patrimonial, ve limitado el ejercicio de su derecho por una serie de obligaciones, entre las cuales figura generalmente la de transferir el derecho al término de un período, bien al fiduciante, bien a un tercero beneficiario”¹⁹. Cabe apreciar en ella todavía el arrastre histórico de la “teoría del doble efecto” de la fiducia romana (derecho real del fiduciario limitado por obligaciones puramente personales hacia el fiduciante), que también impregnó la jurisprudencia española hasta 1982²⁰. El salto cualitativo hacia la noción de “patrimonio afectado a un fin” se ve ahora claro en la PLF de 2005”.

³⁷⁹ CÁMARA LAPUENTE, SERGIO. *Trust a la francesa*. Universidad de Rioja. InDret 2/2005. Revista para el análisis del Derecho. Barcelona, mayo de 2005. Pág. 9. WWW.INDRET.COM.

En cuanto a la definición de lo que puede entenderse por fideicomiso en garantía, valen todas las definiciones que se presentan sobre el contrato de fiducia; no puede perderse de vista que el fideicomiso de garantía, es un fideicomiso como todos los demás. La finalidad es lo que lo diferencia. Sin embargo, observemos un concepto de la doctrina dirigido en especial a esta modalidad. Señala lo siguiente³⁸⁰:

“fideicomiso en garantía es el contrato mediante el cual el fiduciante transfiere la propiedad (fiduciaria) de uno o más bienes a un fiduciario con la finalidad de garantizar con ello o con su producido, el cumplimiento de ciertas obligaciones a cargo de aquel o de un tercero, designando como beneficiario al acreedor o a un tercero en cuyo favor, en caso de incumplimiento, se pagará la obligación garantizada, según lo previsto en la convención fiduciaria”.

En la fiducia en garantía la finalidad que se busca es tutelar el crédito, para lo cual el fiduciante transfiere unos bienes a la fiduciaria, con el propósito de garantizar su propio crédito o el de un tercero, cuyo beneficiario será el acreedor y en caso de no pago de la acreencia, la fiduciaria realizara los bienes para pagar al acreedor o incluso los podrá dar en pago del crédito.

En la doctrina española reciente, encontramos:

“El negocio fiduciario es aquel en virtud del cual una persona (fiduciante) transmite en plena propiedad un determinado bien o derecho a otra distinta (fiduciario) para garantizarle el pago de una deuda, con la

³⁸⁰ KIPER-LISOPRAWKY. *Tratado de Fideicomiso*. Depalma, Buenos Aires, 2003. Pág. 463.

obligación por parte de ésta de transmitirlo a su anterior propietario cuando la obligación asegurada se haya cumplido.”³⁸¹

2.6. Requisitos del Contrato de Fiducia.

El contrato de fiducia debe tener los requisitos de todo negocio jurídico; capacidad, consentimiento, objeto y causa lícitos.

La doctrina ha desarrollado dogmáticamente³⁸², cuales son los elementos esenciales y presupuestos del contrato de fiducia. Sin intención de repetir aquello que es apenas lógico en la teoría del contrato y sobre lo que tanto se ha escrito, este aparte se convierte en una aplicación puntual de la teoría general del negocio jurídico y del contrato, por lo que se retoman instituciones como la capacidad de las partes, el consentimiento y al lado los vicios de la voluntad en lo que refiere a la validez del negocio, el objeto del negocio comprendido tanto por las obligaciones de las partes como por los bienes o derechos que se afectan por la fiducia y la causa o finalidad a la que se destinan, así como las solemnidades necesarias para su perfeccionamiento que varían dependiendo del régimen jurídico que se examine.

2.6.1. La Capacidad.

³⁸¹ MARÍN LÓPEZ, J.M. “Comentario a la STS de 26 de abril de 2001. *Compraventa con pacto de retro (contrato simulado) que esconde una transmisión de la propiedad en garantía de una deuda ajena (contrato disimulado). Distinción entre ambas figuras. Régimen jurídico de la transmisión de la propiedad en garantía (venta en garantía): violación de la prohibición de pacto comisorio, y posibilidad de ejercitar una acción real contra el bien que sirve de garantía*”. Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, Madrid. Ed. Civitas, número 58, 1568, pp. 147 a 171.

³⁸² Ejemplo son BATIZA, Op Cit, DOMÍNGUEZ RODRÍGUEZ, Op Cit.; RENGIFO, RAMIRO. *La fiducia. Legislación Nacional y Derecho comparado*. Ed. Pequeño Foro. Bogotá. 1984., entre otros.

Es preciso observar este requisito frente a cada una de las partes intervinientes.

El fiduciante, debe ser plenamente capaz de disponer sobre los bienes que entregará en fiducia. Puede ser persona jurídica o física. El examen de la capacidad se vincula estrechamente con la finalidad que persigue la fiducia y la transferencia de bienes que debe hacerse a la fiduciaria y la naturaleza de los mismos.

El fiduciante debe ser titular de los derechos que serán objeto de la transmisión fiduciaria, bien se trate de cosas o de derechos.

La capacidad que se mira como requisito de validez del consentimiento, la expresan los incapaces de hecho a través de sus representantes legales³⁸³.

El fiduciario, debe tener capacidad para administrar y disponer de bienes y podrá hacer lo uno o lo otro, o ambas cosas, dependiendo de la finalidad que está llamada a cumplir el fideicomiso. Si debe ser persona jurídica, tales capacidades deberán estar consignadas en su objeto social.

El beneficiario puede incluso ser un incapaz. Todo dependerá de clase de fideicomiso que se trate. En muchos casos de fideicomisos de familia, su finalidad es precisamente la manutención y cuidado de personas incapaces.

³⁸³ En Colombia, se presentaría un problema para las aportaciones de los bienes de los incapaces, pues la ley exige que si se trata de inmuebles, la enajenación debe hacerse a través de subasta pública.

2.6.2. El Consentimiento.

Como todo negocio jurídico supone el consentimiento de las partes. De la manera como debe darse ese consentimiento, dependerá, en primer lugar de la concepción que se tenga sobre la naturaleza jurídica del acto fiduciario, como contrato en algunos regímenes, como acto unilateral en otros; la discusión frente al fideicomiso testamentario, etc. En segundo lugar, la forma de expresión de ese consentimiento, dependerá si el contrato es consensual o solemne y en qué consiste la solemnidad, elemento que varía en cada sistema jurídico.

2.6.3. El Objeto.

El fideicomiso, como todo contrato, supone de un objeto lícito. Es lo que se quiere y se busca con el contrato. También depende y varía según la clase de fideicomiso que se trató, por eso se considera de naturaleza especial. En resumen, consiste en la transmisión fiduciaria de un determinado bien o bienes, para su ejercicio por la fiduciaria, en beneficio de otro u otros sujetos (los beneficiarios)³⁸⁴.

2.6.4. La Causa en el Contrato de Fiducia.

³⁸⁴ MOLINA SANDOVAL, CARLOS A. *El fideicomiso en la dinámica mercantil*. Ob. Cit. Pág.51.

2.6.4.1. La causa en el negocio jurídico, un problema aún no resuelto.

Uno de los aspectos del negocio jurídico con mayores polémicas, es precisamente el que tiene que ver con la causa; bien señala el profesor DIEZ-PICAZO, que la noción de causa en la teoría del negocio jurídico es uno de los conceptos más oscuros y difíciles de aprehender, dentro de la doctrina y técnica del Derecho Civil³⁸⁵. Desde los sistemas causalistas como el español, el francés y los tributarios de éstos, donde se forja la causa como el motivo que induce al acto o contrato, concibiéndola como elemento objetivo; entrando luego a considerarla como subjetiva, concreta y variable; pasando por la corriente anticausalista, que afirma que la idea de causa es artificial, escolástica, aristotélica y que no constituye elemento distinto del consentimiento; hasta la corriente neocausalista, que concibe la causa como elemento imprescindible del contrato, la entiende como finalidad y la distingue de los demás elementos³⁸⁶ del negocio.

Para algunos, mientras no se le adjudique un papel técnico concreto a la causa, está condenada al olvido³⁸⁷, por ello se explica que se pretenda hacer caso omiso de ella en legislaciones recientes como la holandesa de 1992 o en los procesos de armonización del derecho de contratos en Europa.³⁸⁸

³⁸⁵ DIEZ-PICAZO, LUIS. *Ensayos Jurídicos*. Tomo II. *El concepto de causa en el negocio jurídico*. En Estudios de Homenaje al Prof. Ignacio Serrano. Universidad de Valladolid. 1963. Ed- Civitas-Thomson-Reuters. Pamplona. Pág. 1814.

³⁸⁶ MOLINA SANDOVAL, CARLOS A. *El fideicomiso en la dinámica mercantil*. Ob. Cit. Pág. 59-60.

³⁸⁷ GALICIA AIZPURUA, GORKA. *Causa y Garantía fiduciaria*. Tirant lo blanch, Valencia, 2012. Pág. 15.

³⁸⁸ MARTÍN PÉREZ, JOSÉ ANTONIO. “la causa del contrato ante el proceso de armonización europea (razones de una desaparición inevitable y quizás aparente)”, en Estudios de Derecho de obligaciones. Homenaje al profesor MARIANO ALONSO PÉREZ, coord. por EUGENIO LLAMAS POMBO, t II, La Ley Madrid, 2006. Pág. 283 y siguientes.

La doctrina diferencia la causa de la obligación de la del contrato, entre ellas habla de una causa objetiva o clásica³⁸⁹, una subjetiva y una económico social³⁹⁰, así como desarrolla los requisitos de existencia, verdad y licitud, mientras que otros proponen la abstracción negocial de la causa, y algunos el anticausalismo como advertimos, teorías que repercuten muy especialmente en el contrato de fiducia³⁹¹.

Este no es el espacio apropiado para profundizar en la discusión sobre el tema de la causa, así que solo nos introduciremos en las teorías que presentan unas mayores incidencias en las corrientes jurisprudenciales y doctrinales relacionadas con el negocio fiduciario que es el objeto de este estudio.

La idea de causa en Roma fue diferente a la que aparece en el racionalismo; carecía en esa época un sentido técnico definido. PAULO, distingue varias posibilidades de una “*dare*” y menciona la figura de una “*dare ob causam*”, que se hace con la finalidad de obtener contraprestación³⁹².

³⁸⁹ Siguiendo planteamientos de RODRÍGUEZ-ROSADO, BRUNO. *Fiducia y Pacto de Retro en garantía*. Ed. Marcial Pons, Madrid, 1998. Pág. 64, quién lo atribuye a DOMAT. En la misma distinción GALICIA AIZPURUA, GORKA. *Causa y Garantía fiduciaria*. Tirant lo blanch, Valencia, 2012. Pág. 17. Es la conclusión que permite el tenor literal de lo que expresan los artículos 1261.3 y 1270 del CC español.

³⁹⁰ BETTI, EMILIO, *Teoría del Negocio Jurídico*. Madrid 1959, Página 148. Para el profesor italiano, la causa es un reflejo de la función del negocio, la cual tiene dos componentes. Parte de un reconocimiento a priori que hace el ordenamiento de la función económico social de cada contrato, para luego hacer un juicio a posteriori de la finalidad que las partes buscan lograr con cada negocio, si hay una equivalencia entonces el sistema jurídico protegerá el contrato, de lo contrario lo rechazará. A esta posición le han criticado que no incluye los llamados contratos atípicos o innominados, pues ellos no están incluidos en la legislación y en tal manera no gozan de reconocimiento.

³⁹¹ RODRÍGUEZ-ROSADO, BRUNO. *Fiducia y Pacto de Retro en garantía*. Ed. Marcial Pons, Madrid, 1998. Pág. 60-99.

³⁹² DIEZ PICAZO, LUIS. *Ensayos Jurídicos*. Tomo II. *El concepto de causa en el negocio jurídico*. Ob. Cit. Pág. 1818.

JEAN DOMAT³⁹³, a quién se le atribuye la aplicación del racionalismo cartesiano en el Derecho Civil³⁹⁴, que implica sin duda una novedad en el método del Derecho, fue el primero en retomar la causa como objeto de estudio, y expuso una teoría plenamente alejada de la intención personal de cada parte, señalando que la causa que encuentra cada prestación es la correlativa que adquiere al otro extremo contractual, o de manera simple, la causa del deudor está en la obligación que adquiere el acreedor; es lo que se conoce como el soporte recíproco de las causas e influye considerablemente en la concepción que adopta el Código de Napoleón, teniéndola como elemento esencial de los negocios jurídicos; todo negocio jurídico debe tener una causa. Opta en su criterio por abandonar la cerrada concepción romanista y adentrarse en los fueros iusnaturalistas. Con su construcción de la causa, señalando “ningún convenio obliga sin causa”, comienza la era moderna de la causa³⁹⁵. Pero esta noción fue criticada por no explicar cómo estudiar la ilicitud de la causa y además, es difícil aplicarla a los contratos unilaterales. El jurista francés explicó en su momento que la causa en los contratos bilaterales está en la prestación de recibir, en los contratos reales en el cumplimiento que exige la entrega que generó el contrato y en los contratos gratuitos, en la liberalidad de obligarse.

No distingue el renombrado jurista entre causa del contrato y causa de la obligación que aparecen como ideas sinónimas; su misma idea de contrato y de obligación es confusa. Su confusión lleva a que la imagen de causa,

³⁹³ 1625-1696.

³⁹⁴ DIEZ PICAZO, LUIS. *Ensayos Jurídicos*. Tomo II. *El concepto de causa en el negocio jurídico*. Ob. Cit. Pág. 1821.

³⁹⁵ DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO. Ob. Cit. Pág. 171.

contenida desde el derecho romano en las atribuciones patrimoniales, penetre y se sitúe en la teoría general del contrato³⁹⁶.

ROBERT JOSEPH POTHIER³⁹⁷, que retomó el estudio de JEAN DOMAT, señala que la causa pertenece a la esencia de las obligaciones y señala que la causa de las obligaciones son los contratos, cuasi contratos, delitos, cuasi delitos y algunas veces la ley o la simple equidad. Planteó una clasificación distinta en la que la causa continúa con su carácter objetivo, pero adopta dos clases de contratos, los bilaterales o sinalagmáticos, donde resalta en interés en la utilidad recíproca y los de beneficencia o sinalagmáticos imperfectos, donde solo hay utilidad para una de las partes, y en estos la mera liberalidad es causa suficiente. En los vicios que pueden encontrarse en los contratos menciona el defecto de causa y concluye que todo compromiso ha de tener una causa honesta. Si el compromiso no tiene causa es nulo. Distingue entre la causa de la obligación y la causa del contrato y la causa de las obligaciones son los contratos. La idea de causa se liga con la teoría general del contrato³⁹⁸.

El influjo de DOMAT Y PHOTIER en la codificación de Napoleón y en los ordenamientos latinos, hará que la construcción doctrinal sobre la causa se convierta en elemento normativo y se eleva a requisito legal del contrato, situación que conducirá a la necesidad de que los intérpretes deban investigar

³⁹⁶ DIEZ PICAZO, LUIS. *Ensayos Jurídicos*. Tomo II. *El concepto de causa en el negocio jurídico*. Ob. Cit. Pág. 1822.

³⁹⁷ 1699-1772. POTHIER, ROBERT JOSEPH. *Traité des obligations*. Barcelona, 1978, Volumen. 1.

³⁹⁸ DIEZ-PICAZO, LUIS. *Ensayos Jurídicos*. Tomo II. *El concepto de causa en el negocio jurídico*. Ob. Cit. Pág. 1824-1825.

la noción para poder aplicar la ley de manera correcta. Comienza así, “el penoso camino de las teorías”³⁹⁹.

2.6.4.2. La causa de la obligación y la causa del contrato.

La causa de la obligación (*causa debendi*), contesta a la pregunta ¿por qué se debe? (*cur debetur*). La causa del contrato (*causa contractus*) responde a la pregunta ¿Por qué se celebró el contrato? (*cur contraxit*)⁴⁰⁰. La respuesta al porque se debe, es decir, la causa de la obligación no puede ser otra que el haber contratado, es decir, por que se contrató y se obligó a ello. La causa de la obligación entendida de esa manera justifica el deber de prestación, concebida en el mismo sentido de PHOTIER. La causa es el es el hecho constitutivo de la obligación, la fuente de ella, que es el contrato; porque se ha realizado la conducta social típica, se ha celebrado un contrato y de allí surge la obligación. La causa de la obligación por tanto coincide con la de fuente de la obligación.⁴⁰¹

En cuanto a la causa del negocio, el problema se torna más complejo aún en la medida que pueden presentarse dos interrogantes; el primero sobre la causa eficiente o determinante del negocio y el segundo sobre la razón que justifica

³⁹⁹ DIEZ-PICAZO, LUIS. *Ensayos Jurídicos*. Tomo II. *El concepto de causa en el negocio jurídico*. Ob. Cit. Pág. 1.827.

⁴⁰⁰ DIEZ-PICAZO, LUIS. *Ensayos Jurídicos*. Tomo II. *El concepto de causa en el negocio jurídico*. Ob. Cit. Pág.1839; siguiendo a GIORGI en su *Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno*.

⁴⁰¹ DIEZ PICAZO, LUIS. *Ensayos Jurídicos*. Tomo II. *El concepto de causa en el negocio jurídico*. Ob. Cit. Pág.1839.

la tutela jurídica o la fuerza vinculante del negocio⁴⁰², a la luz del sistema jurídico. Es decir, la cuestión sería: ¿porqué el negocio? o ¿porqué vale el negocio y recibe protección?. Tradicionalmente se da respuesta a la segunda cuestión por las llamadas teorías objetivas, que respondían señalando que la causa era precisamente la función económica; el negocio es protegido por ser precisamente un cauce idóneo para alcanzar las finalidades prácticas requeridas por las partes. Pero resulta que esto es un elemento distinto, más que la causa, es la función del negocio. No debe confundirse la causa del negocio, con la función del mismo, que es la finalidad práctica y empírica, que merecen la tutela del ordenamiento jurídico. Con la observación de la función se da respuesta a muchos problemas que se han considerado tradicionalmente causales en los negocios fiduciarios, simulados o indirectos⁴⁰³.

Para responder al primer interrogante sobre la causa eficiente del negocio, se plantea distinguir entre negocios que tienen su causa en negocios anteriores, los llamados “negocios ejecutivos”, y otros negocios que tienen su causa en sí mismos, los llamados “negocios iniciales”. Los “negocios ejecutivos” resuelven el problema causal en la situación básica o subyacente que les sirve de precedente, a la cual se encuentran atados; así se resuelve también el problema del negocio abstracto. El dificultad de la causa se plantea es en los llamados “negocios iniciales”, que abren o comienzan la relación entre las partes. Para acercarnos a la solución del problema habría que buscar el propósito práctico que las partes tratan de obtener con el negocio. En opinión

⁴⁰² DIEZ PICAZO, LUIS. *Ensayos Jurídicos*. Tomo II. *El concepto de causa en el negocio jurídico*. Ob. Cit. Pág.1840.

⁴⁰³ DIEZ PICAZO, LUIS. *Ensayos Jurídicos*. Tomo II. *El concepto de causa en el negocio jurídico*. Ob. Cit. Pág.1840; citando a SCOGNAMIGLIO, RENATO. *Contributo alla teoria del negozio giuridico*. Nápoles, 1950, pp. 254 y siguientes.

del profesor DIEZ-PICAZO, un negocio se concluye porque se quiere alcanzar un resultado empírico. “La causa es, entonces, el propósito del resultado empírico”⁴⁰⁴. La causa se concreta en estos negocios en el propósito que se han fijado las partes y por el cual acuden a la utilización del instrumento negocial.

La importancia de la causa se encuentra en la razón que sustenta la dinámica obligacional y patrimonial de un contrato, lo que se ve reflejado en las medidas que se establecen en pro de un equilibrio patrimonial y del recelo por los contratos gratuitos, como la donación. Una de sus funciones más importantes, en opinión del profesor FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO⁴⁰⁵, es la servir para la caracterización del contrato: entre todos los negocios que la dinámica social le impone realizar a los sujetos, para poder saber en un momento determinado ante cual nos encontramos; el instrumento de invaluable ayuda, es precisamente la causa o razón que tienen las partes para contratar, y por lo tanto cumple una función caracterizadora.

Doctrina más reciente se refiere a la causa como la función práctico social que buscan las partes al celebrar el contrato. Señala al respecto el profesor CLAVERÍA GOSÁLVEZ⁴⁰⁶:

"La causa del contrato, en el Derecho español (y no solo en el) es la función practico-social concreta querida por los contratantes al celebrar

⁴⁰⁴ DIEZ PICAZO, LUIS. *Ensayos Jurídicos*. Tomo II. *El concepto de causa en el negocio jurídico*. Ob. Cit. Pág.1841-1842.

⁴⁰⁵ DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO. *El negocio jurídico*. Civitas, Madrid, 1985. Pág. 167.

⁴⁰⁶ CLAVERÍA GOSÁLVEZ, LUIS HUMBERTO. *La Causa Del Contrato*. Publicaciones Del Real Colegio De España. Bolonia. 1998. Pág. 134.

el negocio, es decir, aquello en lo que consienten, comprendiéndose en esta función el motivo determinante común a dichos contratantes o, al menos, admitido por uno al ser pretendido por el otro. No se identifica con el objeto aunque indudablemente guarde estrecha relación con el, pues, por ejemplo, es perfectamente imaginable la presencia de prestaciones lícitas en un contrato con causa ilícita. Tampoco se identifica con el contenido si entendemos este como clausulado, pues la causa es lo realmente querido, haya sido o no expresado y desenvuelto en cláusulas; incluso si no existe simulación y lo manifestado ha sido realmente querido, tampoco la noción de causa coincide exactamente con la de contenido, sino, en todo caso, con la síntesis o núcleo de éste. No todo el contenido verdaderamente querido por los contratantes es causa, sino sólo aquella parte de él que constituye el objetivo pretendido por los contratantes".

No todos los doctrinantes están de acuerdo con que los negocios tengan que ser causales⁴⁰⁷; ni todos los sistemas jurídicos dan pie para la misma aseveración. En el sistema alemán se entroniza el negocio sin causa o negocio abstracto.

2.6.4.3. El problema de la causa en la fiducia, más complejo aún.

⁴⁰⁷ Luego de haberse adoptado en Bélgica en 1827 el Código Civil de Napoleón, En profesor ERNEST sostiene en Lieja que es superfluo el requisito de la causa, criterio que será difundido por su discípulo LAURENT. Observan que en los contratos onerosos la causa se confunde con el objeto y los gratuitos como la donación, la causa se confunde con el consentimiento del donante; por ello concluyen, que para la existencia de un contrato basta, el consentimiento, la capacidad y el objeto (En DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO. Ob. Cit. Pág. 177).

De los requisitos del contrato de fiducia que merece un especial detenimiento en su análisis, por la gran cantidad de planteamientos que genera su observación, es el referente a la causa fiduciaria. La teoría de la causa es uno de los puntos más discurredos y trabajados con relación al negocio fiduciario, sobre todo, como se advirtió, en aquellos sistemas que no consagran positivamente la figura, como el español.

Son muchas y muy variadas las discusiones que ha provocado el tema de la causa en los negocios fiduciarios, por tal razón procedemos a plantear algunas de las construcciones doctrinales alrededor de la misma.

2.6.4.4. Los sistemas causales.

En los sistemas causales, la causa tiene una gran conexión con los fines del fideicomiso mismo, con la finalidad que se persigue con el encargo fiduciario, por ello la causa no es única y depende de la finalidad buscada por las partes⁴⁰⁸. Cada especie de fideicomiso obedece a una motivación especial, ya se trate de mandato (fiducia *cun amico*) o garantía (fiducia *cum creditore*), etc.

No puede ser lo mismo hacer referencia a la causa del negocio fiduciario, en sistemas jurídicos que han acogido la figura, donde no se presenta una problemática especial, que en otros, que no la consagran positivamente y que la forma de llegar a ella es por ejercicio de la autonomía negocial de las partes

⁴⁰⁸ MOLINA SANDOVAL, CARLOS A. *El fideicomiso en la dinámica mercantil*. Ob. Cit. Pág. 62.

e incluso, amén de aquellos que aparentemente prohíben la realización de este tipo de negocios, o por lo menos así lo consideran jurisprudencia y doctrina.

Por tanto, en sistemas causalistas, si todo acto tiene una causa, puesto es un elemento esencial de los negocios jurídicos, su naturaleza también vincula a la tradición, que en sí constituye un acto jurídico que pretende extinguir obligaciones nacidas de un contrato. Esto lleva a evaluar si la transferencia fiduciaria que permite que el derecho real, que para el caso es el dominio, emerja del patrimonio del fiduciante (deudor) y se radique en el de su acreedor (fiduciario), momentáneamente, es causa suficiente para soportar esa transferencia o si por el contrario, llena de vicisitudes la negociación.

Un importante sector de la doctrina, presenta el fin perseguido con la fiducia, como un fin limitado, en el sentido que por sí mismo no requeriría la transmisión del dominio al fiduciario, es más no es lo que se persigue ni se quiere por las partes; simplemente se utiliza como medio o instrumento, para poder lograr el verdadero fin perseguido que depende de la naturaleza del negocio fiduciario: Si es una *fiducia cum amico*, lo que se quiere al final es una especie de mandato, una gestión por el fiduciario en interés del fiduciante o de un tercero y si es la *fiducia cum creditore*, lo que se persigue al fin de todo, es garantía. En ambos casos, la transmisión de la propiedad es mero instrumento para lograr un fin, un propósito funcional y económico distinto⁴⁰⁹.

⁴⁰⁹ JORDANO BAREA, JUAN B. Ob. cit. Pág. 75.

Para otros, la verdadera causa en la fiducia es una causa de garantía, parecida a la de prenda y la de la hipoteca⁴¹⁰. Para ALBALADEJO, esa causa de garantía es la que motiva el negocio interno, no al exterior, que no es más que un negocio simulado, no hay ánimo de transmitir y se presenta una dificultad de combinar la transmisión de la propiedad, con una mera intención de garantía. No hay causa de compraventa pues no se da la intención de transmitir, tampoco en la fiducia con fines de administración; por tanto, las llamadas ventas en garantía no son otra cosa que negocios simulados⁴¹¹.

Opinan algunos que, los negocios fiduciarios afirmaron su identidad propia, luchando por distinguirse precisamente de los negocios simulados⁴¹². Algunos criterios los asimilan, otros los diferencian, pero admitiendo que la *causa fiduciae* puede ser disimulada; otro criterio los diferencia; el negocio fiduciario es un negocio querido y por tanto real, no así el simulado, que falta la voluntad, el negocio es aparente y fingido.⁴¹³

Otros opinan que si los contratantes al momento de su convención se equivocan y entrecruzan los fines o motivos (la causa), se presentaría un disenso y por ende una falta de consentimiento, no hay concordancia en entre la oferta y la aceptación⁴¹⁴.

2.6.4.5. El negocio abstracto.

⁴¹⁰ FUENTESECA, CRISTINA. Ob. Cit. Pág. 63.

⁴¹¹ ALBALADEJO GARCIA, MANUEL. Prologo a FUENTESECA, CRISTINA. Ob. Cit. Pág. 12-14.

⁴¹² MOSSET ITURRASPE, JORGE. *Contratos simulados y fraudulentos*. Rubizal-Culzoni Editores. Buenos Aires, 2001. Pág. 174.

⁴¹³ MOSSET ITURRASPE, JORGE. Ob. Cit. Pág. 176. Citando a FERRARA, COVIELLO, MESSINEO y otros.

⁴¹⁴ ALONSO PÉREZ, MARIANO. *El error sobre la cusa*. En Estudios de Derecho Civil en honor del Prof. CASTÁN TOBEÑAS, t. III EUNSA, Pamplona, 1969. Pág. 15-19.

Por ello, un amplio sector de la doctrina, observa la necesidad de recurrir o desviar el tema de los fines o motivos hacia el negocio abstracto, pues si la transmisión no estuviera ausente de la causa, habría una correlación entre uno y otro y resulta que un fin de mero mandato o garantía, no puede explicar la transmisión, serían causas no aptas para justificarla. Se dice entonces que la abstracción es un presupuesto esencial del negocio fiduciario. Se llega a la abstracción de la causa como presupuesto fundamental y esencial del negocio fiduciario⁴¹⁵, prescindiendo de una causa justa para la transmisión; el acto traslativo debe ser abstracto y autónomo. La doctrina alemana⁴¹⁶ se inclina por entender el negocio fiduciario como una transmisión abstracta de un derecho de propiedad, para cumplir un fin de mera garantía o de administración, el cual se establece en un vínculo o relación de carácter obligatoria, en virtud del cual debe el fiduciario retornar al fiduciante los bienes o créditos que ha recibido o la persona que él indique⁴¹⁷. En el negocio fiduciario, se transmite sin que se presente una causa que soporte una transmisión definitiva⁴¹⁸. El sistema actualmente vigente en Alemania no distingue entre el título y el modo como lo entendemos en otros sistemas como el español o los que siguen el Código de Don ANDRÉS BELLO. Distingue entre la manera de adquirir bienes muebles o inmuebles y además sustituye el título como contrato causal por un acuerdo traslativo de carácter abstracto (*Auflassung*) donde basta para que opere la transferencia, la voluntad de los intervinientes. Este acuerdo abstracto tiene plena validez independientemente del negocio jurídico que ocurra entre las

⁴¹⁵ En la misma línea: CROME, SEGRÉ, citados por JORDANO BAREA, JUAN B. Ob. cit. Pág. 129.

⁴¹⁶ Entre otros, TUHR, CROME, SEGRÉ, SCHÖNY Y GOLTZ.

⁴¹⁷ JORDANO BAREA, JUAN B. Ob. cit. Pág. 77.

⁴¹⁸ JORDANO BAREA, JUAN B. Ob. cit. Pág. 80.

partes que sea causa de la transferencia⁴¹⁹. El acuerdo real alemán es abstracto y opera independientemente del nexo causal con el contrato traslativo. Si son inmuebles, se requiere además del acuerdo de transferencia la inscripción en el Registro de Propiedad; si es mueble, se precisa, el acuerdo traslativo y tradición⁴²⁰.

Cuando se habla por tanto negocios abstractos o de abstracción de la causa o simplemente de negocios sin causa, se significan aquellos “en que la causa no está incorporada al negocio, sino separada de él, de tal modo que hay que buscarla fuera del negocio, en otra relación de las partes, y los efectos del negocio se producen con independencia de ella”⁴²¹.

En la opinión del profesor DIEZ-PICAZO, “se habla de negocio abstracto para designar un negocio jurídico que aparece desligado e independizado de su causa y que funciona con compleja independencia de ella, es decir, que funciona abstracción hecha –de aquí su nombre: “Abstracto”- de cuál sea esta causa”⁴²². Con la construcción de esta teoría del negocio abstracto en causa, se dará pié a la posibilidad de liberarlo de amarradijo que la causa produce a todas las vicisitudes que esté haya podido experimentar en el camino del contrato⁴²³.

⁴¹⁹ FUENTESECA, CRISTINA. Ob. Cit. Pág. 71.

⁴²⁰ FUENTESECA, CRISTINA. Ob. Cit. Pág. 71.

⁴²¹ CASTÁN, citado por NAVARRRO MARTORELL, MARIANO. *La propiedad Fiduciaria*. Bosch, Barcelona. 1950. 102.

⁴²² DIEZ-PICAZO, LUIS. *Ensayos Jurídicos*. Tomo II. *El concepto de causa en el negocio jurídico*. Ob. Cit. Pág. 1814.

⁴²³ DIEZ-PICAZO, LUIS. *Ensayos Jurídicos*. Tomo II. *El concepto de causa en el negocio jurídico*. Ob. Cit. Pág. 1814.

CARIOTA-FERRARA⁴²⁴, adhiere en Italia a esta concepción de la doctrina Alemana; para éste la transmisión fiduciaria opera en virtud de un negocio abstracto y se justifica simplemente en la *causa fiduciae*, que se encuentra motivada por los fines de mandato de garantía. Esta causa se manifiesta en el surgimiento de un derecho de crédito para recuperar el bien transmitido en ciertos eventos y circunstancias; para que pueda darse una transmisión, dirigida a meros fines de gestión o garantía, se precisa de un negocio puro simple y abstracto en causa⁴²⁵.

Otros responden negando que la única forma de hacer la transferencia fiduciaria sea afirmando que dicho negocio tenga carácter abstracto. FERRARA⁴²⁶ afirma que la transmisión se hace con un fundamento causal así se encuentre modificada por el vínculo obligatorio de hacer un uso determinado del bien; en el mismo sentido se pronuncia ASCARELLI. GRASSETTI también concibe la fiducia como un negocio causal, con una *causa fiducie* atípica⁴²⁷, cuyo efecto real tendría como causa el efecto obligatorio del mismo negocio; ambos se encuentran en recíproca relación de interdependencia; para que la *causa fiduciae* pueda servir de causa a la transmisión patrimonial, hay que considerar el efecto económico social que las partes persiguen y que se manifiesta en el vínculo obligatorio del acuerdo fiduciario.

Según la concepción clásica, tomada de la doctrina alemana del siglo XIX, “se está en presencia de un contrato fiduciario cuando la causa del contrato excede

⁴²⁴ CARIOTA-FERRARA, LUIGI. *I Negozi Fiduciari*. CEDAM, Padova, 1933. Pág. 119.

⁴²⁵ CARIOTA-FERRARA, LUIGI. Ob. Cit. Pág. 127.

⁴²⁶ FERRARA, FRANCISCO. *La simulación*, citado por JORDANO BAREA, JUAN B. Ob. cit. Pág. 130.

⁴²⁷ También citados por JORDANO BAREA, JUAN B. Ob. cit. Pág. 130, 131.

la finalidad que las partes persiguen mediante el contrato. Este exceso de la causa en relación con el fin perseguido por los contratantes es resultado de un pacto específico entre ellos, el pacto fiduciario, el cual figura como cláusula del mismo contrato o bien forma parte del objeto de un escritura separada, que tiene la función de reconducir el contrato dentro de los límites del fin perseguido por los contratantes⁴²⁸. Según GALGANO, la anterior no es una teoría idónea para justificar plenamente el negocio fiduciario⁴²⁹. Señala el citado profesor que, en la transmisión de la propiedad que hace el fiduciante al fiduciario, no se trata de un exceso respecto al fin perseguido por las partes, pues el fin solo puede alcanzarse precisamente en virtud de la transmisión. Señala que el *pactum fiduciae* tiene “la función de adaptar el contrato elegido para la realización del fin perseguido”⁴³⁰. Agrega siguiendo a GRASSETI que, a pesar de que en el pasado se ha intentado construir el contrato fiduciario como un contrato unitario, con una causa propia, la *causa fiduciae*; advierte que esta concepción ha sido superada⁴³¹ por la construcción según la cual el acto traslativo y el pacto fiduciario son contratos diferentes, aunque ligados y la noción de *causa fiduciae* no explica más que la conexión entre ellos⁴³².

El negocio fiduciario que diseñaron los pandectistas, puede perfectamente convivir en los sistemas jurídicos que consagran en el negocio abstracto en

⁴²⁸ Es la opinión de CARIOTA-FERRARA, citado por: GALGANO, FRANCESCO. Ob. Cit. Pág. 444.

⁴²⁹ GALGANO, FRANCESCO. Ob. Cit. Pág. 445.

⁴³⁰ Crítica que realiza siguiente a GRASSETI, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giurídico*, en *Riv. Trim.dir.comm*, I, p. 364; GALGANO, FRANCESCO. Ob. Cit. Pág. 445.

⁴³¹ Casación de 7 de Agosto de 1982, n. 4.438 de la Corte Italiana cuyo aparte transcribe: “el negocio fiduciario se realiza conectando dos negocios, uno de carácter externo, querido realmente y con eficacia frente a terceros, y el otro de carácter interno y obligatorio, dirigido a modificar el resultado final del negocio externo, por efecto del cual el fiduciario resulta obligado a transferir la cosa o el derecho que le ha sido atribuido a través del negocio real al otro contratante o a un tercero”.

⁴³² GALGANO, FRANCESCO. Ob. Cit. Pág. 447.

causa. No tendría cabida en el sistema Español, que como veremos es causalista⁴³³. Señala sobre el mismo punto el profesor ALBALADEJO⁴³⁴:

“Otro aspecto importante está constituido por el negocio abstracto ya que a través de él si cabría quizá admitir la visión pandectística. Pero al respecto es suficiente indicar aquí que mayoritariamente la doctrina española niega la posibilidad de acoger en nuestro ordenamiento jurídico el negocio abstracto. De modo que no cabiendo este en el Derecho español, no es posible constituir en él el negocio fiduciario como uno abstracto.”

La realidad, es que todas las teorías conviven en los diferentes sistemas jurídicos; incluso en los continentales. Siempre será una peculiar manera de mirar el negocio jurídico fiduciario desde diferentes ángulos, todos razonables.

2.6.4.6. La causa fiduciae en España.

El sistema español, que distingue el título y el modo, supone necesariamente de una causa para los negocios jurídicos. Si un contrato traslativo tiene un defecto de causa, por nulidad o inexistencia, no hay transmisión desde el origen precisamente por faltar la causa⁴³⁵. El artículo 1277 del C. Civil apoya negocios causales en donde no conste la causa, pero si esta no aparece con claridad, el Registrador no realizará la inscripción⁴³⁶.

Sobre la causa señala el Código Civil de España:

⁴³³ FUENTESECA, CRISTINA. Ob. Cit. Pág. 72. También rechazan la posibilidad del negocio abstracto en España, ALBALADEJO, DÍEZ-PICAZO, DE LOS MOZOS, O'CALLAGHAN, entre otros.

⁴³⁴ En el prólogo a la obra de FUENTESECA, CRISTINA. Ob. Cit. Pág. 10.

⁴³⁵ FUENTESECA, CRISTINA. Ob. Cit. Pág. 71.

⁴³⁶ FUENTESECA, CRISTINA. Ob. Cit. Pág. 71.

Artículo 1261. 3: "la causa de la obligación que se establezca".

Art. 1274: "En los contratos onerosos se entiende por causa, para cada contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte; en los remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera, y en los de pura beneficencia, la mera liberalidad de bienhechor".

Art. 1275: "Los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral".

Comentando de entrada el tema, encontramos que la doctrina distingue entre causa del contrato y causa de la obligación o de actuación de cada contratante:⁴³⁷

"Ello implica que en principio se contempla una causa de actuación de cada contratante, probablemente una "causa de la obligación" de cada contratante, pero no una causa de la actuación conjunta de ambos, una causa del acuerdo, del contrato".

En el mismo sentido se pronuncia GORKA GALICIA AIZPURUA,⁴³⁸ señalando que siendo respetuoso con el tenor literal de las referidas normas a la causa en el Código Civil, se "debe sostener que la exigencia de la causa viene referida a la obligación contractual y no al contrato en sí; "es decir, el requisito del contrato no es la causa, sino que la obligación que en él se establezca tenga causa".

⁴³⁷ CLAVERÍA GOSÁLVEZ, LUIS HUMBERTO. *La Causa Del Contrato*. Ob. cit. Pág. 27.

⁴³⁸ GALICIA AIZPURUA, GORKA. *Causa y Garantía fiduciaria*. Ob. Cit. Pág. 17.

Agrega LUIS HUMBERTO CLAVERÍA GOSÁLVEZ, al advertir las polémicas que se han despertado sobre la norma transcrita⁴³⁹:

"Las críticas que este precepto contenido en el art. 1274 del CC español ha recibido por parte de la doctrina han sido abundantes y agresivas".

También se destacan las falencias del art. 1274 en cuanto no cobija los contratos de colaboración, donde las partes buscan satisfacer un interés común⁴⁴⁰, además se dice que la causa desde esas críticas que se le hacen a la consagración en la mencionada norma, se convierte en un elemento inane o fútil⁴⁴¹.

Para muchos "el nudo gordiano" del negocio fiduciario consiste en saber si hay o no transmisión de la propiedad⁴⁴².

En efecto, en España, con relación a la causa del negocio fiduciario, se ha transcurrido por una gran variedad de teorías, muy vinculadas a la concepción que se adopte sobre la misma estructura compleja del negocio. Se presenta la teoría del doble efecto (GARRIGUES DIAZ-CAÑABATE) e incluso se llega por algunos a la conclusión de que se trata de un negocio simulado (FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO) o simplemente un vulgar negocio falso (MANUEL ALBALADEJO GARCÍA,⁴⁴³). La jurisprudencia mayoritaria, de marcado sabor causalista del

⁴³⁹ CLAVERÍA GOSÁLVEZ, LUIS HUMBERTO. *La Causa Del Contrato*. Ob. cit. Pág. 27.

⁴⁴⁰ GALICIA AIZPURUA, GORKA. *Causa y Garantía fiduciaria*. Ob. Cit. Pág. 19.

⁴⁴¹ GALICIA AIZPURUA, GORKA. *Causa y Garantía fiduciaria*. Ob. Cit. Pág. 20.

⁴⁴² MARTÍN LEÓN, ANTONIO. *Negocios Fiduciarios, Simulación y Transmisión de la propiedad*. Ob. Cit. Pág. 89-90. En el mismo sentido CÁMARA LA PUENTE Y DIEZ-PICAZO.

⁴⁴³ CARRASCO PERERA, ÁNGEL. "Los derechos de Garantía en la Ley Concursal", 3ª. Ed. Civitas, Navarra, 2009. Pág. 245.

contrato, se orienta por no otorgar a la transmisión fiduciaria la suficiencia causal para soportar una transferencia al fiduciario que suponga a la adquisición plena del dominio, así se observe con un derecho de retracto por parte del fiduciante; más bien, la idea sería de atribuirle una simple función de garantía, que se compadece con una limitación al alcance de su titularidad, y conferirle en su lugar un derecho de retención; sostener algo distinto, sería contradictorio con un sistema que no admite las transmisiones abstractas de derechos reales, pero que además se iría en contradicción con el artículo 1859 del CC, que prohíbe el pacto comisorio.⁴⁴⁴

No ha sido uniforme la jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha oscilado, desde reconocer que por el negocio fiduciario se transmitía la propiedad al fiduciario, aunque con la eventual carga de restituir, hasta negar a dicho negocio el servir de causa justa de adquisición del dominio, en una posición más “causalista”.⁴⁴⁵ Pero para las soluciones de los casos, a pesar de las diferentes teorías, que las advierte el Tribunal Supremo, aparece cierta homogeneidad que se concreta en la siguiente expresión doctrinal⁴⁴⁶:

“Y esta homogeneidad se soporta en dos consideraciones muy simples y plenamente asumidas. La primera, que el fiduciante o sus acreedores no pueden pretender modificar el estatus quo surgido del negocio fiduciario, en daño del fiduciario, mientras no haya sido satisfecha la obligación subyacente; la segunda, que el fiduciario no puede pretender presentarse frente al fiduciante como dueño real.”

En la doctrina y en la jurisprudencia, como veremos, se presenta un dilema entre la simulación y el negocio fiduciario. La preocupación fundamental del

⁴⁴⁴ CARRASCO PERERA, ÁNGEL. Ob. Cit. Pág. 245- 246.

⁴⁴⁵ CARRASCO PERERA, ÁNGEL. Ob. Cit. Pág. 247.

⁴⁴⁶ CARRASCO PERERA, ÁNGEL. Ob. Cit. Pág. 247.

Tribunal Supremo ha sido la de mantener en estancos distintos los negocios fiduciarios de los negocios simulados⁴⁴⁷. Estas discusiones, lejos de aclarar el panorama de los negocios fiduciarios en España, lo han enrarecido. El mismo Tribunal Supremo en Jurisprudencia de 22 de Diciembre de 1988 advierte lo siguiente: “siempre espinoso y hasta ahora no unívocamente resuelto tema de los “negocios fiduciarios” y la sentencia de 14 de Marzo de 2002 que admite la venta en garantía, no deja de advertir que “sin perjuicio de reconocer la ausencia de una orientación dogmática y perfectamente definida”⁴⁴⁸.

Desde la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de Enero de 1946 se afirma que el negocio fiduciario está lejos de considerarse un negocio simulado; en STS de 23 de Febrero de 1951 se insiste en la diferencia entre ambas figuras al igual que en la STS de 8 de Marzo de 1963. El 28 de Octubre de 1988, con marcada influencia de las tesis de FERRARA, señala las diferencias entre las dos figuras jurídicas⁴⁴⁹. Uno de los criterios empleados por la jurisprudencia para la distinción entre negocio fiduciario y simulación es precisamente la causa; mientras el negocio simulado carece de causa, el negocio fiduciario tiene una causa propia y específica, la llamada *causa fiduciae*⁴⁵⁰.

Sobre la *causa fiduciae* se han propuesto tres distintas concepciones, la de la causa de la obligación, la de la causa del contrato y la de la causa de la

⁴⁴⁷ MARTÍN LEÓN, ANTONIO. *Negocios Fiduciarios, Simulación y Transmisión de la propiedad*. Ob. Cit. Pág. 27.

⁴⁴⁸ MARTÍN LEÓN, ANTONIO. *Negocios Fiduciarios, Simulación y Transmisión de la propiedad*. Thomson Reuters ARANZADI, Navarra, 2012. Pág. 28.

⁴⁴⁹ MARTÍN LEÓN, ANTONIO. *Negocios Fiduciarios, Simulación y Transmisión de la propiedad*. Thomson Reuters ARANZADI, Navarra, 2012. Pág. 50.

⁴⁵⁰ MARTÍN LEÓN, ANTONIO. *Negocios Fiduciarios, Simulación y Transmisión de la propiedad*. Ob. Cit. Pág. 101. Citando Jurisprudencia del TS de 8 de marzo de 1963 y 18 de febrero de 1965; 30 de enero de 1991, 13 de Febrero de 2003 y 26 de julio de 2004. También GARRIGUEZ DIAZ-CAÑABATE, JOAQUÍN. Ob Cit., pág. 33.

atribución patrimonial⁴⁵¹, todas muy vinculadas a la estructura compleja del negocio y a la discusión en el sentido de establecer si el negocio fiduciario es o no idóneo para justificar la transferencia de la propiedad.

La *causa fiduciae*, **como causa de la obligación**, se identifica con la finalidad de mandato o de garantía, observables el pacto fiduciario obligacional, que constituyen la causa de ese negocio complejo que se llama negocio fiduciario⁴⁵². Se trata de una causa atípica, que cumple con las exigencias del artículo 1274 del C.C., según la cual, el fiduciario, que ha recibido la transmisión de un bien o de un crédito, se compromete a darle la finalidad convenida en el pacto de fiducia y de restituir llegado el caso.

En la actualidad esta teoría de la causa en la fiducia, como causa de la obligación, está abandonada y prácticamente el único autor que la defiende es RODRÍGUEZ ROSADO.⁴⁵³

La *causa fiduciae*, **como causa de la atribución patrimonial**, se presenta con el argumento de que por no existir una enumeración taxativa de las causas de la tradición, se puede concebir el negocio fiduciario como un negocio real de transmisión de propiedad, no contractual, con causa de garantía fundamentada en el artículo 1901 del C.C. El fiduciante transfiere la propiedad de la cosa al fiduciario para garantizar el pago de una deuda y ello provoca que la propiedad

⁴⁵¹ MARTÍN LEÓN, ANTONIO. *Negocios Fiduciarios, Simulación y Transmisión de la propiedad*. Ob. Cit. Pág. 101.

⁴⁵² GARRIGUEZ DIAZ-CAÑABATE, JOAQUÍN. Ob. Cit., pág. 40.

⁴⁵³ Según la opinión de MARTÍN LEÓN, ANTONIO. *Negocios Fiduciarios, Simulación y Transmisión de la propiedad*. Ob. Cit. Pág.104.

quede temporalmente limitada. Se critica por la muy amplísima interpretación de la norma citada⁴⁵⁴.

La *causa fiduciae*, como causa del negocio, es teoría formulada por el profesor de DE CASTRO⁴⁵⁵, quién afirma que siendo simulada o con causa falsa la compraventa, la causa de la fiducia constará el pacto disimulado y consistirá, bien en proporcionar una seguridad para el cobro del crédito (*fiducia cum creditore*) o bien en conceder un poder de administración (*fiducia cum amico*). La expresión “causa de garantía” solo puede utilizarse como causa del contrato o del negocio, por hacer referencia a la función económico-social que cumple el instrumento.⁴⁵⁶ Se quiere reforzar la tutela del crédito, la seguridad de su cumplimiento, con otro derecho subjetivo de carácter personal o real según la naturaleza del bien o derecho transmitido⁴⁵⁷.

Observemos un horizonte de algunas de las teorías que debaten acerca de la estructura del negocio fiduciario, como un negocio de carácter complejo y de paso, la incidencia que pueden tener con relación a la causa:

2.6.4.6.1. La teoría del doble efecto.

⁴⁵⁴ MARTÍN LEÓN, ANTONIO. *Negocios Fiduciarios, Simulación y Transmisión de la propiedad*. Ob. Cit. Pág. 105.

⁴⁵⁵ DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO. *El negocio fiduciario. Estudio crítico de la teoría del doble efecto*. REUS, S.A. Madrid., 1972. Pág. 408-409 y citado por MARTÍN LEÓN, ANTONIO. *Negocios Fiduciarios, Simulación y Transmisión de la propiedad*. Ob. Cit. Pág.107.

⁴⁵⁶ MARTÍN LEÓN, ANTONIO. *Negocios Fiduciarios, Simulación y Transmisión de la propiedad*. Ob. Cit. Pág.107. También jurisprudencias del TS de febrero 1 de 2002, 30 de mayo de 2008.

