



**Universidad Nacional
Federico Villarreal**

Vicerrectorado de
INVESTIGACIÓN

ESCUELA UNIVERSITARIA DE POSGRADO

**“EL CONTRATO DE FIDEICOMISO Y
EL FRAUDE A LOS ACREEDORES”**

MODALIDAD PARA OPTAR EL GRADO

MAESTRO EN DERECHO EMPRESARIAL

AUTOR:

ZE A RAMOS, JAVIER WILDER

ASESOR:

DR. WILSON O. AGUILAR DEL AGUILA

JURADO:

DR. CARLOS A. HINOJOSA UCHOFEN

MG. KARINA T. ALFARO PAMO

DR. PEDRO A. MARTINEZ LETONA

LIMA – PERÚ

2018

DEDICATORIA:

A mí querida familia por su comprensión y constante apoyo; y por ser la razón de mi existencia.

AGRADECIMIENTO:

**Al Divino Hacedor, a la
Universidad y a mis
distinguidos docentes por
darme la oportunidad de
seguir progresando**

RESUMEN

La investigación tuvo como propósito determinar las consecuencias en que el contrato de fideicomiso incide en la generación de actos fraudulentos contra los acreedores; incluyendo el precisar cómo es que la acción pauliana o revocatoria evita limitadamente el fraude a los acreedores generado por la transferencia fiduciaria de bienes en ejecución de un contrato de fideicomiso; e identificar como es que el dominio fiduciario permite la aparente titularidad de la entidad fiduciaria sobre el patrimonio fideicometido.

La metodología empleada se circunscribe en cuanto al tipo según su orientación como Aplicada, característica en la investigación de ciencias sociales porque se aporta a la solución de un problema socio-jurídico y teórico- práctico; apoyándonos en el nivel **no** experimental, propio de las Ciencias Sociales como es el Derecho, porque se va a observar el hecho socio-jurídico como tal y como se da en la realidad; contando con una población de un total de 280 profesionales del Derecho entre Abogados y Magistrados, especializados en Derecho Civil y Comercial; correspondiéndole una muestra de 162.

Los resultados obtenidos precisaron que el contrato de fideicomiso presenta una connotación fraudulenta cuando se confrontan con intereses ajenos a la relación jurídica instaurada; y, cuando los efectos jurídicos fraudulentos del negocio fiduciario se presentan en forma interoperacional entre los sujetos que intervienen en el fideicomiso.

PALABRAS CLAVE: Contrato, Fideicomiso, Fraude, Acción Pauliana, Propiedad.

ABSTRAC

The purpose of the investigation was to determine the consequences that the trust agreement affects in the generation of fraudulent acts against the creditors; including specifying how the Pauline or revocatory action avoids fraud to creditors generated by the fiduciary transfer of assets in execution of a trust agreement; and to identify how the fiduciary domain allows the apparent ownership of the fiduciary entity over the trust equity.

The methodology used is limited in type according to its orientation as Applied, characteristic in social science research because it contributes to the solution of a socio-legal and theoretical-practical problem; supporting us in the non-experimental level, typical of the Social Sciences as is the Law, because we will observe the socio-legal fact as such and as it occurs in reality; counting on a population of a total of 280 professionals of the Law between Lawyers and Magistrates, specialized in Civil and Commercial Law; corresponding to a sample of 162.

The results obtained indicated that the trust contract has a fraudulent connotation when faced with interests outside the legal relationship established; and, when the fraudulent legal effects of the fiduciary business are presented in an interoperational way between the subjects that take part in the trust.

KEY WORDS: Contract, Trust, Fraud, Paulian Action, Property.

ÍNDICE

RESUMEN.....	Iv
ABSTRACT.....	V
INTRODUCCIÓN.....	viii

CAP. I PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. ANTECEDENTES DEL PROBLEMA.....	10
1.2 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	13
1.2.1 Descripción de la realidad problemática.....	13
1.2.2 Problema principal.....	23
1.2.3 Problemas secundarios.....	23
1.2.3 Problemas secundarios.....	24
1.3 OBJETIVOS.....	24
1.3.1 Objetivo General.....	24
1.3.2.Objetivos Específicos.....	24
1.4 JUSTIFICACION E IMPORTANCIA.....	25

CAP. II MARCO TEÓRICO

2.1 BASES TEÓRICAS	
2.1.1 EL FIDEICOMISO.....	32
2.1.2 EL FRAUDE.....	72
2.1.3 LA ACCIÓN REVOCATORIA.....	83
2.2 DEFINICIÓN DE TÉRMINOS BÁSICOS	111
2.3 MARCO LEGAL	115
2.4 LEGISLACIÓN COMPARADA.....	116
2.5 HIPÓTESIS.....	119
2.5.1 Hipótesis general.....	119
2.5.2 Hipótesis específicas	119
2.5.3 Operacionalización de variables e indicadores.....	119

CAP. III METODOLOGÍA

3.1 DISEÑO.....	121
3.2 POBLACION Y MUESTRA	122
3.3 TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS.....	124

CAP. IV PRESENTACIÓN DE LOS RESULTADOS

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN.....	125
CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS.....	139