⁴⁵⁷ MARTÍN LEÓN, ANTONIO. *Negocios Fiduciarios, Simulación y Transmisión de la propiedad*. Ob. Cit. Pág. 107.

En España se sostuvo por mucho tiempo la **teoría del doble efecto**. Tiene su origen en la doctrina alemana y puede considerarse como la concepción clásica del tema. El negocio fiduciario se mira como un negocio complejo en el que participan dos contratos diferentes, uno real de transmisión plena del dominio con efectos *erga omnes* y otro obligacional, de efectos *inter partes*, el pacto de fiducia, que compele al obligado al cumplimiento de su débito, para que no se frustre la recuperación del bien transmitido. La teoría del doble efecto ha sido adoptada por el Tribunal Supremo en varias jurisprudencias, lo que llamamos en su oportunidad una primera etapa de la jurisprudencia, SSTs de 25 de Mayo de 1944 (RJ 6000) y 28 de Enero de 1946 (RJ 111), hasta la década de los años 80 que comienza a ser abandonada.

La consecuencia de la teoría es que el vendedor-fiduciante transfiere al comprador-fiduciario el dominio sobre una cosa con carácter definitivo e ilimitado. El fiduciario pasa a ser propietario frente al fiduciante y terceros. El fiduciante tiene un derecho de crédito frente al fiduciario, que emana de la obligación de éste de utilizar la titularidad de acuerdo con la finalidad acordada.

Para esta teoría, en el negocio fiduciario concurren dos contratos: por un lado, uno real positivo, el de transmisión plena del bien o de la titularidad de un crédito; de otro lado, el contrato obligatorio negativo, que da lugar a la obligación a cargo del fiduciario de retransmitir a su tiempo y de usar el bien, de conformidad con los fines propuestos⁴⁵⁸. Para el profesor CASTÁN

⁴⁵⁸ MARTÍN LEÓN, ANTONIO. *Negocios Fiduciarios, Simulación y Transmisión de la propiedad*. Ob. Cit. Pág. 41.

TOBEÑAS⁴⁵⁹, se trata de dos contratos independientes, aunque el obligatorio está subordinado al real. Fue ésta la posición original.

El profesor NAVARRO MARTONELL⁴⁶⁰, advierte posteriormente, que se trata de una forma compleja integrada de dos negocios, conexos, pero distintos. Observa el negocio fiduciario como un negocio complejo; cronológicamente podrá ser el primero en adherir a la teoría del doble efecto, en cuanto encuentra dos negocios: uno de transmisión real, de carácter abstracto, que transfiere la propiedad y la causa está fuera de él; otro obligacional, causal, que recoge la causa de los dos. Ambos negocios, el real y el obligatorio, están en relación de dependencia recíproca.

Algunos incluso se inclinan por advertir, que más que estar frente una situación de doble efecto se está en realidad es frente a un doble negocio⁴⁶¹.

El profesor GARRIGUEZ DIAZ-CAÑABATE⁴⁶², advertía sobre la esencia del negocio fiduciario que éste, de pronto, se encontraba en la contraposición entre el poder y el deber. Para frenar los poderes con los deberes, el negocio fiduciario se presenta como un negocio complejo, una combinación entre el negocio real de transmisión plena, adjunto a un negocio obligacional que tiende a moderar los efectos de la transmisión⁴⁶³. En este sistema binario, cada negocio genera sus efectos propios: el efecto del negocio obligatorio,

⁴⁵⁹ Citado por MARTÍN LEÓN, ANTONIO. *Negocios Fiduciarios, Simulación y Transmisión de la propiedad*. Ob. Cit. Pág.41.

⁴⁶⁰ NAVARRRO MARTORELL, MARIANO. Ob. Cit. Pág. 100-119.

⁴⁶¹ BADOSSA COLL, GETE-ALONSO, citados por MARTÍN LEÓN, ANTONIO. *Negocios Fiduciarios, Simulación y Transmisión de la propiedad*. Ob. Cit. Pág. 41.

⁴⁶² GARRIGUEZ DIAZ-CAÑABATE, JOAQUÍN. Ob. Cit., pág. 20.

⁴⁶³ GARRIGUEZ DIAZ-CAÑABATE, JOAQUÍN. Ob. Cit., pág. 20.

lejos de anular los efectos del negocio transmisivo, transferencia que se mantiene indemne, impone al fiduciario la obligación resarcitoria del perjuicio que llegue a ocasionar su conducta desleal⁴⁶⁴, advirtiendo el distinguido tratadista, que esta es la doctrina magistralmente expuesta por FRANCISCO FERRARA⁴⁶⁵ y continuada posteriormente por otros doctrinantes⁴⁶⁶.

Se presenta un variable dentro de la teoría del doble efecto, pues apartándose de la teoría del doble contrato, consideran unitario el negocio fiduciario, con una propia y peculiar causa que es la *causa fiduciae*. Es un negocio único, con causa única, pero con estructura compleja⁴⁶⁷.

Pero ante todo, para el tratadista español profesor GARRIGUEZ, el negocio fiduciario es un negocio causal y es la única manera de entenderlo para poder darle espacio en el sistema jurídico de España, que no lo admitiría de considerarse un negocio abstracto⁴⁶⁸. Con fundamento en el artículo 1.274 del Código Civil, la simple promesa puede ser causa en los negocios onerosos. El compromiso del fiduciario de utilizar la cosa de acuerdo a la finalidad perseguida y restituirla de acuerdo a las mismas instrucciones, sería una causa

⁴⁶⁴ GARRIGUEZ DIAZ-CAÑABATE, JOAQUÍN. Ob Cit., pág. 20.

⁴⁶⁵ De gran influencia en Italia su publicación sobre “*I negozi fiduciari*” en 1901.

⁴⁶⁶ CARIOTA-FERRARA, LUIGI. Ob. Cit.: Advierte su idea de propiedad fiduciaria, como “Intedere per proprietà fiduciaria una proprietà limitata, e, come tale, speciale, é ugualmente erróneo, non potendosi parlare di limitazioni della proprietà se non in quanto essa sia menomata da diritti analoghi, ossia da diritte reali. Questi, neppure, possono mutarne l’essenza o produrne la scissione, ma soltanto comprimerla. Nel negozio fiduciario, però, anche queste limitazioni mancano, essendovi soltanto obbligazioni personali del fiduciario.” (“Entendiendo por la propiedad fiduciaria una propiedad limitada, y, como tal, especial, é igualmente erróneo, no pretendemos hablar de limitaciones de la propiedad si no en lo que sea para derechos similares, es decir, de derechos reales. Estos, no pueden cambiar la esencia o haciendo la escisión, pero sólo una. En el negocio fiduciario, hacen también estas limitaciones, planteaban sólo obligaciones personales del administrador.”)

⁴⁶⁷ Partidarios de esta posición los profesores GARRIGUEZ Y ALBALADEJO Y JORDANO BAREA, según lo observa MARTÍN LEÓN, ANTONIO. *Negocios Fiduciarios, Simulación y Transmisión de la propiedad*. Ob. Cit. Pág. 41.

⁴⁶⁸ GARRIGUEZ DIAZ-CAÑABATE, JOAQUÍN. Ob. Cit., pág. 25.

de suyo suficiente⁴⁶⁹. La *causa fiduciae*, se identifica con la finalidad perseguida por las partes, bien sea de gestión o de garantía; su validez emana de la libertad de pactos permitida por el artículo 1.255 del Código Civil y que además no existe limitante legal para los negocios jurídicos de efecto real⁴⁷⁰. Para el profesor GARRIGUEZ, la causa reside en el negocio obligacional y consiste en un fin de garantía o de mandato.

PUIG BRUTAU advierte que como resultado de la concurrencia de los dos negocios, el de transmisión de la propiedad o cesión del crédito por un lado y el obligatorio que vincula al fiduciario a utilizar el bien transmitido o el crédito cedida, únicamente de acuerdo con la finalidad convenida, para luego restituirlo. “Por tanto, se producirán efectos reales y obligacionales y de ahí que se hable de la teoría del “doble efecto”.⁴⁷¹ Pero también advierte que hay otra manera de ver las cosas, y es observando un solo negocio caracterizado por su causa, la *causa fiduciae*, en virtud de la cual el fiduciario no adquiere la propiedad de la cosa frente al fiduciante, continua con su propiedad, aunque con la carga de haber concedido sobre ella una garantía al fiduciario⁴⁷².

Para ALBALADEJO GARCÍA se trata de analizar si la *causa fiduciae* es transmisiva de la propiedad y si ello es posible en el derecho español. Lo que se presenta, más que un ánimo de transmitir, es un fin de garantía, una causa

⁴⁶⁹ GARRIGUEZ DIAZ-CAÑABATE, JOAQUÍN. Ob. Cit., pág. 26.

⁴⁷⁰ GARRIGUEZ DIAZ-CAÑABATE, JOAQUÍN. Ob. Cit., pág. 29.

⁴⁷¹ PUIG BRUTAU, JOSÉ. *Fundamentos de Derecho Civil*. Tomo III. Volumen III. Ob. Cit. Pág. 375.

⁴⁷² PUIG BRUTAU, JOSÉ. *Fundamentos de Derecho Civil*. Tomo III. Volumen III. Ob. Cit. Pág. 375-376.

de seguridad o garantía⁴⁷³. La validez del negocio fiduciario, según citado profesor, se asienta en la validez de la atribución fiduciaria, como atribución causal y la *causa fiduciae*, es la causa, concretada en el intercambio entre el derecho que se transmite y la ventaja que de ello deriva el fiduciante⁴⁷⁴.

En opinión de JORDANO BAREA, el negocio *fiduciae causa* es admisible en el derecho español como negocio traslativo, fundamentado en una causa atípica, vecina de la *causa credendi*, fundamentada en el artículo 1.274 del Código Civil donde entran a la escena, la trasmisión frente a la promesa obligacional del fiduciario de servirse de la cosa conforme a lo pactado y de restituir al mismo fiduciante o a un tercero, la misma cosa o derechos recibidos⁴⁷⁵.

Como se dijo, el Tribunal Supremo de España advierte la teoría del doble efecto en varias oportunidades⁴⁷⁶. El profesor FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO⁴⁷⁷, explica la posición del Tribunal Supremo así:

“Es decir, que el fiduciante transmite al fiduciario la titularidad dominical de su cosa o de su crédito, de modo definitivo e ilimitado; el fiduciario será desde entonces el dueño, con todas las facultades de tal, frente al fiduciante y frente a todos. El fiduciante queda de acreedor del

⁴⁷³ ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL. Prologo a FUENTESECA, CRISTINA. Ob. Cit. Pág. 12-14. También en *El Negocio Jurídico*. 1958. Pág. 221.

⁴⁷⁴ Citado por GARRIGUEZ DIAZ-CAÑABATE, JOAQUÍN. Ob. Cit., pág. 117.

⁴⁷⁵ GARRIGUEZ DIAZ-CAÑABATE, JOAQUÍN. Ob. Cit., pág. 118.

⁴⁷⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de Febrero de 1965. Considera el Tribunal Supremo sobre el negocio fiduciario: “Negocio jurídico que se caracteriza por su naturaleza compleja y en el que confluyen dos contratos independientes, uno de transmisión plena del dominio, con su correspondiente atribución patrimonial, eficaz *erga homnes*, y otro obligacional, válido para *inter partes*, que constriña al adquirente para que ejecute dentro de lo convenido y en forma que no impida el responder por el transmitente, con el consiguiente deber de indemnización de perjuicios en otros casos, o sea restitución de la misma propiedad o abono de su valor económico”. En Sentencia de 20 de Noviembre de 1965 señala: El negocio fiduciario implica “una relación compleja, constituida por dos fases completamente diferenciadas, una, de transmisión plena y otra de relación obligacional que limita los efectos de aquella transmisión”.

⁴⁷⁷ DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO. *El negocio fiduciario. Estudio crítico de la teoría del doble efecto*. REUS, S.A. Madrid., 1972. Pág. 6.

fiduciario, con el crédito correspondiente a la obligación de este último de utilizar la titularidad adquirida de modo que no contradiga la finalidad a la que se la ha confiado”.

Se presenta una desarmonía entre el fin que se proponen las partes (simple garantía por ejemplo) y el medio jurídico empleado (transmisión de la propiedad sobre la cosa). Se produce un efecto jurídico más fuerte, para lograr o conseguir un propósito más débil⁴⁷⁸, una transmisión de propiedad, en aras de una simple garantía de crédito, como sucede en la fiducia *cum creditore*. Se presenta por tanto una contradicción o desacuerdo⁴⁷⁹, una discordancia entre los medios que se utilizan y el fin buscado por las partes. Hay por consiguiente un desdoblamiento en dos negocios, el negocio real positivo de transferencia y el negocio obligacional negativo o *pactum fiduciae*⁴⁸⁰.

Advierte igualmente el profesor GARRIGUEZ DÍAZ-CAÑABATE que los negocios fiduciarios subsisten en la vida moderna con la misma estructura compleja que presentaban en el derecho romano⁴⁸¹, es decir, con una combinación entre una transmisión real (*mancipatio* o *la in jure cessio*) y de un pacto (*pactum fiduciae*) que supone ciertas obligaciones al fiduciario⁴⁸².

La gran crítica a la teoría del doble efecto la muestra el Profesor FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO, quién plantea una serie de reflexiones y de dudas:

⁴⁷⁸GARRIGUEZ DIAZ-CAÑABATE, JOAQUÍN. Ob. Cit., pág. 21.

⁴⁷⁹GARRIGUEZ DIAZ-CAÑABATE, JOAQUÍN. Ob. Cit., pág. 21.

⁴⁸⁰GARRIGUEZ DIAZ-CAÑABATE, JOAQUÍN. Ob. Cit., pág. 23.

⁴⁸¹GARRIGUEZ DIAZ-CAÑABATE, JOAQUÍN. Ob. Cit., pág. 24.

⁴⁸²GARRIGUEZ DIAZ-CAÑABATE, JOAQUÍN. Ob. Cit., pág. 24.

Señala el profesor DE CASTRO Y BRAVO, refiriéndose al negocio fiduciario, que su teoría “puede clasificársela a la vez de advenediza y de forastera a nuestro derecho”, agrega “hasta fines del siglo pasado no fue inventada y se le dio nombre. Se ha presentado en el mundo jurídico, eso sí, ungida con el doble carisma del Derecho romano clásico y de la dogmática del pandectismo. Su importancia en Italia y en España, países de sistemas causalistas, puede clasificarse sensacional, pues ha venido a conmover los cimientos mismos de su secular doctrina. Creación del pandectismo alemán, nace y se extiende apoyada en la concepción abstracta del negocio jurídico; recibida en uno de los sistemas casualistas origina disonancias y contradicciones insalvables; sino actúa como caballo de Troya para subvertir el régimen tradicional”⁴⁸³.

Continúa su aguda crítica el profesor español:

“¿Son justos estos resultados? ¿Es de buen sentido que, quien confía a un amigo una cosa para que la venda, le haga con ello dueño de la cosa? ¿Corresponde a una concepción sana del Derecho amparar, proteger y hasta premiar al cómplice de quién comete lo que el Código Penal califica de apropiación indebida?”⁴⁸⁴.

Pasa luego a calificar el negocio fiduciario con expresiones bastante fuertes:

“...engendro advenedizo y forastero, ajeno y contrario a nuestra secular tradición jurídica”⁴⁸⁵.

⁴⁸³ DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO. *Derecho Civil de España*. Thomson- Civitas, Navarra, 2008. Pág. 380.

⁴⁸⁴ DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO. *El negocio fiduciario. Estudio crítico de la teoría del doble efecto*. Reus, S.A. Madrid., 1972. Pág. 8.

⁴⁸⁵ DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO. *El negocio fiduciario. Estudio crítico de la teoría del doble efecto*. Reus, S.A. Madrid., 1972. Pág. 9.

Es más, el profesor DE CASTRO Y BRAVO, concreta el estudio de los negocios fiduciarios, precisamente en el capítulo dedicado a la simulación del negocio jurídico⁴⁸⁶.

El soporte fundamental para la teoría del doble efecto reside en la autonomía de la voluntad de las partes. Explica el profesor REGELSBERGER, al formular la teoría en Alemania, que caracteriza este negocio:

“en que las partes eligen para su fin práctico un negocio jurídico cuyos efectos jurídicos –como ellas saben- exceden de aquel fin; por ejemplo, transmisión de la propiedad para garantizar un crédito para su cobro”⁴⁸⁷.

La crítica no demora, pues es precisamente en opinión de muchos, la forma de eludir la prohibición del pacto comisorio en la hipoteca o en la prenda. La venta en garantía se dice que carece de causa propia y adecuada y por tanto podría ser nula por carecer de precio y no pudiendo servir de causa el pacto fiduciario.

Crítica el Profesor FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO el soporte en la llamada *causa fiduciae*. Señala que la causa en la *fiducia cum creditore* no es una relación abstracta carente de *causa fiduciae*, sino que tiene la finalidad de proporcionar al crédito concedido o prorrogado por el prestamista una garantía

⁴⁸⁶ DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO. *Derecho Civil de España*. Thomson- Civitas, Navarra, 2008. Pág. 333 a 377.

⁴⁸⁷ PANDEKTEN, LEIPZING. 1893, pág. 518 y también citado por DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO. *El negocio fiduciario. Estudio crítico de la teoría del doble efecto*. Reus, S.A. Madrid., 1972. Pág. 23.

o seguridad para el cobro.⁴⁸⁸ DE LOS MOZOS, rechaza expresamente la causa *fiduciae* para lo cual cita a al Profesor F. DE CASTRO Y BRAVO⁴⁸⁹.

2.6.4.6.2. Teoría de la propiedad formal y la material.

Como una evolución sobre la teoría del “doble efecto”, y buscando superar los inconvenientes que ésta presenta, doctrina⁴⁹⁰ y jurisprudencia alimentan una teoría que distingue entre **la propiedad formal del fiduciario y la propiedad material del fiduciante**, escisión que se encuentra vinculada estrechamente al concepto de “titularidad fiduciaria”.⁴⁹¹ Se presenta un desdoblamiento, de un lado la propiedad material, que mantiene el fiduciante y la formal que se transmite al fiduciario. Esta bifurcación de la propiedad entre los efectos reales y obligacionales del negocio se presenta en relación con los terceros de buena fe; frente a estos el propietario es el fiduciario; en los demás efectos, el propietario es el fiduciante. El Tribunal Supremo adopta esta teoría en varios pronunciamientos a saber: SSTS de 19 de mayo de 1982 (RJ 2580), 2 de junio de 1982 (RJ 3402), 25 de febrero de 1988 (RJ 1305), 8 de marzo de 1988 (RJ 1607, 7 de marzo de 1990 (RJ 1674), 7 de mayo de 1991 (RJ 3583), 6 de Julio de 1992 (RJ 6184). Se afirma en todas ellas que la venta en garantía tiene una

⁴⁸⁸ DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO. *El negocio fiduciario. Estudio crítico de la teoría del doble efecto*. Reus, S.A. Madrid., 1972. Pág. 27.

⁴⁸⁹ DE LOS MOZOS, JOSÉ LUIS. *El negocio Jurídico*. Ed. Estudios de Derecho Civil, Montecorvo, 1987. Pág. 476-477.

⁴⁹⁰ CÁMARA LA PUENTE, DIEZ- PICAZO Y HERNÁNDEZ GIL, podrían ubicarse en esta teoría, según opinión de MARTÍN LEÓN, ANTONIO. *Negocios Fiduciarios, Simulación y Transmisión de la propiedad*. Ob. Cit. Pág.41.

⁴⁹¹ STS. 19.5.1982 [R] 1982,2580]. En sentencia del TS 21.3.1969 (RJ 1969, 1520), por primera vez se refiere al término “titularidad fiduciaria”.

limitada eficacia real, en la medida que con relación a los terceros, no puede oponerse al fiduciante por no haber operado una verdadera transferencia de la titularidad del bien.

Sin embargo, no ha tenido en el mismo Tribunal Supremo mayores desarrollos esta escisión de titularidades y ha llevado a que en el concepto de propiedad formal, se quiera significar la aparente o simulada⁴⁹², incluso por diferentes Tribunales, en contradicción con el mismo Tribunal Supremo en la mencionada jurisprudencia donde parte de la base de que no es negocio simulado. Si el negocio no es simulado, debe tener un contenido y ¿cuál sería? Esta situación lleva a un estadio nebuloso, que confunde a terceros de buena fe y a los mismos acreedores de las partes, donde no se precisa cuáles y hasta donde pueden llegar en la persecución de los bienes transmitidos o fideicometidos⁴⁹³.

Como ventaja de la teoría señalan jurisprudencia y doctrina que el fiduciante es considerado propietario para todos los efectos, salvo en su relación interna con el fiduciario. Así las cosas, si el bien es perseguido por los acreedores del fiduciario, el fiduciante puede hacer valer sus derechos de dueño, oponiéndose o sacando el bien de la masa si es el caso. Pero si el fiduciante es quién entra en quiebra, el fiduciario no goza de un derecho de separación. El problema es hasta donde justificar en el sistema de derecho privado español esa

⁴⁹² CARRASCO PERERA, ÁNGEL. Ob. Cit. Pág. 249.

⁴⁹³ El mismo autor en cita advierte del error en que incurrió OERTMANN, al afirmar a manera de conclusión en su estudio sobre la fiducia en Roma, que el negocio fiduciario se encuentra desde hace mucho tiempo como una antigüedad histórica. GARRIGUEZ DIAZ-CAÑABATE, JOAQUÍN. Ob. Cit., pág. 24.

separación de propiedades, atenta contra el principio de la *numerus clausus* de los derechos reales.⁴⁹⁴

En opinión de FUENTESECA⁴⁹⁵ solo caben dos alternativas, o se transmite o no se transmite la propiedad y por ello, se debe repudiar la teoría de la propiedad formal.

Reprocha DE CASTO Y BRAVO⁴⁹⁶, que en virtud de la fiducia no se transmite de una manera plena, ilimitada y definitiva el bien objeto del negocio; así como expone que no hay un equilibrio patrimonial, puesto que el fiduciante tradita un bien y no recibe nada a cambio, careciendo sin embargo de un ánimo gratuito o de liberalidad. Con este fundamento han calificado algunos a la fiducia en garantía como un **contrato relativamente simulado**, por lo que públicamente se hace una transferencia de derechos, pero en realidad hay es un negocio de garantía.

2.6.4.6.3. La teoría de la titularidad fiduciaria y la del negocio simulado.

Con las dificultades que plantea la teoría de la propiedad formal, aparece una nueva teoría, según la cual el acreedor ostenta la llamada “titularidad

⁴⁹⁴ También críticos de esta teoría de la propiedad formal aparecen: DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO. *El negocio jurídico*. Ob. Cit. Pág. 422; DE ANGEL YAGÜEZ, RICARDO. *Problemas que suscita la venta en garantía en relación con los procedimientos de ejecución del deudor*. RCDI, 1973, n. 494. Pp. 53; MARÍN LÓPEZ, J.M. “Comentario a la STS de 26 de abril de 2001. ... Cit.”. Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, Madrid. Ed. Civitas, 2002, número 58, 1568, pp. 147 a 171. RODRÍGUEZ-ROSADO. Ob. Cit. 108.

⁴⁹⁵ FUENTESECA, CRISTINA. Ob. Cit. Pág. 195.

⁴⁹⁶ DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO. “El negocio fiduciario. Estudio crítico de la teoría del doble efecto” Página 25 y 28. Y “El Negocio Jurídico” Página 385 y 407. Citado por Rodríguez Rosado, Op. Cit. Página 125.

fiduciaria”. Con aceptación doctrinal de los profesores DE CASTRO Y BRAVO, ALBALADEJO Y DE ANGEL YAGÜEZ⁴⁹⁷, entre otros⁴⁹⁸ y desarrollo jurisprudencial en SSTS de 7 de mayo de 1991 (RJ 3583), 22 de Febrero de 1995 (RJ 1700), RDGRN 30 de Junio de 1987 (RJ 4843).

Para esta teoría el negocio fiduciario no es otra cosa que un negocio disimulado de garantía. En la venta (negocio simulado) se agazapa el pacto disimulado de garantía. Lo que las partes han querido no es la venta, no quieren transmitir la propiedad, lo que realmente quieren es la garantía. Es un problema en la causa, puesto que ambas partes consienten en la venta simulada. Venta no hay por ausencia de causa, no hay precio. Lo que se ha querido es darle al acreedor una garantía. Como no hay venta, la propiedad continúa en el deudor-fiduciante y transmitente de la propiedad. El acreedor se presenta exteriormente como propietario del bien, puesto que el verdadero dueño le ha dado esa titularidad con fines de garantía. Esa titularidad se denomina **propiedad fiduciaria**, por tener origen en un pacto fiduciario.

La venta en garantía busca garantizar el cumplimiento de una obligación, que puede tener fuente en el préstamo o en cualquiera otra. Se trata de una garantía atípica en el derecho común y la transmisión de la propiedad del bien del deudor al acreedor no es auténtica; el fiduciario queda en apariencia como

⁴⁹⁷ DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO. *El negocio jurídico*. Ob. Cit. Pág. 422; ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL. “*El llamado Negocio fiduciario es simplemente un negocio simulado relativamente*”. AC, 1993-4. Pp. 665; DE ANGEL YAGÜEZ, RICARDO. *Problemas que suscita la venta en garantía en relación con los procedimientos de ejecución del deudor*. RCDI, 1973, n. 494. Pp. 53.

⁴⁹⁸ También MARÍN LÓPEZ, J.M. “*Comentario a la STS de 26 de abril de 2001. ... Cit.*”. Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, Madrid. Ed. Civitas, 2002, número 58, 1568, pp. 147 a 171.

dueño. El acreedor adquiere una propiedad formal que no es oponible como dominio al deudor fiduciante.

No se trata de una transmisión temporal, puesto que la propiedad permanece en el deudor⁴⁹⁹. La transmisión de la propiedad supone una causa adecuada y un título, requisito que no cumple la transmisión en garantía. Como el deudor sigue siendo propietario, se explica claramente que pueda ejercitar los derechos de tal, como ejercer la acción reivindicatoria contra el acreedor sino regresa el bien una vez cancelada la obligación⁵⁰⁰. Igualmente, el Tribunal Supremo, por sentencia de 17 de Julio de 2001 (RJ 6860), advierte que el fiduciario acreedor no es realmente dueño y por ende no puede ejercer la acción reivindicatoria ni la declaratoria de dominio.

En esta concepción el negocio fiduciario no es una categoría autónoma, sino que se trata más bien de un artificio que cae dentro de la órbita de otra figura de propósito garantista; se utiliza la venta, para obtener resultados distintos a los que se ordinariamente se persiguen con ella. Señala la doctrina: “Existe una desproporción entre el negocio jurídico celebrado (compraventa) y la finalidad perseguida por el mismo (servir de garantía). Efectivamente, a pesar de celebrar formalmente un contrato de compraventa, las partes no pretenden que el acreedor adquiera definitivamente la propiedad del bien, sino que la

⁴⁹⁹ Algunos sostienen la teoría de la propiedad temporal como MATEO Y VILLA, SOTO NIETO, según opina MARTÍN LEÓN, ANTONIO. *Negocios Fiduciarios, Simulación y Transmisión de la propiedad*. Ob. Cit. Pág. 42.

⁵⁰⁰ MARÍN LÓPEZ, J.M. “Comentario a la STS de 26 de abril de 2001. Cit.” Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, Madrid. Ed. Civitas, 2002, número 58, 1568, pp. 147 a 171.

adquiera únicamente con fines de garantía”⁵⁰¹. Sobre el punto la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1988 (RJ 9748), efectúa una reflexión sobre el tema causal, señalando que la causa eficiente del negocio fiduciario no consiste en la enajenación propiamente dicha, sino en la garantía o afianzamiento de la obligación.

En la Sentencia del T. Supremo de 26 de Abril de 2001, pareciera que se inclina por la teoría de la propiedad formal, sin embargo, para su análisis utiliza los argumentos de la propiedad fiduciaria que hemos venido advirtiendo en el análisis de esta tercera teoría sobre la causa del negocio fiduciario, así no se exprese directamente utilizando el término “titularidad fiduciaria”. Señala el Tribunal Supremo que bajo la apariencia de un contrato de compraventa (simulado), lo que en verdad se ha estipulado es la transmisión de un bien en garantía y no hay venta porque no se ha pagado precio. Esta sentencia es un buen ejemplo de que no hay una línea única ni pura en el campo de la jurisprudencia y que los últimos años los pronunciamientos son divergentes; pues en esta sentencia, como se observa, se alude a dos de las teorías mencionadas.

Para los partidarios de la simulación del negocio fiduciario, es una mera cuestión de lógica, siendo coherentes con el fundamento causalista, así como con las exigencias del artículo 1859 del C.C., llegan a la conclusión de que el fiduciario debería estar privado de cualquier derecho de posesión sobre el bien

⁵⁰¹MARÍN LÓPEZ, J.M. “Comentario a la STS de 26 de abril de 2001. ...”. Cit. Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, Madrid. Ed. Civitas, 2002, número 58, 1568, pp. 147 a 171.

transferido⁵⁰². No podría poseer como comprador, pues la venta sería simulada, y por ende nula, pero tampoco como garante, pues el contrato disimulado que es real y querido, iría contra la prohibición del pacto comisorio, consagrada en el artículo 64 del C.C.⁵⁰³, habría por tanto una transgresión defraudadora. Sin embargo, para la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español, lo que se considera simulado es el contrato aparente de transmisión fiduciaria, que se deja apreciar como una venta o cesión con opción de compra⁵⁰⁴. El contrato disimulado de garantía se considera válido como contrato de garantía.⁵⁰⁵

La llamada venta con fin de garantía o la venta con fin de administración o la cesión de créditos con fin de cobro, que son las tres hipótesis relevantes para realizar a través de lo fiducia, no son más que negocios simulados en autorizadas opiniones de algunos tratadistas⁵⁰⁶.

Incluso, algún sector de la doctrina opina, que estando consagrada la **venta con pacto de retroventa**, que además puede cumplir funciones de financiación y garantía, con una causa propia y encaminada hacia tal propósito, no queda en el sistema jurídico de los contratos español, espacio para hablar de transmisión fiduciaria y tal expresión debería desaparecer de los repertorios jurídicos.⁵⁰⁷ Si de simulación hay que hablar, esta sería predicable a la transmisión fiduciaria, la que en el fondo estaría disimulando un pacto de

⁵⁰² CARRASCO PERERA, ÁNGEL. Ob. Cit. Pág. 251.

⁵⁰³ CARRASCO PERERA, ÁNGEL. Ob. Cit. Pág. 255.

⁵⁰⁴ STS 15.6.1999 (RJ. 1999, 4474).

⁵⁰⁵ STS 6.4.1992 (RJ 1992, 6186).

⁵⁰⁶ FUENTESECA, CRISTINA. Ob. Cit. Pág. 195, también es la tesis de ALBALADEJO.

⁵⁰⁷ CARRASCO PERERA, ÁNGEL. Ob. Cit. Pág. 255.

retro, precisamente por ser la venta con pacto de retroventa, el negocio llamado a cumplir los propósitos de financiación y garantía, que tradicionalmente se le han querido adjudicar a la transmisión fiduciaria.⁵⁰⁸ Sin embargo, no todo es tan claro en el análisis jurídico de estas figuras. Se presentan diferencias muy precisas sobre estos dos negocios que se quieren yuxtaponer. En la venta con pacto de retroventa el vendedor puede ejercitar su derecho al retracto, pero mientras tanto no es deudor, tampoco está obligado a ello, apenas facultado; si decide ejercitar el retracto, deberá restituir el precio y se convierte en deudor del mismo; no sucede así en la fiducia de garantía, cuando el fiduciante sigue siendo deudor. La aludida sentencia del Tribunal Supremo de 26 de Abril de 2001 se ocupa de sentar diferencias entre la venta con pacto de retro y la venta en garantía.

Para el Tribunal Supremo, en el negocio fiduciario no hay simulación, se trata de un negocio verdadero y querido y así lo manifiesta desde la Sentencia de 28 de enero de 1946, cuando expresamente advierte: “está muy lejos de implicar doctrinalmente un supuesto de simulación absoluta o relativa”. En sentencia de 23 de Febrero de 1951 insiste en la posición: “No cabe confundir el negocio simulado con el fiduciario, porque, aparte otras notas diferenciales, el primero es un negocio simple y se realiza para producir una apariencia o un engaño, mientras que el segundo reviste una forma compleja y está integrado por dos diversos, uno de transmisión y otro de garantía, significando una diferencia entre el fin económico propuesto y el medio jurídico utilizado para conseguirlo, pues aunque se transfiere la plena titularidad de un derecho, el adquirente se

⁵⁰⁸CARRASCO PERERA, ÁNGEL. Ob. Cit. Pág. 256.

obliga a volver a transmitirlo al enajenante o a un tercero, una vez conseguido aquel fin económico, realizando una combinación de figuras jurídicas”⁵⁰⁹. Insiste la jurisprudencia en que el negocio no es simulado sino real, querido por las partes, en sentencias del Tribunal Supremo de 8 de Marzo de 1963, 4 de Abril de 1972, 2 de Junio de 1882, 25 de Febrero de 1988, 7 de marzo de 1990, 30 de enero de 1991 y 6 de julio de 1992.

2.6.4.6.4. Teoría de la simulación relativa.

Sostenida por otro sector de la doctrina, aparece la teoría que observa en el negocio fiduciario una simulación relativa. Para el profesor MARTÍN LEÓN son tan notorias las diferencias entre la simulación absoluta y el negocio fiduciario, que no se presente mayor dificultad al presentar su distinción, pero no sucede lo mismo con la simulación relativa, donde la cuestión se complica seriamente⁵¹⁰.

En opinión del citado autor la diferencia entre simulación absoluta y fiducia se concreta en que en la simulación absoluta las partes no buscan ningún propósito negocial, sino la creación de una apariencia falsa o engañosa, mientras que con el negocio de fiducia se busca un fin de autonomía privada⁵¹¹.

⁵⁰⁹ Esta posición está reiterada en la SSTS de 28 de Diciembre de 1955.

⁵¹⁰ MARTÍN LEÓN, ANTONIO. *Negocios Fiduciarios, Simulación y Transmisión de la propiedad*. Ob. Cit. Pág.50. En el mismo sentido CÁMARA LA PUENTE, CÁRCABA FERNÁNDEZ, entre otros.

⁵¹¹ MARTÍN LEÓN, ANTONIO. *Negocios Fiduciarios, Simulación y Transmisión de la propiedad*. Ob. Cit. Pág. 51. En el mismo sentido la SSTS de 18 de Febrero de 1965 que señala: “el negocio fiduciario se ofrece perfectamente diferenciado del contrato simulado en su especie de simulación absoluta, pues

Para el citado autor, los caracteres esenciales de la simulación están presentes en la fiducia. Estos son: a). Divergencia entre declaración externa y otra interna u oculta, b) acuerdo simulatorio, previo o simultáneo al negocio aparente, c) procedimiento destinado a escindir apariencia y realidad con fin de engaño a terceros⁵¹². En su opinión, en la fiducia se presenta el fenómeno de la simulación relativa. Coexisten dos declaraciones de voluntad, la externa que es el negocio simulado y la interna que es el pacto fiduciario y ambas conforman la real voluntad de las partes⁵¹³. El negocio de transferencia es simulado y el obligacional, es disimulado. El acuerdo fiduciario, base de la fiducia es el acuerdo simulado y la prueba de la simulación es precisamente el acuerdo simulatorio o fiduciario⁵¹⁴.

Incluso, sostiene el citado profesor⁵¹⁵ que el Tribunal Supremo, en una de sus primeras sentencias sobre el tema fiduciario, prácticamente prohíja la tesis de la nulidad relativa. En STS de 22 de Mayo de 1956 advierte que la fiducia “encubre” la operación de garantía bajo una aparente transmisión. Ese mismo año, en STS de 25 de Septiembre, advierte: “La relación jurídica compleja del negocio fiduciario *inter partes*, o más bien, y sobre todo respecto de terceros, (se configura como) un negocio relativamente simulado con secuela de que, el vínculo obligacional objeto de la fiducia, o el encubierto por simulación, sería el

mientras el primero ha sido real y auténticamente querido, con soporte en una causa verdadera, el segundo es un negocio ficticio, no querido, irreal una simple apariencia falaz, ...”.

⁵¹² MARTÍN LEÓN, ANTONIO. *Negocios Fiduciarios, Simulación y Transmisión de la propiedad*. Ob. Cit. Pág. 69.

⁵¹³ MARTÍN LEÓN, ANTONIO. *Negocios Fiduciarios, Simulación y Transmisión de la propiedad*. Ob. Cit. Pág. 75.

⁵¹⁴ MARTÍN LEÓN, ANTONIO. *Negocios Fiduciarios, Simulación y Transmisión de la propiedad*. Ob. Cit. Pág. 77.

⁵¹⁵ MARTÍN LEÓN, ANTONIO. *Negocios Fiduciarios, Simulación y Transmisión de la propiedad*. Ob. Cit. Pág. 53.

único eficaz ante el derecho”. Posteriormente viene la STS de 21 de Marzo de 1969 a equiparar el negocio fiduciario con la simulación relativa.

2.6.4.6.5. Teoría de la conversión en negocio jurídico de garantía.

Otra teoría apunta a **la conversión en negocio jurídico de garantía**. Un sector de la doctrina trata de construir una teoría que apunta a que la transmisión de la propiedad se convierte en una forma de garantía.⁵¹⁶ El eventual negocio nulo que sería la transmisión fiduciaria, se convierte, con fundamento en el principio de la utilidad o de la conservación del negocio jurídico, en un negocio atípico de garantía⁵¹⁷. Tampoco pareciera de recibo esta teoría para algunos, puesto que estaría privilegiando, por encima de los demás acreedores, al fiduciario, desorbitando todo el derecho de garantías reales.⁵¹⁸ Para estos, los efectos que se producirían con esta conversión son inanes, en el plano de las garantías la conversión es inoperante⁵¹⁹, precisamente por chocar con la contundente realidad normativa del *numerus clausus* de los privilegios crediticios, concursales y extra concursales (arts. 1925 CC).

⁵¹⁶ CARRASCO PERERA, ÁNGEL. Ob. Cit. Pág. 256.

⁵¹⁷ No es extraña esta teoría en la jurisprudencia. En la S AP Málaga 15.11.2002 (JUR 2002, 41909): “Por último una tercera postura configura el negocio fiduciario como un negocio de garantía, la cual en síntesis justifica el efecto real de aquél como de mera garantía (no transmitiría el derecho de propiedad, sino que sería una relación jurídica en cierto modo semejante a la hipoteca-prenda), afirmándose la realidad de negocios reales de transmisión cuya causa sea ésa.”.

⁵¹⁸ CARRASCO PERERA, ÁNGEL. Ob. Cit. Pág. 258.

⁵¹⁹ CARRASCO PERERA, ÁNGEL. Ob. Cit. Pág. 258.

Esta visión, discutible, parte de una mirada cerrada a la fiducia en garantía. Hay que comenzar con hacer explícito el fin instrumental de este negocio. No hay forma de justificar la necesidad de él sin la preexistencia de otro contrato o al menos una obligación que supone una garantía de cumplimiento, o ¿cómo se supone que la fiduciaria supiera cuál obligación garantizar si en principio no hay tal?. Es decir, la causa que soporta la tradición que hay en el contrato de fiducia en garantía no es, ni por asomo, similar a la que sustenta la transmisión de los contratos de donación, compraventa y permuta, por lo que en tal medida no se puede calificar como insuficiente bajo los mismos parámetros. Lo que el deudor actual o presente quiere, es obtener crédito y para conseguirlo debe dar una seguridad a su acreedor y la fiducia en garantía surge como una alternativa, cuya razón de ser es garantizar esa obligación ya contraída o que piensa contraer ese deudor en el futuro. La transmisión que se hace es con el propósito de garantizar la obligación que pretende adquirir o que ya ha adquirido el fiduciante y una vez se cancele o si no llega a contraerse obligación alguna, pues tendrá la fiduciaria que regresar los bienes que le fueron entregados para la finalidad de garantía.

Pero en la compraventa con pacto de retroventa, la circulación de la propiedad es su finalidad, que en principio, tiende a concretar un panorama patrimonial, por lo que el acreedor pasa a ser el nuevo propietario y excepcionalmente el bien podrá regresar al haber del deudor en virtud de los efectos del mismo negocio, el pacto de retracto. Para la fiducia en garantía, la disposición no pretende bajo ningún caso que el bien se radique en otro patrimonio que no sea el del fiduciante, puesto que su fin es garantizar el

cumplimiento de una obligación y la indemnidad patrimonial del beneficiario acreedor, y es en tal medida que el fiduciario se compromete a cumplir con un fin, apenas se concrete el evento futuro e incierto, que es la solución de la obligación por parte del deudor fiduciante; si no paga el crédito, se realiza el bien objeto de la garantía y con su producido se paga al acreedor, pero si se soluciona la obligación, el fiduciario debe regresar el bien a la titularidad del fiduciante.

Ahora, en cuanto al equilibrio patrimonial como fundamento de la causa, si se mira únicamente al contrato de fiducia en garantía, se encontrará un desequilibrio patrimonial desproporcionado, puesto que el fiduciante transmite un bien al fiduciario sin que se le pague un precio, y en general, será deudor de los servicios prestados por el éste. O sea, pierde un bien, no recibe nada y queda debiendo por la transacción, ¿qué más injusto que esto?, se preguntan algunos reflexionando sobre el sistema español, donde no está regulado el negocio.

Pero esta visión solo se queda en una parte minúscula del escenario. Anterior a la fiducia en garantía debe haber, por lo menos, sino una deuda que se pretende garantizar, si una expectativa de un posible deudor. Decimos esto pues seguramente en el contrato en el que se adquiriera la obligación, se establecerá que el mismo quedará pendiente o en suspenso hasta tanto quien va a adquirir la calidad de deudor, preste una garantía para su cumplimiento, a satisfacción del acreedor. Así, acudirá al sistema financiero por una garantía bancaria, o pignoraré alguno de sus bienes, o pedirá que alguna persona le

sirva de fiador, con el objetivo de cumplir dicho fin. En este orden de ideas, pululan figuras como la fianza, la hipoteca, la prenda, las pólizas de seguros de cumplimiento, entre otras cauciones clásicas; pero también puede sugerir una fiducia en garantía para el efecto.

Entonces, si bien el contrato de fiducia en garantía, por sí solo, podría evidenciar un desequilibrio económico, la realidad es que el deudor ha recibido un beneficio en virtud de otro contrato, donde le han otorgado crédito y que su acreedor solo se encontrará satisfecho si hay una garantía del cumplimiento del deudor, como lo puede hacer con el contrato de fiducia. Y además, en virtud de la fiducia en garantía, el fiduciario adquiere la obligación de devolver el bien al patrimonio del fiduciante una vez el deudor haya cumplido con su obligación, por lo que, en pocas palabras, en virtud del contrato de fiducia el fiduciante, goza de una acreencia suspendida a la condición del cumplimiento de la prestación del negocio primario.

Tenemos que, al final no hay un desbalance que lleve a cuestionar la causa del contrato o un criterio que pueda calificar su insuficiencia. Por lo que queda evaluar la existencia, licitud y verdad de la causa para poder, en caso negativo de los mismos, declarar el negocio como inexistente o viciado de nulidad si fuera el caso. Lo que observamos en verdad, es una causa especial o sui generis o atípica, que la práctica mercantil acepta e impone.

Para la doctrina italiana⁵²⁰, analizando la concepción clásica del negocio fiduciario, nos encontramos frente a un negocio de esta naturaleza, cuando la causa del contrato excede de la finalidad que los contratantes persiguen con el mismo.

El exceso de la causa se presenta en relación con el fin perseguido por los contratantes, “es el resultado de un pacto específico entre ellos, el pacto fiduciario, el cual figura como cláusula del mismo contrato o bien forma parte del objeto de un escritura separada, que tiene la función de reconducir el contrato dentro de los límites del fin perseguido por los contratantes”.⁵²¹

En los sistemas que consagran la figura contractual, la fiduciaria no hace otra cosa que prestar su gestión a fin de que las partes sientan la confianza que los motive a utilizar el instrumento en función de garantía y recibe por su gestión una remuneración; los bienes recibidos en fiducia para que sirvan de garantía, así estén en su cabeza, no se confunden con los demás de su patrimonio, ni son prenda general de sus acreedores, por tanto, el estudio de la causa no presenta los problemas que describimos en otros sistemas.

2.6.5. La Fiducia de Mera Liberalidad.

Llama la atención en el proyecto francés la prohibición de la fiducia de mera liberalidad, introducida para aplacar las críticas hacia el proyecto anterior que

⁵²⁰ GALGANO, FRANCESCO. Ob. Cit. Pág. 444.

⁵²¹ GALGANO, FRANCESCO. Ob. Cit. Pág. 444.

se había discutido en el congreso sin llegar a feliz término, en el sentido que podría fomentar la evasión fiscal. Además, para no tener que concretar la fiducia a las personas jurídicas como hacía el anterior proyecto francés, que de por sí, tienen esa limitante para sus disponibilidades.

Explica la doctrina esta situación de la siguiente manera⁵²²:

*“La prohibición de la fiducia-liberalidad se establece en el propuesto art. 2063 Cc. francés: “la fiducia no puede ser utilizada, bajo pena de nulidad, para fines de transferencia a título gratuito de derechos del constituyente a un tercero”. La razón de este viraje respecto al texto de 1992 se explica en la exposición de motivos (pp. 3-4) con el argumento de que así se “evita todo riesgo de fraude por el juego de las transmisiones a título gratuito y permite por otra parte la utilización de las personas físicas de este instrumento dentro de este límite”²⁵; particularmente por aplicación del principio fiscal de transparencia, por el que se trata al constituyente como si él siguiese siendo titular de los derechos transferidos al fiduciario. La prohibición de la fiducia-liberalidad es uno de los puntos centrales de la PLF para evitar que las objeciones fiscales que paralizaron el proyecto de 1992 lastren también esta nueva propuesta²⁶. Y la interdicción se considera preferible a la solución que se sugirió en 1996 de limitar la fiducia sólo a las personas jurídicas, entre cuyos límites ya está la indisponibilidad a título gratuito”.*⁵²³

⁵²² CÁMARA LAPUENTE, SERGIO. *Trust a la francesa*. Universidad de Rioja. InDret 2/2005. Revista para el análisis del Derecho. Pág. 11. WWW.INDRET.COM.

⁵²³ ²³ WITZ, C., *La fiducie en droit privé français*, cit., p. 54 y ss.

²⁴ BARRIERE, F., “*Fiducie: ce que pourrait changer la proposition de loi du 8 février 2005*”, *Option Finance*, nº 824, 7 marzo 2005, p. 38.

²⁵ La desaparición de la fiducia-liberalidad es una de las razones por las que desaparecen de la PLF de 2005 varios preceptos del proyecto de 1992 que contemplaban límites a esa modalidad fiduciaria (como, por ejemplo, los arts. 2070-6, 2070-7 o la obligación de constituirla notarialmente en el viejo art. 2063 *in fine*).

²⁶ Según el autor de la PLF de 2005, PHILIPPE MARINI (“*La fiducie bientôt reconnue en Droit français?*”, *Petites Affiches*, nº 42, 1 marzo 2005, p. 4), esta decisión se ha tomado por “las dificultades encontradas para encontrar un régimen fiscal que tenga a la vez en cuenta los intereses legítimos del Tesoro y de la estructura jurídica de la fiducia”.

Así las cosas, la mención de la finalidad que induce al contrato fiduciario debe ser expresa, según lo concibe el proyecto y no por ello se crea una presunción de legitimidad, pues en todo caso, el juez tendrá que examinar los motivos reales y si son la mera liberalidad o transferencia a título gratuito, que está prohibida, tendrá la consecuencia legal pertinente. Continúa el mismo autor comentando este punto:

“El dique que construye la PLF pretende ser tan sólido que entre las menciones obligatorias que debe contener el contrato se contempla la mención de la finalidad de la fiducia (art. 2064, §1, 2º Cc.), bajo pena de nulidad; y la exposición de motivos (II.B.2, p. 7) añade que esta sola mención no creará una presunción de legitimidad, sino que el juez tendrá el deber de asegurarse, caso por caso, de que las partes demuestren que la finalidad real no es una tal transferencia a título gratuito, pese a la estipulación en contrario que aparezca en el contrato. Queda por ver si la posibilidad de que tanto el constituyente como el beneficiario cedan sus créditos sobre el fiduciario (art. 2063 Cc. in fine), que podría hacerse también a título gratuito (según reconoce la nueva legislación fiscal que pretende aprobarse: v. gr., arts. 249 A y 649 B del Código general de impuestos ex arts. 3 y 4 PLF), podría llegar a contornar tal prohibición²⁷.”

Ahora, sobre la repercusión que esto podría tener en el sistema español, es decir, de establecerse esta prohibición, señala el mismo comentarista que esto iría contra la licitud que se predica en la fiducia testamentaria en la mayoría de los derechos forales y la donación fiduciaria en España. Veamos:

“Trasladando la reflexión al ordenamiento español, cabe decir que una tal prohibición, sin excepciones, afrontaría las varias manifestaciones lícitas de la fiducia sucesoria existentes, sobre todo en varios derechos forales (herencia de confianza en Navarra y Cataluña; fiduciarios-comisarios o institución de heredero por fiduciario en casi todos los Derechos forales o en el nuevo art. 831 Cc. español desde 2003; fiducia continuada de la ley 293 del Fuero Nuevo de Navarra). Y tampoco encajaría con la única admisión legislativa de la donación fiduciaria que existe en España (ley 163 FNNavarra)”.

2.7. Características

El contrato de fiducia mercantil puede clasificarse de la siguiente manera:

- ¿Será un contrato típico, atípico o aparente?⁵²⁴. La respuesta varía en los sistemas jurídicos de los diferentes países. En España por ejemplo, se trata de un contrato no consagrado positivamente, igual en Francia; en Colombia y Argentina en cambio es un contrato típico al igual que en el derecho italiano.

La teoría de los negocios indirectos encuentra su fundamento precisamente en la urgencia que tienen los viejos esquemas legislativos de dar respuesta a las necesidades contemporáneas en cuanto a las formas contractuales. “Las nuevas necesidades se satisfacen así con instituciones viejas”⁵²⁵. Se trata de un proceso gradual y lento, que no se presenta de súbito; la nueva función lentamente va encuadrando dentro del sistema⁵²⁶.

En el derecho español, advierte el profesor GARRIGUEZ DÍAZ-CAÑABATE⁵²⁷, “No existe en nuestro derecho ningún texto, ni en el Código civil ni en el Código de comercio, que se refiera directa ni indirectamente al negocio fiduciario. Pero

⁵²⁴ La propuesta de GARRIGUEZ DIAZ-CAÑABATE, en *Negocios fiduciarios en el Derecho Mercantil*, (Civitas, Madrid, 1981, pág. 11) para distinguir entre contratos innominados, contratos mixtos y negocios aparentes o indirectos, utilizados con finalidades diversas a las normales.

⁵²⁵ GARRIGUEZ DIAZ-CAÑABATE, JOAQUÍN. Ob. Cit. pág. 15.

⁵²⁶ GARRIGUEZ DIAZ-CAÑABATE, JOAQUÍN. Ob. Cit. pág. 15.

⁵²⁷ GARRIGUEZ DIAZ-CAÑABATE, JOAQUÍN. Ob. Cit. pág. 27.

como esta clase de negocios sigue viviendo en la realidad contractual, no es extraño que el legislador unas veces, y otras los Tribunales de Justicia, hayan tenido que enfrentarse con él.”

- ¿Será un negocio abstracto en causa o definitivamente causal? Esta nota característica se encuentra ligada al tema de la causa en los negocios fiduciarios, que tratamos cuando nos referimos a los requisitos. La doctrina se divide en este aspecto y encuentra argumentos para justificar la transmisión desde uno y otro punto de vista.
- ¿Será un negocio único o el resultado de varios negocios? Indiscutiblemente se trata de un negocio jurídico complejo; para algunos, son dos negocios claros y separables, el que da lugar a la transmisión y el obligacional o *pacto fiduciae*. Se plantea la discusión con una alternativa de dualidad o de unidad del negocio⁵²⁸.
- Es un contrato consensual o solemne. Esta característica del contrato depende de la regulación de cada país.⁵²⁹ Generalmente, para

⁵²⁸ JORDANO BAREA, JUAN B. Ob. cit. Pág. 135.

⁵²⁹ En Colombia por ejemplo, el texto original del Código de Comercio de 1971 establecía la solemnidad, como norma general, indistintamente si se refiere a bienes muebles o inmuebles y la solemnidad consistía en la escritura pública. El registro según la naturaleza de los bienes, bien en la oficina de Instrumentos Públicos, o Registro Mercantil o de Tránsito, no cumple ningún rol con relación al perfeccionamiento del contrato. La función de la inscripción en el Registro actúa como el modo por el cual la fiduciaria adquiere la titularidad sobre el bien fideicometido a fin de poder cumplir con la finalidad de la fiducia, si trata de bienes inmuebles, para lo cual deberá además cumplir con la entrega material que dispone el artículo 922 del Código de Comercio. Si se trata de automotores, igualmente requerirá la entrega material de éstos. El registro mercantil cumple una función de oponibilidad a terceros. En Argentina en cambio es un contrato consensual; aunque del artículo 1 de la ley 24.441, se han desprendido algunas discusiones sobre si se le puede caracterizar como real, según lo advierte el ya citado Molina Sandoval, Carlos A. OB. Cit. Pág. 64.

efectuar la transmisión de bienes al fiduciario, sin son inmuebles, hay que cumplir con las exigencias propias para la enajenación de estos. También es solemne la fiducia que se dispone por testamento.

La convención de la Haya⁵³⁰ sobre ley aplicable al *trust* advierte en su artículo 3º que el convenio se aplicará únicamente al *trust* creado voluntariamente y cuya prueba conste por escrito.

También se presenta la tesis del contrato real⁵³¹, en la medida que se sostiene que si no hay transmisión de los bienes a la fiduciaria no hay contrato. En los

El Estatuto Financiero (Decreto 663 de 1993), en su artículo 146, introduce una modificación al artículo 1228 del Código de Comercio de 1971, que luego será ratificada por la ley 35 de 1993, sobre intervención en las actividades financieras, bursátil y aseguradora, para establecer la consensualidad en la fiducia mercantil.

Señala el artículo 16 de la citada ley de intervención lo siguiente: “**Contratos de Fiducia Mercantil.** Las sociedades fiduciarias podrán celebrar contratos de fiducia mercantil sin que para el efecto se requiera la solemnidad de la escritura pública, en todos aquellos casos en que así lo autorice mediante norma de carácter general el Gobierno Nacional. Los contratos que consisten en documento privado y que correspondan a bienes cuya transferencia esté sujeta a registro deberán inscribirse 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 o con la clase de acto o con la naturaleza de los bienes, deba hacerse conforme a la ley”. “Parágrafo. Los contratos de inversión en fondos comunes son consensuales, pero deberá quedar constancia de la adhesión del fideicomitente o fiduciante al reglamento del fondo respectivo aprobado por la Superintendencia Bancaria”.

Tenemos como conclusión que la fiducia en Colombia es un contrato consensual en todos aquellos casos en que así lo autorice el Gobierno Nacional, mediante norma de carácter general. No parece ser muy conveniente dejar este tipo de atribuciones al Gobierno Nacional. En materia de obligaciones y contratos es importante contar con legislaciones estables a fin de crear un ambiente de confianza para que los empresarios puedan realizar sus operaciones. Ningún sentido tiene dejar al Gobierno Nacional una atribución de esta naturaleza.

⁵³⁰ Convenio realizado el 1º. De julio de 1985.

⁵³¹ El artículo 1226 del Código de Comercio Colombiano advierte: “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...”. Obsérvese que pareciera indicar que si no hay transferencia no hay contrato y por el contrato se hace la transferencia, no se obliga a transferir. Sin embargo, más adelante el artículo 1228 dice: “La fiducia constituida entre vivos deberá constar en escritura pública registrada según la naturaleza de los bienes...”. Según esta norma, el contrato es perfecto por el otorgamiento de la escritura, sin necesidad de transferencia alguna, lo que supondría el surgimiento de la obligación de transferencia. ¿Cómo resolver la antinomia? Creo que con la remisión del artículo 822 del código de comercio a las normas civiles en materia de contratos y obligaciones, llegamos a la estructura del título y el modo en Colombia y la interpretación correcta sería, que no se trata en este país de un contrato real, en el sentido que para perfeccionarse necesite la entrega o transferencia de bienes, sino de un acto obligacional, solemne en algunos casos, que genera la obligación de entregar a cargo del fideicomitente. La misma discusión en Argentina a raíz del artículo 1 de la ley 24.441, que dice que abría fideicomiso cuando se transmitan los bienes objeto del mismo.

sistemas jurídicos que no distinguen entre el título y el modo sería más sostenible esta teoría. En los sistemas que mantienen la distinción, el contrato sería traslativo de dominio y por tanto título idóneo para fundamentar la transferencia posterior en cumplimiento de la obligación del fiduciante.

- Es un contrato plurilateral, intervienen tres partes y para dos de ellas surgen obligaciones al momento de la celebración del contrato, para el fiduciante y para la fiducia. El beneficiario goza de expectativas y como todos, está obligado a respetar el contrato en su integridad.

Hay concepciones que predicen simplemente el carácter bilateral del fideicomiso, advirtiendo que solo se obligan el fiduciante y el fiduciario, manteniéndose al margen el beneficiario⁵³². Incluso hay otras que lo caracterizan como unilateral en algunos casos, como sería el constituido por testamento.

- Es un negocio jurídico de colaboración. Las partes buscan un interés común; sus propósitos no pueden estar encontrados y con tal ingrediente debe interpretarse el negocio y exigirse el deber de buena fe a los intervinientes.
- Es un contrato de adhesión o de libre discusión. El sector financiero generalmente impone el contenido del contrato y lo presenta frente al usuario del servicio en forma estandarizada sin que aquel pueda discutir

⁵³² La Argentina por ejemplo, según lo advierte el citado MOLINA SANDOVAL, CARLOS A. Ob. Cit. Pág.68.

o agregar algo sustancial al formato. Esta nota indiscutiblemente incidirá en la interpretación del contrato y en la labor que deberá efectuarse por su intérprete para equilibrar y mantener la igualdad cuando se presenten las cláusulas abusivas que suelen ser recurrentes en este tipo de contratación.

Se presenta posición dominante en el contrato de fiducia cuando; **1.** Una de las partes mantiene el privilegio de disponer unilateralmente el contenido del contrato y **2.** Cuando esa misma parte administra la ejecución del contrato.

El hecho de ejercer dicha posición de privilegio en el contrato le exige a quién la detenta, un mayor miramiento con los usuarios, de tal manera la buena fe no le permite abusar de su posición de prerrogativa. Si lo hace, introduciendo cláusulas abusivas, estas deberán ser invalidadas por el juez.

Por lo anterior, la jurisprudencia⁵³³ se orienta por una teoría que pueda permitir al fallador una presencia más decisiva en el contrato de adhesión con relación

⁵³³ Corte Suprema de Justicia. Sentencia 110013103014 2001 -01489-01. M.P. JAIME ALBERTO ARRUBLA PAUCAR. Diciembre 14 de 2011. Dice la Corte lo siguiente: “*Los bancos, es cierto, ejercen una posición dominante en las operaciones activas y pasivas que realizan con los usuarios de sus servicios, la cual se concreta en la hegemonía que pueden ejercer para imponer el contenido del contrato, en la determinación unilateral de su configuración y en la posterior administración de su ejecución, como lo ha señalado esta Corporación*533. Y esto no puede ser de otra manera, por ser los servicios financieros una actividad que demanda masivamente la población y por lo tanto debe prestarse en forma estandarizada para satisfacer las necesidades de ésta, con la dinámica y agilidad que la vida contemporánea exige”.

“Pero de allí no puede seguirse que la entidad bancaria, prevalida de su posición fuerte en el contrato, no haga honor a la confianza que en ella deposita el usuario y abuse de la posición de privilegio en la convención. De hacerlo, estaría faltando claramente al deber de buena fe que para el momento de perfeccionarse el contrato impone a las partes el artículo 871 del Código Comercio. Precisamente, ese deber, entendido como un comportamiento probo, obliga a quien impone el contenido negocial, mayormente cuando el contrato es por adhesión o estandarizado, a no abusar de su posición dominante,

a las cláusulas abusivas, con fundamento en el precepto de la buena fe que debe acompañar a las partes no solo en la ejecución de los contratos, sino también el periodo precontractual y en su celebración. Celebrar el contrato de buena fe implica abstenerse de introducir cláusulas abusivas, otra cara de la moneda nos dice que está prohibida para el formulante la introducción de las mismas. Desatender lo prohibido vicia por objeto ilícito la disposición que se acuña en el contrato. Y el objeto ilícito genera nulidad absoluta, que puede declarar oficiosamente el juez con respecto a la cláusula cuando dicho abuso sea manifiesto.

o lo que es lo mismo, a abstenerse de introducir cláusulas abusivas que lo coloque en una situación de privilegio frente al adherente, porque de lo contrario estaría faltando a esa buena fe que le impone el sistema jurídico con las consecuencias legales que ello implica”.

“En cuanto al entendimiento de lo que es una cláusula abusiva, bien podrá acudirse como referencia al llamado sistema de “lista negra”, acogido en el sistema jurídico patrio en el artículo 133 de Ley 142 de 1994, o también a la idea general adoptada en la Ley 1480 de 2011, próxima a entrar en vigencia, la cual, en su artículo 42, considera como tal aquellas conductas que producen desequilibrio injustificado en contra del consumidor.”

“Por lo pronto, en la situación actual del sistema legal de los contratos, ausente de una regulación propia para el contrato por adhesión, mientras entra en vigencia el nuevo Estatuto del Consumidor (Ley 1480 de 2011), lo que puede hacer el juez frente a una cláusula abusiva en ese tipo de contratos, es resolver el caso aplicando la teoría general, la cual invita a observar la prohibición de insertar ese tipo de cláusulas, según restricción que implícitamente se desprende del citado artículo 871 del Código de Comercio, y derivar la consecuencia legal que corresponda, que no puede ser otra que sancionar con la invalidez la cláusula del contrato transgresora del mandato legal, si ello se torna necesario para mantener el equilibrio y por ende la justicia contractual entre las partes”.

“Pero no se trata de una función discrecional para el juez, o que pueda soslayarla bajo la disculpa de respetar la autonomía privada de las partes, que le veda una intromisión en el contrato so pretexto de interpretarlo. El mandato contenido en el artículo 13 de la Constitución Política, imperativo para el juzgador, como parte del Estado, lo obliga no sólo a proteger a quienes se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta, por su condición económica, en las relaciones contractuales, como ocurre con los consumidores de las empresas proveedoras de bienes y servicios, las cuales ejercen una posición dominante, sino a sancionar los abusos contra dichas personas”.

“El sentenciador, en todo caso, en su labor interpretativa, deberá mantener como norte, precisamente, que las condiciones generales en el contrato por adhesión deben interpretarse a favor del adherente y en el sentido más favorable, por razones de equidad, mientras entra en vigencia el nuevo Estatuto del Consumidor, donde se dispone expresamente, en el artículo 34, que dichas cláusulas se interpretan a favor de la parte adherente y que en caso de duda prevalecen las cláusulas más favorables para éste.”

- Es un contrato de ejecución sucesiva a o diferida, susceptible de terminarse no de resolverse y que además admite la aplicación de la teoría de la imprevisión.
- Es un contrato generalmente oneroso. Las fiduciarias en muchos países, son entidades financieras que se dedican profesionalmente a ello y realizan su actividad buscando un lucro. En efecto cobran por los servicios que prestan a los interesados.
- Es un contrato *intuito personae*, la confianza que inspira, determina quién debe ser la fiduciaria. El fiduciante escoge al fiduciario, y confía en él al punto que le transfiere algunos de sus bienes para que cumpla con la finalidad de la fiducia. Por ello, en principio la misión de la fiduciaria no es delegable.
- Es también un contrato marco y principal.

2.8. La Fiducia en Garantía

Es toda una alternativa de garantía, frente a las figuras clásicas a las que tradicionalmente acuden los acreedores y sus deudores. Por este contrato se transfiere a la fiduciaria un bien, con el encargo que, en el supuesto incumplimiento de una obligación del fiduciante o de un tercero, la fiduciaria proceda a la venta del bien y entregue el producto de la realización del mismo, hasta la concurrencia del crédito, al acreedor beneficiario de la constitución del fideicomiso.

El contrato de fiducia se utiliza como garantía, cuando el deudor o la persona interesada en realizar operaciones de crédito, donde ocupará el papel de deudor, transfiere a una fiduciaria un bien mueble o inmueble con la finalidad que, en el evento de resultar impaga la obligación, proceda a la venta del bien, previo avalúo y para que con el producto de la misma, proceda al pago de las obligaciones contraídas.

Es pertinente hacer una relación de todas estas características con la función de garantía que se le puede dar a la fiducia. La fiducia en garantía tiene un objeto simple, una obligación lícita, válida y eficaz, sometida a una condición suspensiva sujeta a un eventual incumplimiento del deudor. Tres son los sujetos participantes en este tipo de fiducia: el fiduciante (generalmente el deudor de la obligación a garantizar), el beneficiario que será el acreedor, y el fiduciario que será la persona facultada por la ley para ejercer tal cargo.

Al igual que en todo negocio jurídico, la fiducia tiene sus requisitos de validez, a saber: la identidad del objeto, de las partes, de los efectos queridos que justifican el acuerdo de voluntades, por lo que cualquier vicio dirimente en aquellos podrá producir un ataque a la validez del acto. Para la fiducia en garantía, clara y precisa ha de ser la identidad de la obligación garantizada, al punto que no deje espacio a dudas o interpretaciones, y además, el bien o derecho que será fideicomitido. Por consiguiente, es de suma importancia la determinación de la obligación objeto de garantía fiduciaria, si es presente o futura, si está sometida a alguna modalidad o plazo, el negocio que la causa,

si está incluida o no en un título valor o de crédito, la *cuantía*, si devenga intereses, la conducta a ejecutar dar, hacer o a no hacer, y cuándo se entiende incumplida la obligación. Es también relevante definir la obligación, pues es su incumplimiento el evento que suspende la garantía, y si el deudor y el acreedor no comparten la identidad de la obligación garantizada, habría un error que viciaría la voluntad fundamental del negocio y el mismo estaría viciado de nulidad.

De igual manera tiene que existir acuerdo con respecto al bien fideicometido y sobre el procedimiento a seguir en caso de incumplimiento de la obligación garantizada. Señalarse si el bien será puesto en el comercio para pagar la deuda del fiduciante con el producido por su venta, o si serán los frutos producidos por el bien lo que satisfará la acreencia del beneficiario, o si simplemente el fiduciario puede hacer la tradición del bien entregándolo en pagó al beneficiario. Esto se puede resumir en algo tan simple como que los intervinientes en el contrato de fiducia en garantía deben conocer en qué consiste la caución.

En el proyecto francés se abre espacio a la fiducia en garantía con las siguientes connotaciones especiales⁵³⁴:

“La fiducia de garantía se admite expresamente en el PLF, consagrando así un habitual uso innominado o atípico de la fiducie en Francia. La proposición, sin embargo, no le dedica un régimen específico que desarrolle todas sus reglas en varios artículos correlativos (cuestión que ya fue objeto de crítica en el proyecto de 1992), sino que aborda sus

⁵³⁴ CÁMARA LAPUENTE, SERGIO. *Trust a la francesa*. Universidad de Rioja. InDret 2/2005. Revista para el análisis del Derecho. Pág. 11-12. WWW.INDRET.COM.

peculiaridades al hilo del régimen general de la fiducia. Así, cabe entresacar su régimen de tres artículos distintos: por una parte, tras el reconocimiento de los fines de garantía en el art. 2062, el art. 2063 § 3 Cc. estatuye que cuando la fiducia se concluye con fines de garantía, “el fiduciario puede ser el beneficiario o uno de ellos”, como entraña la lógica de entregar el constituyente-deudor la titularidad de un derecho al fiduciario-acreedor para garantizar el pago de la deuda.

Por otra parte, el art. 2065 Cc. contiene las reglas fundamentales de la fiducia-garantía: en primer lugar, se permite que el contrato pueda contemplar que los créditos futuros sean objeto de la fiducia, a condición de que sean suficientemente identificados. En segundo lugar, se refrenda tajantemente la prohibición del pacto comisorio²⁸, pero se permitiría el pacto marciano, al establecer que si el contrato no ha previsto las modalidades de evaluación del valor del derecho transferido al acreedor beneficiario de la fiducia en caso de incumplimiento del deudor, este valor debe ser determinado por dictamen de un experto²⁹, salvo que se trate de sumas de dinero, de créditos o de instrumentos financieros negociables.⁵³⁵”

“Finalmente, el tercer precepto que contempla expresamente la fiducia de garantía es el art. 2070-6 Cc. al hilo de la extinción de la fiducia, con una regla de capital importancia: “la sola extinción de los créditos objeto de una fiducia concluida con fines de garantía no entraña de pleno derecho su finalización”. Lo cual, en tiempos en que tanto se ensalza la creación de una eurohipoteca como garantía independiente³⁰, es tanto como decir que la garantía fiduciaria no es accesoria del crédito garantizado. De esta forma, la misma garantía podría servir para un nuevo crédito posterior, sin constituir una nueva fiducia, si el contrato previó estos extremos, y la retransmisión de los bienes o derechos transferidos en garantía sólo procederá una vez que los créditos sean pagados en la forma prevista en las estipulaciones contractuales. Por supuesto, como recalca la exposición de motivos (II.D, p. 10), si el crédito garantizado es cedido, el beneficio de la fiducia-garantía no es

⁵³⁵ ²⁷ Lo cual, en principio, parece atajarse por la legislación fiscal propuesta al computar en tal caso los beneficios de la fiducia en los resultados impositivos del cesionario.

²⁸ Según el 2065 Cc. *in fine* (que añade este inciso que no existía en el proyecto de 1992), “se reputa no escrita toda estipulación que autorice al fiduciario a apropiarse a título personal de la diferencia entre el valor de los derechos constitutivos de la garantía y el de los créditos garantizados”.

²⁹ Similar solución proponía quien esto escribe en 1999 para el negocio fiduciario español: CÁMARA LAPUENTE, “Operaciones fiduciarias...”, cit., pp. 1800-1806, esp. p. 1805.

transmitido de pleno derecho, aunque las partes pueden derogar esta regla. Y también es posible que las partes adicionen a esta fiducia-garantía una fiducia-gestión sobre los mismos bienes, de manera que los bienes objeto de la garantía no queden estáticos (por ejemplo mediante la cesión de instrumentos financieros). El flujo de créditos queda así también asegurado. Como se puede apreciar, con este diseño de la fiducia de garantía, este instrumento puede suponer una competencia seria a las fórmulas hipotecarias tradicionales o a los diseños propuestos para una eurohipoteca.

Examinada la regulación que se propone, cabe hacer una mención de algunos de los usos o ventajas que procura la fiducia de garantía. El hecho de ofrecer la ventaja de la propriété-sûreté a los acreedores, apunta la exposición de motivos (p. 3), debería entrañar una reducción del coste del crédito para el deudor, como corolario del riesgo más reducido que asume el acreedor. Además, esta modalidad fiduciaria permite que se afecte un patrimonio con el único fin de garantizar a varios acreedores, a un pool de acreedores que confían en un tercer fiduciario para su gestión y para la satisfacción de sus créditos llegado el caso. Un sistema similar ya se ensayó con éxito en Francia para la financiación del túnel del Canal de la Mancha, empleando una garantía fiduciaria colectiva a través de una sociedad creada con el fin específico y único (special purpose vehicle) de garantizar los créditos de los múltiples financiadores³¹ .”

3. El Patrimonio de Afectación y el Patrimonio Autónomo.

Esta consecuencia del negocio fiduciario solo se presenta en aquellos sistemas jurídicos que consagran positivamente el negocio fiduciario y además lo señalan como efecto propio. En algunos se presenta como un patrimonio de afectación, en otros incluso se le llama patrimonio autónomo. Se quiere significar con uno u otro, que los bienes que se le transmiten a la fiduciaria en virtud del negocio fiduciario, deben quedar separados del resto de los bienes

de ésta y de otros que recibe por otros negocios fiduciarios, quedando afectados solamente para cumplir con el propósito o finalidad económica que buscan las partes con el negocio.

En estos países que consagran este efecto especial, otro de los grandes beneficios de la fiducia mercantil y de pronto el más importante de todos ellos y el motivo principal para que los comerciantes utilicen la figura del fideicomiso, es la formación del patrimonio autónomo a un patrimonio de afectación. Desaparece con este efecto el riesgo inherente a la transmisión fiduciaria, donde el fiduciario ingresa los bienes objeto de la transmisión a su patrimonio. De allí que se discute incluso en esos sistemas si esos bienes pasan a integrar el patrimonio general de los acreedores del fiduciario o si hay lugar a la separación patrimonial. Con el efecto que analizamos esa para ser una discusión superada, pues sin duda, no hacen parte de la garantía general de los acreedores de la fiduciaria.

Sin duda, el patrimonio de afectación o patrimonio autónomo ofrece seguridad a los fiduciantes y beneficiarios, en la medida que limita las facultades tan amplias del fiduciario⁵³⁶, con la consiguiente posibilidad de disponer de los bienes en perjuicio de los primeros.

⁵³⁶ Advierte: CÁMARA LAPUENTE, SERGIO. *Trust a la francesa*. Universidad de Rioja. InDret 2/2005. Revista para el análisis del Derecho. Barcelona, mayo de 2005. Pág. 30. WWW.INDRET.COM. Lo siguiente sobre el patrimonio de afectación, que además distingue del llamado patrimonio autónomo: “[34] Probablemente el patrimonio de afectación no sea la solución a “todos” los problemas, pero parece ser el expediente que los ordenamientos de *Civil Law* han encontrado para transponer la esencia del *trust* y eliminar abusos e injusticias en la posición de un fiduciario con poderes tan amplios. Así se concibe en el Convenio de la Haya sobre *trust* (arts. 2.b y 11 CHT), en los Principios europeos sobre el Derecho del *trust* (arts. I.3, III.2 y V.3 PETL), en la mayoría de las regulaciones del *trust offshore* y en los *trusts* incorporados a regímenes civilistas como Escocia, Liechtenstein, Luxemburgo, etc. Tan esencial resulta esta idea para traducir legislativamente el *trust* y, sobre todo, para proteger a los beneficiarios, que enfáticamente la Exposición de Motivos declara (p. 4): “esta sola característica justifica el recurso a una

El proyecto francés se inclina por que se produzca este efecto de conformarse un patrimonio autónomo. Observamos los comentarios de la doctrina sobre la concepción del proyecto y las razones o motivaciones para propender por la conformación de un patrimonio de afectación⁵³⁷:

“[25] La proposición de ley sobre la fiducie tiene la vocación declarada de ser la traducción francesa del trust, como se reitera en su Exposición de Motivos (p. 2) y como señala toda la doctrina francesa, tanto respecto de este texto como del proyecto de 1992⁶⁰. Sin embargo cabría hacer la precisión de que su inspiración no es propia y directamente el trust angloamericano (que no se puede, ni se pretende, trasplantar tal cual a un ordenamiento civil continental), sino el trust diseñado internacionalmente (v. gr., en la fórmula amplia del CHT), que, por supuesto, tiene buena parte de sus raíces en el trust anglosajón. Eso explica la posibilidad de encajar esta fiducie sin dificultad entre los trusts reconocidos por el Convenio de la Haya sobre trust (vid. supra, § 9). Y, en la misma línea, su inspiración está más en el Derecho de Luxemburgo, Suiza o Alemania, que en el Derecho inglés o estadounidense. Se ha tratado, en definitiva, de evitar la estructura de doble propiedad del trust anglosajón (por medio del expediente del patrimonio de afectación) y de “procesar, modificar y depurar de su esencia de propiedad fragmentada”⁶¹ al trust para insertarlo en el tejido jurídico francés.”

Definitivamente, la conformación de un patrimonio autónomo es uno de los atractivos que ofrece el negocio fiduciario; consiste en que los bienes transmitidos o fideicometidos forman un patrimonio autónomo, cuya única finalidad es el cumplimiento del encargo fiduciario. En los sistemas jurídicos

ley para introducir la fiducia, a fin de prever una excepción a los artículos 2092 y 2093 Cc.”. Pues, en efecto, esta segregación patrimonial supone una reducción de la responsabilidad patrimonial universal del deudor (en caso de serlo el constituyente) y de la *par conditio creditorum*; ahora bien, una excepción introducida por ley y con las debidas garantías para los derechos de los acreedores (vid. supra, §§ 23-24 y 39-40).”

⁵³⁷Cámara Lapuente, Sergio. *Trust a la francesa*. Universidad de Rioja. InDret 2/2005. Revista para el análisis del Derecho. Pág. 28. WWW.INDRET.COM.

que acogen este patrimonio autónomo, se supera la discusión de la llamada “teoría del doble efecto”, o la de la causa simulada, o desdoblamiento de la propiedad, etc., para explicar la transferencia de los bienes hacia el fiduciario. La transferencia se hace a un patrimonio autónomo, así se encuentre en cabeza del fiduciario, pero que mantendrá separado de sus propio patrimonio. Observemos un comentario en el mismo sentido sobre el proyecto francés⁵³⁸:

“La pieza básica de este engranaje jurídico es el patrimonio fiduciario, que es el mecanismo habitual utilizado por los sistemas de Civil Law para conseguir la traslación del trust sin recurrir a un desdoblamiento de la propiedad. Existe, por tanto, una transferencia de derechos a un patrimonio nuevo, separado del propio del fiduciario, que queda afectado a los fines marcados en el contrato de fiducia y, por tanto, a salvo de reclamaciones de los acreedores personales del constituyente o del fiduciario (art. 2068 Cc. francés). Su “titular o propietario fiduciario” es el fiduciario, bajo cuyo control queda la gestión y disposición del patrimonio. Con cierto manejo ambiguo de la terminología en el punto más controvertido de cualquier regulación del trust (¿quién es el propietario? Vid. infra, §§ 31-35), la PLF francesa lo designa “patrimonio de afectación” o “patrimonio fiduciario” y destaca su rasgo de quedar separado del patrimonio personal del fiduciario, que deviene, así, titular de varios patrimonios. En esto, la propuesta francesa se desmarca de la configuración de la fiducia como “patrimonio autónomo o independiente” sin titular propio del Cc. de Quebec (art. 1261) o de la propuesta catalana (art. 2.1; art. 514-2 en la redacción de la sección de Derecho patrimonial. Vid. infra, §§ 34-35).⁵³⁹”

⁵³⁸ CÁMARA LAPUENTE, SERGIO. *Trust a la francesa*. Universidad de Rioja. InDret 2/2005. Revista para el análisis del Derecho. Pág. 9. WWW.INDRET.COM.

⁵³⁹ ¹⁷ Según el art. 1.2. del texto de la subcomisión *ad hoc*, la fiducia “pot tenir caràcter negocial o judicial, como ara per garantir el compliment del pagament de la pensió compensatòria i el deute d’aliments entre parents”. La propuesta de la sección de Derecho Patrimonial del *Observatori de Dret Privat de Catalunya* presenta la siguiente redacción para su integración en el *Codi civil de Catalunya*: art. 514-1.2: “L’acte de constitució pot ser negocial o judicial”.

¹⁸ Aunque los PETL admiten que el constituyente pueda ser el fiduciario –y a la vez el beneficiario– (art. II), los comentarios a este texto recomiendan, por los problemas que esto puede ocasionar, que no se reconozca esa posibilidad a la hora de implantar legislativamente un *trust* (HAYTON/KORTMANN/VERHAGEN, *Principales*, cit., p. 36).

Ese patrimonio autónomo presenta las siguientes características:

- Los bienes fideicometidos forman ese patrimonio autónomo afectado únicamente a la finalidad que persigue la fiducia.⁵⁴⁰
- Este patrimonio carece de personalidad jurídica, su titular es la entidad fiduciaria, con las restricciones propias de la propiedad fiduciaria, pero no se confunde con su propio patrimonio y de otros patrimonios autónomos que esté manejando.
- Solamente responde este patrimonio por el cumplimiento de las obligaciones contraídas en desarrollo de la finalidad perseguida con la fiducia.
- Los bienes que conforman el patrimonio no hacen parte de la prenda general de los acreedores de la fiduciaria y por tanto ésta debe mantenerlos separados del resto de sus activos y de otros fideicomisos.
- Tampoco los acreedores del fiduciante pueden perseguirlos. Podrán embargar los bienes que le corresponden al fiduciante como beneficiario de la fiducia⁵⁴¹. En algunas legislaciones este principio no es tan absoluto, y permiten a los acreedores anteriores a la constitución del fideicomiso perseguir los bienes fideicometidos con grave quebrando para la autonomía de dicho patrimonio⁵⁴². Si los acreedores por el

⁵⁴⁰ En el derecho colombiano este efecto está expresamente consagrado en el artículo 1233 del Código de Comercio.

⁵⁴¹ En la Legislación colombiana se establece una lamentable excepción consagrada en la legislación colombiana que luego observaremos.

⁵⁴² En cuanto a los acreedores del fiduciante, advertíamos anteriormente que en la legislación colombiana se presenta un problema de interpretación legal, acerca del alcance del texto del artículo 1238 del Código de Comercio Colombiano. Observemos cual es el problema que presenta la exégesis de esta norma.

Dice esta norma: “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”.

Varias interpretaciones han surgido sobre la interpretación de esta disposición. Veamos algunas:

1-Especie de acción pauliana. El artículo 1238 lo que consagra es una especie de acción pauliana, figura más generosa que la prevista en el artículo 2491 del Código Civil, pues no es necesaria la demostración

mero hecho de ser anteriores a la conformación del fideicomiso, pueden perseguir los bienes que fueron transferidos a la fiduciaria, ponen en el riesgo el cumplimiento de la finalidad de la fiducia. Piénsese en una fiducia inmobiliaria por ejemplo, que una vez construido el edificio que fue la finalidad buscada, vengan los acreedores anteriores a embargar el terreno sobre el cual ha sido construido.

de la intención dolosa; por lo tanto sería una acción pauliana simplificada, siendo menos rigurosa al no ser indispensable probar ni el “consilium fraudis” ni el “eventus damni”.

2- Acción pauliana ordinaria. Otra tesis que destacamos la formulan entre otros, los doctores Hernán FABIO LÓPEZ BLANCO Y GILBERTO PEÑA CASTRILLÓN, quienes consideran la acción contenida en el artículo 1238 del Código de Comercio, como una expresión particular de la acción pauliana regulada en el artículo 2491 del Código de Comercio; por tanto si algún acreedor anterior al contrato de fiducia en garantía quiere lograr que regresen los bienes al patrimonio del fideicomitente, debe probar todos los requisitos exigidos por el artículo 2491 *ibídem* para impetrar la acción pauliana, obviamente a través de un proceso ordinario.

3. Los bienes fideicometidos continúan en la prenda general de los acreedores del fiduciante. Otros opinan que perfectamente un acreedor anterior a la constitución del fideicomiso mercantil, goza de derecho de persecución sobre los bienes fideicometidos, para lo cual puede impetrar medidas cautelares originadas en procesos ejecutivos que adelanten dichos acreedores anteriores al acto constitutivo. En algunas ocasiones ésta ha sido la opinión de la Superbancaria.

Adherimos a la última teoría, por las siguientes razones: Dice el artículo 27 del Código Civil, no podemos desatender su tenor literal so pretexto de consultar su espíritu. En el presente caso, el texto de la ley es claro cuando afirma que los acreedores del fiduciante anteriores a la constitución del fideicomiso, pueden perseguir los bienes objeto del mismo. Las demás interpretaciones no son otra cosa que pensar con el deseo, de lo que se debió haber hecho y no se hizo, pues hay que admitir que la norma es una barbaridad jurídica. Hecha por el suelo todo lo que se quería realizar al configurar un patrimonio autónomo. No se explica el suscrito como se hace fiducia en Colombia, con una norma de este talante. Pero tal despropósito no justifica otro, como el de querer hacer decir a la norma lo que en realidad no dice.

El artículo 1238 C. Co, advierte en su primer enunciado sobre la independencia y la seguridad que ofrece el patrimonio autónomo; pero luego se contraría diciendo que los acreedores anteriores a la configuración del patrimonio autónomo podrán perseguir los bienes del deudor fiduciante; el legislador al consagrar esta excepción derrumba la concepción de patrimonio autónomo, dejándola sin fuerza, al permitir que los acreedores anteriores a la constitución del mismo puedan perseguir los bienes fideicometidos.

Esta excepción no hace alusión a ningún tipo de acción pauliana como piensan algunos juristas; se trata sencillamente de la posibilidad de que los acreedores puedan satisfacer su prenda general atacando directamente el patrimonio autónomo con las acciones jurídicas pertinentes, como si dicha figura no existiera. Se consagra por el legislador una presunción de mala fe por parte del fiduciante en el caso de tener acreencias anteriores a la constitución del patrimonio autónomo.

Pero no sólo esta norma es la que le resta el blindaje a la figura del patrimonio autónomo; también el art. 146 de la ley 222 de 1995, establece que no sólo el acreedor sino también el contralor o la Superintendencia de Sociedades, mediante la acción revocatoria concursal podrán atacar la constitución de patrimonios autónomos, cuando existan 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.

En jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia Colombiana⁵⁴³, refiriéndose al patrimonio autónomo, señala sobre este particular lo siguiente:

“No alcanza a desdibujarse en lo esencial por la circunstancia de que excepcionalmente los bienes fideicometidos puedan ser perseguidos por los acreedores del fiduciante cuyas acreencias sean anteriores a la constitución del fideicomiso, lo que previó el legislador no tanto en desmedro de su configuración autónoma, cuanto para preservar los derechos constituidos en el pasado respaldados en la confianza que para aquellos representa el patrimonio del deudor como prenda general de sus obligaciones (Artículo 1238 C Co.)”.

- Los acreedores del fideicomisario sólo podrán embargar los bienes que les corresponden como beneficio de la fiducia.
- Los acreedores del beneficiario de la fiducia, tampoco están legitimados para perseguir los bienes que conforman el patrimonio autónomo y deberán conformarse con perseguir aquellos bienes o rendimientos que efectivamente y en su oportunidad le correspondan al fideicomisario.
- Toda estipulación que tienda a permitir que por razón del negocio fiduciario, la fiduciaria adquiera definitivamente los bienes fideicometidos, será ineficaz de pleno derecho.

El convenio de la Haya sobre la ley aplicable al *trust* y a su reconocimiento del 1 de Julio de 1985, advierte en su artículo segundo a) que los bienes del *trust* constituyen un fondo separado y no forman parte del patrimonio del *trustee*.

⁵⁴³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 5 de Agosto de 2005. MP. Silvio Fernando Trejos.

El proyecto francés, adopta la terminología de patrimonio de afectación o patrimonio fiduciario y lo considera uno de los puntos centrales para la figura de fiducia que quiere incorporar. Observemos lo que comenta la doctrina sobre el particular⁵⁴⁴:

“Precisamente la idea de “patrimonio de afectación” (sic. Vid. § 34), junto con los otros rasgos señalados, harían que la fiducie francesa fuese reconocida como un tipo de trust a los efectos del Convenio de la Haya sobre trust²¹. Pues en efecto, en ella concurren las características exigidas por el CHT: una “masa distinta” o “fondo separado”, “titularidad a nombre del fiduciario”, que está investido del poder y sujeto a la obligación, de la que debe rendir cuenta, de administrar, gestionar o disponer de los bienes o derechos según los términos del trust; “los bienes o derechos son puestos bajo el control de un fiduciario en interés de un beneficiario o para un propósito específico” (art. 2 CHT). Y esta ventaja del reconocimiento internacional de un tal “trust” francés no se predica, al menos tan clara e incontrovertida, de la técnica del patrimonio autónomo sin titular adoptado por el Derecho quebequés o catalán²².”

La ley Argentina 24.441 que incorpora al sistema legal el fideicomiso, permite derivar tres consecuencias principales, estrechamente vinculadas con el concepto de patrimonio autónomo: 1) Que los bienes los transfiere su dueño a “título fiduciario”, que es diferente a la transferencia a título oneroso o gratuito, pero que es un acto indiscutible de enajenación; 2) que esta transferencia rodea a los bienes de inmunidad frente a los acreedores de quién los recibe, del original propietario y de los mismo beneficiarios, quienes no pueden perseguirlos en ejercicio de prenda general; 3) que tales bienes quedan bajo el amparo de un régimen especial de administración conforme a su

⁵⁴⁴ CÁMARA LAPUENTE, SERGIO. *Trust a la francesa*. Universidad de Rioja. InDret 2/2005. Revista para el análisis del Derecho. Pág. 9. www.INDRET.COM

naturaleza y destino previsto o finalidad buscada, hallándose el titular obligado de conformidad con la gestión que se le ha encomendado⁵⁴⁵.

Se presenta discusión sobre si es posible, que en aquellos sistemas jurídicos que no consagran la típicamente la fiducia mercantil, se pudiese llegar al efecto de un patrimonio autónomo o de afectación, en el ejercicio de la autonomía privada. La gran dificultad se presenta por el carácter taxativo que tienen los derechos reales, al punto que se quebraría el principio de *numerus clausus* de los derechos reales y los negocios que afectan estos derechos. Algunos piensan que es posible, que no es real la existencia de tal principio.

4. Naturaleza jurídica del patrimonio autónomo en la fiducia mercantil.-

Es importante indagar sobre la naturaleza patrimonial de la fiducia, punto fascinante de estudio, para poder intentar entender su funcionamiento. Antes que nada, hay que anotar que este cuestionamiento constituye un discurso plenamente teórico. Veremos tres nociones básicas dentro de este desarrollo con las cuales se pretende explicar la naturaleza jurídica del patrimonio dado en fiducia: el de patrimonio, el de patrimonio en afectación y el de patrimonio autónomo.

El patrimonio se ha tratado como un atributo más de la personalidad, que se reconoce como implícito en la medida que se le dé relevancia jurídica a un

⁵⁴⁵ HAYZUS, JOSÉ ROBERTO. Ob. Cit. Pág. 2.

sujeto. A partir de allí ha sido definido como el conjunto de bienes, derechos y obligaciones propias del sujeto, y de allí comienza una diferenciación que busca abarcar cualquier derecho u obligación, en tal forma se habla de patrimonio económico y no económico o de familia o personal, entre tantas otras clasificaciones que se han propuesto. Pero, sin ánimo de ser irreverente con el trabajo teórico que otros han expuesto, es más familiar a la idea propia del patrimonio en “*el sentido que tiene el lenguaje común: patrimonio es poder económico*”⁵⁴⁶ y en ese orden de ideas hacen parte de él todos aquellos derechos, reales y de crédito, y en ciertos casos las expectativas⁵⁴⁷, que tengan una valoración pecuniaria, sin importar si son activos o pasivos.

En general, se ha expuesto la teoría de la una unidad patrimonial, es decir, que cada sujeto tendría solo un patrimonio donde se radican aquellos derechos y obligaciones de valoración económica, y se rechaza la posibilidad de hablar de una misma persona con múltiples patrimonios. También, al reconocer que el patrimonio es un atributo de la personalidad se supone que no hay un patrimonio sin persona, es decir, un conjunto de aquellos derechos que no pertenezcan a un sujeto jurídico.

⁵⁴⁶ VON TUHR, A. Teoría General del Derecho Alemán, Volumen I, Los Derechos Subjetivos y el Patrimonio. Traducido por: TITO RAVÁ. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid 1998. BONNECASSE, J, Elementos del Derecho Civil, Tomo I, Nociones Preliminares, Personas, Familia y Bienes. Traducido por JOSÉ M. CAJICA. Editorial Jose M. Cajica Jr. México 1945, lo define echando mano de la obra de AUBRY Y RAU así, “*El patrimonio, declaran los dos autores, es el conjunto de los bienes de una persona, considerados como una universalidad de derecho.*” Luego establece que “*esta concepción del patrimonio nos conduce a decidir: 1. Que toda persona tiene un patrimonio y que, por otra parte, todo patrimonio es objeto de un derecho de parte de una persona, es decir, tiene por titular a una persona; 2. Esta misma concepción nos conduce a decidir, igualmente, que el patrimonio de una persona es inalienable durante su vida, en tanto que es transmisible por causa de muerte; [...]*” Finalmente adopta un sentido más moderno, que será el objeto inmediato de estudio, “[...] 3. Esta concepción no excluye, en ninguna forma, en el seno del patrimonio general de una persona, la existencia de patrimonios especializados o menos independientes de aquel.”

⁵⁴⁷ Lo que dependerá de la certidumbre y probabilidad de concretarse como derecho.

Del patrimonio en afectación.- Sin embargo, dentro de las diferentes legislaciones se incluyen conjuntos de derechos patrimoniales, que no responden a los criterios de la mencionada teoría de la unidad patrimonial, sino que son creados para servir a un fin especial⁵⁴⁸. Estos derechos que sirven a un fin especial, en contraposición de aquellos que tienen una finalidad general, se califican como patrimonios especiales⁵⁴⁹. Así, con base en esta posición, para el mismo sujeto de derecho se pueden conformar dos patrimonios totalmente diferenciados, lo que rompe con la lógica clásica, y permite generar relaciones jurídicas entre ambos patrimonios, siempre que la ley lo permita.

Del patrimonio autónomo.- Además del expuesto patrimonio en afectación, se propone esta figura más novedosa. Puede ser tenido como una especie de patrimonio en afectación, en la medida que está atado a una finalidad concreta, sin embargo el concepto puede ser erróneo en la medida que para éste se necesita un vínculo con una persona. Por el contrario, el patrimonio autónomo no precisa de un sujeto de derechos, puesto que es a dicha universalidad a la que se le reconoce entidad jurídica y en consecuencia solo es necesario un administrador o representante que actúe en su nombre. En tal sentido, el patrimonio autónomo no es una mera afectación de bienes, sino que estos salen del patrimonio de su propietario y en virtud de una norma jurídica se les reconoce personalidad⁵⁵⁰.

⁵⁴⁸ Es el caso de los peculios extraordinarios, la herencia yacente, entre otros.

⁵⁴⁹ VON TUHR, A. Op. Cit. El autor además hace un análisis y estudio de lo que significa esta figura en el ordenamiento alemán, evidenciando los fundamentos jurídicos de su aplicación.

⁵⁵⁰ En cierta medida vale la pena preguntarse si las fundaciones son patrimonios autónomos. BONNECASE, Óp. Cit. Al hablar de las fundaciones las define con las palabras del decano H. BERTHÉLEMY, “*La fundación es la afectación perpetua de un fondo productivo de rentas para la creación, mantenimiento o crecimiento de un servicio determinado.*” Los bienes y derechos dados no se radican en un patrimonio ajeno antes de considerarse como fundación, puesto que tales constituyen la fundación sin depender de una personalidad extraña. Bien es entendible la importancia del reconocimiento que hace el ordenamiento

Entonces, si se trata de enmarcar a la fiducia en alguna de las tres posiciones descritas, los efectos propuestos, inclusive en el *trust*, llevarían a que se les reconociera como un patrimonio en afectación o patrimonio especial. Los bienes no harían parte del patrimonio general en la medida que están destinados a una finalidad específica y se les reconocen ciertas características especiales. No podrían ser un patrimonio autónomo, pues la fiducia siempre supone la tradición del haber económico de una persona al de otra.

No obstante, se observa en las diferentes legislaciones de los países que consagran el patrimonio autónomo o de afectación, un acogimiento de la figura, sin ser muy rigurosos con el manejo del lenguaje usando indistintamente un vocablo u otro, e incluso los dos como sucede en el proyecto francés.

5. Patrimonio Autónomo y Fiducia en Garantía.

La fiducia en garantía como negocio jurídico, genera las mismas obligaciones y derechos para las partes, que se observan en la fiducia general, puesto que no es otra cosa que un encargo con una finalidad particular, que debe estar especificada en el contrato o instrumento respectivo.

al fin gratuito y benéfico al que están destinados, pero también es importante resaltar que aquel colegiado que se forma al interior de la fundación no es más que el administrador. Evento distinto al que supone la formación de una sociedad comercial, puesto la personalidad es el reconocimiento que se hace al contrato que se da entre las partes, mientras que en la fundación no hay tal, sino una mera disposición de bienes y derechos.

De ahí que se obligue al fiduciante a traditar el bien o derecho al fiduciario, para que este lo conserve y explote, haciéndolo producir aquellos frutos que le son propios con respecto a su naturaleza; además está obligado a realizar el avalúo del bien, cuando se haya decidido disponer de él para pagar la deuda garantizada, o cuantificar los frutos y la capacidad de producción, lo que al final dependerá del procedimiento planteado por el fideicomitente. Si se constituye y acredita el incumplimiento por parte del deudor de la obligación garantizada, deberá ejecutar lo acordado, bien sea disponiendo del bien para que una vez realizado, el producto de su venta se aplique a la obligación o dándolo en pago o pagando con sus frutos; para luego devolver al fiduciante los remanentes si hay lugar a ellos y por último rendir cuentas de su gestión.

Aquellos bienes que se transfieren al patrimonio del fiduciario, no hacen parte de su patrimonio general, sino que se mantienen separados de éste y de otros bienes que reciba por otros encargos de fiducia. Los bienes recibidos en fiducia por el fiduciario no hacen parte de su la prenda general de los acreedores de éste. La responsabilidad personal del fiduciario no afecta aquellos bienes que recibe en virtud del negocio de fiducia, por tanto, cuando actúa como administrador de aquellos derechos transmitidos en fiducia así debe informarlo y dejarlo en claro, so pena de comprometer su patrimonio general. Esta separación patrimonial es total, hasta el punto que los frutos civiles y naturales que producen los bienes fideicomitados se quedan en el patrimonio especial y no hacen tránsito al propio del fiduciario.

Sin embargo, el tránsito que hay de un patrimonio a otro no puede ser herramienta de fraude a los acreedores del fiduciante, quienes en protección de su buena fe y de su derecho de garantía sobre el patrimonio del deudor, pueden perseguir el bien y regresarlo a su estado anterior al negocio de fiducia, con el fin de satisfacer su acreencia. Mas esta herramienta sólo es posible para aquellos acreedores que lo eran antes de constituirse la fiducia. Si se dispone con el propósito de distraer los bienes a los acreedores del fiduciante, estos podrán hacer uso de las acciones que la ley les otorga para reconstruir su prenda general.

Al ser el fiduciario propietario y administrador, tanto de su patrimonio general como de aquellos que se crean por efecto de la fiducia, existe la posibilidad de que se presenten conflictos de intereses en detrimento del beneficiario, con procedimientos de auto entrada en ciertos contratos. Actuación reprochable y dependerá de cada ordenamiento la sanción a este comportamiento ilícito. El *trust* anglosajón, por ejemplo, los rechaza de tajo, salvo que haya consentimiento informado del *cestui* o autorización del juez.