CONCLUSIONES.....	142
RECOMENDACIONES.....	144
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	146

ANEXOS

- 1.- MATRIZ DE CONSISTENCIA
- 2.- ENCUESTA
- 3.- PROPUESTA DE MODIFICACION NORMATIVA

INTRODUCCIÓN

El desarrollo de la presente investigación se ha dividido en capítulos, en el capítulo I se desarrolla y describen los antecedentes, el planteamiento del problema con su respectiva formulación, objetivos, justificación e importancia; el capítulo II corresponde al marco teórico con la diferente teoría y doctrina sobre el fideicomiso, el fraude, la acción revocatoria o pauliana; complementándose con la definición de términos básicos, marco legal, legislación comparada e hipótesis. El capítulo III se refiere a la metodología empleada que incluye el diseño, la población y muestra, técnicas e instrumentos de recolección de datos.

Finalmente en el capítulo IV se hace la presentación, análisis e interpretación de los resultados obtenidos con la correspondiente contrastación de hipótesis; así como las respectivas conclusiones y recomendaciones.

Se parte por aceptar que el contrato fiduciario no transfiere derecho de propiedad, esta se mantendría en potencialidad en la esfera jurídica del fideicomitente con las limitaciones establecidas en el acto constitutivo. Por eso es mejor hablar de dominio fiduciario, el mismo que sirve de base para establecer las relaciones jurídicas que se fijan en el acto constitutivo del fideicomiso y como fundamento para sustentar el surgimiento de un patrimonio autónomo fideicometido.

Entendido así, el presente trabajo de investigación tendrá efectos en el desarrollo socio jurídico, ya que contribuirá a una adecuada administración de justicia para los justiciables, en la medida que advierta los posibles riesgos que implica la constitución de un patrimonio fideicometido, tanto para los intervinientes, como para los terceros ajenos a dicha relación contractual; asimismo, se estimula el razonamiento y criterio en legisladores y jueces, al momento de motivar futuras modificaciones normativas o al aplicar justicia al resolver casos concretos referidos a esta materia; y, finalmente, de manera obvia y consecuente, contribuirá en el desarrollo doctrinario y legal para generar certeza en esta figura jurídica

CAPITULO I: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1 ANTECEDENTES DEL PROBLEMA

Para la elaboración de esta investigación se ha revisado el banco de tesis de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional Federico Villareal, encontrando trabajos de investigación que si bien no tratan directamente el contrato de fideicomiso abordan algunos elementos relacionados a ésta figura contractual, como lo son los referidos a nuevos tipos de propiedad, la funcionalidad económica de su transferencia y la responsabilidad civil de los deudores frente al deber de protección que estos asumen frente a los acreedores.

- El trabajo de Carmen Julia Polo y La Borda Salazar con su tema intitulado: ***“La Multipropiedad como nueva tendencia del Derecho Real”*** (2011), investigación que desarrolla la multipropiedad como un derecho real que constituye o transfiere a favor de sus titulares un derecho de goce por turnos sobre uno o varios inmuebles destinados al uso turístico. La autora concluye que se trata de un nuevo derecho real, ya que para ello, se ha tenido que modificar la estructura del numero clausus en algunos países, agregando a la multipropiedad como nuevo derecho real. No obstante, esta conclusión y la abundante información de derecho comparado que aporta, reconoce la existencia en nuestro país del Decreto Legislativo N° 706 de fecha 5/11/1991 que regula la multipropiedad (tiempo compartido) como una simple modalidad de copropiedad. En lo que respecta al contrato de fideicomiso, la autora nos expone el régimen legal de México que lo considera como una variable de multipropiedad, así se encomienda a la Secretaría de Relaciones Exteriores otorgar la autorización a entidades de crédito para que actúen como fiduciarias en operaciones de adquisición de inmuebles en las franjas costeras y fronterizas, con el fin de que los extranjeros – fideicomisarios- puedan utilizar y aprovechar dichos bienes, sin que obtengan ningún derecho real sobre tales inmuebles. A favor de los fideicomisarios se emiten unos títulos –certificados de participación inmobiliaria- en que específicamente se dice que “no otorgan derecho alguno de propiedad sobre el

inmueble¹.

- El trabajo de Lucio Suárez Pérez con su tema intitulado: ***“La responsabilidad civil por el incumplimiento del deudor de los deberes de protección”*** (2011), investigación en la que su autor expone que en toda relación obligatoria, junto al interés fundamental o primario de la prestación, existe como consecuencia de la proximidad de esferas (contacto social) la injerencia de autónomos deberes de protección en salvaguarda del interés personal y patrimonial de las partes. Los primeros (deberes de prestación) tienden a la satisfacción del interés primario del acreedor, en tanto, que los segundos (deberes de protección), impuestos por imperio de ley, se dirigen a preservar a cada una de las partes del daño que les pueda derivar del cumplimiento de la obligación. El autor describe el contenido autónomo de estos deberes de protección respecto del deber de prestación, proponiendo que sean incluidos en nuestro Código Civil y que su no cumplimiento traiga consigo la responsabilidad civil².