6. La Naturaleza Jurídica de la Propiedad Fiduciaria

El negocio fiduciario implica una transmisión de los bienes del fiduciante al fiduciario, bien para su formación o para el cabal cumplimiento de la obligación que se desprende del mismo, según el criterio que se acoja. Esa transmisión

es a título de fiducia, o mejor de confianza, en opinión de algunos⁵⁵¹. Pero lo que ahora nos preguntamos, es que derechos le otorga esa transmisión al fiduciario, que puede y no puede hacer con esos bienes que ha recibido en confianza.

En los diferentes sistemas jurídicos que acogen una idea de fiducia, ya sea la llamada latina, la germánica o el mismo *trust*, se presenta discusión sobre qué derecho es el que le corresponde al fiduciario o a la fiduciaria sobre los bienes que son objeto del negocio.

A propósito, comentando la proposición de la ley sobre la fiducia en Francia, presentada al senado en abril de 2005, se dice lo siguiente⁵⁵²:

“El nudo gordiano, tanto en la fiducia romana (ya pura, ya corregida) como en la germánica como en el trust siempre ha sido determinar quién tiene la propiedad entendida en el sentido que “propiedad” tiene en el Code o en otros ordenamientos del Civil Law. Aquí es donde se dan las mayores componendas dogmáticas y los mayores artificios conceptuales para hacer encajar este mecanismo en los moldes vigentes sin renunciar a atajar resultados indeseados: como son, sobre todo, (a) el abuso del fiduciaria considerado como titular dominical solo limitado por un pacto ejecutable únicamente mediante acciones personales y (b) la peligrosa consideración de los bienes objeto de fiducia como pertenecientes al patrimonio del fiduciario, de manera que sus acreedores personales pudieran, en una situación de insolvencia de éste, satisfacerse también con unos bienes de los que solo es un titular funcional o transitorio. La doctrina y la jurisprudencia francesa conocen bien estos riesgos de la “teoría del doble efecto” (como la definió y rebatió en España Federico de Castro), lo mismo que sus homologas españolas”.

⁵⁵¹ MOLINA SANDOVAL, CARLOS A. Ob. Cit. Pág. 79.

⁵⁵² CÁMARA LAPUENTE, SERGIO. *Trust a la francesa*. Universidad de Rioja. InDret 2/2005. Revista para el análisis del Derecho. Pág. 28. WWW.INDRET.COM.

En los sistemas jurídicos donde se produce como efecto del contrato de fiducia la conformación de un patrimonio autónomo, también surge la necesidad de delimitar que clase de derecho tiene la fiduciaria receptora sobre tales bienes. Sin duda es la titular de los mismos, pero los mantiene separados del resto de su patrimonio y de otros encargos recibidos en fiducia.

La transferencia de los bienes del fiduciante a la fiduciaria no comprende la plenitud del dominio, sino, solamente, la titularidad necesaria para que la entidad fiduciaria pueda cumplir con la finalidad de la fiducia.

Varias son las doctrinas que se han expuesto para tratar de explicarse el fenómeno de la propiedad fiduciaria. Mencionamos algunas de ellas:

6.1. Teoría de la propiedad modal

Se lanza la doctrina a una discusión acerca de la naturaleza jurídica de la propiedad fiduciaria, siempre queriendo explicarse el fenómeno jurídico desde la perspectiva del derecho de propiedad de corte individualista. Obviamente, la explicación por este camino no puede llevar sino a conclusiones confusas.

Se dice que la fiduciaria tiene una propiedad modal sobre los bienes fideicometidos y por tanto, la propiedad que tiene sobre ellos está limitada por la finalidad misma que debe cumplirse como propósito del contrato.

6.2. Teoría del mandato irrevocable

También presenta la doctrina del mandato irrevocable expresada por el jurista panameño RICARDO J. ALFARO, quien señala que la fiducia mercantil es un mandato irrevocable donde el fiduciario (a su vez mandatario), obra en nombre y representación del fiduciante (mandante) y de no tener la representación, correspondería al fiduciario trasladar los efectos propios de la gestión cumplida a su mandante (fiduciante).

6.3. Teoría del patrimonio de afectación

Esbozada por el francés PIERRE LAPAULLE⁵⁵³, desprendiendo el negocio de fiducia de todo sujeto de derecho como los únicos elementos a considerar en la conformación del *trust*, la existencia del patrimonio autónomo y su destinación⁵⁵⁴.

⁵⁵³ LPAULLE, PIERRE. *Tratado teórico y práctico de los trusts*. Ed. Purrúa, Mexico, 1975. 113 – 124.

⁵⁵⁴ En esta línea de pensamiento se sitúan los conceptos de la Superintendencia Bancaria de Colombia, como el del año de 1973, expresada mediante oficio OJ - 479 del 25 de septiembre, donde se advierte: *“La propiedad formal pertenece al fiduciario para que tenga titularidad y pueda accionar en defensa de los bienes; al paso que la propiedad de derecho pertenece al beneficiario”*.

También en el mismo sentido expresado por la misma entidad en oficio DB 776 del 9 de julio de 1987, cuando dice:

“Para mayor precisión, puede decirse que en el negocio fiduciario traslativo o fiducia mercantil, se da un verdadero mandato calificado -comisión- precedido de una enajenación formal de la titularidad de los bienes”.

No compartimos tales enfoques que tratan de explicar la naturaleza jurídica de la propiedad en fiducia. Lo primero, no admite la legislación colombiana la pretendida clasificación de la propiedad formal y de derecho y tampoco es necesario acudir a tal entelequia para una correcta comprensión de lo que es jurídicamente una transmisión de propiedad a título de fiducia; lo segundo, la fiducia es un negocio jurídico independiente del mandato y para explicar cualquiera de estas figuras, no es procedente subsumirlas como lo hace el ente estatal; cada cual tiene existencia *per se*; el mandato es mandato y la

Opinamos que frente a estas explicaciones que pretenden explicar la naturaleza de los derechos que corresponden a la fiduciaria sobre los bienes que recibe, hay que decir lo siguiente: en primer lugar, no parece pertinente la explicación de la propiedad modal; no compartimos la tesis de la fiducia como propiedad modal expuesta por algunos autores; no es necesario tanto sortilegio para comprender que es lo que puede y no puede hacer el fiduciario; para entender el alcance de la transferencia a título de fiducia, no hay necesidad de agregar la teoría de la propiedad modal. Un sector de la doctrina, que acompañamos advierte: “la transferencia de los bienes del fiduciante no comprende la plenitud del dominio sino sólo la titularidad legal necesaria para que este último contratante pueda realizar los actos de administración y enajenación exigidos por la finalidad prevista en el acto constitutivo”.⁵⁵⁵

Tampoco la explicación desde la perspectiva del mandato. El mandato no implica transferencia de los bienes del mandante hacia el mandatario, ni siquiera en el mandato oculto; tiene de común con la fiducia que en ambos hay encargo, pero en el mandato siempre se actúa por cuenta ajena; más se acentúa la diferencia cuando en el respectivo sistema se conforma patrimonio autónomo, que no sucede en ningún caso con el mandato. De común tienen el mandato y la fiducia que ambos suponen un encargo, pero son figuras típicas diferentes, en su función económica, que no deben confundirse.

fiducia es fiducia, cada cual con su correspondiente función económica que las distingue entre ellas de las demás figuras contractuales que sirven para la gestión de intereses ajenos.

⁵⁵⁵ GAVIRIA GUTIÉRREZ, ENRIQUE. *Lecciones de Derecho Comercial*. 2ª. Ed. Ed-Dike, Medellín, 1987. Pág. 389.

Igualmente no compartimos la teoría del patrimonio de afectación, pues la ley estructura el contrato de fiducia edificándolo sobre un claro ingrediente subjetivo; elemento del cual se desprenderá como escenario para toda una serie de efectos relacionados con la actividad y la responsabilidad de las partes intervinientes y muy especialmente en la fiduciaria.

En nuestra opinión, la transferencia que se realiza como consecuencia de la celebración de un contrato de fiducia mercantil es a título de confianza, y con ello se está indicando precisamente cuál es el alcance de la titularidad que se ostenta de la fiduciaria.

La naturaleza jurídica de la propiedad fiduciaria es simplemente ser propiedad fiduciaria y lo que ello implica; esto es, una titularidad completa y absoluta para cumplir con la finalidad objeto del encargo contenido en el contrato de fiducia. Por fuera del encargo conferido al fiduciario y el marco de la finalidad perseguida con el fideicomiso, no puede actuar ni le alcanzan las atribuciones, su titularidad no alcanza para ello.

Sobre este particular, en la misma línea que sostenemos, encontramos en la doctrina:

“Por ello, la PLF hace gala de una abundancia de sinónimos y matices, que en una concepción purista no encajan todos por igual en la sinonimia, para expresar la idea de que si se produce una transferencia de derechos al fiduciario, siendo este su único titular (no el constituyente, no el beneficiario), pero un titular de una propiedad especial (“la propiedad fiduciaria”), que conserva separada de su propio patrimonio. Así, tanto en la exposición de motivos como en el articulado de la PLF,

se puede leer que en la fiducia existe una propriété fiduciare (EM, p. 5), propriété model   (EM P.5) o titularit   affect  e (EM P. 8) que el fiduciario es un titulaire ou propriétaire fiduciaire (Art. 2062 C c.). Se pierde, por lo tanto, el miedo a mancillar el intocable nombre de la “propiedad” con cualquier apelativo que la minimice, añadiéndole el adjetivo de “fiduciaria” para reflejar la inexistencia de una propiedad tradicional. El resultado es parecido al que la jurisprudencia española, desde 1982, viene atribuyendo a la noción de “titularidad fiduciaria” (no “propiedad fiduciaria”, por el prurito explicado). En consecuencia, el fiduciario francés no tendría auténticos “derechos” sobre la masa fiduciaria, al no ser un propietario pleno, sino que, cuidando en este aspecto el lenguaje, la PLF habla de sus prerrogativas (prerogatives art. 2063 s.4; 2064, 3: 2070, s.2 C.c.) o poderes (pouvoirs, sólo en el 2070-2 del C.c.), de acuerdo con la concepción de los fiduciary powers anglosajones, que debe usar al servicio de los fines establecidos por el constituyente. El centro de esta propiedad fiduciaria es la idea del patrimonio separado(afectado a un fin) y la razón de ser de esa titularidad es el cumplimiento de los fines fiduciarios, una “transferencia gravada con una carga de gestión”.⁵⁵⁶

También se refiere la doctrina a la naturaleza jurídica del dominio fiduciario, como un derecho real sobre cosa propia y una especie de dominio imperfecto por falta o ausencia de perpetuidad⁵⁵⁷. La ley Argentina 24.441 modifica el artículo 2662 del Código Civil y señala que “Dominio fiduciario es el que se adquiere en un fideicomiso constituido por contrato o por testamento y está subordinado a durar solamente hasta la extinción del fideicomiso para el efecto de entregar la cosa a qu  n corresponda según el contrato, el testamento o la ley”. Se trata por tanto de una propiedad absoluta y exclusiva, pero con las limitaciones que señalan el mismo fideicomiso o la ley.

⁵⁵⁶ CÁMARA LAPUENTE, SERGIO. *Trust a la francesa*. Universidad de Rioja. InDret 2/2005. Revista para el análisis del Derecho. Pág. 28. WWW.INDRET.COM

⁵⁵⁷ VÁSQUEZ, GABRIELA A. “*Dominio fiduciario:   Unidad o pluralidad de regímenes?*”, citada por MOLINA SANDOVAL, CARLOS A., Ob. Cit. Pág. 80.

La doctrina argentina advierte como un principio esencial del feideicomiso, la separación patrimonial en cabeza del fiduciario. Considera esencial este aspecto para el cabal funcionamiento de la figura, pues *“sus finalidades propias no estarían resguardadas si los bienes afectados a su cumplimiento quedasen expuestos al ataque de los acreedores, sean los del fiduciante, que pretenden desconocer la enajenación, sean los del fiduciario que afirman que les son propios (art. 15). El riesgo de confusión de los bienes fideicomitidos con los bienes particulares del fiduciario es muy grave, y el caso mal podría quedar librado a la apreciación del juez del concurso. Por eso, para que el fideicomiso fuere viable, era imprescindible una norma legal dirimente y es gracias a ella que el régimen cobra s capacidad operativa.”*⁵⁵⁸

6.4. Ventajas de la Fiducia en Garantía sobre las garantías clásicas.

La llamada fiducia *cum creditore*, fue uno de los primeros instrumentos que se utilizaron para garantizar el cumplimiento de una obligación. No es muy preciso por tanto, calificarla como una figura nueva y exclusiva del derecho contemporáneo. Sin embargo, sí es posible decir que ella constituye una de las renovaciones jurídicas contemporáneas más llamativas; su utilización en la versión actual, resalta por los beneficios que supone y las ventajas que ofrece frente a las demás formas de garantía tradicionales de las que se ocupan los códigos liberales que, si bien han sido insignes en su utilización para la seguridad del crédito, la dinámica social y del comercio contemporáneos,

⁵⁵⁸ HAYZUS, JOSÉ ROBERTO. Ob. Cit. Pág. 16-17.

demandan la utilización de instrumentos más ágiles y en lo posible que ofrezcan recuperar el crédito con la menor intervención judicial posible.

Para este análisis comparativo tomaremos tres instituciones clásicas de garantía como son la hipoteca, la prenda y la fianza.

Las dos primeras son garantías reales, por afectar al cumplimiento de la obligación garantizada un bien inmueble o mueble determinado; la tercera es una garantía personal que vincula al cumplimiento de la obligación el patrimonio del fiador. La fiducia en garantía afecta unos bienes determinados, aquellos que fueron objeto del contrato de fiducia, por lo que podría considerarse como una garantía de especie real *sui generis*, pero si bien no afecta otros bienes del patrimonio del fiduciario, en el supuesto evento de que los bienes fideicometidos hubieran salido de la propiedad del fiduciario al momento de hacer efectiva la garantía, no es posible perseguirlos en patrimonios de terceros por parte de los acreedores, sino que deberá el fiduciario responder con su patrimonio por su acción indebida o por su negligencia. Por tanto, no es posible calificarla como una garantía real o personal, pues aunque, sin entrar a discutir la naturaleza patrimonial de la fiducia, pareciera en principio ser de carácter real, los efectos que se dan por la disposición indebida del bien, responden más bien a una garantía de carácter personal.

La hipoteca, garantía que afecta un bien inmueble, constituye el derecho real hipotecario a favor del acreedor garantizado, quien es su titular y tendrá sobre

el bien los derechos de persecución en manos de quién se encuentre, y de preferencia sobre otros acreedores a la hora de hacer efectivo su derecho. El propietario del bien, a pesar de gravarlo con la hipoteca, continúa en su tenencia y disfrute, uso, la explotación e inclusive la disposición del bien. En lo general la hipoteca es una gran ventaja tanto para el acreedor del inmueble como para quien da la garantía.

Por su parte la prenda, afecta bienes muebles, singularizados, de propiedad de quién constituye el gravamen, quién puede ser el deudor o un tercero. que generalmente son propios de aquel que garantiza la obligación. Al no gozar de un registro público de propiedad, al menos en la prenda civil, la eficacia de la prenda como garantía la otorga la entrega que hace del bien dado en prenda el constituyente al acreedor prendario. Por ello, la única forma de hacer eficaz la prenda era poner la tenencia del bien en manos del acreedor o en un tercero que servía como depositario. Así, se evitaba que el dueño, que garantizaba el cumplimiento de la obligación, dispusiera del mueble en perjuicio del acreedor prendario. La modernidad trajo consigo algunos sistemas de registro público de bienes muebles, lo que permitió consagrar prendas sin tenencia. Entonces, si bien la prenda constituye un derecho real, el beneficio de persecución solamente será asegurado en la aquellas que permiten un registro y si no, con la tenencia efectiva en mano de un depositario o del mismo acreedor.

Frente a ambos gravámenes, la fiducia en garantía constituye una opción más eficiente, puesto que el bien sale del patrimonio del deudor o de quien pretenda garantizar la obligación, lo que le permite al acreedor saber que la insolvencia

de su deudor no lo afectará. No es que tenga preferencia sobre el bien fideicomitado, sino que tiene exclusividad puesto que se le ha afectado a la finalidad de servir de garantía de su acreencia. El fiduciario, es más que un mero depositario, es el nuevo propietario del bien, a quien se le han conferido ciertas ventajas patrimoniales en virtud del contrato de fiducia, por lo que se separan estos bienes de la prenda general de garantía que representa el patrimonio personal del fiduciario, y por ende no podrán ser pretendidos por los acreedores de éste, ni ser gravados para garantizar sus obligaciones.

Además el fiduciante puede conservar la tenencia y el disfrute del bien, por lo que no verá en aprietos la satisfacción de las necesidades que el bien le presta, no obstante quedar sujeto a las obligaciones que un depositario asume, pues a su cargo quedará la conservación del bien.

Por otro lado, de llegarse a concretar un incumplimiento, no quedará el acreedor a merced de la jurisdicción y sus términos procesales para ejecutar la garantía, sino que será el fiduciario el encargado de hacerlo, de forma automática apenas se cumpla la condición pendiente, sin necesidad de subastas públicas ni ocasión de excepciones.

La fianza es una caución eminentemente personal, se vincula un patrimonio más, el del fiador, al cumplimiento de la obligación. Esta clase de garantía consigue una reducción importante en el riesgo de incumplimiento de la obligación, puesto que en caso de que el deudor no pueda satisfacerla, podrá el acreedor recurrir al fiador para que éste cumpla con lo de su cargo. Sin

embargo se trata de una garantía relativa, puesto que vale en la medida de la solvencia del fiador. Esta caución no garantiza estar cubierto frente a la iliquidez que pueda sobrevenir al deudor o al fiador de la obligación.

El riesgo de iliquidez mencionado se disminuye considerablemente con la figura de la fiducia en garantía, pues los bienes que garantizan la deuda quedan fuera del patrimonio del deudor (pensemos en una fiducia en dinero) por lo que en este caso no importará su iliquidez sobreviviente y, adicionalmente, tampoco importará la insolvencia posterior a su constitución pues, en principio, los acreedores no podrán reintegrar dichos activos para hacer valer su crédito.

Para el caso de un incumplimiento por parte del fiduciario en sus obligaciones dentro una fiducia en garantía, el acreedor beneficiario podrá acudir a una acción personal contra él para cobrar los perjuicios que se le causen con el incumplimiento, pretendiendo una reparación patrimonial contra el sujeto que en la mayoría de casos está apoyado por el sistema financiero.

7. Los Efectos del Contrato de Fiducia Mercantil.

El negocio fiduciario es un vínculo jurídico que impone tanto deberes de conducta, como deberes de prestación (dar, hacer o no hacer) amén de otros deberes accesorios⁵⁵⁹. Los deberes de prestación son las obligaciones y

⁵⁵⁹ MORALES MORENO, ANTONIO MANUEL. *La modernización del Derecho de Obligaciones*. Thomson-Civitas. Navarra, 2006. Pág. 19.

derechos que surgen para las partes como consecuencia de la celebración del contrato.

7.1. Obligaciones y deberes principales del fiduciante

El fiduciante se obliga principalmente a lo siguiente:

7.1.1. Pago de honorarios y gastos al fiduciario

La fiducia es un contrato o negocio oneroso. Por su gestión la fiduciaria tiene derecho a una remuneración que debe ser retribuida por quien le hace el encargo.

Consideramos que la remuneración de la fiduciaria debe ser un espacio propio para el ejercicio de la autonomía de la voluntad y las partes deben pactar libremente lo que ha de ser la remuneración de la fiduciaria.⁵⁶⁰

7.1.2. Entrega y transmisión de los bienes fideicometidos.

El contrato de fiducia de cierta manera es título traslativo de los bienes que han de ser entregados a la fiduciaria a fin de cumplir la finalidad de la fiducia. Después de celebrado el contrato, el fideicomitente queda obligado a

⁵⁶⁰ En el Código de Comercio Colombiano se consagra un régimen tarifario para los negocios de fiducia que sería señalado por la Superintendencia Bancaria. Nada más absurdo que introducir una camisa de fuerza a una actividad tan dúctil como puede ser la realización de fiducias mercantiles.

entregarlos a la fiduciaria a fin de que ésta pueda cumplir con su encargo. Contrato y tradición se dan en dos momentos deferentes, el título precede al modo, en los sistemas jurídicos que diferencian entre estos dos fenómenos, el obligacional y el dispositivo.

En otros sistemas, donde no se distingue entre título y modo, la cuestión pasa a ser diferente, pues con el mismo contrato se entregan los bienes y se efectúa la transferencia de la propiedad fiduciaria. En el proyecto francés, concebido para integrarlo al Código Civil, que precisamente no efectúa diferencia entre título y modo, es posible que la transferencia se dé al mismo tiempo del contrato o en momento posterior, sin dejar de reconocer la doctrina que sobre el punto falta precisión y se generan más interrogantes que claridades: veamos el comentario⁵⁶¹:

“(c) El constituyente (el settlor del Derecho angloamericano) concluye el contrato con el fiduciario y le hace la transferencia de bienes y derechos de todo tipo para que los gestione en beneficio de aquél o de un tercero; la transferencia de derechos se opera en el momento de conclusión del contrato de fiducia, y también es posible, si el contrato lo previó, la transferencia de “derechos suplementarios al fiduciario” con posterioridad, dentro de la misma fiducia (art. 2064, §2). De estas reglas parece inferirse que debe existir al menos una transferencia inicial de derechos (propiedad, derechos reales, derechos de crédito, acciones, etc.) para que la fiducia nazca y que las posteriores transferencias son “suplementarias” o complementarias. Un requisito de constitución que probablemente requeriría mayor clarificación (¿la transferencia perfecciona el contrato o es un requisito de eficacia? ¿El requisito es de carácter dispositivo o, como parece, es imperativo?)”.

⁵⁶¹ CÁMARA LAPUENTE, SERGIO. *Trust a la francesa*. Universidad de Rioja. InDret 2/2005. Revista para el análisis del Derecho. Pág. 8. www.INDRET.COM

7.1.3. Deber de información.

Se comprende dentro del deber de buena fe con que deben proceder las partes, desde el mismo periodo precontractual, al momento de la celebración y después durante la ejecución del contrato. Sin embargo, en la fiducia, por la confianza misma que se busca, este deber se constituye en una especial obligación que compete a ambas partes. El fiduciante debe informar debidamente al fiduciario de todos los pormenores que sean relevantes para la buena marcha del propósito negocial.

7.2. Obligaciones y deberes principales de la fiduciaria

7.2.1. Realizar las gestiones necesarias para cumplir con la finalidad de la fiducia.

El contrato de fiducia es un instrumento para cumplir con un propósito o finalidad específica que se proponen las partes, bien se trate de administrar unos bienes, invertir sus rendimientos, enajenarlos, destinarlos a un proyecto específico, etc. En el contrato debe especificarse que se espera que de ese propósito realice la fiduciaria, que debe contratar con terceros y de qué manera debe actuar ella. Pues bien, esta es una obligación primordial que debe cumplirse estrictamente a los términos del contrato.

El artículo 2ºc). del Convenio de la Haya⁵⁶² sobre ley aplicable al *trust*, advierte que; “*él trustee tiene la facultad y la obligación, de las que debe rendir cuenta, de administrar, gestionar o disponer de los bienes según las condiciones del trust y las obligaciones particulares que la ley imponga*”.

7.2.2. El deber de cuidado y pericia.

Señala la doctrina que la fiduciaria, al administrar los bienes recibidos, está obligada a ejercer el cuidado y la pericia que un hombre de prudencia normalmente emplea en el manejo de sus propios bienes, es decir, respondería hasta la culpa leve.⁷⁶ También se ha dicho que la fiduciaria se hace responsable aunque emplee todo el cuidado de un hombre competente, cuando ha actuado dando al fideicomitente la impresión de tener un grado mayor de responsabilidad, caso en el cual respondería por toda clase de culpa.⁵⁶³

En el tercer módulo sobre la responsabilidad de la fiduciaria, examinaremos al alcance de esta obligación y la responsabilidad de la fiduciaria.

⁵⁶² Sobre la ley aplicable al *trust* y a su reconocimiento hecho el 1º. De julio de 1985.

⁵⁶³ La legislación colombiana, señala en el artículo 1234 del Código de Comercio que es deber indelegable de la fiduciaria “*realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia*”. De conformidad con la ley mercantil, artículo 1243 del C. de Comercio, la fiduciaria responde en el cumplimiento de su encargo hasta la culpa leve, afirmación que es cierta en sentido general, pero no puede ser absoluta, pues siendo la fiducia un negocio marco, considerablemente versátil, es necesario atender a las diferentes obligaciones que corresponden a la fiduciaria, para poder entender su verdadero alcance y significado.

7.2.3. Deber de guarda y conservación.

Se refiere a los bienes que recibe la fiduciaria; quién tiene el deber de restituir, también tiene el de guardar dichos bienes hasta la restitución.

7.2.4. La obligación de representación.

La fiducia es esencialmente representativa. La fiducia tiene que obrar siempre en representación del patrimonio autónomo y así debe indicarlo en sus actuaciones frente a terceros.

También al momento de examinar la responsabilidad de la fiduciaria haremos el complemento y la crítica al alcance de esta obligación.

7.2.5. Obligación de transferencia de los bienes objeto del contrato a su terminación

En este aspecto se hace indispensable diferenciar si la obligación de transferencia se encamina a cosas de género o cuerpos ciertos.

Dependiendo de la naturaleza de la obligación se derivan consecuencias en materia de responsabilidad que posteriormente nos ocuparán.

7.2.6. Indelegabilidad

Una de las obligaciones fundamentales de la fiduciaria frente a los beneficiarios, es la de no delegar en terceros la administración del trust o la ejecución de actos que deba realizar directamente.

La fiducia es un contrato edificado sobre la confianza, que es además la expectativa que tienen todos lo que intervienen en la operación y por ello se le exige un grado de conducta muy elevado y estricto, que puede observarse cuando su interés personal se encuentre en conflicto con sus obligaciones.

En virtud de este deber, siempre debe actuar la fiduciaria en interés del fideicomiso en general, *intuito personae* y por ende supone como norma general, que sea desempeñada por la fiduciaria.

7.2.7. Deber de buena fe

Es el principio general que impone a los contratantes un deber especial de comportamiento.

En la fiducia este deber adquiere un especial significado, precisamente por tratarse de un negocio edificado sobre la confianza.

La doctrina y la jurisprudencia han definido algunos sub-deberes que encuentran pleno respaldo legal en el principio general de la buena fe. Veamos cuales son pertinentes al negocio fiduciario:

- De información, que lleva incluso al deber de informar al cliente los aspectos negativos de una determinada operación.
- De asesoría.
- De protección de los bienes fideicometidos.
- De lealtad, que toca con todo aquello que pueda implicar conflictos de interés, es decir, disparidad de los motivos entre quienes intervienen en una misma relación jurídica.
- De profesionalidad y especialidad.

7.2.8. Deber de lealtad e imparcialidad.

Deriva el deber de lealtad e imparcialidad del deber general de la buena fe. Uno de los mencionados subdeberes implícitos de conducta que deben atender las partes del negocio, y muy especialmente la fiduciaria que recibe el encargo y sobre quién deposita confianza el fiduciante, es precisamente el deber de lealtad. Le exige el mayor miramiento a la finalidad buscada por las partes con el negocio fiduciario, a fin de colmar las expectativas de las mismas.

La obligación fundamental de la fiduciaria frente a los beneficiarios es la de lealtad.

Si hay conflicto de intereses, con la misma fiduciaria o con otros clientes, ella tiene necesariamente que actuar consultando la finalidad común que pretende el fideicomiso.

Todo beneficio que obtenga debe ser para la fiducia, y si obtiene para sí debe transferirlo a la misma. Su interés personal tiene que ceder ante los beneficiarios.

Los conflictos de intereses no pueden evitarse, pues muchas fiduciarias son filiales de entidades o grupos financieros. Y así haya conflicto, lo importante es que se resuelvan como antes se indica.

Generalmente la fiducia se establece en provecho de más de un beneficiario y es obligación de la fiduciaria tratar a todos ellos de manera imparcial.

7.2.9. Deber de información.

También es expresión del deber de buena fe con especial significado en el negocio fiduciario. La fiduciaria tiene la obligación hacia los beneficiarios, de informarles, cuando lo soliciten, de todo lo que concierne a la administración del *trust*. Esa información comprende todas las cuentas y los comprobantes relativos a la administración.

7.2.10. Deber de secreto.

La fiduciaria está obligada al secreto profesional. En las fiducias personales, la gestión de la fiduciaria tiene una naturaleza confidencial y la confianza depositada por el cliente jamás debe divulgarse y es la ley la única que establece excepciones.⁷⁷

En la declaración de principios norteamericana se establece en comentario a este deber que, el carácter confidencial de la relación entre fiduciante y fiduciaria debe ser estrictamente inviolable; como la relación que existe entre abogado y cliente o entre médico y paciente. Este principio debe aplicarse incluso ante las autoridades o tribunales en juicio o reclamaciones salvo los que sean adelantados por las partes del fideicomiso.

7.2.11. Deber de llevar y rendir cuentas.

La fiduciaria está obligada a llevar cuentas precisas y exactas, con los debidos soportes de toda su actividad en la administración del trust. Igualmente tiene que conservar debidamente toda la correspondencia y las actas que sean necesarias y que contengan la memoria de los comités u órganos colegiados que se implementen para la administración y toma de decisiones. El incumplimiento de esta obligación, la hará incurrir en responsabilidad frente a las demás partes contratantes.

7.3. Derechos de la Fiduciaria.

7.3.1. Derecho de retención de la fiduciaria.

Merece especial mención el derecho de retención que se le reconoce a la fiduciaria sobre los bienes recibidos en la fiducia en garantía, mientras no se cancele la obligación que es objeto de la garantía.

Este derecho incluso se le reconoce en el sistema jurídico español por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, no obstante todas las discusiones que a su interior se han presentado sobre la naturaleza jurídica de los negocios fiduciarios.

Observemos la opinión de la doctrina sobre este especial efecto del contrato⁵⁶⁴:

*“Ya sea porque se considere que el negocio fiduciario es un negocio real y verdadero, ya se estime que corresponde con el contenido de la “propiedad formal” que se atribuye al fiduciario, ya, finalmente, se acepte como consecuencia ineludible de la conversión del negocio nulo, ya sea porque “no hay un simple préstamo, sino un contrato de mayores efectos”, un “préstamo reforzado”, lo cierto es que la jurisprudencia del Tribunal Supremo afirma en ocasiones que, a pesar de la ineficacia, siquiera relativa, el negocio fiduciario atribuye al titular formal un **ius retinendi**, de forma que no puede ser compelido a restituir la cosa mientras el deudor fiduciante no restituya la deuda subyacente;...”*

⁵⁶⁴ CARRASCO PERERA, ÁNGEL. Ob. Cit. Pág. 256. Cita jurisprudencias del TS como las siguientes: SSTs 21.3.1969 (RJ 1969, 1520), 2.6.1982 (RJ 1982, 3402), STS 26.4 2001 (RJ 2001, 2037). Dice ésta última: “Por las razones que han conducido a la casación de la sentencia recurrida, expuestas en párrafos anteriores, debe estimarse parcialmente la demanda, en cuanto que la escritura pública de venta de 4 de noviembre de 1991 es absolutamente nula como tal compraventa por simulación, pero válida por lo que respecta al negocio de transmisión de la propiedad en garantía del cumplimiento de deuda ajena. Sin embargo, la sociedad demandada no está obligada a retransmitir la propiedad de la cosa objeto de este litigio a los actores hasta que no se le haya satisfecho el importe de la deuda que Acabador Textiles Bellido, SA tenga contraída con ella en los términos fijados en el documento privado de 14 de noviembre de 1991”.

8. La Terminación del Contrato

La fiducia puede concluir en felices términos para las partes, esto es cuando se ha agotado o cumplido la finalidad propuesta; se han cumplido sus objetivos dentro del plazo señalado o la condición que acordaron las partes. Pero también, puede terminar la fiducia frustradamente, antes de tiempo sin haberse agotado su finalidad.

La fiducia mercantil es un contrato de ejecución o tracto sucesivo y atendiendo a esta característica, sus causales de terminación deben ser las propias de esta clase de contratos: Estas son generalmente:

8.1. Por haberse cumplido cabalmente la finalidad buscada con la fiducia.

Esta es la forma natural de concluir el contrato. Si no se presentan vicisitudes durante su ejecución, la extinción del contrato ocurre cuando la fiduciaria cumple con el fin perseguido o buscado con el contrato de fiducia.

8.2. Por la imposibilidad absoluta de realizarlos.

Por muchas circunstancias previsibles o no al momento de la celebración del contrato, puede suceder que durante su ejecución, resulte imposible conseguir

el fin propuesto con el fideicomiso. La consecuencia inmediata tendrá que ser la terminación anticipada del contrato.

Habrá que analizar en cada caso concreto, si las circunstancias que frustran el desarrollo del contrato, son imputables a algunos de los contratantes o si se deben a una causa extraña, para efectos de derivar responsabilidad civil.

8.3. Por expiración del plazo acordado por las partes:

Es también otra causa normal de terminación del contrato.

8.4. Por el cumplimiento de la condición resolutoria a la cual esté sometido.

Las partes pueden haber acordado que la actuación de la fiduciaria penda de un evento futuro e incierto y si acontece se termine el contrato. No es procedente la resolución en contratos de duración como lo es el fideicomiso.

8.5. Por hacerse imposible o no cumplirse dentro del término señalado, la condición suspensiva de cuyo acaecimiento pende la existencia de la fiducia.

8.6. Por la muerte del fiduciante o del beneficiario, cuando tal suceso haya sido señalado en el acto constitutivo como causa de extinción.

Si nada se dice al momento de celebrarse el contrato, se entiende que la muerte del fiduciante o del beneficiario no pone fin al contrato. Éste continuará con los herederos del respectivo desaparecido, y es una cuestión de la naturaleza del negocio. Cabe disposición en contrario pero deberá ser expresa.

8.7. Por el abuso que la fiduciaria realice sobre los bienes recibidos.

Se trata de un incumplimiento grave de las obligaciones que le corresponden a la fiduciaria y por ello debe dar lugar a su terminación.

La fiduciaria en tal evento puede ser removida por decisión judicial y podrá continuar el negocio con una nueva fiduciaria.

8.8. Por disolución de la entidad fiduciaria.

La forma de enervar esta causal de terminación del contrato, sería previendo desde la celebración del mismo, la posibilidad de reemplazar a la fiduciaria, que se encuentre en circunstancia de disolución, por una fiduciaria sustituta.

8.9. Por acción de los acreedores anteriores al negocio fiduciario.

Efectivamente si se permite a los acreedores del fiduciante, anteriores a la celebración del contrato perseguir los bienes fideicometidos, es evidente que de tal actuación, deberá seguirse la frustración del negocio de fiducia y por ende habrá que hacer efectiva su terminación.

8.10. Por la declaración de la nulidad del acto constitutivo.

La fiducia, como contrato que es, está sometida a todas las vicisitudes de los negocios jurídicos, entre de estas, la declaración de nulidad.

También por la acción de los acreedores, el acto dispositivo de los fiduciantes, consistente en la transmisión fiduciaria, realizado para distraer los bienes de la prenda general de estos puede ser revocado y en tal evento concluye la gestión fiduciaria.

8.11. Por mutuo acuerdo del fiduciante y del beneficiario, sin perjuicio de los derechos del fiduciario, y

8.12. Por revocación del fiduciante, cuando expresamente se haya reservado ese derecho.

Si nada se dice en el contrato se entenderá que el fiduciante no podrá revocarlo, pues esta facultad debería concederse expresamente.

9. Destinación de los bienes a la terminación del contrato

Si durante la ejecución del contrato, se presenta su terminación anticipada por cualquiera de las causales antes enunciadas, el contrato puede prever que los bienes regresen a la titularidad del fiduciante o señalar cosa distinta.

Si la fiducia termina por haberse realizado plenamente sus fines, la fiduciaria deberá trasladar los bienes fideicometidos al beneficiario que se haya previsto en el contrato.

Tratándose de una fiducia en garantía, es de advertir, que los bienes no regresan al dominio del constituyente o de sus herederos, sino una vez se hayan cumplido completamente, las obligaciones a los acreedores beneficiarios.

10. La Fiducia y la Insolvencia

Surge la inquietud sobre lo que pasará si se insolventa el fiduciante o la fiduciaria. Ante esta eventualidad, ¿cuál podrá ser la suerte del fideicomiso? ¿En qué quedan los bienes fideicometidos?

Si el insolvente es el beneficiario, no se presenta ningún problema, pues los bienes que habría de recibir al concluirse la finalidad de la fiducia, pasaran a engrosar la masa de los bienes del concurso, de allí se procederá a la aplicación de las normas sobre prelación de créditos que rigen en todos los concursos. Al fin de todo, lo único que pueden perseguir los acreedores del beneficiario, son, dependiendo de la finalidad de la fiducia, los rendimientos o los resultados del negocio según el caso.

Pero cuando la insolvencia es del fiduciante o de la fiduciaria se requiere un estudio más detenido, por ello analizaremos lo que sucede en el evento del concurso del fiduciante o de la fiduciaria.

10.1. Concurso o quiebra del fiduciante

Ante la insolvencia del fiduciante, la fiduciaria tendría el derecho a la separación de la res sub fiducia del resto de los bienes del fiduciante, aún en el

supuesto de que estuviese en su poder⁵⁶⁵; esto incluso en los sistemas donde no se presenta un patrimonio de afectación como efecto del contrato⁵⁶⁶.

Donde se presenta como efecto del negocios la afectación de los bienes o el patrimonio autónomo, todavía con una mayor claridad, dichos bienes no forman parte de la prenda general de los acreedores del fiduciante. En principio, sus acreedores, cuyo crédito se haya adquirido con posterioridad a la constitución de la fiducia, no pueden perseguir los bienes fideicometidos. Sin embargo, por el período de sospecha que establece las leyes concursales, son revocables los actos realizados injustificadamente, cuando han perjudicado a cualquiera de los acreedores o afectado el orden de prelación legal para los pagos.

Los acreedores del fiduciante anteriores a la constitución del fideicomiso, pueden perseguir los bienes fideicometidos como antes lo advertimos. Así las cosas, la fiduciaria debe tener especial diligencia al momento de concertar fiduciantes y examinar cuidadosamente la situación patrimonial de los mismos, para eliminar el eventual riesgo persecutorio de los bienes, por parte de los acreedores anteriores a la constitución del fideicomiso. Su examen de la situación financiera del fiduciante debe ser atento y cauteloso.

En España, dada la atipicidad del negocio fiduciario, en opinión de PUIG BRUTAU⁵⁶⁷, en el supuesto de una ejecución frente al fiduciante, se presentaría

⁵⁶⁵JORDANO BAREA, JUAN B. Ob. Cit. Pág. 145.

⁵⁶⁶ En Sentencia del Tribunal Supremo de España de 10 de Marzo de 1944, en una fiducia en garantía, se plantea el problema de la validez del negocio fiduciario ante la quiebra del fiduciante. No aceptó las pretensiones de simulación, pero si la posibilidad de que los acreedores se subrogaran en el lugar del quebrado y ejerciesen los derechos de aquel.

la siguiente alternativa: o se concluye que la transmisión efectuada por el fiduciante no le priva de su derecho de dominio sobre la cosa o de la titularidad del crédito y los bienes siguen en su patrimonio o se entiende que la cosa, aunque sigue siendo del fiduciante, está afectada al cumplimiento de una obligación del fiduciante frente al fiduciario, quién tiene sobre la cosa derecho de preferencia para el pago de su crédito.

10.2. Concurso del fiduciario

Este punto se relativiza dependiendo del sistema jurídico concreto y el tratamiento que le dé a los bienes transmitidos en fiducia. Si constituyen patrimonio autónomo o de afectación o si no.

Si como efecto del contrato de fiducia, se forma un patrimonio autónomo, los bienes fideicometidos, no hacen parte de la masa del concurso y no pueden ser perseguidos por los acreedores del fiduciario. Este es otro de los grandes beneficios del efecto contractual que forma un patrimonio autónomo o al menos afecta los bienes en patrimonio separado.

El liquidador de la fiduciaria procede a transmitir los bienes a la cabeza de quien vaya a sustituir a la fiduciaria. Si nada se dice en el contrato, había que aplicar la causal de extensión de extinción de la fiducia, precisamente por la insolvencia de la fiduciaria.

⁵⁶⁷ PUIG BRUTAU, JOSE. *Fundamentos de Derecho Civil*. Tomo III. Volumen III. Bosch, Barcelona, 3ª. Ed. 1983. Pág.379.

El contrato deberá prever por quién será reemplazada, sino le corresponderá al juez decidirlo.

Si no se obtiene en el respectivo sistema jurídico la afectación patrimonial como consecuencia del contrato, la cosa entregada *sub fiducia* entra en la masa del concurso, siendo discutible si hay lugar o no a la separación patrimonial. Para algunos, el fiduciante no tiene más que un derecho de crédito y con el mismo debe someterse a las reglas del concurso en condiciones de la *par conditio creditoris*. Otros sostienen que debe admitirse la separación patrimonial. Para sustentar los dos criterios los partidarios de uno u otro invocan razones de equidad; los primeros con los demás acreedores y los segundos con el fiduciante que transmitió, para una finalidad de gestión o de garantía, no en definitiva. La consagración legal del efecto del contrato de fiducia, de dar lugar a la conformación de un patrimonio de afectación o autónomo, según el sistema, disipa toda duda, de que los bienes fideicometidos no hacen parte de la masa de la quiebra de la fiduciaria ni es objeto de la garantía general de sus acreedores.

Frente a una ejecución universal contra el fiduciario, si se tuviese al fiduciario como un propietario pleno, sus acreedores podrían incluir en la masa el bien objeto de la transmisión fiduciaria y el fiduciante pasaría a ser un simple acreedor personal para exigir el cumplimiento de la fiducia⁵⁶⁸. En cambio, si se considera un mera venta en garantía, con el único efecto de ser garantía para el cumplimiento de un obligación, los acreedores del fiduciario no tienen

⁵⁶⁸ DE ANGEL YAGÜEZ, RICARDO. *Problemas que suscita la "venta en garantía" en relación con los procedimientos de ejecución del deudor*. Revista crítica de Derecho Inmobiliario, 1973, 56.

derecho sobre le objeto de esa garantía, por no hacer parte de los bienes del fiduciario. El fiduciante podrá ejercitar su derecho de tercería frente a la masa de bienes del fiduciario.⁵⁶⁹ Por ello agrega DE ANGEL YAGÜEZ: “en los casos de fiducia *cum amico*, el quebrado tendrá los bienes en depósito o en administración, o en comisión de compra o de venta, etc. En el caso de fiducia *cum creditore* el objeto del negocio no se habrá transmitido al acreedor por un título irrevocable”.⁵⁷⁰

11. Los Trust.

Antes de la segunda guerra, los *trusts* escasamente traspasaban las fronteras de los países anglosajones⁵⁷¹. Hoy hay que aludir a ellos en todo el mundo; ya existen acuerdos internacionales sobre la materia. Del tema se ocupan incluso los países donde no está regulado el contrato.

Hoy puede decirse que el *trust* es una institución legal elaborada a través de los tiempos, decantada paso a paso por la doctrina y ante todo, por el precedente judicial inglés, de gran valor en el sistema jurídico anglosajón del *Common Law*.⁵⁷²

El término *trust* da lugar diversos ⁵⁷³significados y puede ser impreciso. Por ello algunos autores prefieren, antes de definirlo, describirlo⁵⁷⁴: Un propietario o

⁵⁶⁹ DE ANGEL YAGÜEZ, RICARDO. *Problemas que suscita la “venta en garantía” en relación con los procedimientos de ejecución del deudor*. Revista crítica de Derecho Inmobiliario. 56.

⁵⁷⁰ DE ANGEL YAGÜEZ, RICARDO. *Problemas que suscita la “venta en garantía” en relación con los procedimientos de ejecución del deudor*. Revista crítica de Derecho Inmobiliario. 58.

⁵⁷¹ LEPAULLE, PIERRE. *Tratado Teórico y Práctico de los trust*. Ed-Porrúa, México, 1.975. Pág. 1.

⁵⁷² ARESACOCHAGA, JOAQUÍN. *El Trust, La fiducia y figuras afines*. Marcial Pons, Barcelona, 2000.

Pág. 29.

⁵⁷³ LEPAULLE, PIERRE. Ob. Cit. Pág. 7.

acreedor, a quién llamaremos *settlor*, transfiere bienes o créditos de su propiedad a un tercero llamado *trustee*, o simplemente declara que estarán a cargo del *trustee* para su manejo, sin que haya transferencia. La *res* puede ser mueble o inmueble, corporal o no, incluso puede consistir en un crédito. No solo basta que haya una *res*, es indispensable que se le diga al *trustee* que hacer con ella, misión que puede ser muy variada, puede consistir simplemente en administrarla en provecho de un tercero, el *cestui que trust*, o simplemente *cestui*, o beneficiario en términos nuestros y la finalidad puede ser variada, como para garantizar la vida de una institución, realizar una nueva idea, alcanzar un ideal, erigir estatuas, educar a un hijo menor, cuidar y velar por un incapaz, para cuidar un perro, para decir misas por el alma de un difunto, para realizar un sueño o un simple deseo, etc.⁵⁷⁵.

11.1. Definición de *Trust*.

Es posible definir el *trust*?

La propia doctrina anglosajona advierte la improcedencia de buscar una definición del *trust*, a la manera como solemos definir los negocios en los sistemas de corte románico, precisamente, por ser una figura cuya creación se debe a la jurisprudencia y no a la ley⁵⁷⁶.

⁵⁷⁴ LEPAULLE, PIERRE. Ob. Cit. Pág. 7.

⁵⁷⁵ Siguiendo de cerca a LEPAULLE, PIERRE. Ob. Cit. Pág. 7.

⁵⁷⁶ VIRGOS SORIANO, MIGUEL. *El Trust y el Derecho Español*. Cuadernos Civitas, Ed- Aranzadi, Navarra. 2006. Pág. 13.

En efecto, la doctrina anglosajona plantea el problema conceptual, cuando se pregunta:

“Given the very wide range of function performed by trusts, and the great variety of context in which they are to be found, do you think it is posible to define the trust concept?”⁵⁷⁷. [Dadas las muy amplias funciones elaboradas por *trust* y la gran variedad de contexto en el cual son encontradas, Usted piensa que es posible definir el concepto de *trust*?].

Y la consiguiente respuesta al cuestionamiento es:

“You will quickly have discovered that the definition of trusts is fraught with difficulty. To define must always mean to describe the essence of the thing, and so any definition must necessarily be either incomplete and/or circular. (As the problem of paraphrase in legal reasoning, see H.L.A. Hart; Definition and Theory in Jurisprudence (1954) 70 LQR 37.) For what it is worth, and incomplete though it must be, this autor would offer the following definition of a private trust”: [Rapidamente descubrirán que la definición de *trust* está llena de dificultad. Para definir siempre se debe describir la esencia de la cosa en cuestión, por eso cualquier definición necesariamente tiene que ser incompleta o circular (como el problema de...) Si algo, y por un pensamiento incompleto, este autor ofrecería la siguiente definición de un *trust* privado:]

“A private trust is the legal relationship between the formal owner(s) of assets (‘the trustee’ or ‘trustees’) and the beneficial owner(s) of those assets (‘the beneficiary’ or ‘beneficiaries’). The hallmarck of the trust is that every trustee is obliged in equity to employ every incident of their formal (typically ‘legal’) ownership for the exclusive benefit of the beneficiaries, although a trustee might himself be one of the beneficiaries.” [Un *trust* privado es la relación legal entre el dueño formal de los activos y los dueños beneficiarios de esos activos. La gran importancia del *trust* es que todos los *trustees* están obligados en equidad de emplear todo incidente de sus bienes para el exclusivo

⁵⁷⁷ WATT, GARY. *Trusts*. Oxford University Press. New York. 2004. Pág.27.

beneficio de los beneficiarios así uno de los *trustees* sea también beneficiario.]

LEPAULLE, también es de la idea de que no es posible definir el *trust* y advierte:

“...toda definición del “*trust*” como división de derechos entre “*trustee*” y “*cestui*” o como relación entre ellos y el *settlor* es indudablemente falsa, pues no es posible definir la esencia de una institución como una serie de relaciones entre tres personas, cuando ninguna de ellas es esencial para que exista”⁵⁷⁸:

No obstante las opiniones doctrinales, el Convenio de la Haya de 1985, relativo a la ley aplicable al *trust* y su reconocimiento, trae una conceptualización, donde se destacan las notas más esenciales de esa figura. Señala lo siguiente el artículo 2º. del Convenio citado:

“El concepto de trust se refiere a las relaciones creadas por una persona (el constituyente) cuando en virtud de un acto inter vivos o mortis causa coloca bienes bajo el control de otra persona (el trustee) en interés de un beneficiario o con un fin determinado”.

Sobre el punto la doctrina italiana⁵⁷⁹ señala:

“Il trust é generalmente definito come “an equitable obligation, binding a person (who is called a trustee) to deal with the property over which he has control (which is called the trust property), for the benefit of persons (who are called the beneficiaries or cestuis que trust) of whom he may himself be ono, and anyone of whom may enforce the obligation”⁵⁸⁰. Questa definizione é stata oggetto di alcune critiche per quanto concerne el fatto che la stenssa trata solamente dei private trust senza tener conto dei purpose trust.”

⁵⁷⁸ LEPAULLE, PIERRE. Ob. Cit. Pág. 19.

⁵⁷⁹ ANDREOLI, EDOARDO. *Il Trust nella prassi bancaria e finanziaria*. Cedam, Padova, 1998. Pág. 42.

⁵⁸⁰ UNDERHILL A., HAYTON D.J. (ED), *Law Relating to Trust and trustees*, 15th ed, london, 1995.

Señala también FRANCESCHELLI, sobre el *trust* que “es una relación fiduciaria, derivada de la voluntad privada o de la ley, en virtud de la cual aquel que tiene sobre determinados bienes o derechos la propiedad formal o titularidad, está obligado, por efecto de la propiedad sustancial que no recae en él, a custodiarlos o administrarlos, así como a servirse de ellos en provecho de uno o más beneficiarios- entre los cuales puede estar él también comprendido- o de un fin”⁵⁸¹. Esta definición en opinión de algunos, recoge los elementos esenciales que para el *trust* ha dispuesto la jurisprudencia británica.⁵⁸²

11.2. Naturaleza jurídica del *trust* y su funcionamiento

Para un negocio complejo como es el *trust*, también resultan muy variadas y complejas respuestas acerca de lo que debe ser su naturaleza jurídica.

Algunos autores ingleses simplifican el problema, señalando que el *trust* es un simple derecho de crédito del *cestui* frente al *trustee*; un vínculo obligatorio que enlaza ambas partes⁵⁸³. Nos parece una posición simplista, que no deja ver la verdadera esencial del *trust*. Más crítico todavía LEPAULLE⁵⁸⁴, quién categóricamente afirma que: “...la teoría conforme a la cual el “*trust*” no es sino un derecho de crédito, es superficial y falsa”.

⁵⁸¹ FRANCESCHELLI, *Il “trust” nel Diritto inglese*. Padua, 1935, pág 138; citado por JORDANO BAREA, JUAN B. *El Negocio Fiduciario*. Bosch, Barcelona, 1959. Pág. 30.

⁵⁸² JORDANO BAREA, JUAN B. *El Negocio Fiduciario*. Bosch, Barcelona, 1959. Pág. 30.

⁵⁸³ HOLLAND, MAITLAND en Inglaterra y LANGDELL Y AMES en USA.

⁵⁸⁴ LEPAULLE, PIERRE. Ob. Cit. Pág. 18.

Una pregunta generalizada entre los doctrinantes de ambos sistemas jurídicos:

¿Será semejable el *trust* a un contrato?

Responde la doctrina:

“Having noted the orthodox conceptual distinction between the contract and the trust, we should nevertheless be aware that many commentators have been impressed by the close relationship between the two concepts. Maitland thought it ‘utterly imposible for us to frame any definition of a contract which shall not include the acts by which ninety-nine out of every hundred trusts are created’⁵⁸⁵.

La naturaleza jurídica del *trust* como negocio jurídico ha sido materia de discusiones doctrinales. Clasificarlo como contrato o como acto unilateral es parte de la problemática advertida. Indica la doctrina⁵⁸⁶, que motivos históricos han llevado a que no sea considerado como un contrato, porque la definición de estos eran competencia del *Common Law*, mientras los *Uses*, fuente del *trust*, estaban en la competencia del Tribunal del Canciller⁵⁸⁷. Sin embargo, como lo explica RENGIFO⁵⁸⁸, la *Equity* también conoció de conflictos contractuales, lo que la convirtió en fuente de remedios como el cumplimiento forzado de las obligaciones contractuales, por lo que la diferenciación histórica no es del todo precisa.

⁵⁸⁵ WATT, GARY. *Trusts*. Oxford University Press. New York. 2004. Pág.28. Traduce: “Habiendo notado la distinción ortodoxa conceptual entre el contrato y el *trust*, nosotros sin embargo deberíamos ser conscientes que muchos comentaristas han sido impresionados por la relación cercana entre los dos conceptos. MAITLAND tuvo ese pensamiento, que ello es “completamente imposible para nosotros para enmarcar cualquier definición de un contrato que no incluirá los actos por cual noventa y nueve de cada cien de *trust* son creados”.

⁵⁸⁶ RENGIFO, RAMIRO. Ob Cit. Página 73. BATIZA, RODOLFO. Op Cit. Página 48

⁵⁸⁷ MORINEAU IDEARTE, MARTHA. *Una introducción al common law*. 2da edición, Instituto De Investigaciones Jurídicas, Serie Estudios Jurídicos, Núm. 4, Ciudad Universitaria, 04510, 2001, México, D. F. p 112

⁵⁸⁸ RENGIFO, RAMIRO. Ob Cit. Página 73

Para ARESPACOHAGA⁵⁸⁹, otra diferencia además de la anotada, con el contrato, es precisamente que de los contratos se derivan sólo derechos personales, mientras que del *trust* pueden proyectarse derechos reales.

Pues bien, queda por establecer, con fundamento en elementos objetivos si el *trust* puede clasificarse como un contrato o como un acto unilateral o como un acuerdo especial. MAITLAND⁵⁹⁰ lo ha clasificado como una declaración unilateral desde la óptica del derecho inglés, negándole la posibilidad de ser un contrato, en la medida que no existe onerosidad⁵⁹¹ en el actuar de las partes, argumento compartido por UNDERHILL⁵⁹². Bajo esta clasificación solo será entendible que el *trust* es un contrato en la medida que el *trustee* cobre algún honorario por su trabajo, o que se haga en un escrito bajo sello, caso en el cual aún será cuestionable su naturaleza, por la falta en la *consideration*, como elemento contractual.

Para la doctrina italiana, la controversia va por otro camino, al menos para su sistema jurídico y con relación a los negocios fiduciarios, con varias respuestas dentro de la teoría del contrato⁵⁹³. Se observan pronunciamientos como el siguiente: *“L’esame del negocio fiduciario é stato condotto con riferimento alla necessità di fissare sul piano dogmatico la distinzione tra contratto indirecto, contratto simulato e contratto fiduciario e, non último, alla qualificazione della*

⁵⁸⁹ ARESPACOHAGA, JOAQUÍN. Ob. Cit. Marcial Pons, Barcelona, 2000. Pág. 34.

⁵⁹⁰ Ibidem.

⁵⁹¹ Onerosidad entendida como la “*Consideration*” del derecho anglosajón, que hace más a la idea del valor de las prestaciones recíprocas de cada contrato. Por lo tanto, en la medida que el *settlor* tenía una obligación valorada en el bien que daba, el *trustee* y el *cestui* no tenían obligaciones correlativas que mantuvieran un equilibrio contractual, lo que no permitía entender al *Trust* como un contrato, sino como un simple acuerdo.

⁵⁹² BATIZA, RODOLFO. Óp. Cit. Página 49

⁵⁹³ ANDREOLI, EDOARDO. *Il Trust nella prassi bancaria e finanziaria*. Cedam, Padova, 1998. Pág. 112.

propiedad fiduciaria la cui ammissibilità nel nostro ordinamento é ancora in parte controversa. Naturalmente in questa sede si dovranno traslasciare i problema tradizionali dei negozi fiduciari che ruotano attorno alla idoneità della causa fiducia ad integrare il requisito causale necesario per la validità del negozio in sé, ovvero a giustificare l'attribuzione della proprietà al fiduciario. Si debe peraltro notare come il dilema relativo alla idoneità della causa fiduciae é da tempo risolto nel senso della perfetta ammisibilità del negozio fiduciario del nostro ordinamento giurídico".⁵⁹⁴

También se acentúa el carácter voluntario de la fiducia en el derecho moderno, según observa la misma doctrina italiana.⁵⁹⁵

11.3. Las Partes del Trust.

El *trust* es un acuerdo entre varias personas, una de ellas es el *settlor* quien emite su declaración en la que manifiesta el ánimo de crearlo, determina quién será el beneficiario y la finalidad que se perseguirá e individualiza el interés que tendrá por objeto. Goza de una estructura tripartita, en la que el mismo sujeto puede ocupar dos partes a la vez, siempre que no vaya en contravía de la

⁵⁹⁴ Traduce lo siguiente: "Creo que el examen del negocio fiduciario se ha llevado a cabo con referencia a la necesidad de fijar en el plano dogmático la distinción entre contrato indirecto, contrato simulado y contrato fiduciario y, por último, a la clasificación de la propiedad fiduciaria cuya admisibilidad en nuestro ordenamiento es aún en parte controvertida.

⁵⁹⁵ CARRIOTA-FERRARA, LUIGI. *I negozi fiduciari*. CEDAM, Padova, 1933. Ristampa inalterata Università di Camerino. 1978. Pág. 23 al 28.

lógica del negocio, estas son el *settlor*, ya mentado, el *trustee* y el *cestui que trust*⁵⁹⁶.

Según el mencionado Convenio⁵⁹⁷ de la Haya, el *trust* posee las siguientes notas que lo caracterizan:

- a). Los bienes del *Trust* constituyen un fondo separado y no forman parte del patrimonio del *trustee*.
- b). El título sobre los bienes del *Trust* se establece en nombre del *trustee* o de otra persona por cuenta del *trustee*.
- c). El *trustee* tiene la facultad y la obligación, de las que debe rendir cuenta, de administrar, gestionar o disponer de los bienes según las condiciones del *Trust* y las obligaciones particulares que la ley le imponga.

En opinión de SORIANO, queda una idea muy abstracta sobre la institución si se parte de los requisitos que se establecen en el mencionado Convenio de la Haya, y más bien insiste, para una cabal comprensión acerca de la naturaleza de este instituto, que es mejor que se observen las cinco características que señala la literatura angloamericana⁵⁹⁸, a saber:

- 1). El *trustee* es un fiduciario que tiene la titularidad de los bienes objeto del *trust*. Tiene además todas las facultades necesarias para poder cumplir con su encargo y con sus deberes. Goza de amplios poderes advertidos desde el

⁵⁹⁶ RENGIFO, RAMIRO. Ob. Cit. Pág. 51

⁵⁹⁷ Artículo 2°. Convenio de la Haya de 1985.

⁵⁹⁸ VIRGOS SORIANO, MIGUEL. Ob. Cit. Pág. 16.

mismo documento de constitución. Estas facultades las debe ejercer de conformidad con la finalidad que se busca y con los términos del encargo.

Para algunos, en el *Trust* se presenta un desdoblamiento del derecho de propiedad en dos categorías distintas, sobre la misma cosa⁵⁹⁹. El *trustee* se tiene como propietario legal y el beneficiario como propietario en equidad, frente a los terceros que conocen la existencia del *trust*, o frente a los herederos del *trustee*. Esta dualidad tiene su origen precisamente en los fallos de equidad que dictaban los cancilleres en las apelaciones de los casos que conocían⁶⁰⁰. Muchos estudiosos de la legislación de corte románico, han sido influenciados por este esquema dualista de la propiedad, elaborado por los tribunales de equidad, pretendiendo explicar la naturaleza de la transferencia que se produce como efecto de la fiducia mercantil, precisamente argumentando el mismo desdoblamiento de la propiedad⁶⁰¹.

La realidad, es que en los sistemas anglosajones se presenta ese desdoblamiento sin necesidad de mucho esfuerzo ni sacrificio en la teoría del derecho de propiedad, precisamente por la concepción general de que el único propietario es el Rey y a su vez el único que permite el uso de la propiedad a sus vasallos⁶⁰².

⁵⁹⁹La convención de la Haya, de 1 de julio de 1985 sobre la Ley Aplicable al Trust y a su Reconocimiento, artículo 2: “las relaciones jurídicas creadas - por acto inter vivos o mortis causa - por una persona, el constituyente, mediante la colocación de bienes bajo el control de un trustee en interés de un beneficiario o con un fin determinado.”

⁶⁰⁰ RENGIFO, RAMIRO. Ob. Cit. Pág 49.

⁶⁰¹GOLDSCHMIDT, ROBERTO, Y EDER, PHANOR. *El fideicomiso (trust) en el derecho comparado (especialmente americano)*, Ediciones Acayú, Buenos Aires, 1954.

⁶⁰² Sobre este particular encontramos la siguiente opinión: “El derecho de propiedad inglés y angloamericano, en cambio, responde a otros principios. El único dueño absoluto o auténtico propietario es el rey, quien concede a sus vasallos el uso y goce de «derechos de propiedad» en diverso grado, así

2). Los bienes objeto del *trust* no respaldan las obligaciones del *trustee*, ni son prenda o garantía para sus acreedores, quienes no pueden perseguirlos.

3) El beneficiario tiene un derecho real sobre los fondos del *trust*. Puede ejercer sus derechos frente a terceros que reciban o tengan los bienes del *Trust*.

4). Una vez se ha formado el *trust*, el *trustee* lo cumple libremente, sin sujetarse a instrucciones nuevas de su fundador, diferentes a las que contiene el documento de constitución.

5). También el *trustee* está libre de instrucciones por parte de los beneficiarios.

En cuanto al primero de los sujetos que intervienen en este negocio tenemos que la persona que pone en marcha la operación, es el constituyente o *settlor* o

como la facultad de subdividirlos y asignar su uso y goce. Este enfoque permite la creación de un sinnúmero de figuras jurídicas, tanto en relación con las personas de existencia real como con las personas jurídicas. Los *trusts* son sin duda las expresiones más evidentes de esa creatividad aplicable a la administración, disposición y protección fiscal del patrimonio. Algunos ejemplos: a) para la protección de incapaces opródigos, alcohólicos o drogadictos, b) para salvaguardar los intereses de los acreedores —*debenture trusts*—, c) para combinar los derechos de voto de los accionistas —*voting trusts*—, d) para atraer capitales inversores —*unit trusts*—, e) para minimizar las obligaciones tributarias —*estate trusts*—, f) para financiar un proyecto, por ejemplo de construcción —*project finance trusts*—, g) para procurar la emisión al público de acciones u obligaciones o garantizar el pago de una deuda —*trust indentures*—, h) para asegurar un retiro a los empleados de una empresa —*pension trusts*—, i) para facilitar un objetivo determinado de naturaleza caritativa o social —*charitable trust* o *purpose trusts*—, j) para evitar un conflicto de intereses transfiriendo la gestión de determinados bienes a terceros —*blind trusts*— o, en general, para resolver legítimamente los obstáculos que puedan significar ciertas normas jurídicas particularmente complejas o abstrusas⁶⁸.”. Expuesta por: DEFERRARI, JOSÉ DAVID. “*Trust* y Fideicomisos: Un paradigma de las dificultades del uso de préstamos, calcos y neologismos en la traducción jurídica al español”. InDret 2/2005. Revista para el análisis del Derecho. Pág. 167. www.INDRET.com.

fideicomitente y por tanto, llamado también creador o *trustor*. Puede o no desaparecer después de la constitución del *trust*. No desaparece cuando se reserva el derecho de revocar el *trust*, alterarlo o enmendarlo o incluso de dirigirlo en materia de inversiones.⁶⁰³ Es la persona que transmite la propiedad de un bien a un tercero, con el encargo de realizar u obtener una finalidad determinada. En términos de lo que hoy conocemos por fiducia, en legislaciones de corte románico, es equiparable a la figura del fiduciante.

Quien recibe la propiedad del bien se llama *trustee*. Es la persona que brinda la confianza que la operación persigue. Puede actuar como tal quien tenga la capacidad para recibir y mantener la propiedad de los bienes de que se trate y la aptitud para cumplir el encargo que se le confiere. En algunas legislaciones de corte románico, es generalmente un profesional, una entidad fiduciaria, incluso vigilada por el estado.

En los primeros tiempos, sólo las personas físicas tenían posibilidad de desempeñarse como *trustee*, pero finalmente se admitió que las personas jurídicas pudieran realizar la operación.

“El settlor puede convertirse en trustee, al desempeñar esa función respecto de ciertos bienes que integran su patrimonio. En realidad no se produce aquí una transmisión de propiedad, sino una simple separación patrimonial. Pero sobre los bienes afectados de esa forma a un Trust, nacen un derecho de

⁶⁰³ VILLAGORDA LOZANO, JOSÉ MANUEL. *Doctrina General del Fideicomiso*. Porrúa. México. 1982. Pág. 20

*propiedad paralelo a favor del beneficiario, quien no obstante la falta de transferencia del dominio, será considerado el propietario en equidad*⁶⁰⁴.

El beneficiario o *cestuie qui trust* es la persona designada para recibir los bienes o rendimientos que resultan de la ejecución del encargo. Los incapaces pueden ser beneficiarios y muchas veces lo que se busca con la figura es precisamente el salvaguardar sus intereses.

El *trust*, puede decirse por tanto, que es un acuerdo contractual, donde participan las partes anteriormente mencionadas, que se constituye por la declaración del *settlor* en la que manifiesta el ánimo de crearlo y determina quién será el beneficiario.

El camino que se recorrió por la jurisprudencia hasta llegar a consolidación del *trust* que se conoce en la actualidad, demuestra que en él entran en juego dos intereses diferentes: uno formal que recae en el *trustee* y representa al concepto de propiedad clásico, estatuido por el *Common Law* en manos del *feoffee*, y un interés equitativo, que es el mismo que reconoció el Tribunal de la *Equity* en cabeza del *cestui qui trust* en su calidad de beneficiario.

Sin embargo, que existan tres partes y posiciones dentro del *trust* no implica que la existencia y determinación de todas ellas sea elemento esencial para la consolidación de la existencia del contrato y su viabilidad futura. Tanto el *trustee* como el *cestui* pueden no existir al momento de consolidar la existencia

⁶⁰⁴ CARREGAL, MARIO ALBERTO. Ob. Cit. Pág. 30.

del *trust*. El *Resulting Trust* y el *Constructive Trust* son ejemplos de cuando se constituye un *trust* en el que no hay un *trustee* identificado. El primero se establecía por mandato del juez cuando encontraba que la voluntad de las partes en un contrato era constituir un *trust*, mientras que en el segundo el juez declaraba *trustee* a quien, por alguna causa, mal se proclamaba dueño de un bien. Aunque más aclara el hecho de que la muerte del *trustee* no sea causal de la terminación del *trust*.

Así, los elementos esenciales del *trust*, como negocio contractual, serían la declaración válida de voluntad del *settlor* y la intención de transferir un bien al *trustee* en beneficio del *cestui* o encaminado a cumplir cierta finalidad. Una vez constituido el *trust*, se efectúa la transferencia de la propiedad del bien, y se aprecian los dos derechos o intereses descritos, que se radican en el *trustee* y en el *cestui*. Que manifieste esa voluntad por escrito o verbalmente, es elemento que se relaciona con las formalidades para su creación, bien sea un acuerdo entre vivos o que se cree por testamento, como también dependerá del bien que esté inmerso en el negocio, si es mueble o inmueble; por lo que la formalidad escrita solo será necesaria cuando el *trust* se cree mediante testamento o implique un bien inmueble. Todas estas medidas aparecen adoptadas en la ley contra el fraude para la prevención de fraudes y de perjurio dictada en Gran Bretaña en 1677.⁶⁰⁵

Por último, la manifestación de voluntad, sin importar la forma que la contenga, debe ser emitida y comunicada para que el *trust* surja como tal. Esta entrega

⁶⁰⁵ RENGIFO, RAMIRO. Ob. Cit. Página 65.

refiere al conocimiento que dé la intención de crearlo tenga un tercero o el *trustee*. En caso de entrega al *trustee*, éste tiene capacidad de rechazarlo o aceptarlo y en consecuencia dar lugar o no la formación del *trust*, aunque la negativa debe ser inmediata a la comunicación o entrega, de lo contrario se entenderá aceptada y en consecuencia el *trust* habrá surgido a la vida jurídica.

También se discute, si el bien dado por el *settlor*, constituye un elemento esencial del *trust*, como parece que se ha sostenido en la doctrina. Hay que advertir que el *trust* no solo recae sobre bienes, sino que, se dice que puede recaer sobre intereses. La idea latina de derecho real y derecho personal parece confundirse en el objeto del *trust*, pues es viable constituirlo tanto sobre un bien inmueble como sobre una acreencia, incluso sobre el interés equitativo que nace de un *trust* anterior. Este interés debe gozar de certeza en su existencia, tanto que debe ser determinado o determinable, por lo que se puede decir que el *trust* no implica un cuerpo cierto al momento de su formación, sino que sea identificable dentro del patrimonio del *settlor*. Sin embargo cuando se refiere a un bien futuro, se ha entendido que se trata de una promesa de *trust*.

Por otro lado, el *settlor* puede, en el instrumento constitutivo, condicionar el *trust*, bien sea de forma suspensiva o resolutoria, y en tales eventos puede ser considerado como futuro y eventual, así como su terminación puede depender de un suceso futuro e incierto.

Sobre el *trustee*, es a quien se le transfiere el interés sobre el que recae el *trust* con el fin de que lo administre en beneficio del *cestui* o en cumplimiento de la finalidad propuesta por el *settlor*. Para que su consentimiento sea válido y así consolidar el *trust*, el *trustee* debe ser capaz de adquirir el dominio formal de un bien, y además, para poder ejercer las funciones de su cargo, es indispensable que tenga capacidad para administrar su patrimonio; de lo contrario, en el primer supuesto no habrá *trust*, mientras que en el segundo se deberá nombrar a otro *trustee* de acuerdo a las especificaciones que haya dado el *settlor*.

Por la estructura propia del instrumento negocial *trust*, quien sea *cestui* nunca podrá ser *trustee*, a menos que como único beneficiario haga parte de un grupo de *trustees*, o como *trustee* sea parte de un colectivo de *cestui*. Sin embargo la doctrina no ha sido pacífica con esta posición, en la medida que inclusive rechaza los dos supuestos, y así sostiene que al haberse radicado en una misma persona, ambos intereses, el formal y el equitativo, este sujeto se torna propietario pleno de la fracción correspondiente, y decae la función económica que se buscaba con la utilización del negocio.

Una vez el *trustee* ha aceptado el cargo, solamente podrá renunciar si así lo ha dispuesto el *settlor* en el acuerdo, o si media autorización del beneficiario o de la corte. Por lo que la aceptación compromete el destino de la operación al desempeño del *trustee*. En lo que a su permanencia o eventual destitución, queda en competencia de la corte o del tercero que haya nombrado el *settlor*, esto en consideración a los beneficiarios del mismo *trust*.

Como ya se había advertido, la muerte del *trustee* no implica la terminación automática del *trust*, no obstante que se trata, al parecer, de un encargo *intuito personae*. Son las calidades propias del cargo las que pueden indicar a otro sujeto para que lo desempeñe, y por tanto se podría encontrar otra persona que cumpla con tales condiciones y reemplace al *trustee*. Pero es la voluntad de las partes, *settlor* y *trustee*, la que podría determinar el fin del *trust* cuando sobrevenga la muerte del último.

El *trust* tiene como propósito beneficiar al *cestui* o lograr un fin específico, de la decisión del *settlor* dependerá la configuración del instrumento, pues el respectivo propósito o finalidad, tendrá las peculiaridades que indiquen como deben ser cumplido. Si pretende que se persiga una finalidad, esta no debe beneficiarle de alguna forma, de lo contrario el *trust* no sería válido, pero de concretarse una transferencia de propiedad en orden a un *trust* que incumpla el supuesto, podrá el juez declararlo como un *trust* resultante o *Constructive trust*, por lo que el *settlor* podría ocupar la posición del beneficiario y en tal medida poder obligar a que se le transfiera de nuevo.

El beneficiario, o *cestui que trust*, es en quien se radica el interés equitativo del *trust*, por lo que puede exigir el cumplimiento de las obligaciones que le son propias al *trustee*, mas su presencia no es necesaria para que se pueda constituir el *trust*, siempre que el instrumento constitutivo ofrezca pautas y criterios que permitan determinar con certeza quién ocupará esta posición y con tal que con ello no se violen las reglas establecidas en contra de las perpetuidades. Aun así, todo podría perder sus efectos, puesto que al *cestui* se

le ha reconocido la potestad de rechazar el interés dejado en *trust*, con lo que generaría efectos retroactivos y en consecuencia se entenderá que tal interés nunca se radicó en su patrimonio y que el fin propuesto por el *settlor* nunca se pudo concretar, lo que haría del negocio falto de causa y de objeto, y en tal medida cuestionaría la tradición del interés formal en el patrimonio del *trustee*. No es posible la aceptación parcial por parte del *cestui*, por lo que su potestad se reduce a una afirmación o negación en su integridad solamente.

La propiedad sobre el interés equitativo que se radica en el patrimonio del *cestui* es totalmente soberana, y en razón a esto puede disponer de ella autónomamente en la medida que sea capaz para hacerlo. De tal manera puede enajenarla e inclusive darla nuevamente en *trust*, o gravarla como garantía de una obligación adquirida.

El instrumento que contiene el *trust* se convierte en la fuente principal donde se contienen los deberes y obligaciones de las partes, el *trustee* y el *cestui*, así como de sus derechos y grado de responsabilidad. En caso de vacíos y ambigüedades será la valoración interpretativa de acuerdo en el sistema legal o, el mismo *trustee* que tiene la facultad de pedir consejo, o el juez, quién proceda a señalar el alcance y efectos del acuerdo. El *settlor* también puede establecer facultades discrecionales u obligatorias, las cuales deben evaluarse atendiendo a las circunstancias, al cargo que se ejerce o la misma persona que debe ejercerlo. El encargo que envuelve el *trust*, por naturaleza es indelegable salvo motivos razonables. Queda por tanto el *trustee* aceptante obligado a cumplirlo personalmente, más esto tiene su excepción, pues puede delegar

aquellas funciones en las que no sea especialista o experto. Igualmente en actos cuya concreción requiera desplazamiento, pero queda en todo caso obligado a ser diligente y cuidadoso con la escogencia del delegado y con la supervisión de su actividad.

Tiene el *trustee* un deber de administración, eminentemente conservatorio, sobre los bienes dados en *trust*, en tal medida debe asegurar la integridad del bien y su buen estado, debe procurar su conservación patrimonial, lo que le permite al *trustee* echar mano de toda herramienta posible para lograr el fin que haya propuesto el *settlor*. Igualmente, debe destinar los bienes dados a las actividades que se le indican en el instrumento. Sin embargo, el cumplimiento de esta obligación adquiere una exigencia especial, pues al aceptar el encargo, como toda manifestación de voluntad, supone una conciencia clara por parte del *trustee* sobre lo que es capaz de hacer y que precisamente está dentro de sus destrezas y habilidades la conservación de dichos bienes, si ello no es así, perfectamente podría rechazar el encargo cuando considere que lo supera en su desempeño. Podrá disponer del bien, cuando ello este incluido dentro de la finalidad perseguida con dicho encargo.

El *trust*, se fundamenta en la confianza puesta en el *trustee*, lo que se convierte en la fuente de la diligencia de sus actos, que es precisamente el umbral de la responsabilidad que se le exige como administrador. Así, el conocimiento personal o las exigencias del cargo son elementos que también cuentan a la hora de evaluar la conducta del *trustee* y dar con los y comportamientos que le son exigibles y las actuaciones que se esperan de él.

La buena fe debe inspirar su comportamiento. El exclusivo interés del beneficiario, el cuidado de no causar daño alguno al patrimonio del *cestui*, son las fuentes del deber de lealtad que gobierna el actuar del *trustee*. En tal sentido le está totalmente prohibido que dentro del desempeño del cargo pretenda algún provecho personal, por tanto, el único interés que debe primar el cumplimiento de su cargo debe ser el del *cestui*. Habrá situaciones excepcionales como cuando obtiene una autorización especial que ha de provenir del instrumento contractual, del juez o de la ley. Esto también implica la total honestidad con el *cestui*, lo que rige la obligación de rendición de cuentas, por lo que debe documentar su actuar e informar al *cestui*, quien finalmente fenece las cuentas y califica el comportamiento y desempeño del *trustee*. Tiene por tanto un especial deber de información sobre su actuar y sobre las decisiones que tome en el desempeño de su función, y debe en consecuencia consultarlas con el *cestui* en primer lugar, como por ejemplo, los riesgos que normalmente puedan derivarse en las inversiones o actividades financieras.

Una vez acepte el encargo, el *trustee* deberá tomar posesión de los bienes objeto del negocio de confianza. Desde ese momento surge la obligación de conservación a la que hemos hecho referencia.

Para el *trustee*, la obligación fundamental del *trust*, y la que justifica la existencia de esta institución, que es además la más extraña al régimen patrimonial romano germánico, es la de proceder a la separación de

patrimonios. Por lo tanto, el *trustee* ha de mantener claridad frente a terceros de los bienes que hacen parte de su patrimonio personal, y el que tiene en virtud del *trust*. Sobre los bienes recibidos en encargo de *trust*, solamente tiene una propiedad formal.

Precisadas las obligaciones y los deberes del *trustee*, corresponde ahora examinar el régimen de responsabilidad que le es propio. Se trata de una responsabilidad contractual que deriva del incumplimiento de alguno de los deberes señalados. Establecida la responsabilidad a su cargo deberá reparar el daño causado al beneficiario, se le dota de una acción personal, por la cual puede perseguir el patrimonio del *trustee*. También goza de una acción real encaminada a recuperar el bien objeto del *trust*, pues aunque el *cestui* sea el titular de la propiedad equitativa, al ser el *trustee* el propietario formal del bien, puede disponer del bien, y el tercero adquirente de buena fe no podrá ser perturbado y en por tanto, solo habría acción oponible a terceros que hayan actuado de mala fe.

Frente a terceros el *trustee* aparece como el propietario único del bien, por tanto, frente a ellos es personalmente responsable por los daños que cause, como administrador y como propietario. Sin embargo, tal responsabilidad solamente compromete su patrimonio particular cuando haya sido negligente en el cumplimiento de sus deberes, pero los terceros podrán reclamar directamente del *trust* en algunas ocasiones, como cuando el *trustee* tiene

capacidad para vincular al fondo para que sea garantía a la obligación adquirida con un tercero, o cuando el instrumento así lo establece⁶⁰⁶.

Aunque el *trust* nació como un instituto en el que el actuar del *trustee* era eminentemente gratuito, hoy se le ha reconocido el derecho a una remuneración, al cual puede renunciar, pero en principio se entiende que es un elemento de la naturaleza del negocio. Por tanto el *trustee* tiene la capacidad de cobrar el monto en el que haya valorado sus servicios por el tiempo que dure el *trust*. De igual manera, si bien el *Trust* es en beneficio del *cestui*, no puede representar un perjuicio patrimonial para el *trustee*, por lo que éste puede recobrar del fondo aquellos gastos en los que haya incurrido con ocasión de su labor administrativa, pero si sus gastos obedecen a otra razón, solo los podrá recobrar si es manifiesta la utilidad para el fondo del *trust*.

El instrumento puede establecer la capacidad de revocar el encargo hecho al *trustee* o modificar los términos del mismo, e incluso, permite que el *settlor*, *cestui* o un tercero cambie el objeto y el interés del negocio según se le haya establecido. En principio la revocatoria del *trustee* o la modificación de los términos del *trust* no causan automáticamente la terminación de aquel, pero pueden lograrlo, como cuando, se suprime una de los requisitos fundamentales, lo que equivale a terminarlo. Se distinguen los *trust* en los que se ha establecido tal potestad de aquellos en los que no, con el propósito de poder estructurar las causales de terminación del *Trust*. Si el *settlor* nada dijo sobre la revocatoria o modificación, el *Trust* solamente podrá concluir por el

⁶⁰⁶ RENGIFO, RAMIRO, Ob Cit. Pág 219.

vencimiento del plazo o cumplimiento de la condición a la que fue sometido, por la imposibilidad o ilegalidad sobreviniente del propósito que se haya pretendido lograr, por acuerdo de los beneficiarios lo que puede llevar a la frustración de los fines pretendidos, pero no necesariamente, por voluntad del *settlor* cuando es a su vez beneficiario y cuando se confunden en una misma persona el interés formal y el equitativo.

11.4. Distintas clases de *trust*.-

El *trust* es una figura amplia y versátil, y por ello presenta diversas modalidades que se agrupan según la costumbre y las diferentes regulaciones.

Un sector de la doctrina⁶⁰⁷ observa tres clases de *trust* principalmente:

El *trust* discrecional, por el cual se otorgan amplias facultades discrecionales al *trustee*, con las meras limitaciones que se establecen en el escrito fundacional y en la finalidad que se persigue con el negocio.

El *trust* de participación, (Interest in Possession Trust), según los cuales los beneficiarios disfrutan de parte de los rendimientos que produce el *trust*, sobre la cual, el *trustee* carece de discrecionalidad. La propiedad de los bienes puede permanecer en unos o en otros.

⁶⁰⁷ DE ARESPOCHAGA. Ob. Cit. Pág. 35.

El *trust* de gestión (Accumulation and Maintenance Trust), combina los dos anteriores; inicialmente funciona como discrecional y luego de cierto tiempo, condición o ciertas metas, pasa a ser de participación.

Siguiendo a BATIZA, pueden calificarse el *trust* por su origen, distinguiéndose los que son el resultado de la voluntad de su constituyente, de aquellos otros que se originan como consecuencia del orden jurídico⁶⁰⁸. A los primeros se los distinguen como voluntarios, y a los otros como aquellos que se conforman por ministerio de la ley. A su vez, los *trusts* voluntarios o que nacen como producto de las voluntades de las partes intervinientes, pueden clasificarse en *trusts* expresos o *trusts* implícitos, y los que se crean *ministerio legis* admiten una subdivisión en *trust* interpretativos o *trusts* resultantes.

Los *trusts ejecutados* se caracterizan por no requerir actos complementarios del acto constitutivo, en que el *settlor* establece en forma definitiva las modalidades a que está sujeto. Los *trusts por ejecutarse*, en cambio, requieren actos posteriores a la constitución del *trust* generalmente a cargo de terceros, y hasta tanto aquellos no se cumplan los beneficiarios no están condicionados de reclamar sus derechos.

Los *trusts implícitos* resultan de la interpretación judicial de la intención de las partes. Éstos no surgen directamente de la celebración de un acto, sino que se derivan o sobreentienden de las circunstancias que los rodean.

⁶⁰⁸ BATIZA, RODOLFO. *El fideicomiso*. Porrúa. México. 1990. Pág. 60.

Trusts interpretativos, son aquellos que impuestos por la equidad como todos los que surgen por ministerio de la ley, se hacen valer frente a quienes, teniendo una posición fiduciaria respecto de determinados bienes, se benefician con ella; y se llaman *resultantes* los que se declaran en casos determinados, como cuando una persona adquiere un bien y el precio es pagado por un tercero.

Si las circunstancias en un determinado caso indican que el tercero ha querido donar, tendremos como resultado que quien aparece como comprador es en verdad *trustee* a favor de quien pago el precio.

También se ha clasificado a los *trusts* en voluntarios, imperativos o discrecionales. Si en el acto constitutivo se han dispuesto rigurosas instrucciones a cargo del *trustee*, estaremos frente al imperativo y al contrario; nos encontramos con el discrecional cuando el *settlor* ha otorgado un margen de discrecionalidad que le permita actuar de conformidad con su personal criterio en ciertos aspectos del negocio, como inicialmente lo advertimos.

11.5. Comparación entre el negocio fiduciario de origen romano y el *Trust* anglosajón.-

Se trata de instituciones que coinciden en la función económica fundamental, que es precisamente la de buscar y ofrecer confianza a las partes que

intervienen en una determinada operación. Sin embargo, no es posible la identificación absoluta, en forma coincidente, de las figuras fiduciarias anglosajona y latina, pues cada una de ellas recorre para su institucionalización un largo camino muy propio de la idiosincrasia, características y cultura de los conglomerados sociales donde se desarrollan⁶⁰⁹. Podemos decir, que gozando ambas figuras de un ancestro común en el derecho romano, el transcurrir histórico las llevó a que hoy tengan un perfil diferente.

Por tales razones, no es dable equiparar conceptualmente las instituciones despojándolas de sus diferentes circunstancialidades. Predicar su equivalencia ofrece como resultado la inconveniencia de combinar las soluciones contenidas en dos sistemas jurídicos de difícil compatibilización, corriendo serios riesgos de introducir factores perturbadores de la seguridad jurídica.

La complejidad funcional del *trust*, lo lleva a ser una figura inadaptada a los sistemas jurídicos del *civil law*, al punto que la doctrina española se refiere a él como una figura desconocida en el Derecho Español que no tiene equivalente.⁶¹⁰

Ahora, el fin buscado por las partes con la utilización del *trust*, se logra en estos países con la utilización de otras figuras.⁶¹¹

⁶⁰⁹ MORINEAU IDEARTE, MARTHA. *Una introducción al common law*, 2da edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Estudios Jurídicos, Núm. 4, Ciudad Universitaria, 04510, 2001, México, D. F. p 103: WAKEMAN SCOTT señala que “aunque *el trust* sea una institución jurídica típica del sistema legal angloamericano, los objetivos que cumple no son exclusivos de este sistema... en otros derechos se pueden encontrar diversas instituciones parecidas al *trust*, para regular situaciones similares.”

⁶¹⁰ VIRGOS SORIANO; MIGUEL. Ob. Cit. pág. 35.

⁶¹¹ VIRGOS SORIANO, MIGUEL. Ob. Cit. Pág. 35.

Es así como podemos concluir que la fiducia *cum amico* no podría haber sido un tipo natural de *trust* en el derecho anglosajón, por cuanto éste se constituía generalmente por acto unilateral, designando un beneficiario, y aquella requería el pacto bilateral. Igual suerte correría la *fiducia cum creditore*, por cuanto el *trustee* no podría aprovecharse de la fiducia, según las reglas del Derecho inglés. Tampoco es compatible con los principios romanos, la existencia de una doble jurisdicción y la posibilidad de que hubiere dos propietarios sobre la misma cosa, uno *in law* y otro *in equity*.

Las grandes diferencias que hoy separan el *trust* del negocio fiduciario de origen romano se pueden resumir en dos: la primera, tiene que ver con la propiedad, en el negocio fiduciario hay un solo propietario del bien transmitido, quedando el fiduciante sujeto a la buena fe del fiduciario, quién tiene un deber obligacional; entretanto que en el *trust*, aparece un desdoblamiento de la propiedad, siendo el fiduciario un dueño formal o legal y el fiduciante un dueño material y los beneficiarios tienen un derecho real frente al *trustee*.⁶¹² La segunda diferencia, reside en que el negocio fiduciario no se presenta una separación patrimonial, que si es propia en el *trust*⁶¹³.

Estas diferencias, no sólo jurídico – sustanciales, sino también de idiosincrasia colectiva, determinan que deben buscarse la naturaleza del dominio y del negocio fiduciario en las fuentes que nutren nuestro sistema jurídico, en nuestras costumbres y en las actividades de nuestra sociedad, antes que incursionar en el *common law* para intentar un transplante que seguramente no

⁶¹² DE ARESPACOHAGA. Ob. Cit. Pág.22.

⁶¹³ DE ARESPACOHAGA. Ob. Cit. Pág.22.

fructificará⁶¹⁴. Refiriéndose a esta cuestión, ha dicho JORGE MOSSET INTURRASPE: “...creo que debemos aceptar el fideicomiso, pero no tal cual es en el Derecho inglés; debemos aceptarlo ateniéndonos a nuestras tradiciones jurídicas, y que de ningún modo choque con nuestra forma de comerciar, de actuar en la vida comercial, porque lo que no responde a las costumbres, es letra muerta”.

Compartimos los criterios anteriores. Sin embargo hay que reconocer que la humanidad cada vez tiende más hacia la unificación de sus instrumentos negociales. La globalización de la economía y la integración de los países en bloques o regiones hacen indispensable también la unificación de los instrumentos contractuales que sirven de apoyo a los empresarios del comercio. En el futuro, tendrán que ser más los acercamientos entre las dos instituciones que provienen de sistemas jurídicos diferentes, precisamente porque el Derecho Comercial tiene que despojarse de sus fronteras y mantener constantemente la búsqueda de una aproximación en las legislaciones de países diferentes.

Pero, el problema ahora se complica, precisamente a partir del Convenio de la Haya de 1985, sobre ley aplicable para el *trust* suscrito por algunos países que se encuentran bajo las estructuras del *civil law* puesto que en un momento dado habrá de aplicarse la ley de dichos países. ¿Qué aplicar

⁶¹⁴ A nivel de costumbre podemos ver el uso de la figura que se da en el sistema del *common law* que no se estila en el *civil law* en cuanto a la función del trust con los intereses temporales sobre la tierra, en la medida en que en Inglaterra, cuando se constituye un usufructo sobre bienes inmuebles, éste debe ir anexo a un *trust*, por medio del cual el usufructuario se convierte en el *trustee* de la nuda propiedad.

entonces, si no existe un equivalente al *trust*?. Para algunos⁶¹⁵, la respuesta es compleja, si el derecho aplicable en un momento dado, son las reglas del derecho internacional privado, si es el español, no será posible reconocer un *trust* como tal, sobre bienes situados en España; ni la titularidad de *trustee* sobre tales bienes; sería necesario transportar la figura a las categorías del derecho español. Caso distinto sería si la ley aplicable es de otro lugar, que contemple los *trusts*, aunque si es de otro país, con régimen similar al español, puede presentarse el mismo problema. Agrega el mismo autor que se presentarían dificultades también para reconocer los derechos reales del beneficiario frente a una disposición indebida por el *trustee* y problemas para la separación patrimonial de los bienes personales del *trustee* y los del *trust*, para efectos del derecho de persecución por parte de los acreedores. Figuras utilizables del derecho interno en España, no logran los mismos efectos que se obtienen con el *trust*.

En sistemas jurídicos como el Colombiano, perfectamente podrían equipararse los efectos del *trust* anglosajón a los del contrato de fiducia mercantil, en gran medida, aunque los derechos reales sobre los bienes fideicometidos que se radican en aquellos (sistema anglosajón) en titularidad del beneficiario, no serían de recibo en este particular ordenamiento.

⁶¹⁵ VIRGOS SORIANO, MIGUEL. Ob. Cit. Pág. 38.

A propósito del proyecto francés sobre la fiducia, que se acerca más a lo que la doctrina llama la concepción internacional, que a la figura angloamericana, se esbozan las siguientes notas diferenciales con el *trust* anglosajón⁶¹⁶:

“Pero además de ese rasgo diferencial mayor, es posible apuntar otras muchas disparidades de la fiducia con el trust angloamericano: la primera, derivada de la ausencia de desdoblamiento de la propiedad, es también la ausencia de derechos reales del beneficiario sobre el patrimonio fiduciario (con la ausencia del importante remedio del tracing tan genuino del Common Law). Además el constituyente de la fiducia francesa no desaparece de la escena tras la creación del patrimonio fiduciario, como hace el settlor del trust anglosajón, dado que en múltiples reglas de la PLF reconocen sus derechos para intervenir durante la vida del contrato fiduciario. Por supuesto, cabe añadir que la opción francesa por el formato contractual no coincide con el carácter de acto jurídico unilateral del trust anglosajón y las posibilidades de que éste se cree judicial o legalmente. Tampoco cabe conforme al texto francés el “trust autodeclarado” (nombramiento del constituyente como fiduciario), ni es lícito, a diferencia de lo que ocurre en la práctica anglosajona, crear una cuenta fiduciaria global en la que inscribir el conjunto de valores mobiliarios fungibles de un mismo emisor que sea gestionado por un fiduciario en el marco de diferentes fiducias (v. Exposición de Motivos, II.D, p. 9). Para concluir con este breve resumen de las diferencias más evidentes, la PFT no contempla la figura del enforcer o protector⁶² característico de los trusts offshore, que acaso pudiera ser de utilidad en la fiducia destinada en favor de las personas vulnerables o en los casos en que se deja discrecionalidad al fiduciario en relación con los beneficios de los destinatarios (art. 2064 Cc.)”.

⁶¹⁶ CÁMARA LAPUENTE, SERGIO. *Trust a la francesa*. Universidad de Rioja. InDret 2/2005. Revista para el análisis del Derecho. Pág. 25. WWW.INDRET.COM.

PARTE III

La Responsabilidad Civil en el Contrato de Fiducia

1. A manera de presentación, una nueva concepción de la responsabilidad contractual.

La noción de responsabilidad traduce, fundamentalmente, la vida de las reglas del derecho y su fuerza obligatoria, pues se concreta, nada más y nada menos, a exigir reparación del perjuicio ocasionado a una persona, como consecuencia de la violación de una norma, a la cual estaba sometido el causante del daño.⁶¹⁷ Si las reglas del derecho son voluntariamente aceptadas, se hace innecesaria la actuación coactiva y los cánones operan regularmente, sin necesidad de reclamos ni de aplicaciones. Pero, cuando dichas normas son transgredidas y los individuos se rebelan contra ellas en mayor o menor grado, ocasionando perjuicio a los demás, se hace necesario que el derecho actúe y se exija al autor del daño la reparación del perjuicio que ha causado.

Esa es precisamente la función de la responsabilidad civil y como institución jurídica ha desempeñado en la historia del derecho, por mucho tiempo, un papel preponderante como instrumento para lograr el desagravio y el equilibrio entre los sujetos, constituyendo un verdadero monopolio para poder

⁶¹⁷BONNECASE, JULIEN. *Elementos de Derecho Civil T. II.* Ed- José M. Cajica. Puebla, Mex. 1945. Pág. 410.

conseguir dicho propósito. Hoy se cuestiona por algunos autores⁶¹⁸ contemporáneos ese papel tan determinante, cuando la socialización de los riesgos o socialización directa de las indemnizaciones, han bajado de su pedestal a la responsabilidad civil. Sin lugar a dudas, la responsabilidad civil ha pasado de su lugar hegemónico en la tarea de la reparación para dar espacio a nuevos métodos que la dinámica social precisa, como en los grandes seguros colectivos y sistemas de seguridad social, que hacen efectiva la reparación del daño sufrido por la víctima, independientemente de quién sea el responsable. Se trata de una necesidad de convivencia para desarrollar instrumentos de solidaridad y de equidad en los riesgos colectivos, que sin duda sustituyen las concepciones clásicas de responsabilidad civil. Pero de allí a pregonar su desaparición o inutilidad en la vida futura, hay mucho trecho por recorrer.

Tradicionalmente se ha vinculado la responsabilidad civil a la apreciación moral, en la medida que las legislaciones decimonónicas edificaron la responsabilidad basadas en que el hecho dañoso fuera imputable al actor⁶¹⁹. La imputación con fundamento en la culpa encuentra su arraigo en concepciones morales y en la idea canónica de que la reparación del daño constituía una penitencia que se imponía a quién desempeñaba una conducta negligente; las reglas de responsabilidad que disciplinan el acto doloso o culposo, asumen el carácter de sanción del comportamiento inadecuado⁶²⁰.

⁶¹⁸DE ANGEL YAGÜEZ, RICARDO. *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil*. Civitas, Madrid. 1995. Pág. 16.

⁶¹⁹Aunque es el antecedente inmediato, en realidad la idea de la responsabilidad por culpa data del derecho romano clásico como adelante lo examinaremos.

⁶²⁰REGLERO CAMPOS, L. FERNANDO. *Los sistemas de responsabilidad*. En la obra colectiva *Lecciones de Responsabilidad Civil*. Aranzadi-Thomson Reuters. Navarra. 2002. Pág. 57.

La idea de reparar aparece en razón de la calificación del hecho como algo reprobable; íntimamente relacionado con el concepto cristiano de pecado, “se paga porque se ha pecado”⁶²¹; la idea de responsabilidad civil está encaminada a moralizar conductas individuales⁶²². Los redactores del Código Civil se orientaron por la tradición aportada por los canonistas y retomada por grandes juristas de la época como JEAN DOMAT⁶²³ y ROBERT JOSEPH POTHIER⁶²⁴, cuyo resultado fue atar la responsabilidad civil a la responsabilidad moral y su consecuencia inmediata, centrar la culpa en la órbita de la responsabilidad civil⁶²⁵. Este criterio moralista influyó en los redactores del *Code*, y de allí paso a los códigos modernos. Se acuña el principio de que no puede haber responsabilidad sin culpa que satisface políticamente los intereses de la época⁶²⁶. La idea clave es el hecho humano y la imputación se produce como resultado de una falta⁶²⁷.

Confuso papel que se le atribuye a la culpa como fundamento del deber de responder en el día de hoy. Los desarrollos jurisprudenciales marchan hacia una concepción unitaria de la culpa y no solo de ésta, sino también de la antijuridicidad, de la reparación y de otros conceptos esenciales del derecho de

⁶²¹ DIEZ-PICAZO, LUIS. *Ensayos Jurídicos*. Tomo II. *La Responsabilidad Civil Hoy*. En Conferencias sobre el seguro de responsabilidad civil. Universidad de Deusto. Bilbao. 1979. Ed- Civitas-Thomson-Reuters. Pamplona. Pág. 2844.

⁶²² DIEZ-PICAZO, LUIS. *Ensayos Jurídicos*. Tomo II. *La Responsabilidad Civil Hoy*. Ob. Cit. Pág. 2844; citando la idea de GENOVEVA VINEY cuando advierte que los redactores del código le dieron a la estructura de la responsabilidad civil un carácter netamente individualista.

⁶²³ 1625-1696.

⁶²⁴ 1699-1772.

⁶²⁵ VINEY, GENEVIÉVE. *Tratado de Derecho Civil. Introducción a la responsabilidad*. Ed. Externado de Colombia, Bogotá, 2007. Pág.40.

⁶²⁶ REGLERO CAMPOS, L. FERNANDO. Ob. Cit. Pág. 56.

⁶²⁷ DIEZ-PICAZO, LUIS. *Ensayos Jurídicos*. Tomo II. *La Responsabilidad Civil Hoy*. Ob. Cit. Pág. 2845.

daños⁶²⁸.RODOTA, desde hace varios años criticó este requisito advirtiendo que la responsabilidad supone simplemente “la obligación de soportar las consecuencias de un acto”.