- El trabajo de María Ysmelda Cárdenas Reynaga con su tema intitulado: ***“Reforma legal de la transferencia de la propiedad inmobiliaria y su efecto económico”*** (2009), investigación en la que su autora devela los problemas técnicos y económicos que trae consigo adoptar un registro facultativo de las transferencias de propiedad proponiendo la creación de un Registro Constitutivo, por ser un instrumento mucho más eficaz para la seguridad jurídica de la constitución, modificación y extinción de los Derechos Reales, planteando, además, que se modifiquen los artículos 885° y 886° del Código Civil para incorporar la clasificación de bienes registrados y no registrados. Con relación a su eficacia para transferir derechos reales los contratos pueden clasificarse en traslativos y obligacionales. Tratándose de los primeros, la sola celebración del contrato significa la transferencia del derecho real sobre el cual recae su objeto, en cambio, tratándose de los contratos obligacionales, su sola celebración no entraña transferencia de derecho real alguno sino generación de la obligación de transferirlo. La autora concluye que así, puede afirmarse que el contrato traslativo posee efectos reales, mientras que el contrato obligacional solo genera efectos personales, ante tal disyuntiva es fundamental determinar en qué momento se pierde o adquiere

¹ Código del ejemplar de tesis: DCP/M/DCC/060

² Código del ejemplar de tesis: DCP/M/DCC/057

efectivamente el derecho de propiedad³.

Los trabajos de investigación, antes detallados, nos han aportado precisiones teóricas sobre algunos temas relacionados a la multipropiedad en general, los deberes de protección en una relación contractual u obligacional, y, la naturaleza del contrato que propicia la traslación del derecho de propiedad, pero ninguno de éstos aportes, ha incluido el estudio del contrato de fideicomiso y la constitución de un patrimonio autónomo, la naturaleza del dominio fiduciario como propiedad imperfecta, ni mucho menos la responsabilidad de los deudores frente a los acreedores por la disminución convencional de su patrimonio, con lo cual podemos concluir, que los temas tratados por dichas investigaciones, no guardan similitud con el presente trabajo de investigación, por lo tanto este trabajo reúne las condiciones temáticas, metodológicas y de originalidad suficientes para ser ejecutado.

También cabe acotar que se visitó la Escuela de Posgrado de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega y se hallaron trabajos de investigación sobre el fraude a nivel del sistema concursal y en ninguno de ellos se aborda el fideicomiso como fuente de fraude a los acreedores:

- El trabajo de Ana Merbic Ochoa Ladrón de Guevara con su tema intitulado: ***“La quiebra de pequeñas entidades financieras y el delito de fraude en la administración de personas jurídicas”*** (2006), investigación que se circunscribe al ámbito penal.
- El trabajo de Sachahuaman Oviedo con su tema intitulado: ***“Vacío jurídico en normas de reestructuración patrimonial, con efectos perjudiciales a los trabajadores de empresas de Lima 1994-2003”*** (2005), investigación que aborda el tratamiento que se le da a los créditos laborales una vez producida la reestructuración de una empresa sometida a concurso.
 - El trabajo de Carlos Augusto Hinojosa Uchofen con su tema intitulado: ***“El fraude civil en la declaración de insolvencia”*** (2004), investigación que aborda el concurso como una forma de eludir el pago de las cd

³ Código del ejemplar de tesis: DCP/D/D/027

1.2 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.2.1 Descripción de la Realidad Problemática:

La dinámica empresarial se desenvuelve en el contexto de una economía social de mercado, siendo cada vez más recurrente que éstas tengan que emplear una serie de mecanismo contractuales y operacionales lo suficientemente eficaces para satisfacer las necesidades de sus usuarios o clientes. Esta funcionalidad empresarial encuentra sus límites en las disposiciones que imponga el Estado a manera de reglamentación o a manera de regulación. En una u otro ámbito jurídico, los contratos u operaciones económicas de los agentes que intervienen en el mercado, así como su idoneidad y efectos, no deben trasgredir la ley. Lamentablemente, saber con exactitud cuando ocurre esto último, dependerá del perfil político-económico que imponga cada Estado, el cual podrá ser excesivamente intervencionista o moderadamente flexible respecto de la inversión privada y su iniciativa para generar riqueza.

Nuestra Constitución Política ampara la libre contratación en sus diversas dimensiones. Así el Tribunal Constitucional ha establecido que el **derecho a la libre contratación**, reconocido en el Inc. 14) del artículo 2° y artículo 62° de la Constitución, se fundamenta en el principio de autonomía de la voluntad, el que, a su vez, tiene un doble contenido: “**a. Libertad de contratar**, también llamada **libertad de conclusión**, que es la facultad de decidir cómo, cuándo y con quién se contrata; y **b. Libertad contractual** –que forma parte de las denominadas libertades económicas que integran el régimen económico de la constitución (cfr. STC 01405-2010-PA/TC, fundamento 12)–, también conocida como **libertad de configuración interna**, que es la facultad para decidir, de común acuerdo, el contenido del contrato” (fundamento 52 que acumula los criterios de la SSTC 00026-2008-PI/TC y 00028-2008-PI/TC, y, fundamento 2 de

la STC 2185-2002-AA/TC).

Bajo esta premisa constitucional (derecho a la libre contratación), dos o más personas naturales y/o jurídicas pueden acordar o convenir crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial. Siendo exigible que dicho vínculo –fruto de la concertación de voluntades– deba versar sobre bienes o intereses que posean apreciación económica, tengan fines lícitos y no contravengan las leyes de orden público” (STC 7339-2006-PA/TC, fundamento 47). Con base a esta normativa constitucional, nuestra legislación civil, atribuye en los sujetos contratantes el poder de hacer uso de los contratos típicos y atípicos para contener sus acuerdos. Los primeros tienen regulación en el Código Civil y otras leyes, en tanto que los segundos, no tienen forma legal (no se valen de un tipo legal) y son la expresión de la voluntad de las partes para regular sus relaciones jurídicas, la misma que se sustenta en las normas generales de los actos y contratos o la analogía contractual.

Este enfoque preliminar, nos permite encontrar al contrato de fideicomiso como un contrato típico regulado por la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros (Ley N° 26702, en lo sucesivo simplemente LGSF), pero que sin embargo, al estructurarse y ejecutarse, en la mayoría de veces, se vale de otros contratos típicos y atípicos. Entre otras peculiaridades, la LGSF, al regular el contrato de fideicomiso, introduce en nuestro ordenamiento legal figuras con variantes de efectos jurídicos, distintos o diversos a las previstas en instituciones tradicionales. Así observamos que: a) introduce el término “dominio fiduciario” como un derecho real distinto al de propiedad, fragmentando nuestro entendimiento unívoco de derecho de propiedad; b) introduce el patrimonio autónomo fideicometido, como un bloque patrimonial desligado sólo para ciertos efectos de su constituyente y de su administrador (aparente titular); c) introduce la fiducia como un vínculo jurídico que permite transformar un derecho

real (propiedad) en un derecho personal (obligación) que posibilita al constituyente del fideicomiso trasladar la propiedad en utilidad a una entidad fiduciaria y reclamar posteriormente la propiedad real de destino resultante según los acuerdos internos que se hayan convenido, no obstante, haber dejado de ser su propietario; d) introduce una multiplicidad de propósitos e intereses que legitima la actuación de varios sujetos (fideicomitente, fiduciario y fideicomisario) sobre un mismo patrimonio, esto muy a pesar que dicho patrimonio es autónomo y como tal no debería corresponderle a terceros, sino al propio patrimonio autónomo.

El contrato de fideicomiso, introduce el dominio fiduciario con atributos de propiedad imperfecta o relativa, sirviendo de base para establecer las relaciones jurídicas que se fijan en el acto constitutivo del fideicomiso y como fundamento para sustentar el surgimiento de un patrimonio autónomo fideicometido; circunstancias que generan no sólo problemas teóricos como los ya advertidos, sino que además, genera diversos problemas legales en su construcción, aplicación y ejecución práctica, tal como se explica a continuación:

(i) Problemas en la ejecución del fideicomiso y el respeto de su propio acto constitutivo.- En el Exp. N° 02346-2013-PA/TC el señor Aldo Antonio Yarmas Velásquez en representación de Bernardo Eusebio Lovera Peña interpone demanda de amparo contra Corporación Financiera de Desarrollo S.A. (COFIDE), solicitando se declare nula la Subasta Pública N° 002-2012/GAJ, publicada el 24 de junio de 2012, y que la demandada se abstenga de proceder al remate y venta extrajudicial del bien inmueble de su propiedad denominado San Benito, ubicado en el distrito de Salas Guadalupe, provincia y departamento de Ica, sustenta su demanda en que COFIDE, en su condición de fiduciario, está procediendo unilateralmente a rematar en forma extrajudicial el bien rústico denominado Matilde (sic), que constituye el patrimonio fideicometido, sin tener en cuenta que el contrato de Fideicomiso no ha previsto en forma indubitable el procedimiento extrajudicial.

Más allá del resultado adoptado por el TC (negativo para el fideicomitente recurrente por entender que COFIDE era el propietario), no podemos dejar de observar que son muchos los operadores de derecho que ven en el fideicomiso una auténtica transmisión de propiedad, cuando lo real es que el fideicomiso de naturaleza contractual crea dos tipos de derecho: a) uno obligacional que a manera de acto constitutivo establece las reglas como debe operar la empresa fiduciaria respecto al patrimonio fideicometido, los deberes que esta tiene frente al fideicomitente y frente al fideicomisario, y, b) uno real que conlleva la constitución de un patrimonio fideicometido a ser administrado por la empresa fiduciaria. No tener en cuenta, esto último – trae consigo que los Tribunales de Justicia traten el fideicomiso como si se tratará de un verdadero derecho real transmisor de propiedad, impidiendo – como en el caso sub examine – que el fideicomitente pueda exigir los derechos personales previstos en el acto constitutivo.

Conforme ya se pronunció el Tribunal Registral en la Resolución N° 431-2013-SUNARP –TR-L “el fiduciario no asume todo el haz de facultades del propietario sobre los activos que conforman el patrimonio autónomo, sino sólo aquellas previstas en el acto constitutivo”. En igual sentido la Resolución N° 069-2014-SUNARP-TR-A: “las disposiciones contenidas en el acto constitutivo del contrato de fideicomiso, son las que regulan la utilización y/o administración del patrimonio fideicometido.