Pero la misma noción de culpa ha entrado en crisis, para admitir como tal los simples “polvos de culpa”, o simples errores moralmente insignificantes, frutos de la torpeza o de un mal reflejo.

Los tribunales para indemnizar por los accidentes han llegado a minimizar el contenido de la noción de culpa, lo que encierra un contrasentido con el entendimiento que debemos al mismo concepto; ello equivale a la esterilización de la misma idea de culpa.

Aparecen criterios objetivos para atender a la responsabilidad, como la de los administradores y transportadores, la de los guardianes de la cosa y la misma actividad riesgosa del profesional.

La Directiva Europea de 9 de noviembre de 1990 plantea una inversión de la carga de la prueba a favor de la víctima, pues se parte de la idea de que el profesional tiene los conocimientos técnicos, la información y los documentos que le permiten más fácilmente aportar la prueba de su falta de culpa, aunque se trate de la prueba de un hecho negativo.

⁶²⁸SANTOS BRIZ, JAIME. *Unidad del concepto de culpa civil*. En la obra colectiva *Perfiles de la Responsabilidad Civil en el nuevo milenio*. DYKINSON, Madrid. 2000. Pág. 592.

En el contrato de fiducia, como en todos los demás contratos donde uno de los actores es un profesional, se presenta el mismo abismo generacional entre dos corrientes de la responsabilidad civil. Por un lado, la consagrada en los textos liberales, que sigue ilustrando en términos generales el campo de la responsabilidad contractual con fundamento en la culpa, incluso en muchos sistemas con una graduación tripartita de la culpa, legado del Código de Napoleón, que torna bastante difuso y caprichoso el análisis de la diligencia debida y el patrón de conducta que debe adoptarse; frente a una tendencia contemporánea que viene ilustrando la jurisprudencia y la doctrina, desde la segunda mitad del siglo XX, donde el centro gravitacional de la materia debe ser la víctima, en el que el sistema evoluciona desde un Derecho de daños girando en torno a la deuda de responsabilidad, hacia otra concepción donde parece orbitando alrededor del crédito indemnizatorio⁶²⁹. La víctima es ahora el protagonista, que antes lo era el victimario, aparece su derecho a ser reparada de todo daño antijurídico, despreciando la antijuridicidad de la conducta, para concentrarse en la antijuridicidad del daño en sí mismo⁶³⁰.

Afirma el profesor JOSE MARIA LEON GONZALEZ⁶³¹ sobre esta evolución de la responsabilidad civil hacia la protección de la víctima:

“Así las cosas, y sin más preámbulos, diré que si tuviéramos que concretar en breves palabras lo más llamativo de esas transformaciones a las que he aludido hace unos momentos bien podría afirmarse, con

⁶²⁹LLAMAS POMBO, EUGENIO. *Responsabilidad Médica, culpa y carga de la prueba*. En la obra colectiva *Perfiles de la Responsabilidad Civil en el nuevo milenio*. Dykinson, Madrid. 2000. Pág. 300-301.

⁶³⁰LLAMAS POMBO, EUGENIO. Ob. Cit. *Perfiles de la Res.* Pág. 301.

⁶³¹LEÓN GONZÁLEZ, JOSÉ MARÍA. *La culpa del dañado en la responsabilidad extracontractual*. Revista Práctica de Derecho de Daños. La Ley. Madrid. N. 90 de 2011. Pág. 7.

RIPERT, que el Derecho moderno ya no mira del lado del autor del acto dañoso sino del lado de la víctima.”

También, advierte el profesor DIEZ-PICAZO⁶³², sobre los pasos hacia un nuevo sistema de responsabilidad civil, que en lugar de ocuparse de la moralización de las conductas, busque la reparación de los perjuicios de las víctimas. Señala lo siguiente:

“Es lo que hemos llamado el principio pro damnato, o la idea de que por regla general todos los perjuicios y riesgos que la vida social ocasiona deben dar lugar a resarcimiento, salvo que una razón excepcional obligue a dejar el dañado solo frente al daño”.

“Si partimos de esta idea, creo que no será difícil comprender la profunda crisis en la elaboración jurídica, que va bastante más allá del simple paso del sistema subjetivo o de culpa al sistema objetivo”.

Los cambios legislativos tendientes a aproximarnos a unas concepciones más objetivas de la responsabilidad han comenzado en todo el mundo, sin embargo todavía impera en la mayoría de los sistemas jurídicos los métodos de responsabilidad anclados en la culpa. Por ello, es a través de la interpretación judicial y doctrinal, de donde hay que partir para buscar procedimientos más acordes con el momento en la derivación de la responsabilidad civil. Tenemos

⁶³² DIEZ-PICAZO, LUIS. *Ensayos Jurídicos*. Tomo II. *La Responsabilidad Civil Hoy*. Ob. Cit. Pág. 2851.

por tanto que, la responsabilidad civil hoy encaja en nociones diferentes, “ser responsable es soportar o sufrir las consecuencias de un acto”⁶³³.

Por la vía de la interpretación, acompañada de criterios más universales y de principios como el de la solidaridad social, necesariamente habremos de tener como corolario, que el sistema unitario de la responsabilidad civil con fundamento en la culpa contractual debe romperse y admitir otros criterios de responsabilidad más acordes con el desarrollo empresarial y con las mismas necesidades sociales.

Sobre el particular, opina JORDANO FRAGA⁶³⁴:

“Al final de esta revisión crítica en el seno de la responsabilidad civil resulta que la culpa es sólo uno de los criterios de imputación de la responsabilidad, ni el único ni el más importante. Junto al criterio de culpa se identifican otros criterios de imputación reagrupados genéricamente bajo la noción de riesgo o diversificados según los concretos supuestos en que se plasman”.

La transformación de la responsabilidad civil en la actual sociedad, obedece precisamente a los mismos cambios que la convivencia social ha experimentado en todos los órdenes. El derecho tiene que marchar paralelo a las transformaciones sociales para que pueda seguir cumplimiento el papel preponderante que le compete, como instrumento de convivencia, desarrollo y

⁶³³DE ÁNGEL YÁGÜEZ, RICARDO. Ob. Cit. Pág. 15.

⁶³⁴JORDANO FRAGA, FRANCISCO. *La responsabilidad contractual*. Civitas, Madrid. 1987. Pág.60.

de paz social. Una cita del profesor LLAMAS POMBO es ilustrativa sobre el particular:⁶³⁵

“Las nuevas técnicas de producción en masa, la sustitución del elemento humano por el mecánico en el proceso productivo, la multiplicación de agentes intermediarios entre el primer productor y el consumidor, el manejo por el hombre de instrumentos y fuerzas de la naturaleza cada vez más poderosos y peligrosos son, entre otros muchos, factores que han provocado un aumento singular en el número de accidentes con consecuencias dañosas para el hombre. Por otra parte, dichas consecuencias son mucho más graves en nuestros tiempos, puesto que afectan a colectividades humanas mayores, y sus efectos pueden prolongarse en el tiempo de forma insospechada”.

Los interesados, fiduciante y beneficiarios, en muchos casos consumidores, llegan al negocio fiduciario en busca de confianza para la realización de sus actividades. Si la fiducia falla en el cumplimiento de los objetivos se presenta una gran frustración y un gran perjuicio para los interesados. Resulta que ese malogro del propósito fiduciario, puede deberse o no al comportamiento de la fiduciaria; si obedece al incumplimiento de sus deberes por lo pronto, en una concepción subjetivista, debe ser estudiada bajo la óptica de la responsabilidad contractual con fundamento en la culpa. Por tanto, la responsabilidad de la fiduciaria se presentará, cuando por la actividad positiva o negativa de ésta, contraria a derecho, se ocasione un perjuicio al fiduciante o a los beneficiarios del negocio fiduciario.

Las fiduciarias de hoy, no son los fiduciarios de antaño. La relación comercial, por lo general, no se presenta entre individuos en pie de igualdad. Las

⁶³⁵LLAMAS POMBO, EUGENIO. *La responsabilidad civil del médico: aspectos tradicionales y modernos.* Ed- Trivium, Madrid, 1988. Pág. 17.

fiduciarias en muchos países son grandes empresas financieras, que se dedican profesionalmente a ello y derivan utilidades de su actividad comercial.

Sería de suyo frustrante para la expectativa social, que arruinada la operación fiduciaria, por una diversidad de motivos que habría que analizar, los beneficiarios perjudicados se encontrasen, que la fiduciaria alega mediana diligencia, la que compete a un “buen hombre de negocios” para exculparse de la frustración del fin buscado con la negociación⁶³⁶. Quedaría en el imaginario y entonces, ¿qué seguridad tiene la sociedad que utiliza este tipo de servicios y que confía en la profesionalidad de la fiduciaria para una gestión a cabalidad?.

Indiscutiblemente que la normatividad en las legislaciones de corte liberal, que anclan el tema de la responsabilidad en el criterio de culpa deben adecuarse a unos criterios más justicieros con los dañados. Sin violentar el orden jurídico y mientras se producen reformas que a veces no llegan al momento en que se vive, la pregunta que salta impetuosa, es la de ¿y qué hacer entonces qué?

En la mayoría de los sistemas el tema de responsabilidad en el contrato de fiducia se plantea en la órbita de la responsabilidad contractual. La responsabilidad contractual se estructura, en principio, bajo un presupuesto consistente en el incumplimiento del deber de prestación, basada en la responsabilidad con fundamento en la culpa. Sin embargo, somos partidarios de tratar el tema en toda su dimensión para propugnar por una visión más

⁶³⁶La figura del buen padre de familia o del buen hombre de negocios, como se le ha querido traspasar al derecho comercial, se dice que se sustenta en un canon de accesibilidad, entendido como que se trata de la diligencia a que puede acceder toda persona normal (art. 1104 del C. Civil), en opinión de REGLERO CAMPOS, L. FERNANDO. *Los sistemas de responsabilidad*. En la obra colectiva *Lecciones de Responsabilidad Civil*. Aranzadi-Thomson Reuters. Navarra. 2002. Pág. 63.

justa del esquema de responsabilidad. Mientras no sucedan reformas legislativas que tiendan hacia un tratamiento de la responsabilidad protector de las víctimas, es labor de los intérpretes y jurisprudentes buscar el equilibrio. Se hace necesario incorporar en el análisis otros razonamientos a los cuales se pueda llegar por vía interpretativa de los preceptos actuales. Por ejemplo, el principio de la buena fe, puede servir a estos propósitos, para que en su función creadora e interpretativa, oxigene la teoría de la responsabilidad de corte individualista, hacia una responsabilidad basada en el llamado riesgo profesional. Este papel ya lo ha cumplido en el pasado el mencionado principio y lo puede seguir haciendo ahora para llegar a soluciones más equitativas. También algunos sistemas jurídicos, permiten, desde su propia dogmática, concebir una objetivación de la responsabilidad contractual, barrenando los criterios de la culpa, con fundamento en las posibilidades de exoneración que tenga la fiduciaria obligada, o con una adecuada interpretación de los cánones vigentes adaptados incluso a las preceptivas comunitarias o a las necesidades del comercio internacional.

1.1. El papel de la buena fe como dinamizador de la responsabilidad.

El deber de buena fe abandona el campo meramente decorativo en el negocio jurídico para convertirse en una fuente de conducta esperada de quién debe un comportamiento probo. Al punto que, no solamente se espera el cumplimiento de la prestación debida, sino también, un comportamiento recto de las partes que celebran el contrato. Así tenemos que, de producirse un

daño entre quienes están ligados por vínculo obligatorio, puede hablarse de responsabilidad, aunque el interés afectado sea diferente al de la prestación debida; tenemos por tanto que responsabilidad contractual es algo más que responsabilidad por incumplimiento (de la prestación principal debida), es como se dijo, responsabilidad por el daño entre quienes están vinculados por el negocio jurídico, así el interés afectado no sea el de la prestación principal⁶³⁷. Se trata de un ensanchamiento de la órbita de la responsabilidad contractual, que encuentra su fundamento en el principio de la buena fe.

La *bona fides* entra a cumplir una tarea preponderante en la determinación del alcance concreto de los intereses que entran en juego en el contrato y por ende en su estructura y en la concreción de la misma responsabilidad que les compete. Por tal razón la buena fe revoluciona los criterios de responsabilidad contractual, actuando como, en palabras de NEME VILLAREAL, un “elemento propulsor” en el desarrollo de estos, señalando el real alcance de las obligaciones que de ella emanan⁶³⁸.

La responsabilidad debe examinarse para cada caso particular, y el deudor es responsable de “todo aquello que sea exigible entre personas justas y leales, importando poco que se trate de un acto positivo o de una omisión”⁶³⁹

Nacen por tanto deberes de protección, preservación y de seguridad, al lado de los deberes de prestación. Es considerar la relación obligatoria como una

⁶³⁷JORDANO FRAGA, FRANCISCO. Ob. Cit. Pág. 31.

⁶³⁸NEME VILLAREAL, MARTHA LUCÍA. Ob. Cit. Pág. 189. Refiriéndose a la evolución del concepto *bona fides* en el derecho romano y el papel que desempeñaba en lo tocante a la responsabilidad.

⁶³⁹NEME VILLAREAL, MARTHA LUCÍA. Ob. Cit. Pág. 189, citando a Iglesias.

relación compleja que no se colma con la satisfacción de las prestaciones principales⁶⁴⁰; la lealtad que se deben las partes barrena las fronteras de la prestación debida. Hasta donde contractual o extracontractual, es otro problema, que además nos vincula a la misma discusión sobre la separación de la responsabilidad en estas dos esferas. Por lo pronto, el deber de buena fe obliga a los contratantes durante la celebración y ejecución del contrato y muy especialmente a los profesionales que explotan una actividad económica y se benefician de ella. Por tanto, cuando hablamos de la buena fe y los sub deberes que de ella se derivan nos encontramos dentro de la órbita misma del contrato.

Siendo por tanto la idea central de la responsabilidad la tutela del crédito, implica el abandono de los patronos clásicos con fundamentos morales o intencionales y se impone la adopción de modelos objetivos de conducta, más propios para el amparo de dicho interés tutelar y la responsabilidad no es otra cosa que la consecuencia del incumplimiento⁶⁴¹. Pero que tampoco fueron desconocidos en la antigüedad; en el antiguo *jus civile*, antes de la *lex aquiliana*, los ilícitos privados daban lugar a una responsabilidad por dolo, *furtum e iniuria*, y la misma *lex aquilia* no exigía expresamente la culpa como requisito del daño, sino un concepto más genérico⁶⁴²; no a una responsabilidad por culpa. La imputación con fundamento en la culpa no responde necesariamente a ese ideal, de allí que la hermenéutica apoyada de principios

⁶⁴⁰JORDANO FRAGA, FRANCISCO. Ob. Cit. Pág. 32.

⁶⁴¹JORDANO FRAGA, FRANCISCO. Ob. Cit. Pág. 35.

⁶⁴²BETTI, EMILIO. *Teoría General de las Obligaciones*. Ed-Revista de Derecho Privado, Madrid, 1970. Pág. 42.

generales, que no por ello ausentes en el sistema, sea redentora para llegar a conclusiones más justas.

Por lo pronto, la función revolucionaria de la buena fe, debe llevar al profesional fiduciario a la imposibilidad de excusarse resguardado en la mediana diligencia, la de buen hombre de negocios. Tal guía de conducta se contradice con la realidad social del momento; de mantenernos en un criterio de imputación con fundamento en la culpa, la buena fe llevaría a la necesidad imperiosa de que el fiduciario responda de toda clase de culpa, incluyendo la levisima. No otro puede ser el patrón de conducta esperado de quién desarrolla una actividad que explota y le rinde beneficios económicos.

Aflora, hay que advertir además, la función preventiva de la responsabilidad como institución de garantía, en la medida que los deudores se motivan al cumplimiento a fin de no incurrir en el deber de resarcimiento, derivándose una verdadera tutela del crédito para los acreedores⁶⁴³. Así, se privilegia la función de garantía de la responsabilidad, dejando en un segundo lugar el carácter sancionatorio del resarcimiento; que influye considerablemente en la forma que operan los patrones de la responsabilidad: “se responde por qué se debe, no porque se realice un comportamiento (subjetivamente) reprochable”⁶⁴⁴.

En cierta medida, los fideicomitentes suelen ser los usuarios de los servicios que prestan las fiduciarias y su responsabilidad no genera mayores problemas

⁶⁴³JORDANO FRAGA, FRANCISCO. Ob. Cit. Pág. 35.

⁶⁴⁴JORDANO FRAGA, FRANCISCO. Ob. Cit. Pág.35.

diferentes de los que pueden derivarse del incumplimiento de sus deberes de prestación. Otra cosa sucede con la fiduciaria, profesional en su actividad, la cual merece la mayor parte de nuestra atención.

Además, se torna necesario revisar las clásicas previsiones legales sobre las secuelas del incumplimiento, así como las mismas previsiones convencionales para las mismas consecuencias.

1.2. Preponderante el papel de la *bona fides* en la evolución de la responsabilidad contractual.

La *fides bona* se caracteriza por su carácter dúctil, variable, comprensivo de muchas situaciones y circunstancias, no encasillables, pues sería restarle toda eficacia; singularizable según el caso concreto y la naturaleza de los negocios. Así, el gran pontífice QUINTO MUCIO ESCÉVOLA, maestro de CICERÓN, refiriéndose a ella, expresaba ese *manare latissime*, que se hace realidad en problemas jurídicos determinados, mediante la traducción a reglas concretas, que explican y concretan el principio sin agotarlo. Por ello, el contenido ético-jurídico de la *fides bona*, no puede ser circunscrito en una definición conceptual⁶⁴⁵.

⁶⁴⁵NEME VILLAREAL, MARTHA LUCÍA. Ob. Cit. Pág. 155.

La *bona fides* ya no se agota en el respeto por la palabra empeñada, también obliga a los deberes propios del tráfico social y obliga no solo a lo prometido sino a todo aquello que se podría exigir entre gente de bien. Por ello el pretor la considera como una nueva fuente de obligaciones, separada de las acciones del antiguo *ius civile*, y resulta trascendente el valor normativo de la cláusula *oportere ex fides bona*. Con base en este principio de la buena fe, el juez pondera y “dimensiona el contenido de las obligaciones de las partes”⁶⁴⁶. Deber, por demás, de indeclinable orden público que lo torna irrenunciable por las partes del acuerdo⁶⁴⁷.

Así se perfila el principio, con naturaleza normativa cambiante según el caso concreto y el negocio de que se trate; esas normativas o deberes que emanan de la buena fe integran el contrato para su cabal comprensión y darle el real alcance a las obligaciones asumidas por las partes; que el juez apreciará sin reducirlo a formulas preestablecidas y del cual emanarán una serie de reglas que se constituirán en la teoría de los acuerdos negociales.

La buena fe pasa a ser la energía ligante de los negocios, el respeto por la palabra empeñada y la estricta observación y cumplimiento de los pactos. “La *fides* llega donde no alcanza la fuerza vinculante de la forma”, en el comercio con extranjeros, donde los pactos no tenían protección procesal, es la palabra comprometida la que viene a

⁶⁴⁶CARDILLI, citado por NEME VILLAREAL, MARTHA LUCÍA. Ob. Cit. Pág. 157.

⁶⁴⁷NEME VILLAREAL, MARTHA LUCÍA. Ob. Cit. Pág. 158.

adquirir relevancia. La buena fe es la que manda a cumplir lo que se convino.⁶⁴⁸

La buena fe lleva a las partes a atender a la realidad del negocio; más que la letra, obliga el espíritu del negocio. Corresponde al signo *age quod agis*, que invita a adecuar la conducta de las partes a la finalidad y a la plena realización del compromiso. Superando la mera concepción formal de la *fides*, la buena fe despunta rebasando el compromiso de respetar la palabra empeñada, para dar un paso al adeudo de una conducta leal, propia de la persona honesta, que atiende especiales deberes de conducta que se desprenden de la naturaleza de la relación jurídica y de las finalidades buscadas por las partes con su negociación⁶⁴⁹. Surge además el principio de corrección de los negocios planteado por ESCÉVOLA, cuando no se adecua lo convenido a los postulados de la buena fe⁶⁵⁰.

Hacia la mitad del Siglo I D.C. el valor vinculante del negocio jurídico se relaciona con el alcance de los fines buscados por las partes⁶⁵¹. Se desborda el tenor literal, para darle paso al fin buscado y a la función del mismo negocio. La buena fe es ya un deber de comportamiento probó, que inspirará todo el derecho de las obligaciones. En el periodo clásico es clara la función de la buena fe,

⁶⁴⁸NEME VILLAREAL, MARTHA LUCÍA. Ob. Cit. Pág. 165.

⁶⁴⁹NEME VILLAREAL, MARTHA LUCÍA. Ob. Cit. Pág. 165.

⁶⁵⁰NEME VILLAREAL, MARTHA LUCÍA. Ob. Cit. Pág. 169.

⁶⁵¹NEME VILLAREAL, MARTHA LUCÍA. Ob. Cit. Pág. 170.

superando los meros lineamientos normativos del contrato, en busca de una conducta más adecuada a sus propósitos y finalidades.

1.3. La responsabilidad por dolo.

Se trata del comportamiento dirigido a defraudar a la contraparte en el contrato. La buena fe excluye el dolo y el fraude; es contraria a conductas de ese linaje.

La buena fe impone la valoración de las conductas dolosas o tramposas en la celebración el negocio⁶⁵². La *exceptio doli* era un instrumento dirigido a sancionar las conductas fraudulentas de los contratantes⁶⁵³; que tenía un amplio campo de acción, no solo para señalar el comportamiento reticente al momento de celebrar la negociación, sino el sobrevenido con posterioridad durante su ejecución, donde más que un comportamiento engañoso, se miraba como contrario a la *bona fides*⁶⁵⁴, es decir, al comportamiento esperado de los hombres probos y justos.

El dolo se convierte en un criterio de imputación de responsabilidad de carácter inderogable por la convención jurídica⁶⁵⁵.

⁶⁵²NEME VILLAREAL, MARTHA LUCÍA. Ob. Cit. Pág. 175.

⁶⁵³Edicto CALPURNIO BIBULO, citado por NEME VILLAREAL, MARTHA LUCÍA. Ob. Cit. Pág. 175.

⁶⁵⁴Que es el contrario al genérico deber de comportarse según la corrección. NEME VILLAREAL, MARTHA LUCÍA. Ob. Cit. Pág. 180.

⁶⁵⁵NEME VILLAREAL, MARTHA LUCÍA. Ob. Cit. Pág. 186.

1.4. La buena fe contribuye a ampliar los criterios de responsabilidad.

En el derecho justiniano, se amplían considerablemente los criterios de responsabilidad, pues se pasa del dolo a los criterios de culpa con fundamento en la buena fe. Comienzan a jugar los criterios diligencia, impericia, para después pasar al criterio de custodia. Este desarrollo se logra por fuera de los estrechos términos del *ius civile* y precisamente porque esos comportamientos contrarios al contrato, constituían una desatención al principio de la buena fe, en un proceso que llevo al desarrollo de diferentes grados de culpa y a la exigencia del deber de diligencia.⁶⁵⁶

No es extraño en la conformación del derecho romano, la estrecha relación que se presentaba entre la culpa y la *bona fides*. Señala TAFARO lo siguiente:

“El concepto de culpa fue introducido en materia contractual para punir aquellos comportamientos (...) que no podían encajar en el ámbito del dolo, si bien comportaban igualmente la ruptura de la fides bona”⁶⁵⁷.

Se observa como la evolución de la responsabilidad contractual viene desde los orígenes más antiguos ligada a la idea de *fides* y su correlativa evolución hacia la *bona fides*; por tanto es conclusivo que el tema de la responsabilidad contractual se fundamente desde sus

⁶⁵⁶NEME VILLAREAL, MARTHA LUCÍA. Ob. Cit. Pág. 198.

⁶⁵⁷Citado por: NEME VILLAREAL, MARTHA LUCÍA. Ob. Cit. Pág. 193.

inicios en el principio de la buena fe y es con base en el mismo principio es que continúa en la actualidad marcando nuevos desarrollos como el que estaremos proponiendo en el campo de la fiducia en general y la fiducia en garantía en particular. La buena fe ha sido el principio catalizador para dinamizar la responsabilidad de los negocios a lo largo de la historia del derecho privado; en los momentos actuales vuelve a prestar su dinámica con el objeto de hacer más actual el criterio de responsabilidad de las fiduciarias, más acorde a las necesidades de los tiempos actuales.

1.5. Buena fe y diligencia.

Se hace indispensable delimitar cual será la órbita de cada uno de los conceptos. La diligencia, como medida del esfuerzo del deudor en el cumplimiento de una obligación determinada y la buena fe, como la propia determinación de lo debido⁶⁵⁸. No se trata por tanto de mesclar o extrapolar el deber de diligencia, sino de complementar el débito prestacional con otro deber, también presente en el contrato, con sus propios contenidos, como es el de la buena fe.

Por el primero, el de diligencia, se exige un determinado comportamiento al deudor, de conformidad con una patrón de conducta previamente acusado en la ley, tradicionalmente con fundamento en la culpa contractual y la esperada para el deudor

⁶⁵⁸JORDANO FRAGA, FRANCISCO. Ob. Cit. Pág. 148-149, siguiendo a RODOTÁ.

medio, el buen hombre de negocios, por comparación con el buen padre de familia en la concepción civilística. Por el deber de buena fe, el razonamiento es diferente; a la empresa fiduciaria, que explota una actividad económica ofreciendo a los diferentes usuarios un conjunto de servicios, provocando su confianza, ¿qué patrón de conducta debe imponerse para el cabal cumplimiento de su actividad, de acuerdo con una concepción socio-económica actual y contemporánea? Indiscutiblemente, como profesional que es la fiduciaria en muchos sistemas jurídicos donde la figura se ha abierto campo, donde incluso ofrece sus servicios ante la comunidad y los promueve, presentándose precisamente como una entidad donde se puede obtener confianza por los sujetos, para la realización de sus propósitos a través de la celebración de contratos de fiducia, su modelo de conducta, el que de ella se espera de acuerdo con el principio de la buena fe que debe acompañar su actuación durante la ejecución del contrato, no puede ser otro que el que se le exige al *artífex*, esto es la esmerada y plena diligencia.

La buena fe así concebida encierra todo un deber, cuyo examen es previo al de la responsabilidad por diligencia debida. Pero a pesar de su concepción diferente, el de la buena fe y el de la diligencia, no por ello excluyentes, sino al contrario, complementarios y coparticipes en la responsabilidad del contrato.

1.6. Responsabilidad por riesgo.

Incluso podría en determinadas situaciones pensarse en que la fiduciaria responda incluso con el criterio de riesgo profesional. Piénsese en que la misma entidad diseñe negocios que implican riesgo y canalice inversiones de los fiduciantes que la buscan como profesional para dichos manejos. La frustración de los resultados puede incluso hacer responsable a la fiduciaria por ese mero hecho en ciertos casos.

Si la fiduciaria explora su actividad económica, obtiene ganancias por ello, es elemental que asuma los riesgos que de su actividad pueden derivarse y que nos los traslade al consumidor de sus servicios.

1.7. La objetivación de la responsabilidad civil contractual en España.

Criticando la línea subjetivista tradicional, que entiende el sistema español de responsabilidad contractual, con fundamento en la culpa, esbozado, entre otros autores, por CASTÁN TOBEÑAS Y PABLO BELTRÁN DE HEREDIA, según el cual, para que pueda hablarse de responsabilidad del deudor, entre otros requisitos se precisa, que exista un incumplimiento culpable de la obligación, señala

DÍEZ-PICAZO:

“Quiere decirse con ello que por muy diligente que el deudor haya sido, sino se ha producido la imposibilidad o el impedimento de la prestación, no tiene por que existir liberación”⁶⁵⁹

Para el distinguido autor, una cosa es que la responsabilidad del deudor pueda fundarse en la culpa y en el dolo y otra bien distinta es que el deudor quede liberado de la obligación mediante la prueba de haber empleado la diligencia necesaria; quedaría la obligación reducida al puro deber de esfuerzo, lo que significa una contradicción con el sistema⁶⁶⁰.

La tesis ha tenido su desarrollo doctrinal, desde J. PUIG BRUTAU, quién inició la crítica de la teoría tradicional, advirtiendo que le parecía inexacta y errónea⁶⁶¹, observando los sistemas anglosajones, en los cuales el deudor incurre en responsabilidad si no median razones positivas que puedan excusarle y para ello no es necesario indagar si ha habido culpa, solamente es indispensable saber si cumplió o no cumplió. No es una cuestión de culpa sino de incumplimiento⁶⁶². No obstante las dificultades de pasar los postulados de uno a otro sistema, se puede resaltar una máxima que puede ser coincidente: solo una causa de exoneración

⁶⁵⁹ DIEZ-PICAZO, LUIS. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Tomo II, Las Relaciones obligatorias*. Sexta Ed. Thomsom-Civitas. Navarra, 2008. Pág. 714.

⁶⁶⁰ DIEZ-PICAZO, LUIS. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Tomo II...* Ob. Cit. Pág. 714.

⁶⁶¹ DIEZ-PICAZO, LUIS. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Tomo II,...* Ob. Cit. Pág. 714.

⁶⁶² DIEZ-PICAZO, LUIS. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Tomo II, ...* Ob. Cit. Pág. 714.

específicamente establecida por el ordenamiento, puede excluir la responsabilidad del deudor.⁶⁶³

Posteriormente, FRANCISCO JORDANO⁶⁶⁴ presenta un segundo aire al problema, siguiendo las tesis de OSTI⁶⁶⁵, y entiende que el límite de la responsabilidad del deudor y la causa de su exoneración reside en la imposibilidad sobrevenida de carácter no imputable al deudor, el cual responde por el incumplimiento aún ante la ausencia de culpa.

Según el Profesor DIEZ-PICAZO, la tesis puede encontrar respaldo con fundamento en los artículos 1182 y 1184 del C. Civil, que liberan al deudor de la obligación si se presenta la pérdida de la cosa debida en las obligaciones de dar y en las de hacer cuando la obligación resulta legal o físicamente imposible⁶⁶⁶.

Viene luego el profesor FERNANDO PANTALEÓN PRIETO en sus estudios sobre "*El sistema de responsabilidad contractual*"⁶⁶⁷, y al presentar el debate sobre la tradicional forma de observar la responsabilidad contractual. Advierte:

"A mi juicio, el efecto más negativo de la elaboración de la Teoría de las Obligaciones por parte de los juristas del civil law

⁶⁶³ DIEZ-PICAZO, LUIS. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Tomo II, ...* O . Cit. Pág. 714-715.

⁶⁶⁴ JORDANO FRAGA, FRANCISCO. Ob. Cit. Pág. 150-160.

⁶⁶⁵ De gran influencia en la redacción del Código Italiano de 1942.

⁶⁶⁶ DIEZ-PICAZO, LUIS. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Tomo II, ...* Ob. Cit. Pág. 715.

⁶⁶⁷ PANTALEÓN PRIETO, FERNANDO. *El sistema de responsabilidad contractual*. Anuario de Derecho Civil. ISSN 0210-301X. Vol. 44 N. 33. 1991. Pág. 1019-1092.

*consiste en que ha generado la equivocada idea, difícil de entender para un jurista del common law, de que los principios que vertebran la responsabilidad del deudor que incumple son los mismos, con independencia de que la obligación incumplida haya nacido o no del contrato.*⁶⁶⁸”

Refiriéndose a la función de la responsabilidad contractual, de entrada le niega el propósito preventivo-punitivo que cumple la responsabilidad extracontractual, advirtiendo que no se trata de castigar los incumplimientos para desincentivarlos y que la función de la responsabilidad contractual es puramente indemnizatoria⁶⁶⁹.

Tampoco tiene, ni aún en el caso de imposibilidad sobrevenida de la prestación, una función de reintegración por equivalente del derecho de crédito lesionado, obligación originaria que se debe considerar extinguida, sino la obligación de resarcir (*in natura*), los daños causados al acreedor, nacida “*ex novo*” del supuesto de hecho de la responsabilidad contractual.⁶⁷⁰”

Así las cosas, se deja muy en claro “que tal responsabilidad no se gradúa en atención a la mayor o menor gravedad de la conducta del deudor incumplidor, sino conforme a la entidad del daño causado al acreedor, objetivamente imputable a la falta de cumplimiento...”⁶⁷¹.

La teoría de la objetivación de la responsabilidad contractual, donde

⁶⁶⁸ PANTALEÓN PRIETO, FERNANDO. *El sistema de responsabilidad contractual*. Ob. Cit. Pág. 1019.

⁶⁶⁹ PANTALEÓN PRIETO, FERNANDO. *El sistema de responsabilidad contractual*. Ob. Cit. Pág. 1020.

⁶⁷⁰ PANTALEÓN PRIETO, FERNANDO. *El sistema de responsabilidad contractual*. Ob. Cit. Pág. 1021.

⁶⁷¹ PANTALEÓN PRIETO, FERNANDO. *El sistema de responsabilidad contractual*. Ob. Cit. Pág. 1023.

se supera la esencialidad del fundamento en la culpa, comienza a tener cuerpo, con apoyo en el mismo sistema de Derecho civil español. Refiriéndose al artículo 1107.1 CC advierte que “deudor de buena fe” es todo deudor que tenga responder por el incumplimiento y no incluye al deudor negligente; no cabe reprocharle haber actuado con dolo o negligencia. La regla de proposición de esta norma no es sino una manifestación típica, en el campo de la responsabilidad contractual, del criterio de imputación objetiva del “fin de protección de la norma fundamentadora de la responsabilidad”, que es el contrato mismo, ley para las partes⁶⁷².

También se contribuye al debate de la objetivación de la responsabilidad contractual las reflexiones sobre imputación objetiva y causalidad realizadas por el profesor FERNANDO PANTALEÓN PRIETO⁶⁷³, donde afirma:

“Mientras que el problema de la imputación objetiva, el problema de determinar cuáles de los eventos dañosos causalmente ligados a la conducta del responsable pueden ser puestos a su cargo, y cuáles no, es una “cuestión de derecho”, a resolver con los criterios más o menos precisos que los operadores jurídicos pueden extraer del sistema normativo de la responsabilidad. No es correcto considerar las que verdaderamente son teorías de imputación objetiva (entre ellas

⁶⁷² PANTALEÓN PRIETO, FERNANDO. *El sistema de responsabilidad contractual*. Ob. Cit. Pág. 1025-1026.

⁶⁷³ PANTALEÓN PRIETO, FERNANDO. *Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación*. Comentario al artículo 1907 en Comentarios al Código Civil, T. II. Ministerio de Justicia, 1991, pág. 1981-1988.

la mal llamada teoría de la “causalidad adecuada”) como si se tratara de teorías sobre la relación de causalidad.”

Y agrega:

“Hay que partir de la distinción entre los problemas causales, a resolver sobre la base de la teoría de la equivalencia de las condiciones, y los problemas de imputación objetiva, a resolver con los criterios de la adecuación, del fin de protección de la norma fundamentadora de la responsabilidad, etc....”⁶⁷⁴

Con el propósito de acercar el ordenamiento español a la CISG (Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías), FERNANDO PANTALEÓN interpreta el artículo 1105 del Código Civil utilizando el concepto de “esfera de control”. Señala lo siguiente:⁶⁷⁵

“Resulta obvio que el muy deseable resultado de que lo dispuesto en el artículo 1105 coincida con lo dispuesto en el artículo 79.1 de la Convención de las Naciones Unidas, verdadero ius commune en la materia que nos ocupa, puede lograrse con sólo interpretar la palabra “suceso” de aquel artículo como un “acontecimiento ajeno al ámbito de control del deudor”, sostener que la imprevisibilidad del suceso causante del incumplimiento es un requisito autónomo del caso fortuito (no el mero presupuesto lógico de inevitabilidad) y referir la previsibilidad o imprevisibilidad al momento de celebración del contrato”.

⁶⁷⁴ PANTALEÓN PRIETO, ÁNGEL FERNANDO. *Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación*. Ob. Cit. pág. 1981. *Centenario del CC. II*, pp. 1561-1566.

⁶⁷⁵ PANTALEÓN PRIETO, ÁNGEL FERNANDO. . *El sistema de responsabilidad contractual*. Anuario de Derecho Civil. 1991. Pág. 1064.

Siguiendo esta línea transformadora del derecho de las obligaciones, propone el mismo PANTALEÓN “suprimir aquellas referencias a la culpa que, como la del artículo 1182 CC, puede crear la impresión de que sólo responde contractualmente el deudor (doloso o) negligente y sustituir la redacción del 1105 CC por la del apartado 1 del artículo 79 de la CISG”, a fin de que quede completamente claro que también son criterios de imputación de responsabilidad contractual los que se podrían llamar “criterios de la esfera de control del deudor”.⁶⁷⁶

Posteriormente, nuevos vientos de la doctrina, en lo que se ha denominado el “nuevo derecho de contratación”, donde se plantean cambios en un ámbito superior, el del derecho uniforme, comunitario de la Unión Europea y el derecho comparado, que interesa al derecho privado en general y de repercusión en todo el Derecho civil; nuevamente se insiste en conclusiones más objetivas en materia de responsabilidad contractual⁶⁷⁷. Expresa lo siguiente el profesor MORALES MORENO:

“Pero el contenido vinculante de la relación obligatoria no se agota en el deber de conducta del deudor. La relación obligatoria puede implicar, también, la garantía, a cargo del deudor, de satisfacción de un determinado interés del acreedor; es decir, la garantía de ese resultado.” ... “Y hoy podemos afirmar que la nueva

⁶⁷⁶ PANTALEÓN PRIETO, ÁNGEL FERNANDO. *Las nuevas bases de la responsabilidad contractual*. Ob. Cit. ADC. 1993. Pág. 1740

⁶⁷⁷ MORALES MORENO, ANTONIO MANUEL. *La modernización del Derecho de Obligaciones*. Thomson-Civitas. Navarra, 2006. Pág. 18.

*construcción del derecho de obligaciones contractual tiende a reforzar, en la vinculación contractual, la idea de garantía de un resultado, que traspasa los límites de la idea de cumplimiento del deber de prestación.*⁶⁷⁸

Cuando se afirma que el deudor avala un resultado, a fin de satisfacer el provecho del acreedor, estamos indicando que el trato contractual puede reseñarse a deberes de conducta, de prestación, también a hechos, cursos de la realidad, que constituyan presuposiciones del contrato, cuando el riesgo que para el acreedor suponga su existencia o no existencia, corre de alguna manera para el deudor. Ello significa que la culpabilidad no es un elemento propio de la noción de incumplimiento, sino que este consiste, simplemente en la falta de ejecución o falta de realización de las exigencias del contrato, con la consiguiente insatisfacción de los intereses del acreedor⁶⁷⁹. Al respecto señala el autor en comentario:⁶⁸⁰

“Este enfoque en definitiva, permite explicar mejor la responsabilidad contractual, no circunscribiéndola a un juicio de reproche del deudor, por su conducta culpable; permite entenderla como un instrumento jurídico preciso de reparto de riesgos entre los contratantes, en el ámbito que organiza el contrato”.

⁶⁷⁸ MORALES MORENO, ANTONIO MANUEL. *La modernización del Derecho de Obligaciones...* Ob. Cit. Pág. 19.

⁶⁷⁹ MORALES MORENO, ANTONIO MANUEL. *La modernización del Derecho de Obligaciones.* Ob.Cit. Pág. 19.

⁶⁸⁰ MORALES MORENO, ANTONIO MANUEL. *La modernización del Derecho de Obligaciones.* ...Ob. Cit. . Pág. 19-20.

Ahora, la idea de responsabilidad contractual debe adecuarse a la imagen de deuda que plantea el mismo autor⁶⁸¹ y a la construcción unitaria y diferente de un sistema de remedios, más allá de los tradicionales de cumplimiento o indemnización a falta de éste, por los que se conduzca a satisfacer el interés del acreedor⁶⁸².

Desde 1993, FERNANDO PANTALEÓN, se ocupa de lo que llama “todos los remedios o medios de tutela del acreedor frente al incumplimiento. Este trabajo supone un paso adelante en la presentación integrada de una sistema de medios basados en el incumplimiento”⁶⁸³.

Lo que se pretende rebasar es la tradicional previsión legal de las consecuencias del incumplimiento en los códigos liberales, que se concreta al cumplimiento forzoso de la obligación si es posible o a la indemnización equivalente, en aras de encontrar otros remedios diferentes. Con este enfoque se observa la relación obligatoria, no solamente desde la órbita del debito, cuyo cumplimiento libera al deudor, sino en un estadio más amplio, observando el resultado de

⁶⁸¹ MORALES MORENO, ANTONIO MANUEL. *La modernización del Derecho de Obligaciones*. Ob. Cit. pág. 21.

⁶⁸² MORALES MORENO, ANTONIO MANUEL. *La modernización del Derecho de Obligaciones*. Ob. Cit. Pág. 21-22.

⁶⁸³ PANTALEÓN, FERNANDO. *Las nuevas bases de la responsabilidad contractual*. Anuario de Derecho Civil. 1993. Pág. 1719 y siguientes.

satisfacción del interés del acreedor⁶⁸⁴. Si estos remedios se amplían, se traslada el riesgo de insatisfacción al deudor⁶⁸⁵.

Ante el anacronismo legislativo del Código Civil, se propone en la órbita del “nuevo derecho de la contratación”, una dinamización con fundamento en la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena el 11 de Abril de 1980, que a pesar de estar referida a la venta, constituye un modelo que responde a las necesidades del tráfico internacional y permite, atendiendo a su principios, no obstante su ámbito de aplicación al comercio exterior, reformular el sistema de responsabilidad contractual⁶⁸⁶. Su influencia es clara, tanto en la formulación de los principios de UNIDROIT⁶⁸⁷, como en La Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo⁶⁸⁸. La influencia también es clara en el sistema español, que ha ratificado la CISG y la ley 23 de 2003 que incorpora al ordenamiento las Garantías en la Venta de Bienes de Consumo⁶⁸⁹.

⁶⁸⁴ MORALES MORENO, ANTONIO MANUEL. *La modernización del Derecho de Obligaciones*. Ob. Cit. Pág. 21-22

⁶⁸⁵ MORALES MORENO, ANTONIO MANUEL. *La modernización del Derecho de Obligaciones*. Ob. Cit. Pág. 21-22

⁶⁸⁶ MORALES MORENO, ANTONIO MANUEL. *La modernización del Derecho de Obligaciones*. Ob. Cit. Pág. 26.

⁶⁸⁷ Aprobados por unanimidad en el Consejo de Gobierno del 19 al 21 de abril de 2004.

⁶⁸⁸ MORALES MORENO, ANTONIO MANUEL. *La modernización del Derecho de Obligaciones*. Ob. Cit. Pág. 27.

⁶⁸⁹ MORALES MORENO, ANTONIO MANUEL. *La modernización del Derecho de Obligaciones*. Ob. Cit. Pág. 28.

Los lineamientos generales de este nuevo modelo de la responsabilidad contractual, pueden observarse en los siguientes puntos:⁶⁹⁰

- Unificación del supuesto de incumplimiento contractual.

Se debe entender por incumplimiento, “la desviación de las exigencias del contrato”⁶⁹¹, durante la ejecución del mismo. Es la que denomina la falta de realización del contrato que pone de presente la insatisfacción del interés del acreedor y abre el camino para el reparto del riesgo entre los contratantes, a través del sistema integrado de remedios que integran el contenido de la responsabilidad contractual⁶⁹².

Entendiendo de esta manera el incumplimiento, se abre camino la unificación del sistema de responsabilidad contractual⁶⁹³.

- Sistema articulado de remedios.

Estos remedios que se articulan son pretensión de cumplimiento, la suspensión de cumplimiento, la resolución, reducción de precio, indemnización de daños.

- La culpa del deudor no es presupuesto del incumplimiento.

La culpa deja de ser presupuesto del incumplimiento, sin que ello excluya que pueda serlo de alguno de los remedios tradicionales

⁶⁹⁰ MORALES MORENO, ANTONIO MANUEL. *La modernización del Derecho de Obligaciones*. Ob. Cit. Pág. 29.

⁶⁹¹ MORALES MORENO, ANTONIO MANUEL. *La modernización del Derecho de Obligaciones*. Ob. Cit. Pág. 29.

⁶⁹² MORALES MORENO, ANTONIO MANUEL. *La modernización del Derecho de Obligaciones*. Ob. Cit. Pág. 30.

⁶⁹³ MORALES MORENO, ANTONIO MANUEL. *La modernización del Derecho de Obligaciones*. Ob. Cit. Pág. 30.

como la indemnización. El cambio es que hay otros remedios que operan objetivamente, por el mero incumplimiento, que conduce a la insatisfacción del interés del acreedor⁶⁹⁴.

El remedio indemnizatorio incluso, no necesariamente supone de la noción de culpa. Advierte MORALES MORENO: “Podemos objetivar el supuesto de este remedio, utilizando la idea de “esfera de riesgo” en vez de la de culpa.⁶⁹⁵”

- La absorción de la doctrina del riesgo en la responsabilidad contractual.

Se absorbe la doctrina del riesgo en el ámbito operativo de la responsabilidad contractual. Se tiene como incumplimiento cualquier desviación de las exigencias del contrato y es indiferente la causa que determina el incumplimiento y si es o no imputable al deudor; no queda espacio para la teoría clásica de los riesgos y quién los asume, pues éstos se distribuyen entre los contratantes⁶⁹⁶.

- Función de la pretensión de cumplimiento.

Para reparar el defectuoso cumplimiento, para satisfacer el interés del acreedor, el deber del deudor, no va por vía indemnizatoria, sino *in natura*.

2. La responsabilidad de la fiduciaria

⁶⁹⁴ MORALES MORENO, ANTONIO MANUEL. *La modernización del Derecho de Obligaciones*. Ob. Cit. Pág. 33.

⁶⁹⁵ MORALES MORENO, ANTONIO MANUEL. *La modernización del Derecho de Obligaciones*. Ob. Cit. Pág. 39-40.

⁶⁹⁶ MORALES MORENO, ANTONIO MANUEL. *La modernización del Derecho de Obligaciones*. Ob. Cit. Pág. 34.

2.1. Planteamiento del problema

En la concepción de corte liberal, la fiduciaria o el llamado en derecho anglosajón *trustee*, no incurre en responsabilidad por cualquier clase de pérdida que sufra el patrimonio autónomo, sino que su responsabilidad debe resultar necesariamente del incumplimiento de sus deberes y obligaciones derivados del contrato de fiducia. Esto, por cuanto la fiduciaria no actúa como una aseguradora de los bienes entregados en fiducia, y por ello sólo responderá cuando deje de cumplir con sus obligaciones como profesional especializado del asunto: así las cosas, si la pérdida sobrevenida del patrimonio no se debe a falta de cuidado y prudencia de su parte o a cualquiera otra infracción de sus compromisos contractuales, no estará obligada a indemnizar.

Por ejemplo, no será responsable en caso de que los bienes sean robados sin culpa suya, o de que una inversión en valores se deprecie por causas que no le sean imputables, o de que un depósito bancario hecho prudentemente se pierda por quiebra del banco, o que no se vendan las unidades de un proyecto inmobiliario.

Sin embargo, por disposición contractual, podrían pactar las partes del contrato que la fiduciaria se haga responsable en casos por los cuales ordinariamente no lo sería. Es por tanto permitido, que el fiduciante convenga con la fiduciaria o con los beneficiarios de la fiducia, en indemnizar cualquier pérdida que sufra el patrimonio autónomo, aunque la misma no sea imputable a

su conducta contractual. Allí asoma una obligación especial de garantía que conduce a la fiduciaria a asumir los riesgos que los propósitos o fines del negocio fiduciario conlleva.

La fiduciaria es responsable por incumplimiento del contrato, si en forma intencional o imprudente quebranta alguna de sus obligaciones, ya sea por acción o por omisión. También es culpable si la calidad de su actuación no alcanza el nivel mínimo exigido para ese cargo, es decir, se le exige una conducta cualificada en su papel como profesional del negocio⁶⁹⁷, de acuerdo con su *artífex* profesional.

La fiduciaria también se hace responsable, por el hecho de sus funcionarios o empleados, cuando éstos, actuando dentro de los límites de su competencia, ocasionan daños a los bienes del fideicomiso⁶⁹⁸.

En conclusión, podemos señalar que se trata de una responsabilidad con fundamento en la culpa contractual y el tema se vincula estrechamente con la naturaleza de las obligaciones de la entidad fiduciaria durante todo el camino del contrato, atendiendo además a la naturaleza de los bienes que son objeto del encargo de fiducia y la misma finalidad que se persigue con el negocio fiduciario. “Si la responsabilidad se funda en la culpa, el límite de

⁶⁹⁷RODRÍGUEZ AZUERO, SERGIO: *La Obligación de Reparar y la Responsabilidad Fiduciaria*, Conferencia presentada por el autor en el Seminario Internacional “Ecuador, mercados y oportunidades” celebrado en conmemoración de los 40 años de la Superintendencia de Compañías del Ecuador en abril de 2004 en la ciudad de Quito, <http://www.rodriquezazuero.com/documentos/LaObligacion%20.pdf> Consultado el 22 de julio de 2010

⁶⁹⁸BATIZA, RODOLFO. *Fideicomiso*. Ed. Porrúa S.A., México 1980. Págs. 224-225.

responsabilidad no puede ser otro que la ausencia de culpa⁶⁹⁹, se convierte por tanto la culpa en el presupuesto esencial y determinante de la responsabilidad.