El artículo 4° de la Resolución SBS N° 1010-99, establece lo siguiente: “el dominio fiduciario es el derecho temporal que otorga al fiduciario las facultades necesarias sobre el patrimonio fideicometido, para el cumplimiento del fin o fines del fideicomiso, con las limitaciones establecidas en el acto constitutivo, según lo señalado en el artículo 252° de la LGSF. El dominio fiduciario se ejerce desde la transferencia de los bienes objeto del fideicomiso, salvo disposición contraria establecida en el acto constitutivo, hasta el término del fideicomiso.

(ii) Problemas de fraude a acreedores.- En el Exp. 00079-2008-PA/TC seguido por el ciudadano Celso Leonidas San Martín Camacho, el Tribunal reconoció la validez de la Resolución N° 181, de fecha 30 de noviembre de 2005 (folio 131), emitida por los Vocales de mérito que decidieron revocar la medida cautelar de embargo en forma de inscripción concedida a favor del demandante en atención a los siguientes argumentos:

- El artículo 241° de la LGSF (Ley N° 26702), establece que el fideicomiso es una relación jurídica por la cual el fideicomitente transfiere bienes a otra persona, denominada fiduciario, constituyéndose dicho patrimonio en un patrimonio fideicometido, sujeto al dominio fiduciario de este último y afecto al cumplimiento de un fin específico a favor del fideicomitente o de un tercero denominado fideicomisario.
- Al amparo de dicha figura legal, por contrato de fecha 21 de enero de 2002, Pesquera San Juan Bautista S.A. constituyó fideicomiso en garantía a fin de respaldar las acreencias mantenidas con el Banco Sudamericano hasta por la suma de US \$ 240,000, otorgándole a éste el carácter de fideicomisario y transfiriendo la embarcación pesquera San Juan a la Fiduciaria S.A. en calidad de dominio fiduciario, habiendo inscrito dicha transferencia en el Registro de Propiedad de Embarcaciones Pesqueras, en la Partida N° 11353868, haciéndola oponible a terceros en virtud del artículo 246° de la LGSF (Ley N° 26702) con anterioridad al otorgamiento de la medida cautelar cuestionada.
- El dominio fiduciario es un derecho real por cuanto tiene un carácter inmediato y absoluto y, de conformidad con los artículos 241° y 253° de la norma precitada, dicho derecho trae como consecuencia que el patrimonio fideicometido sea distinto al patrimonio del fideicomitentes, es decir, de la persona que lo constituyó, y no responde por las obligaciones de dicha persona.

- Por tanto, siendo un patrimonio autónomo, tiene una existencia independiente para efectos contables y legales distinta a la del fideicomitente. En consecuencia, la embarcación objeto de la medida cautelar cuestionada no forma parte del patrimonio de la empresa Pesquera San Juan Bautista S.A.C., por lo que, en aplicación del artículo 623° del Código Procesal Civil, dicha medida debe ser revocada.

Aclaremos algunos puntos. Partamos por establecer liminarmente las siguientes diferencias entre el dominio fiduciario y la propiedad: i) Las facultades del fiduciario están limitadas temporalmente por la vigencia del fideicomiso, mientras que las facultades del propietario no lo están; ii) El fiduciario no puede destruir los bienes mientras que el propietario sí; iii) Las facultades del fiduciario se ejercen para obtener una finalidad establecida en el acto constitutivo, mientras que el propietario puede buscar cualquier finalidad no prohibida por ley.

Se colige de lo expuesto, que el TC se equivoca al sostener que el dominio fiduciario es inmediato y absoluto, cuando lo cierto es que es relativo y en esencia tiene un carácter fraudulento que se destaca de sobremano cuando se establezca que el beneficiario o fideicomisario sea el propio fideicomitente. Entonces siendo un derecho de propiedad relativo y estando a que su naturaleza es fraudulenta nuestra legislación debería permitir el amparo de las medidas cautelares persecutorias derivada de derechos de crédito, más aún, cuando estos son laborales (res persecutorias).

Muy a pesar de esto, nuestros operadores jurisdiccionales y de la Administración Pública, refuerzan el supuesto carácter transmisor de propiedad del fideicomiso. La Resolución N° 316-2008-SUNARP-SN aprobó la Directiva N° 007-2008-SUNARP-SN estableciendo en su artículo 2° que la inscripción de la transferencia a favor del Fiduciario, en el rubro títulos de dominio, importa que aquel tiene el poder de disposición de transferir, constituir derechos y gravar el mismo. Luego de la citada inscripción, no procederá la inscripción de transferencia o

gravámenes sobre el bien transferido en fideicomiso, efectuada por el fideicomitente. Del mismo modo, tampoco procederá la inscripción de embargos o cualquier otra medida cautelar, salvo que se trate de medidas cautelares derivadas o vinculadas a la interposición de la acción de anulación de la transferencia fiduciaria.