Aparece en algunas legislaciones⁷⁰⁰ el concepto de “buen hombre de negocios” para referirse a la conducta esperada, el modelo de conducta de la fiduciaria en la administración de los bienes objeto de la transferencia. Actuaciones que como lo expresa el *Uniform Trust Code*: “El fideicomiso y sus estipulaciones han de favorecer a los beneficiarios”⁷⁰¹; propósito que se consigue con el referido comportamiento, de buen hombre de negocios, que no es otra cosa, que la misma responsabilidad hasta la culpa leve o mediana de algunas legislaciones.

Así las cosas, con este entendimiento tradicional, se afecta profundamente la idea de obligación, pues el deudor, más que estar obligado a cumplir, estaría obligado a emplear el grado de diligencia exigido por la ley respectiva⁷⁰², en la gran mayoría de los sistemas, la culpa leve, la mediana diligencia, con grave quebrando para la idea de confianza que se busca por las partes, al celebrar un negocio fiduciario. La diligencia excluye la culpa y sin ella no podría hablarse de responsabilidad⁷⁰³. Por ello es necesario avanzar en una imagen más lógica, más acorde con la esencia del negocio fiduciario y con el propósito o

⁶⁹⁹JORDANO FRAGA, FRANCISCO. Ob. Cit. Pág.160-161.

⁷⁰⁰HAYZUS, JORGE ROBERTO. *Fideicomiso*. Astrea, Buenos Aires, 2011. Pág. 168, comentando el artículo 6o. de la ley argentina sobre la fiducia.

⁷⁰¹ “A trust and its terms must be for benefit of its beneficiaries”.

⁷⁰² JORDANO FRAGA, FRANCISCO. Ob Cit. Pág. 161.

⁷⁰³JORDANO FRAGA, FRANCISCO. Ob. Cit. Pág. 161.

finalidad buscada por las partes. Hay que andar hacia el camino de la objetivación si se quieren encontrar resultados más justos.

De la clásica conclusión que, en materia de responsabilidad del deudor se supone como premisa fundamental la culpa de éste, no están ausentes las revisiones doctrinales y jurisprudenciales para criticar esta concepción tradicional como lo observamos anteriormente. Hoy se afirma que para hablar de responsabilidad, es posible apartarnos de la idea de culpa que pueda predicársele a dicho deudor⁷⁰⁴.

La crítica que se puede hacer a esta manera clásica de ver el tema de responsabilidad de las fiduciarias, es hasta donde en los tiempos contemporáneos, lo más conveniente en miras a la protección de la víctima y del interés social, sea continuar en el actual estado de cosas, o en lugar de andar buscando la responsabilidad en una conducta antijurídica o conductas contrarias a derecho, más bien unir esas conductas al riesgo en que se encuentra expuesta la comunidad, aunque en sentido estricto, “no se trate de conductas antijurídicas”⁷⁰⁵.

La responsabilidad con criterios objetivos de imputación se torna indispensable para hacer más dinámicas y competitivas las relaciones empresariales, pues contribuye de una mejor manera al intercambio de los recursos productivos y a una distribución más óptima de los mismos. El empresario deudor deberá

⁷⁰⁴JORDANO FRAGA, FRANCISCO. Ob. Cit. Pág. 27. También MORALES MORENO, ANTONIO MANUEL. *La modernización del Derecho de Obligaciones*. Ob. Cit. Pág. 32. PANTALEÓN, FERNANDO. *Las nuevas bases de la responsabilidad contractual*.

⁷⁰⁵SANTOS BRIZ, JAIME. *Unidad del concepto de culpa civil*. En la obra colectiva *Perfiles de la Responsabilidad Civil en el nuevo milenio*. DYKINSON, Madrid. 2000. Pág. 588.

adoptar medidas más eficientes de diligencia para reducir el peso de su responsabilidad contractual. En esta medida la responsabilidad objetiva en la imputación, aparece más idónea que la responsabilidad por culpa en las relaciones empresariales con mira a lograr los propósitos aludidos, y la misma dinamización y progreso de la actividad fiduciaria.⁷⁰⁶

En lo dogmático, se trata de una exigencia de modernización del derecho de obligaciones, para adaptarlo a una nueva principialística que ya se impone en doctrina y jurisprudencia, pero que debería plasmarse con la reforma al código civil en materia de obligaciones y contratos⁷⁰⁷.

2.2. Examen desde la perspectiva clásica: la responsabilidad con fundamento en la culpa contractual.

En la imputación subjetiva, los elementos constitutivos de la responsabilidad son los juicios de previsibilidad y de evitabilidad. Se pregunta si el causante del daño pudo o no prever las consecuencias de su actuar negligente. Hay culpa no solo cuando se debió prever el daño sino también, cuando con fundamento en las reglas de la experiencia, debió prever el acaecimiento de un hecho dañoso⁷⁰⁸. Este sería un examen elemental para examinar el actuar diligente o no de la fiduciaria. El mismo examen que sería totalmente irrelevante, en un

⁷⁰⁶JORDANO FRAGA, FRANCISCO. Ob. Cit. Pág. 60-61.

⁷⁰⁷MORALES MORENO, ANTONIO MANUEL. *La modernización del Derecho de Obligaciones*. Ob. Cit. Pág. 55.

⁷⁰⁸REGLERO CAMPOS, L. FERNANDO. Ob. Cit. Pág.65.

sistema de responsabilidad fundado en el riesgo⁷⁰⁹ o edificado bajo criterios de objetivación como los que hemos referido en el sistema español.

Observemos las diferentes etapas del contrato para precisar cada estadio de responsabilidad con fundamento en la culpa y en la diligencia debida por la fiduciaria.

2.2.1. El período precontractual

En el periodo precontractual, las partes que se aproximan a un negocio fiduciario deben actuar de buena fe, la cual consiste precisamente en tener un comportamiento leal con el eventual futuro contratante, informándolo adecuadamente sobre los pormenores del negocio en ciernes. Faltar a ese deber y conducta esperada, puede dar lugar a una examen de responsabilidad durante los tratos preliminares.⁷¹⁰ En esta etapa la entidad fiduciaria está obligada a actuar de buena fe, no solamente con el futuro fideicomitente, sino con los posibles y futuros beneficiarios de la fiducia. Uno de esos sub deberes consiste en un especial deber de seriedad y diligencia, en todas las actuaciones precontractuales. La buena fe también es asesoramiento debido y concejo a las partes interesadas en la operación fiduciaria.

⁷⁰⁹REGLERO CAMPOS, L. FERNANDO. Ob. Cit. Pág. 67.

⁷¹⁰El fundamento legal para este deber de comportamiento, se encuentra en la legislación colombiana en el artículo 863 del Código de Comercio que dice que “*Las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen.*”

De las más delicadas labores precontractuales, es la escogencia del fideicomitente. No toda persona puede calificar para esta actividad. Con las peligrosas regulaciones legales que afectan la autonomía del patrimonio fideicometido en algunas legislaciones⁷¹¹, como lo es la posibilidad que se le concede a los acreedores del fideicomitente, anteriores a la constitución del fideicomiso, para perseguir los bienes transferidos, se torna el deber de informarse convenientemente sobre el posible candidato a fideicomitente, como una especial expresión del examen de buena fe con que debe comportarse la fiduciaria. Fallar en esta escogencia, puede comprometer los intereses de futuras personas que lleguen a negociar con el fideicomiso o a ser sus beneficiarios, piénsese por ejemplo, en permitir que actúe como fideicomitente, una persona vinculada con la actividad del narcotráfico, cuyo patrimonio puede ser perseguido por los funcionarios que adelantan las investigaciones e incluso comprometer la responsabilidad de los demás intervinientes en una indagación por lavado de activos.

En los sistemas jurídicos que tiene como efecto de la celebración del contrato de fiducia, la conformación de un patrimonio autónomo, el fiduciario deviene como titular de los bienes transferidos, los cuales están afectados al cumplimiento de una finalidad establecida en el acto constitutivo; se supone que estos bienes entregados en fiducia son inembargables, por lo que los

⁷¹¹En Colombia observamos la norma contenida en el artículo 1238 del Código de Comercio, que reafirma las ideas que hemos expuesto. Dice esta norma: “*Los bienes objeto del negocio fiduciario no podrán ser perseguidos por los acreedores del fideicomitente, 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*”.

sustraer de la garantía general de que gozan los acreedores⁷¹². Este principio tiene una excepción y es el hecho de que la fiducia se haya constituido para ocasionar fraude a terceros. En todo caso, los acreedores del fideicomitente podrán perseguir los bienes objeto del negocio fiduciario⁷¹³ si sus acreencias son anteriores a la constitución del mismo⁷¹⁴.

Pero el mencionado principio ha sido tachado de ambiguo, y ha dado lugar a que la doctrina haya planteado varias posturas a su entendimiento⁷¹⁵.

Un sector de la doctrina⁷¹⁶ sostiene que, para perseguir los bienes, no se necesita demostrar nada diferente a la existencia de la obligación anterior a la constitución de la fiducia. Esto en cuanto a los acreedores del fiduciante anteriores a la constitución del fideicomiso, mientras que para el tercero, se debe acreditar además, la intención fraudulenta del fideicomitente. En este proceso se trata de dejar sin efectos un contrato de fiducia para reconstruir el patrimonio del deudor y entonces adelantar el proceso ejecutivo si es el caso, o, al menos, poder denunciar esos bienes para que sean embargados, secuestrados y rematados dentro del mismo proceso.

⁷¹²En Colombia artículos 2488, 1677 y 2492 del código civil colombiano

⁷¹³En Colombia así lo dispone el artículo 1238 de código de comercio, por cierto muy discutido y criticado, en la medida que tal poder de persecución, mantiene los bienes transferidos en la prenda general de los acreedores del fideicomitente, con grave perjuicio para la confianza que se pretende con la figura fiduciaria. Esto amenaza el carácter de autónomo del patrimonio que conforman los bienes transferidos.

⁷¹⁴MENDOZA RAMÍREZ, ÁLVARO: *Fiducia en Garantía*, Dikaion: revista de actualidad jurídica, ISSN 0120-8942, N.º. 4, 1995, Pág. 125 y ss.

⁷¹⁵Superintendencia Bancaria de Colombia, Circular Externa No. 7 de 1996, Título V, Capítulo I, Num. 1, punto 9: En ambas hipótesis hay cabida para una acción pauliana (artículo 2491 del Código civil colombiano) y, en consecuencia, los acreedores del fideicomitente pueden hacer regresar los bienes a su patrimonio mediante el trámite de un proceso ordinario.

⁷¹⁶LÓPEZ BLANCO, HERNÁN FABIO. *Instituciones de derecho procesal civil colombiano*, Parte General, Tomo 1, Dupré, 1997

Para otra parte de la doctrina, se consagran dos tipos de acciones diferentes con trámite procesal diferente: la de los acreedores del fiduciante y del beneficiario sobre los bienes transferidos y los rendimientos que reporten dichos bienes, y la de los interesados para impugnar el negocio fiduciario cuando se ha celebrado en fraude a terceros en orden a reconstruir el patrimonio del deudor. La primera a través de un proceso ejecutivo, la segunda mediante proceso ordinario.

Las fiduciarias se deben preocupar por estudiar la titulación del bien objeto de la transferencia para prevenir que sobre el mismo, pese algún tipo de gravamen, situación condicional o limitaciones al dominio que puedan llegar a generar algún tipo de inconveniente al contrato o que creen dificultades para el cumplimiento de los fines convenidos.

A partir de la constitución de la fiducia sus beneficiarios gozan de una prelación, frente a todos los acreedores del fiduciante, respecto de las acreencias posteriores a la constitución del negocio y que puede hacerse efectiva únicamente sobre los bienes objetos del contrato.

2.2.2. El período contractual

2.2.2.1. Concepto general

La fiducia es un negocio jurídico de sustitución y como tal implica una actuación por cuenta ajena por parte de una entidad especializada a favor de llamados fideicomitente y de los beneficiarios de la fiducia, por lo que los resultados de la gestión que realizará la fiduciaria, no son para su propio beneficio sino para las demás partes involucradas con el contrato.

Las obligaciones de la fiduciaria pueden ser de dar, hacer o no hacer; pero no pueden formularse en términos generales, pues todo depende del tipo de negocio fiduciario de que se trate. Así, tenemos que los derechos y las obligaciones de la fiduciaria se precisan para cada caso concreto, teniendo en cuenta, de una parte, la naturaleza jurídica de los bienes que serán objeto del fideicomiso y por la otra, los fines que se persigan con dicha operación. No son las mismas facultades y obligaciones del fiduciario, cuando la materia del fideicomiso la forman bienes inmuebles, que cuando solamente se afectan derechos personales. La fiduciaria no asume las mismas obligaciones cuando se trata de un fideicomiso de garantía, que cuando el encargo consiste en liquidar los pasivos de una compañía deudora.⁷¹⁷

⁷¹⁷VILLA GORDA LOZANO, JOSÉ MANUEL. *Doctrina general del fideicomiso*. Porrúa. México 1982 Pág. 167.

2.2.2.2. Naturaleza de las Obligaciones de la Fiduciaria: obligaciones de medio y obligaciones de resultado.

Se ha edificado el criterio alrededor de la naturaleza de la obligación de la fiduciaria, que su obligación es de medio y no de resultado, queriendo con ello significar que debe poner toda su diligencia y cuidado en la buena marcha del encargo encomendado, pero sin que se encuentre obligada a resultados concretos, tal como sucede en las responsabilidades que adquieren ciertos profesionales, como lo son los corredores, los médicos y los mismos abogados⁷¹⁸. Se trata de una generalización peligrosa y que se convierte en una grave desproporción de las finalidades del contrato, con grave riesgo de desalentar las operaciones fiduciarias⁷¹⁹.

⁷¹⁸La misma Superintendencia Bancaria de Colombia ha ratificado esta creencia, cuando en su resolución 3914 de 1986, refiriéndose al manejo de los fondos comunes ordinarios, señaló en su artículo 8. Que: *“Teniendo en cuenta que sus obligaciones son de medio y no de resultado, las sociedades fiduciarias así deberán expresarlo en forma visible en los contratos que celebren para el efecto y, demás, se abstendrán de garantizar un rendimiento para los dineros recibidos”*.

⁷¹⁹El sabor de esta directriz se encaminaba a distinguir la labor de aquellas entidades financieras que comenzaban a actuar como “intermediarias” de lo que normalmente hacían los bancos comerciales. Lo primero, es que los recursos obtenidos por fiducia no podían destinarse a préstamos, sino a inversiones y que el fideicomitente corría el riesgo que tenía la mencionada inversión (RODRIGUEZ AZUERO, SERGIO: La responsabilidad del fiduciario, Ediciones Rosaristas, Bogotá, 1997. Pág. 38.). El objetivo de esta intención era evitar que los llamados fideicomisos de inversión se dedicaran a captar dineros de la comunidad para proceder a entregarlos en préstamo, y además, que las fiduciarias no pudieran garantizar tasas de interés ni rendimientos. En este último sentido, la estrategia fue formular en sentido general, que las obligaciones de las fiduciarias no eran de resultado sino de medio (Posteriormente, esta medida originalmente establecida para los fideicomisos de inversión, se generalizó, en el Estatuto Orgánico del Sistema financiero, para todas las operaciones fiduciarias). Si bien una afirmación de esta naturaleza puede favorecer en un momento dado a las fiduciarias que se dedican a los negocios de inversión, la verdad es que desalienta la utilización de la fiducia en algunos sectores como el público, donde la gestión de terceros con relación a los dineros públicos no puede quedar tan incierta. En Colombia, haber adoptado un sistema tan simplista, como el establecido en el Estatuto Financiero, hizo que la institución de la fiducia se fuera al traste en las entidades públicas, como puede observarse en las discusiones de la ley 80 de 1993 sobre contratación de las entidades estatales, donde el argumento para proscribirla, era precisamente, que era inaudito entregar bienes públicos con la intención de destinarlos a una finalidad, cuando el responsable, la fiduciaria, no se comprometía con un resultado concreto

La tendencia de algunos estudiosos del Derecho privado, la que compartimos plenamente, se inclina por observar que no existen actividades que generen de manera absoluta obligaciones de medio o de resultado⁷²⁰. Así las cosas, las actividades de las fiduciarias, están compuestas tanto por obligaciones de medio, donde la fiduciaria debe desplegar una actividad, siguiendo el modelo de conducta que le corresponde a su *lex artis*, como profesional que es; pero también puede tener otras obligaciones a veces principales, algunas complementarias, donde debe cambiar la realidad física y que son claramente de resultado⁷²¹, como por ejemplo, la de mantener los bienes de la fiducia separados de los suyos, la transferencia de los bienes a la persona beneficiaria en su momento, la de llevar las cuentas debidamente y en ciertas fiducias como la inmobiliaria, de consejo y asesoramiento, la de contratar con un tercero la construcción del respectivo edificio u obra de urbanización según el caso, etc.

⁷²⁰MENDOZA RAMÍREZ, ÁLVARO. *Fiducia en Garantía*, Ob. Cit. p 130

⁷²¹Estas obligaciones se observan en el Art. 1234 del Código de Comercio Colombiano.- “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;
2. Mantener los bienes objeto de la fiducia separados de los suyos y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios;
3. Invertir los bienes provenientes del negocio fiduciario en la forma y con los requisitos previstos en el acto constitutivo, salvo que se le haya permitido obrar del modo que más conveniente le parezca;
4. Llevar la personería para la protección y defensa de los bienes fideicomitidos contra actos de terceros, del beneficiario y aún del mismo constituyente;
5. Pedir instrucciones al Superintendente Bancario cuando tenga fundadas dudas acerca de la naturaleza y alcance de sus obligaciones o deba apartarse de las autorizaciones contenidas en el acto constitutivo, cuando así lo exijan las circunstancias. En estos casos el Superintendente citará previamente al fiduciante y al beneficiario;
6. Procurar el mayor rendimiento de los bienes objeto del negocio fiduciario, para lo cual todo acto de disposición que realice será siempre oneroso y con fines lucrativos, salvo determinación contraria del acto constitutivo;
7. Transferir los bienes a la persona a quien corresponda conforme al acto constitutivo o a la ley, una vez concluido el negocio fiduciario, y
8. Rendir cuentas comprobadas de su gestión al beneficiario cada seis meses”.

Incluso, podemos decir que las obligaciones son de resultado, no solamente refiriéndonos a obligaciones complementarias y accesorias, sino a las mismas fundamentales en ciertas clases de fiducias. Piénsese por ejemplo en las fiducias de administración, en las que la fiduciaria tiene que realizar pagos, celebrar contratos, convocar juntas, liquidar cuentas, pagar obligaciones a plazo o bajo condición, someter a régimen de propiedad horizontal, contratar interventor o hacer la interventoría. Evidentemente, no cumplir con tales obligaciones hará presumir su responsabilidad y para desvirtuarla, tendrá que alegar y acreditar una eximente pertinente, sin que sea relevante para el efecto el examen de su diligencia cumplida.

La tendencia actual se encamina, si no a terminar con esta tradicional discusión entre obligaciones de medio y obligaciones de resultado, por lo menos, a no atribuir genéricamente a una actividad como la que debe desplegar la fiduciaria, un compromiso de entrada, de si sus obligaciones son de medio o de resultado. Habrá siempre que examinar cual es el fin propuesto con la fiducia, su modalidad y los compromisos que asume la fiduciaria como profesional para naturalizar su obligaciones de acuerdo con la referida clasificación.

Se dice que todo fenómeno de responsabilidad contractual se hace presente ante la frustración del resultado esperado, significando con esto, la insatisfacción del interés pretendido por parte del acreedor con el negocio jurídico. Y esta responsabilidad se presenta independientemente del cumplimiento de los deberes de conducta o de prestación que se derivan del

contrato. Por tanto, hay situaciones en las cuales, no obstante el cumplimiento de la prestación, puede quedar insatisfecho el crédito. Por ejemplo, el caso del médico que atiende a un paciente y que, no obstante observar estrictamente todos los deberes a su cargo, no logra salvar la vida de aquél, o restablecer su salud; y a la inversa, es también posible que no obstante el incumplimiento de la prestación, el acreedor logre la satisfacción del crédito: Piénsese en el acreedor de una obligación que tiene por objeto una cosa cierta para transferir su dominio, que, mediante la ejecución forzada, obtiene la satisfacción de su crédito y sin embargo, el deudor incumplió la prestación a su cargo. Es claro entonces, que el acreedor no satisface su interés con la conducta debida por el deudor, sino con el bien o utilidad que constituye ese interés, esto es, el objeto de la relación obligatoria⁷²².

En síntesis, lo que sostenemos en definitiva es que en todo fenómeno de responsabilidad contractual se hace presente la frustración del resultado y nos vemos tentados a considerarlo como una verdad evidente que no admite discusión.

El argumento jurídico concreta la atención del momento responsabilizador cuando el interés del acreedor ha quedado en la insatisfacción o cuando no se le satisface oportunamente, así se le satisfaga después (evento de la mora). Es decir, que el examen de los presupuestos de la responsabilidad no se vale del análisis *a priori* – y, por ende, dogmático - de una supuesta estructura del

⁷²²ZANNONI, EDUARDO A. *Las denominadas obligaciones contractuales de resultado y el incumplimiento sin culpa en el Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial*. Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones. Depalma, Buenos Aires, 1987. Pág. 913

vínculo obligacional conforme a una cronología temporal que une secuencias desde un antes hacia después, sino precisamente a la inversa: parte del hecho dado, la frustración del interés del acreedor, y se remonta – en lo que se ha dado en llamar una “*pronogsis póstuma*”- al antes, para determinar si tal frustración se debe al incumplimiento de la prestación, o su deficiente cumplimiento.

La gran antinomia es saber si la responsabilidad descansa en una atribución subjetiva de incumplimiento - mal cumplimiento -; o por el contrario en la frustración del resultado, objetivamente considerada, debiendo anclarse en criterios meramente objetivos ante la frustración del resultado. En conclusión, si el acreedor logra la satisfacción de su interés insatisfecho, no habrá lugar a responsabilidad. Sólo hay lugar a responsabilidad, cuando el interés insatisfecho deriva de un incumplimiento de las prestaciones a cargo del deudor.⁷²³

Consideramos que el esquema antedicho es perfectamente aplicable a la responsabilidad en el contrato de fiducia, para el cual, la clásica distinción entre obligaciones de resultado o de medio, lejos de aclarar la situación de la responsabilidad de la fiduciaria, contribuye a confundirla y por ello se torna indispensable edificar esta cuestión sobre parámetros más expresivos, tal como lo propone el profesor ZANNONI.⁷²⁴

⁷²³ZANNONI, EDUARDO A. ob. Cit. Pág. 913.

⁷²⁴ZANNONI, EDUARDO A. Ídem. Pág. 908-909.

Dada la complejidad y versatilidad de los negocios fiduciarios y el carácter polifacético que puede cumplir, no es posible clasificar las obligaciones de la fiduciaria como de medio o de resultado en forma excluyente. A veces son de medio y en otras situaciones lo son de resultado⁷²⁵.

2.2.2.3. Algunas Obligaciones y deberes de la Fiduciaria⁷²⁶ y el Examen de la Responsabilidad

a) El deber de cuidado y pericia

Es deber indelegable de la fiduciaria “realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia”⁷²⁷ y adicionalmente⁷²⁸, se dice que la fiduciaria responde en el cumplimiento de su encargo hasta la culpa leve⁷²⁹ en aquellos sistemas de corte liberal, afirmación que es cierta en sentido general, pero no puede ser absoluta, pues siendo la fiducia un negocio marco, considerablemente versátil, es necesario atender a las diferentes obligaciones que corresponden a la fiduciaria, para poder entender su verdadero alcance y significado⁷³⁰.

⁷²⁵RENGIFO GARCÍA, ERNESTO. *La fiducia mercantil y pública en Colombia*.3ª. Ed. Ed. U. Externado. Bogotá. 2012. Pág. 158.

⁷²⁶MARIANI, JOHN, KAMMERER, CHRISTOPHER, GUFFEY-LANDERS, NANCY. *Understanding Fiduciary Duty*, The Florida Bar Journal, march 2010 pp. 21 - 34

⁷²⁷La legislación colombiana, en el artículo 1234 del Código de Comercio.

⁷²⁸Artículo 1243 del C. de Comercio Colombiano.

⁷²⁹MENDOZA RAMÍREZ, ÁLVARO. *Fiducia en Garantía*, *Díkaion: revista de actualidad jurídica*, ISSN 0120-8942, N°. 4, 1995, p. 143

⁷³⁰GÓMEZ AGUIRRE, ALFREDO. *El fiduciario, alcances y responsabilidades de su intervención en proyectos de infraestructura*, <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/167/4.pdf> consultado el 22 de julio de 2010

Como se ha dicho, la inclusión de la culpa en el plano de la responsabilidad contractual, como único presupuesto de la misma, viene siendo ampliamente cuestionada en la doctrina, pues conduce a la exigencia de un doble y redundante fundamento de la responsabilidad, la culpa y el incumplimiento, o mejor la obligación insatisfecha y la culpa, siendo ambos presupuestos, independientes y aptos cada uno de ellos, por sí mismos, para fundamentar la responsabilidad.

Señala la doctrina que la fiduciaria, al administrar el *trust* o patrimonio autónomo, está obligada a desplegar todo el cuidado y la pericia que un hombre de prudencia normal emplea en el manejo de sus propios bienes⁷³¹. También se dice que la fiduciaria será responsable aunque emplee todo el cuidado de un hombre diligente cuando ha actuado, dando así la impresión de tener un grado de competencia mayor⁷³².

En la etapa de ejecución del contrato, las partes están obligadas por el postulado de la buena fe⁷³³. El significado de tal postulado se dimensiona considerablemente en un análisis de la responsabilidad de la fiduciaria en el derecho contemporáneo, pues debe entenderse el deber de buena fe como un deber diferente y adicional al deber de cumplir la prestación. Un deber de

⁷³¹BATIZA, RODOLFO. Ob. cit. Pág. 227

⁷³²La responsabilidad en el cumplimiento del encargo, con el tinte civilista de responder como un buen padre de familia, parece ser asunto extraño al Derecho Comercial, donde tal referencia a situaciones familiares, no da una claridad sobre el verdadero alcance del contenido obligacional de los comerciantes. Por ello somos de la opinión que la noción tripartita de la culpa resulta inadecuada para el mundo del Derecho Mercantil en donde los contratos, por naturaleza, son remunerados y no se concibe la idea de que sólo una parte reporte beneficio.

⁷³³Principio contenido en las legislaciones de corte liberal. Así lo señala la legislación Colombiana en los artículos 871 del código de comercio y 1603 del código civil.

comportamiento en la etapa de ejecución del contrato, que en su función integradora, suple un defecto material normativo que subyace en la legislación mercantil por una inadecuación obvia de la teoría tripartida de la culpa en las relaciones de responsabilidad negocial⁷³⁴.

Somos de la opinión de que, con fundamento en el deber de buena fe, se puede llegar a reclamar de la fiduciaria esa especial diligencia de la cual se escapa aparentemente, por la aplicación de la teoría tripartita de culpa en algunas legislaciones, que remiten a la culpa leve, es decir, a una responsabilidad por culpa mediana⁷³⁵. Si la responsabilidad de la fiduciaria fuera solamente hasta por la culpa leve, significaría que respondería solo de la grave y de la leve, quedando irresponsable de lo que sucediera por culpa levísima, que es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Resulta que la utilización del esquema fiduciario en más de una ocasión lo que está pretendiendo es que alguien especializado y profesional, ponga todo su diligencia en la buena marcha del mismo.

Parece inverosímil que cuando estamos buscando una fiduciaria para que administre un negocio importante, y la escogemos por su profesionalidad y por su prestigio, de entrada le esté señalando la ley, que no está obligada a realizar el encargo con una esmerada diligencia, la que emplearía un hombre juicioso

⁷³⁴RODRÍGUEZ AZUERO, SERGIO. *La Obligación de Reparar y la Responsabilidad Fiduciaria*, Ob. Cit.

⁷³⁵También, en el mismo sentido: CASTRESANA, A., *Fides, bonafides: Un concepto para la creación del Derecho*. Tecnos, Madrid, 1991.

en sus negocios, por el simple hecho de que en principio, sólo respondería hasta la culpa leve⁷³⁶ y no por la levísima⁷³⁷.

Merece el mismo comentario; propugnamos por una tendencia que debe ser la de complementar las inequidades a que puede llevarnos la concepción tripartita de la culpa, basados en la función del principio general de la buena fe, el cual puede llevarnos a complementar la responsabilidad contractual, llenando los espacios que permite la mencionada clasificación tripartita de la culpa, cuando se responde como un buen hombre de negocios, con un deber

⁷³⁶Art. 1243 del Código de Comercio Colombiano.- El fiduciario responderá hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su gestión.

⁷³⁷No es muy prolija la jurisprudencia colombiana sobre el tema de la responsabilidad de las fiduciarias. Se observa un salvamento de voto del Dr. JAVIER TAMAYO JARAMILLO a la sentencia del 9 de agosto de 1995 de la H. Corte Suprema de Justicia de Colombia, constituyendo una aproximación al tema de la diligencia debida por las fiduciarias. Miremos el tema:

“...”

“a) La responsabilidad en la obligación de realizar la gestión encomendada en virtud de la fiducia mercantil.

“En efecto, en cuanto al éxito de su gestión el fiduciario sólo adquiere una obligación de medio, tal como ocurre en general con el mandatario. Así, por ejemplo: si la gestión consiste en adquirir acciones de una sociedad y ésta posteriormente sufre pérdidas que disminuyen el valor de las acciones, entonces, esas pérdidas sólo las asume el fiduciario en tanto y en cuanto se demuestre una culpa de su parte, según se desprende de lo dispuesto en los artículos. 2144 del C.C.; y 1243 del Código de Comercio.

“De igual manera, tratándose de cuerpos ciertos que parecen en poder de un tercero con quien el fiduciario, contrató en virtud de la gestión a él encomendada, dicho fiduciario, como propietario que es, debe correr con los riesgos por la pérdida de la cosa. Piénsese en el caso del inmueble arrendado a un tercero por el fiduciario, y se incendia mientras dura el arrendamiento. Con todo, en circunstancia semejante, aunque el fiduciario es propietario del bien arrendado e incendiado, y, por lo tanto, asume el riesgo de la pérdida, lo cierto es que jurídicamente, la pérdida repercute en el patrimonio autónomo, constituido por los bienes objeto de la fiducia, y no en el patrimonio general del fiduciario, lo que significa que, al terminar la fiducia, el fiduciario transfiere ese patrimonio a la persona designada en el contrato. Es decir, que el patrimonio general del fiduciario no se afecta por dicha pérdida, a menos que ésta se hubiere producido porque el fiduciario no empleó la diligencia a que estaba obligado por la ley. En la práctica pues, la pérdida la asume el beneficiario a quien se le debía transferir la cosa perecida, al término del contrato de fiducia”.

Consideramos que este enfoque, válido desde el punto de vista tradicional de la clasificación tripartita de la culpa, debe evolucionar, apoyándose en el principio general de la buena fe, hacia un deber de la diligencia por encima de la culpa leve, es decir, por toda clase de culpa.

El mismo salvamento de voto agrega más adelante lo siguiente:

“Finalmente, si los bienes transferidos por el fideicomitente al fiduciario están constituidos por sumas de dineros que el fiduciario entrega a un tercero en virtud de un contrato de mutuo, depósito, etc., todo ello en cumplimiento de su gestión, el no pago de dichas sumas por parte del deudor al fiduciario, no hace a éste responsable, a menos que hubiere garantizado el resultado o que se demuestre una culpa grave o dolosa de su parte. En este caso la obligación del fiduciario era hacer y no dar. No se puede tornar al fiduciario garante o deudor incondicional de dichas sumas, al menos que él a ello se obligue”.

especial y profesional de diligencia el cual necesariamente, obliga a la máxima diligencia.

b) La Representación

La fiducia es esencialmente representativa. Esto, debido a que la fiduciaria obra siempre en representación del patrimonio autónomo y así debe indicarlo en sus actuaciones frente a terceros. En concordancia también con el principio de la buena fe, la fiduciaria tiene un especial deber de información frente a terceros sobre la realidad del fideicomiso y la calidad en que actúa con respecto del mismo⁷³⁸. No siendo clara en su información y dada la calidad en la que obra, puede llegar a comprometer su propio patrimonio⁷³⁹.

Así las cosas, podemos afirmar que la fiduciaria actúa en nombre y representación del patrimonio autónomo, aun si que ello se pacte en el contrato⁷⁴⁰. Esta premisa la obtenemos del siguiente análisis:

⁷³⁸El artículo 1234 Del C. de Comercio Colombiano, en su numeral 6° se convierte en el inspirador de este deber por cuanto señala:

“Procurar el mayor rendimiento de los bienes objeto del negocio fiduciario, para lo cual todo acto de disposición que realice será siempre oneroso y con fines lucrativos, salvo determinación contraria del acto constitutivo”.

⁷³⁹RODRÍGUEZ AZUERO, SERGIO. *La Obligación de Reparar y la Responsabilidad Fiduciaria*, Ob. Cit.

⁷⁴⁰A propósito de este tema ha dicho el Consejo de Estado, en sentencia de 14 de junio de 1994, ponente el M. DELIO GÓMEZ LEYVA⁷⁴⁰: *“... por tanto no resulta de recibo el argumento según el cual la actuación de la fiducia fue un interés del fondo común ordinario, a través de la figura del mandato sin representación en virtud del cual las operaciones a futuro se celebraron a nombre propio pero por cuenta ajena, pues el negocio fiduciario exige la separación de los bienes fideicometidos de los demás bienes de otros fideicomisos, y de los bienes propios de la sociedad fiduciaria, lo cual significa que el fiduciario no compromete su responsabilidad patrimonial, en tanto que en el mandato sin representación no existe tal separación y el mandatario sí compromete su propio patrimonio, por lo que en la administración de un fondo común ordinario no existe la posibilidad de actuar en nombre propio pero por cuenta del fideicomitente o del patrimonio autónomo, y por ende, las fiduciarias sólo actúan en nombre y por cuenta de otro y así deben darlo a conocer en el desarrollo de la gestión allí encomendada”.*

El mismo Consejo de Estado en la sentencia mencionada, cita la argumentación expuesta por la Superintendencia Bancaria (hoy Superintendencia Financiera), la que expuso en su momento en el caso que dio origen al proceso, y que definió de la siguiente manera teniendo como premisa que la situación

- Porque es su deber mantener los bienes recibidos en virtud del fideicomiso separados de los suyos y de otros que corresponden a otros negocios fiduciarios⁷⁴¹.
- Porque los bienes transferidos no forman parte de la garantía general de sus acreedores⁷⁴².
- Porque los bienes fideicometidos sólo responden por las obligaciones contraídas en el cumplimiento de la finalidad del fideicomiso.

c) Obligación de transferencia de los bienes objeto del contrato a su terminación

En este punto es importante aclarar si la obligación de transferencia de la fiduciaria versa sobre bienes de género o de cuerpo cierto. Una cosa sería que tratándose de géneros, como el dinero, donde se aplica el principio

pueda redundar en provecho de la fiduciaria, cuando en realidad, debió serlo a favor del patrimonio autónomo.

“Empero, puede ocurrir, y de hecho, ocurre, que el fiduciario presente dos caras contrapuestas para fines predeterminados, haciendo valer en unos casos su carácter institucional como entidad financiera y en otros, su calidad de intermediario. Esto es posible, en la generalidad de los casos cuando los bienes fideicometidos son dinero; de ahí, que entre la realidad y la apariencia, la solución no puede ser otra que aquella que más convenga a los intereses del fideicomitente y de los terceros. Así entonces, si el fiduciario no pone de presente ante terceros su calidad de tal, quiere decir que está celebrando para sí el negocio jurídico de que se trate y que, consecuentemente ha prometido su patrimonio personal. Y no podría ser de otra manera, puesto que resultaría contrario a la equidad obligar sorpresivamente al tercero contratante a entenderse con un supuesto representado, en este caso, del fideicomitente, cuyo vínculo como contrato le era desconocido por estar oculto en un comienzo”.

⁷⁴¹Art. 1233 del Código de Comercio.- Para todos los efectos legales, los bienes fideicometidos 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.

⁷⁴²Art. 1227 del Código de Comercio.- “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 el cumplimiento de la finalidad perseguida” y el Art. 1234 que señala como deber indelegable del fiduciario “...Mantener los bienes objeto de la fiducia separados de los suyos y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios”

general de que los géneros no perecen y otra distinta de cuerpos ciertos recibidos por la fiduciaria, donde habría necesariamente que entrar a examinar si hubo o no la diligencia debida en el cuidado y guarda de dicho bien, que le compete a la fiduciaria⁷⁴³.

⁷⁴³El salvamento de voto del Dr. JAVIER TAMAYO JARAMILLO en la citada sentencia del 9 de agosto de 1995 de la H. Corte Suprema de Justicia de Colombia, diferencia los bienes que son soporte material de la obligación de restituir, explicando con ellos, de manera suficiente, el objeto de esta obligación:

“...”

“b) La responsabilidad en la obligación de transferir los bienes al terminar el contrato.

“Pero puede suceder que las pérdidas causadas en ejecución del contrato de fiducia se produzcan mientras los bienes están en cabeza del fiduciario y no en manos de un tercero con quien el fiduciario contrató. Pero en este caso se debe distinguir entre la transferencia de sumas de dinero y la transferencia de cuerpos ciertos.

“Tratándose de sumas de dinero que le fueron entregados por el fideicomitente al fiduciario, éste se hace dueño de las mismas, no sólo en virtud de lo dispuesto en el Art. 1226 del Código de Comercio sino también en virtud de los principios que regulan las obligaciones de género y las que surgen de los contratos de depósito y de mandato.

“En efecto, el Art. 2179 del C.C. hace al mandatario, en este caso al fiduciario, propietario de las sumas de dinero que le entrega al fideicomitente. Por lo tanto, aquí no cabe la discusión sobre la propiedad de los bienes objeto de la fiducia. Dicha discusión sólo tiene importancia en tratándose de la transferencia de cuerpos ciertos. De su lado, el Art. 2246 del mismo código permite al depositario utilizar los dineros que le entregue el depositante, con la obligación, para éste, de restituir otro tanto al terminar el contrato. De esta manera, tratándose de cosas de género, los dineros que transfiera el fideicomitente al fiduciario hace a éste propietario de dichas sumas, naciendo para el fiduciario la obligación de restituir sumas iguales al terminar la fiducia.

“Ahora, de acuerdo con el Art. 1567 del C.C. los géneros no perecen y, por lo tanto, las sumas de dinero que pierda el fiduciario mientras están en su poder no tienen por qué ser asumidas por el acreedor de éste. Si el fiduciario paga equivocadamente a un tercero, su obligación derivada de la fiducia subsistirá y ni siquiera la fuerza mayor o el hecho de un tercero lo exoneran de responsabilidad. Sólo lo exoneraría total o parcialmente la culpa del acreedor, según que sea causa exclusiva o parcial del daño. En consecuencia, la culpa leve a que se refiere el Art. 1243 del Código de Comercio carece de importancia en este tipo de daños. Tratándose de una obligación dineraria, estaremos frente a una obligación de resultado reforzada.

“Todo lo anterior permite considerar que, así estuviéramos frente a un verdadero contrato de fiducia, en el caso sub júdice lo cierto es que la pérdida del dinero que da origen a este proceso debe ser asumida por el Banco demandado, pues no se trata de una pérdida de dinero que el fiduciario hubiese puesto en manos de un tercero a razón de la ejecución del encargo, sino de una suma de dinero que estaba en su poder y que, por hecho de un tercero, perdió.

“Ahora, tratándose de la pérdida de un cuerpo cierto que había sido transferido por el fideicomitente al fiduciario, y que aparece en poder de éste. La solución es la misma que se mencionó para cuando los bienes perecen en poder de un tercero a quien el fiduciario los había entregado, la pérdida la sume el fiduciario, pero ella sólo repercute en el patrimonio autónomo constituido, amenos que no haya empleado la diligencia exigida por la ley, no tiene por qué poner su patrimonio general, a responder por dicha pérdida.

d) Indelegabilidad

La fiducia es un contrato *intuitu personae* y por ende supone como norma general, que sea desempeñada por la fiduciaria contratada⁷⁴⁴.

Una de las obligaciones fundamentales de la fiduciaria frente a los beneficiarios, es la no delegación en terceros de la administración del *trust* o la ejecución de actos que deba realizar directamente.⁷⁴⁵Definitivamente, los deberes principales que surgen para la fiduciaria no pueden delegarse.

Sin embargo, tratándose de obligaciones accesorias o complementarias, en nuestra opinión, esta norma general no puede ser tan absoluta. Veamos por qué:

- En aquellos sistemas donde solamente una persona jurídica puede ser fiduciaria, en consecuencia, puede actuar en cumplimiento del encargo cualquiera de los empleados que trabajan para tal entidad.
- Hay obligaciones derivadas de la fiducia que necesariamente tienen que ponerse en manos de terceros, como por ejemplo, el avalúo de un inmueble, la representación judicial.

Es evidente que la fiduciaria no está facultada para encomendar en un tercero la responsabilidad íntegra en la administración del *trust*, pero hay que admitir

⁷⁴⁴RODRÍGUEZ AZUERO, SERGIO: *La Obligación de Reparar y la Responsabilidad Fiduciaria*, Ob. Cit.

⁷⁴⁵En Colombia esta obligación tiene su sustento normativo en el artículo 1234 del código de comercio, que señala como indelegables los deberes de la fiduciaria y también el principio general que dice que el delegado no puede delegar.

que en ciertas circunstancias, y tratándose de actos discrecionales, se debe entender autorizada para delegar⁷⁴⁶.

Ahora, la fiduciaria puede estar autorizada en el contrato para delegar o como antes se señaló, implícitamente, algunas de sus actividades, para un cabal cumplimiento deben delegarse. En tales hipótesis, habrá que examinar como compromete su actuar. Delegar en persona inidónea indiscutiblemente la haría responsable, como también responderá de la falta de diligencia del delegado.

3. Eximentes de Responsabilidad

El tema de las eximentes de responsabilidad está directamente relacionado con los criterios de imputación. Por ello se dice por la doctrina, que las reglas de responsabilidad son su vez reglas de exoneración del deudor⁷⁴⁷. Se deja de responder, precisamente, cuando no se presenta el presupuesto de responsabilidad que sería la base para atribuírsela al deudor de la prestación. En este sentido, responsabilidad y exoneración, son dos caras del mismo fenómeno⁷⁴⁸. Si estamos ante una responsabilidad contractual con fundamento en la culpa; la regla de responsabilidad sería por tanto la falta de la diligencia debida por el deudor de la prestación y en consecuencia,

⁷⁴⁶RODRÍGUEZ AZUERO, SERGIO. *La responsabilidad del fiduciario*, Ediciones Rosaristas, Bogotá, 1997

⁷⁴⁷JORDANO FRAGA, FRANCISCO. Ob. Cit. Pág. 38.

⁷⁴⁸JORDANO FRAGA, FRANCISCO. Ob. Cit. Pág.38.

la exoneración consiste en haber actuado con dicha diligencia. Al respecto la opinión de JORDANO:

“El contenido de la prueba liberatoria es la negación del fundamento de la responsabilidad (equivale a su ausencia) y todo aquello que no es prueba liberatoria (es decir, ausencia del fundamento de la responsabilidad) es responsabilidad, se incluye en el fundamento de la misma”⁷⁴⁹.

Por ello, la importancia del criterio que se adopte para determinar la responsabilidad de la fiduciaria. Si nos situamos en la escuela de la culpa, la diligencia será el factor para desvirtuar la responsabilidad. Si nos adentramos en criterios de riesgo profesional, no habrá lugar a dicha exoneración alegando diligencia.

La pregunta es elemental, ¿quién debe soportar las consecuencias del dañosas que se derivan para el acreedor por el no cumplimiento de las obligaciones que competen a la fiduciaria?; la fiduciaria que es la profesional y que deriva utilidades de su actividad mediadora, o el mismo acreedor, usuario de sus servicios, que es quién deja de recibir la prestación debida⁷⁵⁰.

Según el criterio de responsabilidad que acojamos, tendremos la respuesta a dicho interrogante. Sin duda, el sistema fundado en la culpa, se recarga a favor del acreedor y en contra de la víctima y el de los riesgos, al lado contrario. Pero además, señala la doctrina,

⁷⁴⁹JORDANO FRAGA, FRANCISCO. Ob. Cit. Pág. 38.

⁷⁵⁰JORDANO FRAGA, FRANCISCO. Ob. Cit. Pág. 38-39.

que es la misma idea de obligación la que entra en el juego, en la medida que con un criterio fundado en los riesgos, se abandona la misma relación obligatoria, para ser transformada en una relación de garantía⁷⁵¹.

Sin embargo, en nuestro criterio, si bien de acuerdo al esquema clásico de la responsabilidad, la fiduciaria podría exonerarse acreditando la mediana diligencia; con la función que le queremos reivindicar al principio de la buena fe, tal exoneración no sería relevante, pues por dicho deber debe responder de toda diligencia. También, la tendencia objetivadora, fundada en la imposibilidad de liberarse el deudor, o no ser por imposibilidad sobreviviente originada en causa no imputable a éste u otras interpretaciones de los sistemas tradiciones que tienden a la distribución de los riesgos entre los contratantes, que se alejan de la idea de culpa para fundar la responsabilidad contractual, sirven para los propósitos advertidos.

Pero además, la fiduciaria, en muchos sistemas jurídicos es un ente profesional, experto en lo que hace; por tanto, la conducta esperada de esta, no puede ser con un modelo de diligencia mediano, el cual se excluye frente a la confianza ofrecida por la fiduciaria, a quienes pretenden sus servicios. En este caso, de ella se espera, no solamente experiencia y conocimiento diestro en lo que hace, sino

⁷⁵¹JORDANO FRAGA, FRANCISCO. Ob. Cit. Pág. 40.

un patrón de conducta adecuado a su actividad, que no puede ser otro que el que se exige al experto profesional, al *artifex*, de allí que su compromiso deba responder por toda diligencia y no por la mediana que se atribuye a la persona media.

Observemos algunas hipótesis que se relacionan con las posibles eximentes:

3.1. La participación de los interesados

Se plantea la incidencia que puede tener la voluntad o aquiescencia del fideicomitente o beneficiarios, en el acto u omisión por el cual se pretende derivar responsabilidad a la fiduciaria. Sucede que en muchas fiducias, en el proceso de administración se vincula a ciertos organismos colegiados decisorios al fideicomitente o a los beneficiarios, quienes aparecen coparticipando en la adopción de ciertas decisiones. En el Derecho angloamericano, el beneficiario que consienta en un acto u omisión del *trustee* que implique incumplimiento del *trust*, siendo capaz y habiendo tenido pleno conocimiento de las circunstancias pertinentes, no tendrá derecho a exigirle responsabilidad⁷⁵².

Consideramos que la formula sobre la exención de responsabilidad de la fiduciaria por la aquiescencia o participación del fideicomitente o los

⁷⁵²BATIZA, RODOLFO. *El fideicomiso*. Púrrua, Mexico, 1980. Pág. 330.

beneficiarios en el acto u omisión, no puede generalizarse como lo hace el Derecho angloamericano. Sucede que en cabeza de la fiduciaria pesa una responsabilidad, dada su profesionalidad de la cual no puede sacudirse bajo pretexto de autorización o contestación de los beneficiarios e interesados que suelen ser legos en la materia. Se supone, que si la fiduciaria es profesional en su actividad, la buena fe en el cumplimiento de su gestión le exige informar, advertir, precaver de posibles daños que pueden ocurrir y no se releva de responsabilidad, porque los fiduciantes legos autoricen o consientan su actuación. El deber de asesoramiento y consejo es implícito a la relación fiduciaria y no puede sustraerse del mismo so pretexto de la participación de los interesados, fiduciantes o beneficiarios.

Piénsese por ejemplo, en una fiducia de administración inmobiliaria donde se vincula a los beneficiarios en la toma de decisiones sobre compras de materiales o equipos y éstos se deciden por equipos de mala calidad. Después la fiduciaria se quiere exonerar de responsabilidad alegando la intervención de los interesados. Sucede que la profesional es la fiduciaria y por ello sólo debió llevar las cotizaciones de equipos que cumplieran con las exigencias de calidad, pues se supone que la escogencia la hacen los participantes bajo el supuesto de que lo que ésta les presenta cumple con los requisitos mínimos de calidad y además, a su cargo estaba la advertencia sobre la idoneidad de los mismos para el mejor provecho de la gestión fiduciaria. En conclusión, no puede sentarse como norma general, que la aceptación del interesado exonere a la fiduciaria, cuando es ella, dada su profesionalidad, la llamada a advertir sobre decisiones que pueden ser perniciosas para el fideicomiso.

En el evento de ser varios los beneficiarios, el consentimiento de uno de ellos no impide a los demás reclamar por el incumplimiento.

Cuando el acto u omisión tienen lugar sin el consentimiento previo del beneficiario, pero sobreviene la ratificación de los beneficiarios, la responsabilidad de la fiduciaria *trustee* queda extinguida.

3.2.La imposibilidad liberatoria.

Es propio el análisis, de acuerdo a criterios clásicos, cuando se trata de obligaciones de resultado que han sido asumidas por la fiduciaria. La forma de liberarse sería por la imposibilidad que sobrevenga para el cumplimiento de la prestación, en términos generales, por el caso fortuito. Sin embargo, actualmente la doctrina viene suprimiendo este criterio como diferenciador de la exoneración de responsabilidad, entre obligaciones de medio y de resultado⁷⁵³. El límite de la responsabilidad contractual, es siempre la imposibilidad sobreviniente de la prestación originada en causa no imputable al deudor, sin importar si la obligación es de medio o de resultado⁷⁵⁴.