(iii) Problemas de legitimidad para obrar y posición frente a terceros.- En el Exp. N° 3828-2006-PA/TC seguido por el Sindicato de Trabajadores de la Empresa Agroindustrial Cayaltí S.A.A., el Procurador Público encargado de los asuntos judiciales del Gobierno Regional de Lambayeque propone la excepción de falta de legitimidad pasiva del demandado, aduciendo que el Gobierno Regional de Lambayeque no tiene la representación patronal de la empresa, sino el Fideicomiso de la Empresa Agroindustrial Cayaltí S.A.A. El Sexto Juzgado Civil de Lambayeque, con fecha 27 de julio de 2005, argumentó que en el presente caso, el amparo era la vía adecuada. Asimismo, declaró fundada la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandado estimando que, conforme al Contrato de Fideicomiso, celebrado entre Empresa Agroindustrial Cayaltí S.A.A y COFIDE, al Presidente del Gobierno Regional de Lambayeque no le compete la gestión ni la administración de la empresa demandada.

La legitimidad para obrar nos lleva a tener que evaluar quien es el titular del derecho que se discute (legitimidad ad causam) ya que sólo él podrá exigir el reconocimiento de los mismos. Parecería fácil afirmar que para los casos de fideicomiso será el fiduciario quien los reclame. Nada más lejano. En el fideicomiso encontramos una masa de bienes separada del patrimonio de las partes intervinientes en la operación de fideicomiso, obedeciendo a reglas distintas y formando una universalidad diferente. En consecuencia, el patrimonio fideicometido no forma parte del patrimonio del fideicomitente, ni de la empresa fiduciaria, ni del fideicomisario, y, por tanto, los bienes que integran el mismo no se

encuentran a disposición de éstas partes, no siendo sus titulares. En el mejor escenario la entidad fiduciaria es sólo una simple administradora de derechos ajenos.

En la Resolución N° 2277-2012/SC1-INDECOPI (Exp. 001-2005/CCO-ODI-LAM-03-60) el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (Sala de Defensa de la Competencia 1) estableció:

“(…)

20. Por ello, considerando que el patrimonio fideicometido no forma parte del patrimonio del fideicomitente ni del fiduciario y, por tanto, que los bienes y derechos que integran el mismo no se encuentran a libre disposición de estos, debe concluirse que la condición de fiduciario de Banco Financiero no le confiere la titularidad de los créditos invocados frente a Agro Pucalá.

21. Banco Financiero únicamente es el administrador del patrimonio fideicometido y las facultades que pudiera tener respecto de los créditos se encuentran limitadas a lo establecido en el contrato de fideicomiso. El ejercicio de dichas facultades se encuentra condicionado a su permanencia en el cargo de empresa fiduciaria. En otras palabras, Banco Financiero es el administrador de derechos ajenos y, por ello, no puede ser reconocido como titular de créditos que no le corresponden.”

Ahora bien la base legal de estas aseveraciones se encontraría en el artículo 3° del Reglamento del Fideicomiso y de las Empresas de Servicios Fiduciarios, aprobado mediante Resolución SBS N° 1010-99, señala que “el patrimonio fideicometido está constituido por los bienes transferidos en fideicomiso y por los frutos que estos generen. El patrimonio fideicometido es distinto al patrimonio del fideicomitente, del fiduciario, del fideicomisario, de cualquier otro patrimonio fideicometido administrado por el fiduciario y, de ser el caso, del destinatario del remanente”.

- (iv) Problemas de conservación del patrimonio fideicometido.-** En la Resolución N° 2026-2015-SUNARP-TR-L el Tribunal Registral adoptó el siguiente criterio: “De las normas citadas, podemos afirmar, que el dominio fiduciario es un dominio imperfecto que ejerce el fiduciario sobre un patrimonio separado, escindido, que confiere facultades de administración, uso, disposición y reivindicación sobre los bienes que conforman el patrimonio fideicometido. Si bien es un derecho exclusivo, es temporal y no es absoluto porque cumple una finalidad específica establecida en el contrato. Además el fideicomitente, pese a haber transferido el dominio fiduciario puede realizar actos que coadyuven a la defensa del patrimonio fideicometido, conforme al artículo 253° antes citado de lo cual se desprende que también puede realizar actos de conservación. En ese sentido, si bien la fideicomitente Municipalidad Metropolitana de Lima no puede disponer, constituir derechos o gravar los bienes entregados en fideicomiso, dicha circunstancia no importa la pérdida de su derecho a realizar actos de saneamiento, por lo que corresponde la aplicación del D.S. N° 130-2001-EF al presente caso”.
- (v) Problemas de disposición del patrimonio fideicometido.-** En la Resolución N° 1351-2014-DUNARP –TR.L se discutió si el fideicomitente podía transferir un bien fideicometido al tratarse de un fideicomiso en Garantía y Administración, más aún si no existía estipulada ninguna prohibición expresa al respecto. En este tipo de fideicomisos muchos entienden que no existe propiamente una transmisión de bienes en fideicomiso, tan sólo una cláusula condicional que se aplica en caso de incumplimiento de pago del deudor fideicomitente, con lo cual, el fideicomitente mantendría incólume su derecho de propiedad y podría venderlo o volverlo a gravar, sin perjuicio para la empresa fiduciaria o el patrimonio autónomo, pues en todo los supuestos posibles el bien continuará formando parte del patrimonio fideicometido y otorgará el beneficio de garantía preferente a su titular (entidad fiduciaria o terceros beneficiarios residuales).

Hasta aquí, hemos descrito algunos de los tantos problemas que presenta el contrato de fideicomiso en el ámbito jurídico, coligiéndose como diagnóstico preliminar, el no contar con una manejo uniforme respecto de su naturaleza y efectos, cuya causa puede ser atribuida al desconocimiento por parte de los operadores de derecho de sus reales alcances, a una interpretación inadecuada de las instituciones jurídicas que ellas inspiran o en simpleza a una mala regulación normativa.

La presente investigación no abordara todos los problemas antes descritos, sino que se limitará a investigar el contrato de fideicomiso y su incidencia con el fraude a los acreedores, por lo que, se plantea observar el riesgo que representa el contrato de fideicomiso para los terceros acreedores en tanto dicho contrato genera la disminución patrimonial de una persona determinada (deudor) y la poca eficacia que tendría la acción pauliana para revertir sus efectos traslativos de dominio.

1.2.2 Problema Principal:

¿De qué manera el contrato de fideicomiso incidiría en la generación de actos fraudulentos contra los acreedores?

1.2.3 Problemas Secundarios:

- a. ¿Cómo es que la acción pauliana o revocatoria incide en evitar el fraude a los acreedores generado por la transferencia fiduciaria de bienes en ejecución de un contrato de fideicomiso?
- b. ¿En qué medida la fragmentación realizada por el fideicomitente de su propio patrimonio incide en una disminución fraudulenta en perjuicio de sus acreedores?
- c. ¿Cómo es que el dominio fiduciario que permite la aparente titularidad de la entidad fiduciaria sobre el patrimonio

fideicometido incide en que el fideicomitente sustraiga fraudulentamente uno o más bienes de la persecución judicial de sus acreedores?

- d. ¿De qué manera el hecho que se publique el proyecto fiduciario previamente a la suscripción del contrato de fideicomiso influye en una menor incidencia de acciones judiciales por fraude a los acreedores?
- e. ¿Cómo es que el conferir la calidad de dominio fiduciario y patrimonio autónomo sólo para aquéllos proyectos fiduciarios en los que no haya mediado oposición de los acreedores guarda relación con la menor o mayor incidencia de fraude a los acreedores?

1.3.- OBJETIVOS

1.3.1 **Objetivo General:**

Determinar con el empleo de instrumentos metodológicos de qué manera el contrato de fideicomiso incide en la generación de actos fraudulento contra los acreedores.

1.3.2. **Objetivos Específicos:**

- a. Precisar cómo es que la acción pauliana o revocatoria incide en evitar el fraude a los acreedores generado por la transferencia fiduciaria de bienes en ejecución de un contrato de fideicomiso.
- b. Demostrar en qué medida la fragmentación realizada por el fideicomitente de su propio patrimonio incide en una disminución fraudulenta en perjuicio de sus acreedores
- c. identificar como es que el dominio fiduciario que permite la aparente titularidad de la entidad fiduciaria sobre el patrimonio fideicometido incide en que el fideicomitente sustraiga fraudulentamente uno o más bienes de la persecución judicial de

sus acreedores.

- d. Establecer de que manera el hecho que se publique el proyecto fiduciario previamente a la suscripción del contrato de fideicomiso influye en una menor incidencia de acciones judiciales por fraude a los acreedores.
- e. Conocer cómo es que el conferir la calidad de dominio fiduciario y patrimonio autónomo sólo para aquéllos proyectos fiduciarios en los que no haya mediado oposición de los acreedores guarda relación con la menor o mayor incidencia de fraude a los acreedores

1.4 JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA

1.4.1 **Justificación.-**

Tamayo, A. (1997) enseña que “un principio general imperante en nuestro Derecho, es que todo deudor responde frente a su acreedor con la totalidad de su patrimonio, el cual constituye, se dice, la prenda común de los acreedores. En caso de incumplimiento de la obligación, si el acreedor recurre a la ejecución forzada, no podrá perseguir sino únicamente los bienes que se encuentren en el patrimonio de su deudor. Aquellos que fueron transferidos por el deudor y que por tanto salieron de su patrimonio y se encuentran en poder de terceros, escapan a la persecución del acreedor” (p. 11).

Es por eso que Wayar, E. (1990) señala que “la relación de obligación es bipolar en tanto vincula a un acreedor con un deudor. El primero es titular de un derecho subjetivo (de crédito) que lo dota de poder para exigir el cumplimiento de una prestación; sobre el segundo pesa el deber jurídico de satisfacerla. Derecho subjetivo y deber jurídico (crédito-deuda) constituyen la espina dorsal, el núcleo fundamental, de la obligación. Pero esta descripción, no obstante ser correcta, responde a un análisis simple de la relación, pues esta no se agota con

el deber de uno y el poder de otro, ambos considerados stricto sensu. Un examen más detenido la muestra como una relación jurídica compleja, integrada por una verdadera trama de deberes y derechos recíprocos. De entre todos ellos descuellan, es cierto, el crédito y la deuda, pero los restantes deberes y facultades – sin bien son accesorios de aquellos – tienen que ser necesariamente considerados, pues de lo contrario se obtiene una visión parcial de la obligación” (p. 18).