La responsabilidad contractual encuentra su límite cuando se presenta una imposibilidad sobreviniente de cumplir la prestación, por un hecho no imputable al deudor. Si la imposibilidad sucede por

⁷⁵³ JORDANO FRAGA, FRANCISCO. Ob. Cit. Pág. 176.

⁷⁵⁴ JORDANO FRAGA, FRANCISCO. Ob. Cit. Pág. 176.

hecho imputable al deudor, la obligación no se extingue y procede la responsabilidad por incumplimiento. La imposibilidad puede ser definitiva o temporal y gozan de idéntica etiología para su análisis y relevancia. El deudor de la prestación de diligencia, la fiduciaria para nuestro análisis, se libera probando que ha prestado la diligencia esperada como *artifex*, pero no es que en este caso la regla de exoneración sea distinta, sino porque al acreditar la diligencia, demuestra que ha cumplido. La regla de responsabilidad es siempre la misma, sino en el contenido de la obligación, que no es el interés primario del acreedor, sino una prestación técnica de diligencia, de conformidad con la *lex artis* del manejo profesional de la fiduciaria⁷⁵⁵.

Esta eximente se concilia con la obligación de diligencia u obligación de medios. Si se incumple la obligación de medios, el deudor se libera probando diligencia, y como en cualquier otra obligación, la única prueba posible, es la imposibilidad liberatoria.⁷⁵⁶

3.3.Cláusulas eximentes de responsabilidad

¿Qué validez puede tener una cláusula insertada dentro del contrato que exonere de responsabilidad a la fiduciaria?. Es un problema que trata la teoría general del contrato, que discute la licitud de cláusulas de exoneración de responsabilidad.

⁷⁵⁵ JORDANO FRAGA, FRANCISCO. Ob. Cit. Pág. 176.

⁷⁵⁶ Arts. 1.105, 1.182, 1.184 del Código Civil. JORDANO FRAGA, FRANCISCO. Ob. Cit. Pág. 176.

De conformidad con el Derecho Civil de corte liberal, la condonación del dolo futuro no vale y por tanto, la disposición contractual en contra de tal prohibición se enfrentaría al orden público y sería nula absolutamente por ilicitud de objeto. En estos mismos ordenamientos, la única posibilidad para exonerarse de responsabilidad es cuando la exoneración se hace en lo tocante a la culpa leve y a la levísima. Como la culpa o descuido grave se equipara al dolo, quedaría proscrita la exoneración contractual de este grado en la culpa.

Pero como ya lo advertimos, el esquema de la culpa tripartita en más de una ocasión resulta inocuo en el ámbito del Derecho Mercantil y más concretamente en el campo de la fiducia. Reiteramos que somos del pensamiento de que en virtud del principio de la buena fe, la fiduciaria se obliga a todo grado de culpa y por tanto no tendría validez la cláusula que pretende exonerarla de responsabilidad alguna.

En el mismo sentido se pronuncia la doctrina mexicana cuando advierte: *“En ocasiones se inserta en el instrumento de trust una estipulación según la cual se exime de responsabilidad a trustee por ciertas infracciones que pueda cometer, disponiéndose que no será responsable sino por falta intencional o negligencia grave. Tal estipulación, que en principio es válida, puede ser ineficaz para lograr su propósito, en situaciones como las siguientes: 1ª Por no quedar la infracción dentro de su alcance; 2ª Por ser la infracción de tal naturaleza que el relevo de responsabilidad vaya contra el orden público; 3ª Por constituir la estipulación un abuso de la relación fiduciaria. Las*

*disposiciones eximentes se interpretan por los tribunales en forma restrictiva, de ahí que el trustee sólo sea relevado si la infracción cometida está claramente comprendida en sus términos*⁷⁵⁷.

Agrega el profesor mexicano BATIZA⁷⁵⁸, una situación completamente similar a la comentada, en cuando a la consideración sobre el dolo futuro que mencionábamos. Dice lo siguiente: *“No es lícito renunciar para lo futuro la nulidad que resulte del dolo o de la violencia (art. 1822). La llamada “cláusula de no - responsabilidad”, empero, se considera lícita”*.

Esta distinción es debida a RENÉ DEMOGUE, quien decidió intervenir en la discusión, aparentemente irreconciliable, entre quienes consideraban que la responsabilidad civil contractual y la extracontractual se sientan en fundamentos distintos, y quienes, al contrario, consideraban que el fundamento del resarcimiento en uno y otro ámbito es el mismo, aunque puedan existir, en cada uno de ellos, normas concretas en el campo de la responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones o por actos ilícitos.

La discusión se presentaba así: Quienes consideraban diferentes el fundamento de la responsabilidad contractual y de la extracontractual, sostenían ello por cuanto la primera se basa en el incumplimiento de una obligación preexistente del deudor, en tanto que la segunda surge en virtud de la violación de un deber genérico de conducta que no presupone una obligación preexistente. De allí que el dualismo de fundamentos condujese a

⁷⁵⁷BATIZA, RODOLFO. Ob. Cit. Pág. 331.

⁷⁵⁸BATIZA, RODOLFO. Ob. Cit. Pág. 330-331

sostener que la prueba de la culpa debe estar sujeta a un régimen diverso. Si la responsabilidad surge del incumplimiento de una obligación convencional, al acreedor le basta probar el incumplimiento del deudor sin necesidad de probar, además, la culpa. En cambio, si la responsabilidad surge de un hecho ilícito, el damnificado deberá probar que su autor obró con culpa para pretender el resarcimiento⁷⁵⁹.

Ahora, las cláusulas eximentes de la responsabilidad pueden presentarse en contratos de libre discusión o en contratos por adhesión. Si sucede en los segundos, otro examen diferente habrá que realizar, en la medida que si el contrato es por adhesión y la fiducia puede y suele serlo, cuando la fiduciaria es una entidad financiera, es ella quién predispone el contenido del contrato en forma unilateral y así lo impone al adherente, usuario de sus servicios. Si el pre disponente ejerce posición dominante, será necesario examinar si ha abusado de su lugar preeminente en el contrato y ello puede darse precisamente insertando cláusulas abusivas y lo sería a guisa de ejemplo, aquella por la cual se disminuya el grado de responsabilidad de la fiduciaria.

La cláusula abusiva sería nula de nulidad absoluta, en la medida que constituye un hecho ilícito y contrario a derecho. El razonamiento también parte de deber de buena fe, pero ya no el que vincula a las partes en el contrato que deben ejecutar de buena fe, sino el que ordena celebrar el contrato con esa misma probidad. Falta a la buena fe al momento de la formación del contrato, quién ejerciendo posición dominante, prepara de

⁷⁵⁹ZANNONI, EDUARDO A. *Las denominadas obligaciones contractuales de resultado y el incumplimiento sin culpa en el Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial*. Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones. Depalma, Buenos Aires, 1987. Págs. 908, 909.

antemano su oferta unilateral que impondrá al adherente e incluye en su clausulado preceptos que lo colocan en una situación de privilegio en materia de responsabilidad contractual. No puede el juez hacer cosa distinta que sancionar el abuso, y esto es precisamente invalidando la cláusula abusiva.

4. La Propuesta para transformar la Responsabilidad de la Fiduciaria más acorde a su función profesional

Es indispensable contemporizar el tema de la responsabilidad contractual a los momentos actuales para que las relaciones de fiducia adquieran su verdadera dimensión de confianza. Los viejos cánones de la escuela liberal, donde la responsabilidad contractual se edifica bajo el criterio de la culpa, pueden afectar a los usuarios de los servicios fiduciarios cuando tienen que reclamar como víctimas de una mala gestión fiduciaria, y de paso afectar el sistema fiduciario que perdería confiabilidad de parte del público que precisa para su dinamización.

Si la sociedad utiliza la fiducia buscando seguridad y confianza para sus diferentes operaciones mercantiles y civiles, incluso algunas que pueden superar en duración a la vida misma de las personas, se hace necesario que el examen de responsabilidad y la subsiguiente reparación del daño no se confunda por los vericuetos de un enfoque netamente individualista, sino que se deduzca de los comportamientos y resultados que se esperan de un

profesional, del *artifex*, experto precisamente en la confianza, como lo son las entidades fiduciarias.

El deber de buena fe, que se impone a los contratantes durante la ejecución del contrato, en un correcto entendimiento, puede servir para propulsar la idea de responsabilidad, sin que por ello se rompa la unidad del sistema. Se trata de potencializar la función de los principios generales en el examen de la responsabilidad contractual. Sin competir con los deberes de prestación, con el sistema liberal de la culpa, y con la diligencia mediana, que se compadece con esa manera tradicional de observar la responsabilidad en los contratos; aparece la buena fe completando, añadiendo, agregando una especial diligencia que debe esperarse de quién se ofrece como profesional y como tal actúa ante la sociedad que demanda sus servicios. Cada cosa en su lugar, de un lado, la responsabilidad derivada de la falta de diligencia; pero también de otro lado, la especialísima responsabilidad que esperamos del *artifex*.

La respuesta de la responsabilidad civil, ya en su conjunto, debe ser adecuada a la función que cumple el negocio fiduciario en la vida cotidiana.

Por lo pronto, el modelo de conducta que se espera de la fiduciaria, debe adecuarse a la actividad económica que regenta y explota y la buena fe que debe desplegar durante la ejecución del contrato, la debe llevar a cumplir la expectativa que ella misma crea entre los usuarios de sus servicios, como el manejo de la fiducia con los más altos niveles de diligencia, que son

precisamente los que se esperan de una entidad profesional que desempeña su actividad en medio de la confianza pública.

Además, es lo que podemos hacer por la vía de la interpretación de los viejos cánones, adaptándolos a los tiempos actuales. Quedará planteado todo un campo por explorarse en favor de las víctimas, el de la responsabilidad de las fiduciarias con fundamento en el riesgo profesional. En muchos sistemas jurídicos las fiduciarias son entidades financieras dedicadas profesionalmente a la explotación comercial de su actividad. Los usuarios depositan su confianza en ellas y hasta les entregan todos sus bienes y ahorros, confiando en que serán manejados adecuadamente; en repetidas ocasiones, es su supervivencia en la vejez la que entra en el juego. La responsabilidad de las fiduciarias no puede menoscabar los intereses del público que cautiva, debe responder por la frustración del propósito primario de estos, así no se deba a su negligencia. Hacia allá debe tender el futuro de la responsabilidad civil de estas instituciones y el derecho ya tiene preparado el camino para conseguir este propósito.

La modernización del derecho de las obligaciones y de los contratos que propone la doctrina española⁷⁶⁰, superando la idea de culpa como presupuesto determinante de la responsabilidad contractual, acudiendo a criterios objetivadores, con fundamento en los principios que imperan en la Convención de Viena sobre la Venta Internacional de Mercaderías y los principios de Unidroit, serían también una forma idónea para lograr el cometido

⁷⁶⁰ MORALES MORENO, ANTONIO MANUEL. PANTALEÓN FERNANDO, JORDANO, FRANCISCO, DÍEZ-PICAZO, LUIS, entre otros.

de objetivar la responsabilidad contractual y superar la idea tradicional de responsabilidad con fundamento en la culpa. Su aplicación en el ámbito fiduciario sería pertinente en relación al tipo de fiducia y la finalidad que se persiga con la misma.

CONCLUSIONES

1. El origen de los fideicomisos en la Roma antigua se debe al perfil estrictamente formalista y preciso de sus instituciones jurídicas; ritualidades que conducían necesariamente a la publicidad de la designación de los herederos, no permitiendo a los testadores flexibilidad para disponer de conformidad con sus deseos en ciertos casos. Los disponentes testamentarios romanos se ven avocados a acudir a figuras que les permitan, sacudirse de la ritualidad y formalismo, para conseguir aplicar sus reales deseos. Precisamente, por no gozar de protección jurídica, los fideicomisos dependían en su totalidad de la fidelidad y honradez de quién recibía ese encargo por parte del testador, quién buscaba por esta vía, escaparse de ciertas rigurosidades que no le permitían dejar legados o herencias a ciertos incapaces. Quedaba a la *fides* del encomendado, a su palabra dada, el cumplimiento de la voluntad del testador, sin que existiese una acción tendiente a hacerlo cumplir, en los inicios de la institución.
2. La que podríamos llamar fiducia romana clásica no implicaba una transmisión de la propiedad en el sentido que la entendemos hoy. Es más, para la época no se había desarrollado la idea del dominio de hoy. Se trataba de un negocio jurídico anclado en la *fides bona* negocial; el *dominus* confiaba al cesionario un *usus* de la cosa, bien con

fines de garantía o con finalidad de salvaguardarla, pero con la intención clara de obtener su restitución una vez cumplidos los objetivos.

3. Será la escuela Pandectística Alemana la que retome el tema fiduciario y lo introduzca en la teoría del negocio jurídico, quedando la inseguridad de si su trabajo coincide con lo que en Roma se tenía por fiducia, o si se trata más bien de un acomodo. Cualquiera que se sea la respuesta, que las hay de muy variadas notas sobre este punto, la realidad, es que en todos los negocios fiduciarios a partir de los pandectistas y hasta los contemporáneos, no puede desconocerse la existencia de un hilo común, que no es otra que la fiducia romana. No hay duda que Roma y su sistema jurídico, son la raíz de las instituciones fiduciarias en todas sus manifestaciones, así no coincidan exactamente con la imagen que pretendieron los pandectistas.

4. En una sociedad como la actual, caracterizada por un constante flujo de capitales y personas requiriendo crédito de manera constante durante toda su vida productiva y la de sus empresas, una institución milenaria como la fiducia, viene a aportar una nueva dinámica, por la confianza y la seguridad que ofrece, y la utilización que puede tener para la gestión de intereses ajenos y la tutela del crédito.

Hay que advertir, el *pactum fiduciae* romano, el *Trust* anglosajón, el contrato e fiducia o de fideicomiso no son figuras idénticas, ellas se dieron como solución a ciertas necesidades puntuales, y como toda figura jurídica es el reflejo de la costumbre y una sociedad determinada, por lo que los caracteres similares que se encuentran en ellas no son más de lo que se pueden ver en aquellas referencias históricas que han sido objeto del tránsito a sistemas jurídicos posteriores y divergentes.

Debe tenerse en cuenta que la naturaleza versátil y dinámica del *Trust* es consecuencia del ambiente jurídico en el que se dio, así como de la estructura del sistema y doctrina jurídica anglosajona, por lo que replicarla en el sistema romano germánico es un imposible y en tal medida solo queda hacer con la fiducia el mejor esfuerzo para lograr una herramienta tan bien diseñada como su referente inglés.

5. Respecto a la naturaleza jurídica de la fiducia, bajo la óptica del sistema jurídico continental, esta sólo puede concebirse como un negocio de estructura compleja, de naturaleza contractual y no como un acto unilateral de voluntad, puesto la sola manifestación del fiduciante no tiene el poder suficiente para crear afectaciones patrimoniales y menos de transferir alguno de sus bienes a un posible fiduciario. Es el fiduciario el personaje principal de este contrato y es su principal cometido responder a la confianza que en él ha depositado el fiduciante. La atipicidad de la figura en ciertos países, complica más su estructura negocial y abre grandes debates sobre la transmisión patrimonial y la

causa del negocio. En los sistemas donde se encuentra regulada, es más simple su estructura y la naturaleza patrimonial de la fiducia no es otra que la de un patrimonio en afectación, que responde a la finalidad buscada por las partes. Y en lo que a la causa respecta, no se presenta tanta diversidad de teorías, es suficiente causa el propósito querido por los negociantes, en la medida que la fiducia cumple las funciones que estos le asignan en el contrato que celebran.

6. La utilización de la fiducia como opción de garantía, ofrece una real eficacia para los propósitos buscados. Por su agilidad, versatilidad y facilidad para recuperar el crédito en mora y la seguridad de la garantía en cabeza de la fiduciaria. Los riesgos que se observaban del abuso de la fiduciaria, lo contrarrestan algunos sistemas con la formación del patrimonio autónomo o de afectación, que mantiene los bienes transmitidos separados del patrimonio de la fiduciaria. Así tenemos como conclusión que la función económica que cumple toda fiducia, como instrumento contractual, es precisamente otorgar confianza a las partes para realizar sus operaciones o actividades, cuando se encuentran urgidas o necesitadas de tan peculiar propósito.

En el escenario latinoamericano, la fiducia ha tomado gran fuerza como negocio financiero y en todos y cada uno de los países expuestos, la fiducia en garantía ha tomado importancia y ha sido punto de discusiones y avances doctrinales y legales.

Hay que hacer una llamada para responder legal y jurisprudencialmente por el desarrollo de esta institución; observarla como una seria opción de garantía crediticia y de gestión de intereses ajenos; propugnar por un buen uso. Las discusiones jurídicas sobre su aceptación y naturaleza, se tornan inocuas frente a una realidad que se impone. Las exposiciones y discusiones doctrinales en algunos sistemas romano-germánicos, ha ocasionado una confusión, que perjudica su práctica.

7. Un nota aparece como fundamental para lograr los propósitos que persiguen las partes con el negocio fiduciario y es la posibilidad que existe en los sistemas jurídicos de algunos países, para la formación del patrimonio autónomo o de afectación especial que surge como efecto de la transferencia de bienes, con los cuales se ha de cumplir la finalidad buscada, que es consecuencia propia de la celebración del contrato de fiducia mercantil.

8. La transferencia que se realiza como consecuencia de la celebración de un contrato de fiducia mercantil es a título de confianza, y con ello se está indicando precisamente cuál es el alcance de la titularidad que se ostenta de la fiduciaria.

9. La naturaleza jurídica de la propiedad fiduciaria es simplemente ser propiedad fiduciaria y lo que ello implica; esto es, una titularidad completa y absoluta para cumplir con la finalidad objeto del encargo contenido en el contrato de fiducia. Por fuera del encargo conferido al fiduciario y el marco de la finalidad perseguida con el fideicomiso, no puede actuar ni le alcanzan las atribuciones; su titularidad no alcanza para ello.
10. Somos partidarios de propugnar por una visión más justa del esquema de responsabilidad para las fiduciarias. Mientras no sucedan reformas legislativas que tiendan hacia un tratamiento de la responsabilidad protector de las víctimas, es labor de los intérpretes y jurisprudentes buscar el equilibrio. Se hace necesario incorporar en el análisis otros razonamientos a los cuales se pueda llegar por vía interpretativa de los preceptos actuales. El principio de la buena fe, puede servir a estos propósitos, para oxigenar la teoría de la responsabilidad de corte individualista, hacia una responsabilidad basada en el riesgo profesional. En virtud del deber de buena fe, se puede llegar a reclamar de la fiduciaria esa especial diligencia de la cual se escapa aparentemente, por la aplicación de la teoría tripartita de culpa en algunas legislaciones, que remiten a la culpa leve, es decir, a una responsabilidad por culpa mediana, la del buen hombre de negocios. Si la responsabilidad de la fiduciaria fuera solamente hasta por la culpa leve, significaría que respondería solo de la grave y de la leve, quedando irresponsable de lo que sucediera por culpa levísima, que es la falta de

aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Resulta que para esa actividad es que se busca la fiduciaria, como *artifex*.

Propugnamos por una tendencia que debe ser la de apartarnos de la concepción tripartita de la culpa, basados en la función del principio general de la buena fe, el cual puede llevarnos a reformular la responsabilidad contractual, llenando los espacios que permite la clasificación tripartita de la culpa, con un deber especial y profesional de diligencia el cual necesariamente, obliga a la máxima diligencia. Se observa como la evolución de la responsabilidad contractual viene desde los orígenes más antiguos ligada a la idea de *fides* y su correlativa evolución hacia la *bona fides*; por tanto es conclusivo que el tema de la responsabilidad contractual se fundamente desde sus inicios en el principio de la buena fe y es con base en el mismo principio que continúan en la actualidad marcando nuevos desarrollos como el que estaremos proponiendo en el campo de la fiducia en general y la fiducia en garantía en particular. La buena fe ha sido el principio catalizador para dinamizar la responsabilidad de los negocios a lo largo de la historia del derecho privado; en los momentos actuales vuelve a prestar su dinámica con el objeto de hacer más actual el criterio de responsabilidad de las fiduciarias, más acorde a las necesidades de los tiempos actuales.

11. La tendencia actual se encamina, si no a terminar con esta tradicional discusión entre obligaciones de medio y obligaciones de resultado, por lo menos, a no atribuir genéricamente a una actividad como la que debe desplegar la fiduciaria, un compromiso de entrada, de si sus obligaciones son de medio o de resultado. Habrá siempre que examinar cual es el fin propuesto con la fiducia, su modalidad y sus compromisos como profesional para naturalizar su obligaciones de acuerdo con la referida clasificación.

12. Las cláusulas eximentes de la responsabilidad pueden presentarse en contratos de libre discusión o en contratos por adhesión. Si sucede en los segundos, otro examen diferente habrá que realizar, en la medida que si el contrato es por adhesión y la fiducia puede y suele serlo, cuando la fiduciaria es una entidad financiera, es ella quién predispone el contenido del contrato en forma unilateral y así lo impone al adherente, usuario de sus servicios. Si el pre disponente ejerce posición dominante, será necesario examinar si ha abusado de su lugar preeminente en el contrato y ello puede darse precisamente insertando cláusulas abusivas y lo sería a guisa de ejemplo, aquella por la cual se disminuya el grado de responsabilidad de la fiduciaria.

La cláusula abusiva sería nula de nulidad absoluta, en la medida que constituye un hecho ilícito y contrario a derecho. El razonamiento también parte de deber de buena fe, pero ya no el que vincula a las

partes en el contrato que deben ejecutar de buena fe, sino el que manda a celebrar el contrato con esta misma probidad. Falta a la buena fe al momento de la formación del contrato, quién ejerciendo posición dominante, prepara de antemano su oferta unilateral que impondrá al adherente e incluye en su clausulado preceptos que lo colocan en una situación de privilegio en materia de responsabilidad contractual. No puede el juez hacer cosa distinta que sancionar el abuso, y esto es precisamente invalidando la cláusula abusiva.

13. Por lo pronto, es lo que podemos hacer por la vía de la interpretación de los viejos cánones, adaptándolos a los tiempos actuales. Quedará planteado todo un campo por explorarse en favor de las víctimas, el de la responsabilidad de las fiduciarias con fundamento en el riesgo profesional. En muchos sistemas jurídicos las fiduciarias son entidades financieras dedicadas profesionalmente a la explotación comercial de su actividad. Los usuarios depositan su confianza en ellas y hasta les entregan todos sus bienes y ahorros, confiando en que serán manejados adecuadamente; muchas veces, es su supervivencia en la vejez la que entra en el juego. La responsabilidad de las fiduciarias no puede menoscabar los intereses del público que cautiva, debe responder por la frustración del propósito primario de estos, así no se deba a su negligencia. Hacia allá debe tender el futuro de la responsabilidad civil de estas instituciones y el derecho ya tiene preparado el camino para conseguir este propósito.

14. La modernización del derecho de las obligaciones y de los contratos que propone la doctrina y hacia donde avanza la jurisprudencia, superando la idea de culpa como presupuesto determinante de la responsabilidad contractual, acudiendo a criterios objetivadores, con fundamento en los principios que imperan en la Convención de Viena sobre la Venta Internacional de Mercaderías y los principios de Unidroit, serían también una forma idónea para lograr el cometido de objetivar la responsabilidad contractual y superar la idea tradicional de responsabilidad con fundamento en la culpa, tan perjudicial para la víctima.

BIBLIOGRAFIA

DOCTRINAS:

ALBALADEJO GARCIA, MANUEL. “*El llamado Negocio fiduciario es simplemente un negocio simulado relativamente*”. AC, 1993-4.

-. Prologo a FUENTESECA, CRISTINA. Ob. Cit. Pág. 12-14.

-. *El Negocio Jurídico*. 1958.

ALONSO PEREZ, MARIANO. *El error sobre la cusa*. En Estudios de Derecho Civil en honor del Prof. Castán Tobeñas. , t. III EUNSA, Pamplona, 1969.

-. “*Sobre la esencia del Contrato Bilateral*”. Acta Salmaticensia-Universidad de Salamanca, 1967. Salamanca.

AMALLO N., DANIELA. *Fideicomiso*. Buenos Aires: Ed. De Palma, 1996.

ANDREOLI, EDOARDO. *Il Trust nella prassi bancaria e finanziaria*. Padova: Cedam, 1998.

BARRIERE, F. “*Fiducie: ce que pourrait changer la proposition de loi du 8 février 2005*”. Option Finance, 2005.

BATIZA, RODOLFO. *El Fideicomiso*. México: Ed. Purrúa, 1990.

—. *El Fideicomiso, teoría y práctica*. Cuarta edición. México: Ed Purrúa, 1980.

—. *Principios Básicos del Fideicomiso y de la Administración Fiduciaria*. México: Ed. Purrúa, 1985.

BETANCOURT, FERNANDO. *Derecho Romano Clásico*. 3a edición. Sevilla: Ed. Sevilla, 2007.

BETTI, EMILIO. *Teoría del Negocio Jurídico*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959.

—. *Teoría General de la Obligaciones*. Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, 1970.

BONFANTE, PIETRO. *Instituzioni di diritto romano*. Décima edición. Roma: Universita Roma, 1934.

BONNECASE, JULIEN. *Elementos de Derecho Civil*. Vol. T. II. Puebla: Ed. José M. Cajica, 1945.

BRAVO ARTEAGA, JUAN RAFAEL. *Derecho Tributario y Reflexiones*. Bogotá: Ed. Universidad del Rosario, 2008.

CARIOTA-FERRARA, LUIGI. *I Negozi Fiduciari*. Padova: Cedam, 1933.

CARREGAL, MARIO ALBERTO. *EL FIDEICOMISO*. BUENOS AIRES: ED. UNIVERSIDAD, 1982.

CASAS SANZ DE SANTAMARIA, EDUARDO. *El abc de los servicios fiduciarios en Colombia*. Bogotá: Ed. Temis, 1997.

CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ. *El Derecho Civil Español, común y foral*. Vol. 2. Madrid: Reus S.A., 1987.

-. *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Tomo IV. Reus, Madrid, 1981.

CASTRESANA, AMELIA. *Fides, bona fides: un concepto para la creación del derecho*. Madrid: Tecnos, 1991.

CLARO SOLAR, LUIS. *"Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, Volumen IV de los bienes"*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1979.

CLAVERÍA GOSÁLVEZ, LUIS HUMBERTO. *La Causa Del Contrato*. Publicaciones Del Real Colegio De España. Bolonia1998.

CORTÁZAR LORENTE, CARLOS. *Trust y empresa familiar*. Barcelona: Bosch, 2007.

DAVID, RENÉ. *Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos*. 2a edición. Traducido por Pedro Bravo Gala. Madrid: Aguilar S.A. Ediciones, 1969.

DE ÁNGEL YAGÜEZ, RICARDO. *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil*. Madrid: Civitas, 1995.

-. *Problemas que suscita la venta en garantía en relación con los procedimientos de ejecución del deudor*. RCDI, 1973, n. 494.

DE ARESPACOCCHAGA, JOAQUÍN. *El Trust, La Fiducia y Figuras Afines*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2000.

DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO. *El negocio fiduciario. Estudio crítico de la teoría del doble efecto*. Madrid: Reus S.A., 1972.

—. *El negocio jurídico*. Madrid: Civitas, 1985.

-. *Derecho Civil de España*. Thomson- Civitas, Navarra, 2008.

DE CORES, CARLOS, Y ENRICO GABRIELLI. *El nuevo derecho de las garantías reales*. Bogotá, México, Madrid, Buenos Aires: Temis, Zavalia, Reus, Ubijus, 2008.

DE LOS MOZOS, JOSÉ LUIS. *El negocio jurídico*. Motecorvo: Ed. Estudios de Derecho Civil, 1987.

- DE LOS MOZOS, JOSÉ LUIS. *Negocio Fiduciario*. La ley, Madrid, 1986.

DÍEZ-PICASO, LUIS, Y ANTONIO GULLÓN. *Sistema de Derecho Civil*. Madrid: Tecnos, 1988.

DÍEZ-PICAZO, LUIS. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Tomo II, Las Relaciones obligatorias*. Sexta Ed. Thomson-Civitas. Navarra, 2008.

- *Ensayos Jurídicos. Tomo II El concepto de causa en el negocio jurídico*. En Estudios de Homenaje al Prof. Ignacio Serrano. Universidad de Valladolid. 1963. Ed- Civitas-Thomson- Reuters. Pamplona. 2011.

- *Ensayos Jurídicos. Tomo II. La Responsabilidad Civil Hoy*. En Conferencias sobre el seguro de responsabilidad civil. Universidad de Deusto. Bilbao. 1979. Ed- Civitas-Thomson-Reuters. Pamplona. 2011.

DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, JORGE ALFREDO. *El Fideicomiso ante la Teoría General del Negocio Jurídico*. 3a edición. México: Porrúz S.A., 1982.

ENCICLOPEDIA JURIDICA ESPAÑOLA. Barcelona: Francisco Seix, 1910.

- FABREGA, JUAN PABLO. *El fideicomiso panameño y sus características*. Panamá: Fabrega Molino & Mulino, 2001.
- FUENTESECA, CRISTINA. «Análisis de la posible relación entre la fiducia romana y el trust anglosajón.» *Revista de Derecho privado* (Editoriales de Derecho Reunidas S.A.), 1998: 43 y ss.
- . *El negocio fiduciario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1997.
- GALICIA AIZPURUA, GORKA. *Causa y Garantía fiduciaria*. Tirant lo blanch, Valencia, 2012.
- GALGANO, FRANCESCO. *El negocio jurídico*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1992.
- GARRIGUEZ DÍAZ-CAÑABATE, JOAQUIN. *Negocios Fiduciarios en el Derecho Mercantil*. Madrid: Civitas, 1981.
- GAVIRIA GUTIERREZ, ENRIQUE. *Lecciones de Derecho Comercial*. 2a edición. Medellín: Editorial Dike, 1987.
- GOLDSCHMIDT, ROBERTO, Y PHANOR EDER. *El fideicomiso (trust) en el derecho comparado (especialmente americano)*. Buenos Aires: Ediciones Acayú, 1954.
- GÓMEZ HOYOS, ENRIQUE. *Las sedes históricas de la cultura jurídica europea*. Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2010.
- HAYZUS, JORGE ROBERTO. *Fideicomiso*. Buenos Aires: Astrea, 2011.
- JIMENEZ SANCHEZ, MARCO ANTONIO. *Estudios sobre el fideicomiso*. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, 2007.
- JORDANO BAREA, JUAN B. *El Negocio Fiduciario*. Barcelona: Bosch, 1959.
- JORDANO FRAGA, FRANCISCO. *La responsabilidad contractual*. Madrid: Civitas, 1987

KIPER, CLAUDIA MARCELO, Y SILVIO V. LISOPRAWSKY. *Tratado de Fideicomiso*. Buenos Aires: Depalma, 2003.

LEÓN GONZÁLEZ, JOSÉ MARÍA. «La culpa del dañado en la responsabilidad extracontractual.» Editado por La Ley. *Revista Práctica de Derecho de Daños* volumen 90 (2011): Pág. 7.

LEPAULLE, PIERRE. «*De la nature du trust.*» *Journal du Droit International Privé*, julio - octubre 1927: Pág 966-982.

—. *Tratado teórico y práctico de los trusts*. México: Ed. Purrúa, 1975.

LLAMAS POMBO, EUGENIO. *La responsabilidad civil del médico; aspectos tradicionales y modernos*. Madrid: Ed. Trivium, 1988.

- «*Responsabilidad médica, culpa y carga de la prueba.*» En *Perfiles de la Responsabilidad Civil en el Nuevo Milenio*. Madrid: Dykinson, 2000.
- *Estudios de Derecho de obligaciones*. Homenaje al profesor MARIANO ALONSO PÉREZ, coord. por EUGENIO LLAMAS POMBO, t II, La Ley Madrid, 2006.

LÓPEZ BLANCO, HERNÁN FABIO. *Instituciones de derecho procesal civil colombiano*. Bogotá: Dupré, 1997.

LÓPEZ MEDINA, DIEGO Eduardo. «*Teoría impura del derecho.*» *La transformación de la cultura jurídica latinoamericana* (Legis-Universidad de los ANdes), 2004.

LOZANO, MARIO. *Los grandes sistemas jurídicos*. Madrid: Ed. Debate, 1982.

MANRIQUE NIETO, CARLOS E. *La Fiducia en Garantía*. Bogotá: Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez y Universidad de los Andes, 1998.

MARGADANT S., GUILLERMO F. *Derecho romano*. X ed. México: Ed. Esfinge, 1981.

MARIANI, JOHN, CHRISTOPHER KAMMERER, Y NANCY GUFFER-LANDERS. «*Understanding Fiduciary Duty.*» *The Florida Bar Journal*, 2010.

MARÍN LÓPEZ, J.M. «*Comentario a la STS de 26 de abril de 2001. Compraventa con pacto de retro (contrato simulado) que esconde una transmisión de*

la propiedad en garantía de una deuda ajena (contrato disimulado). Distinción entre ambas figuras. Régimen jurídico de la transmisión de la propiedad en garantía (venta en garantía): violación de la prohibición de pacto comisorio, y posibilidad de ejercitar una acción real contra el bien que sirve de garantía". Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, Madrid. Ed. Civitas, 2002,

MARTÍN LEÓN, ANTONIO. *Negocios Fiduciarios, Simulación y Transmisión de la propiedad*. Thomson-Reuters-ARANZADI, Navarra, 2012.

MARTÍN PÉREZ, JOSÉ ANTONIO. "la causa del contrato ante el proceso de armonización europea(razones de una desaparición inevitable y quizás aparente)", en Estudios de Derecho de obligaciones. Homenaje al profesor MARIANO ALONSO PÉREZ, coord. por EUGENIO LLAMAS POMBO, t II, La Ley Madrid, 2006

MENDOZA RAMÍREZ, ÁLVARO. «Fiducia en Garantía.» *Actualidad Jurídica (Dikaion)*, 1995: Pág. 143.

MESSINEO, FRANCISCO. *Derecho Civil y Comercial*. Vol. II. Buenos Aires: E.J.E.A., 1971.

MOLINA SANDOVAL, CARLOS A. *El Fideicomiso en la dinámica mercantil*. Montevideo - Buenos Aires: Ed. B de F, 2009.

MONTOYA OSORIO, MARTA ELENA, y Guillermo MONTOYA PÉREZ. *Las Personas en el Derecho Civil Colombiano*. Bogotá: Editorial Leyer, 2001.

MORALES MORENO, ANTONIO MANUEL. *La modernización del Derecho de Obligaciones*. Thomson-Civitas. Navarra, 2006

MORINEAU IDEARTE, MARTHA. «Una intriducción al common law.» *Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Estudios Jurídicos*, 2001: Pág. 112.

MOSSET ITURRASPE, JORGE. *Contratos simulados y fraudulentos*. Buenos Aires: Rubizal-Culzoni Editores, 2001.

NAVARRO MARTORELL, MARIANO. *La Propiedad Fiduciaria*. Barcelona: Bosch, 1950.

NEME VILLAREAL, MARTHA LUCIA. *La buena fe en el derecho romano*. Bogotá: Ed. Universidad Externado de Colombia, 2010.

PANTALEÓN PRIETO, FERNANDO. *El sistema de responsabilidad contractual*. Anuario de Derecho Civil. ISSN 0210-301X. Vol. 44 N. 33. 1991

- *Las nuevas bases de la responsabilidad contractual*. Anuario de Derecho Civil. 1993.
- *Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación*. Comentario al artículo 1907 en Comentarios al Código Civil, T. II. Ministerio de Justicia, 1991.

PÉREZ VIVES, ALVARO. *Garantías Civiles*. Bogotá: Temis, 1990.

PIÑA MEDINA, JORGE, Y MIGUEL ACOSTA ROMERO. *Las Instituciones Fiduciarias y el Fideicomiso en México*. México: Banco Mexicano, Somex, 1982.

PHOTIER, ROBERT JOSEPH. *Traité des obligations*. Barcelona, 1978, Volumen. 1.

PUIG BRUTAU, JOSE. *Fundamentos de Derecho Civil*. Tomo III. Volumen III. Bosch, Barcelona, 3ª. Ed. 1983.

RABASA, OSCAR. *El Derecho Angloamericano*. México: Fondo de Cultura Económica, 1944.

REGELSBERGER, *Pandekten*. Leipzig. 1893.

REGLERO CAMPOS, L. FERNANDO. «Los sistemas de responsabilidad.» En *Lecciones de Responsabilidad Civil*, Pág. 57. Navarra: Aranzadi-Thomson Reuters, 2002.

RENGIFO GARCIA, ERNESTO. *La fiducia mercantil pública en Colombia*. Bogotá: Ediciones Universidad Externado de Colombia, 2012.

- *La Fiducia, legislación nacional y derecho comparado*. Medellín: Fondo Editorial Universidad EAFIT, 2001.

- REYES VILLAMIZAR, FRANCISCO. «Los Procesos Concursales Frente al Contrato de Fiducia en Garantía.» *Revista de Derecho Privado* (Universidad de los Andes), 1999: Pád. 3-37.
- RODRIGUEZ AZUERO, SERGIO. *La responsabilidad del fiduciario*. Bogotá: Ediciones Rosaristas, 1997.
- . *Negocios Fiduciarios, su significación en América Latina*. Bogotá: Editorial Legis, 2005.
- RODRIGUEZ-ROSADO, BRUNO. *Fiducia y Pacto de Retro en garantía*. Madrid: Ed. Marcial Pons, 1998.
- SANTOS BRIZ, JAIME. «Unidad del concepto de culpa civil.» En *Perfiles de la Responsabilidad Civil en el nuevo milenio*, 592. Madrid: Dykinson, 2000.
- SCOGNAMIGLIO, RENATO. *Contributo alla teoría del negozio giuridico*. Nápoles, 1950
- UNDERHILL, A., Y DAVID J. HAYTON. *Law Relatind to Trust and trustees*. Londo
SCOGNAMIGLIO, RENATO. *Contributo alla teoría del negozio giuridico*. Nápoles, 1950n:
Lexis Neix, 1995.
- VALENCIA ZEA, ARTURO. *Derecho Civil*. 7a edición. Vol. II Derechos Reales. Bogotá: Editorial Temis, 1983.
- Varios, Directores. *Diccionario de Derecho Privado*. Barcelona, Madrid, Buenos Aires, Rio de Janeiro, México: Ed. labor, 1954.
- VEIGA COPO, ABEL B. «Garantías Financieras vs. Garantías Fiduciarias, o como sustraerse a la vis concursal.» *ICADE. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales* (Universidad Pontificia Comillas de Madrid), enero-abril 2008: Pág. 45-83.
- . *Las garantías reales*. Bogotá: Universidad Javariana - Ibáñez, 2010.
- VILLA GORDA LOZANO, JOSÉ MANUEL. *Doctrina general del fideicomiso*. México: Porrúa, 1982.

VILLCA POZO, MILENKA. *El Fideicomiso en Bolivia*. Buenos Aires, Madrid, Barcelona: Marcial Ponds, 2010.

VINEY, GENEVIÉVE. *Tratado de Derecho Civil. Introducción a la responsabilidad*. Bogotá: Ed. Universidad Externado de Colombia, 2007.

VIRGOS SORIANO, MIGUEL. *El trust y el Derecho Español*. Navarra: Civitas, Ed. Aranzadi, 2006.

VON TUHR, A. *Teoría General del Derecho Alemán. Los Derechos Subjetivos y el Patrimonio*. Traducido por Tito Ravá. Vol. I. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 1998.

WATT, GARY. *Trusts*. New York: Oxford University Press, 2004.

ZANNONI, EDUARDO A. «Las denominadas obligaciones contractuales de resultado y el incumplimiento sin culpa en el Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial.» *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones* (Depalma), 1987: Pág. 908-909.

ZUNZUNEGUI, FERNANDO. «Ley de Fudicia en Francia.» *Revista de Derecho del mercado Financiero*, 2007.

PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES, NORMAS Y CONCEPTOS

NORMAS:

- Argentina. Ley 24441 de 1994. Artículos 2, 7, 8 y 25
- Bolivia. Código de Comercio: Artículos 1409 y 1410
- Colombia:
Código de Comercio: artículo 863, 871, 1226, 1227, 1233, 1234, 1238, 1243, 2344
Código Civil: artículos 740, 1105, 1182, 1184, 1603, 1677, 2344, 2488, 2492.
- España:
Proyecto Código Civil de 1851, Artículo 635.
Código Civil. Artículos: 1.105, 1137, 1138, 1.182, 1.184, 1261, 1274, 1859.
Ley 20 de 1805
Real Decreto-Ley 5 de 2005. Capítulo segundo

- Francia. Código Civil, Artículos 711 y 712. Ley
- Panamá.
Ley 26702, Art. 24
Ley 1 de 1984, Artículos 1 y 38 inc. 2
- Perú. Decreto Ley 770. Artículo 314

SUPERINTENDENCIA BANCARIA DE COLOMBIA:

- Circular Externa No. 7 de 1996, Título V, Capítulo I, Núm. 1, punto.
- Oficio OJ-479 del 25 de septiembre de 1973.
- Resolución 3914 de 1986, artículo 8.

CONVENCIÓN DE LA HAYA, de 1 de julio de 1985, Artículo 2.

CONSEJO DE ESTADO, COLOMBIA, en sentencia de 14 de junio de 1994,
Magistrado Ponente: Delio Gómez Leyva.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. COLOMBIA, Sala de Casación Civil:

- Sentencia del 18 de diciembre de 2009. Magistrado Ponente: Arturo Solarte Rodríguez. Radicado 2004-00172-01.
- Sentencia del 14 de diciembre de 2011. Magistrado Ponente: Jaime Alberto Arrubla Paucar. Radicado 110013103014 2001 -01489-01
- Sala de Casación Civil, Sentencia del 5 de Agosto de 2005. Magistrado Ponente: Silvio Fernando Trejos. Expediente 1909.

TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA,

- STS 29.1.1908.
- STS 14 de Enero de 1935.
- STS 23 de Mayo de 1935.
- STS 10.3.1944.
- STS de 23 de Febrero de 1951.
- STS de 28 de diciembre de 1955.
- STS de 22 de Mayo de 1956.

- STS de 25 de Septiembre de 1956.
- STS de 10 de diciembre de 1956.
- STS 14.11. 1957.
- STS de 8 de marzo de 1963.
- STS de 18 de febrero de 1965
- STS 20 de noviembre de 1965.
- STS 21.3.1969 (RJ 1969, 1520),
- STS de 4 de abril de 1972.
- STS 19.5.1982 [R] 1982,2580].
- STS 19 de mayo de 1982 (RJ 2580).
- STS de 2 de junio de 1882.
- STS de 25 de febrero de 1988.
- STS 8.3.1988.
- STS 29.11.1989.
- STS 7.3 1990.
- STS 23.9.1990
- STS 30. 1. 1991.
- STS 16.9.1991
- STS 6.4.1992 (RJ 1992, 6186).
- STS 6.7. 1992.
- STS 5.7. 1993.
- STS 22.2. 1995.
- STS 2.12. 1996.
- STS 13.5 1998.
- STS 2.7. 1998.
- STS 4.7. 1998.
- STS 15.6.1999 (RJ. 1999, 4474).
- STS 16.11. 1999.
- STS 5 de marzo de 2001.
- STS de 26 de abril de 2001.
- STS de 1 de febrero de 2002.
- STS de 7 de junio de 2002.
- STS de 4 de diciembre de 2002, N. 1174.
- STS de 13.2.2003.
- STS de 31 de octubre de 2003.
- STS de 26.7.2004.
- STS de 23 de junio de 2006.
- STS de 27 de julio de 2006
- STS del 27 de febrero 2007(RJ2007/1768).

- STS de 29 de noviembre de 2007.
- STS 21.4. 2008.
- STS 30 de mayo de 2008(RJ 2008/3190).
- STS de 13 de julio de 2009 (RJ 2009/4466).
- STS de mayo 17 de 1011(RJ 2011/3973).
- STS 4.10 2011.
- STS de 27 de enero de 2012(RJ 2012/3658).

WEBGRAFIA

Balbuena, Alberto Stewart. *El Contrato de Fideicomiso*. s.f.
<http://www.teleley.com/128e.htm>. (consultado: 15 de junio de 2010).

Cámara Lapuente, Sergio. *Trust a la francesa*. Universidad de Rioja. InDret 2/2005. Revista para el análisis del Derecho. Barcelona, mayo de 2005.
<http://www.indret.com>.

Columbia Encyclopedia. The Columbia Electronic Encyclopedia, Sixth Edition
 Copyright © 2010, Columbia University Press.
<http://www1.universia.net/CatalogaXXI/C10037PPPEII1/E46346/index.html>. (consultado: 25 de mayo de 2010).

Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado (www.hcch.net).

Deferrari, José David. "Trust y Fideicomisos: *Un paradigma de las dificultades del uso de préstamos, calcos y neologismos en la traducción jurídica al español*". InDret 2/2005. Revista para el análisis del Derecho. Pág. 165 - 167. <http://www.indret.com>.

Eduardo Ferrari, Posadas & Vecino. El fideicomiso uruguayo.
<http://www.latinounsel.com/esp>.

El Derecho Inglés, Pág. 13. Obra que forma parte de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
<http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2792/37.pdf>. (Consultado el 25 de mayo de 2010)

Guzmán Brito, Alejandro. *Derecho Privado Romano, tomo II*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 1996. González de Cancino, Emilssen.

Derecho Romano II, Obligaciones, Fuentes. Primera edición, Editorial Universidad Externado de Colombia. Bogotá 2001. Rodríguez-Rosado, Bruno. *Fiducia y Pacto de Retro en Garantía*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 1998. Sánchez Gervila, D. Antonio, *El negocio fiduciario: La eterna disputa. Visión histórica de la fiducia y criterio actual del Tribunal Supremo*. Consultado el 10 de noviembre de 2009: <http://www.aranzadi.es/index.php/informacion-juridica/actualidad-juridica-aranzadi/746/comentario-jurisprudencia/vision-historica-de-la-fiducia-y-actual-criterio-del-tribunal-supremo>

GOMEZ AGUIRRE, Alfredo: El fiduciario, alcances y responsabilidades de su intervención en proyectos de infraestructura, <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/167/4.pdf> consultado el 22 de julio de 2010

<http://www.artehistoria.jcyl.es/historia/contextos/1725.htm>. Consultado el 24 de mayo de 2010

http://buscon.rae.es/drae/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=fiduciario consultado el 10 de febrero de 2010

<http://www.gestiopolis.com/finanzas-contaduria/contrato-fideicomiso-regulacion-perspectivas-peru.htm> Consultada el día 3 de Junio de 2010

<http://derechogeneral.blogspot.com/2008/01/el-fideicomiso-en-el-derecho-bancario.html> Consultada el día 5 de junio de 2010

http://www.mauriciomarulanda.com/site/index2.php?option=content&do_pdf=1&id=11 Consultada el 5 de Junio de 2010

<http://www.cnv.gov.ar/LeyesReg/Leyes/24441.htm>, Consultada el 15 de febrero de 2010.

Mendoza Ramírez, Alvaro. *Fiducia en Garantía*, *Díkaion: revista de actualidad jurídica*, ISSN 0120-8942, N°. 4, 1995, p. 143. <http://www.dialnet.unirioja.es/servlet/revista.htm>.

Moreno, Francisco. "Elogio del common law". <http://www.liberalismo.org/articulo/413/258/elocio/common/law/> (consultado: 24 de mayo de 2010).

Mosqueira, Miguel Angel. *Fideicomiso financiero: Una Alternativa de financiamiento, Argentina 2001-2008*

Regelsberger, *Zwei Beitrage zur lehre von der cession*. 1880. Referenciado en: Mattei, Ugo. *Comparative law and economics*. Primera edición. University of Michigan Press. 1997.

http://books.google.com.co/books?id=nnuTCtY_6DYC&pg=PA158&lpg=PA158&dq=Regelsberger+fiducia&source=bl&ots=h0CsLjGXb&sig=8lxeN2PObaaiWfkouqXDCAqUido&hl=es&ei=VOgfS93MM60tgfA2YGeCg&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=4&ved=0CBQQ6AEwAw#v=onepage&q=Regelsberger%20fiducia&f=false. Consultado el 9 de noviembre de 2009.

RODRIGUEZ AZUERO, Sergio: *La Obligación de Reparar y la Responsabilidad Fiduciaria*, Conferencia presentada por el autor en el Seminario Internacional “Ecuador, mercados y oportunidades” celebrado e conmemoración de los 40 años de la Superintendencia de Compañías del Ecuador en abril de 2004 en la ciudad de Quito, <http://www.rodriquezazuero.com/documentos/LaObligacion%20.pdf> Consultado el 22 de julio de 2010

Sánchez Gervilla, Antonio. *Visión histórica de la fiducia y actual criterio del Tribunal Supremo*. Foro de casos prácticos. www.notariosyregistradores.com

Solís Cabrera, Ana Haydeé: “El replanteamiento del Contrato de Fideicomiso en la legislación extranjera y en la legislación Guatemalteca” http://biblioteca.usac.edu.gt/tesis/04/04_6384.pdf. Consultado el 18 de mayo de 2010.

Textos de las Leyes consultados el 15 de febrero de 2010 en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/139.pdf> y <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/145.pdf>

The Bar Council, consultado el 25 de Mayo de 2010 en: <http://www.barcouncil.org.uk/about/innsforcourt/>