Así según Wayar, E. (1990) “una obligación en su concepción universalidad impone –entre muchos otros – por un lado, al deudor el deber de conservar su solvencia patrimonial y al acreedor el derecho de exigirla; y por otro lado, al acreedor el deber de no agravar la situación de su deudor y el derecho de su deudor a exigirla, todo ello, con base a la buena fe que domina y tutela el ordenamiento jurídico. En la relación de obligación, la buena fe exige una actitud positiva de cooperación recíproca. Acreedor y deudor deben actuar procurando resguardar el interés ajeno, la expectativa de la otra parte” (p. 20).

Al respecto, Díez Picazo señala “que la buena fe prohíbe y sanciona la conducta contradictoria o desleal de una de las partes, cuando ello pueda perjudicar o gravar la situación de la otra. Sobre todo, se exige un comportamiento coherente. Cuando uno de los sujetos de la relación de obligación ha generado en la otra fundada confianza en la realización de determinada conducta futura, según el sentido objetivamente deducido de la conducta anterior, no debe defraudar la confianza generada; por ello, es inadmisibles toda actuación incompatible con lo esperado por la otra parte” (Díez Picazo, L.A., citado en Wayar, E., 1990, p. 29).

En consecuencia, tal como sostiene Tamayo, A. (1997) “todo acreedor tiene derecho al pago voluntario de la prestación debida, en caso esta no se produzca a exigirla coactivamente, ya sea por el propio deudor o un tercero, pudiendo añadir la acción de responsabilidad civil

contractual para que se indemnice los perjuicios ocasionados por la inexecución o ejecución defectuosa de la prestación. Fuera de las acciones normales que tiene como acreedor para hacer efectivo su crédito, cuenta también con los llamados derechos auxiliares. Son acciones que puede ejercer cuando se encuentre ante la insolvencia del patrimonio de su deudor, ocasionada por sus actos simulados o fraudulentos o por su negligencia en ejercer sus propias acciones” (p. 320).

En la práctica se pueden presentar supuestos en los cuales el crédito de ciertos acreedores se perjudique -conscientemente o no- por la escisión patrimonial del deudor causada por la celebración de un contrato traslativo de propiedad. A este fenómeno se le conoce como enajenación en fraude a los acreedores y se configura en la medida que produce la disminución patrimonial del deudor en agravio de sus acreedores. Así por el fraude a los acreedores el deudor no transfiere la propiedad de un bien para obtener dinero, sino que lo hace para disminuir la garantía genérica patrimonial que tiene frente a sus acreedores. Resumiendo se puede decir que este fenómeno se compone de los siguientes estados sucesivos: inminencia de una acción de pago, existencia de un bien constituido y determinante de la solvencia, y, enajenación con fin evasivo de la deuda.

Para erradicar los efectos de las enajenaciones en fraude a los acreedores las legislaciones de corte romanista han implementado la acción pauliana para contrarrestar los efectos jurídicos nocivos derivados de contratos usuales o tradicionales, estando en duda razonable si su aplicación permitiría enervar operaciones de gran dinamismo económico y jurídico como los que conlleva el contrato de fideicomiso. Ya sea afirmativa o negativa la respuesta sobre la efectividad de la acción pauliana, lo observable es que la enajenación en fraude a los acreedores tiene como un mecanismo virtual para su configuración al contrato de fideicomiso.

Es el caso, verbigracia, de los créditos laborales, que dentro del marco jurídico constitucional tienen prevalencia frente a otros créditos, inclusive frente a los créditos garantizados con garantías reales. Este privilegio se ve perjudicado si se le confronta ante un contrato de fideicomiso, ya que la entidad fiduciaria no será considerada como un acreedor más sino como una propietaria fiduciaria, conllevando a que el acreedor laboral tenga que alegar el fraude en vías de acción a través de la acción pauliana.

Lo mismo se puede decir en relación a los acreedores quirografarios, quienes en un momento dado se vincularon jurídicamente al deudor en atención a una determinada situación patrimonial, que muy bien pudo ser variada y disminuida al constituirse un patrimonio fideicometido a favor de un tercero o de alguno de sus acreedores, colocándoseles en una posición de desventaja al disminuirse la garantía patrimonial global que éstos tenían inicialmente.

Lo dicho hasta aquí permite justificar el estudio del fideicomiso y su naturaleza fraudulenta, en un intento por descubrir si es conveniente su admisión y empleo en nuestro ordenamiento jurídico o se requiere una mejor regulación para evitar el perjuicio a terceros.

1.4.2 Importancia.-

Nuestro legislador, con la introducción del contrato de fideicomiso no sólo innovó nuestro sistema bancario y financiero, sino que alteró las bases Constitucionales y de Derecho Civil que conocemos de ordinario, en el que: (a) sólo se permite la existencia del derecho propiedad como derecho real pleno, sin admitir la posibilidad de otra categoría de propiedad; (b) sólo admite la unicidad patrimonial (todas las personas solo deben contar con único patrimonio), salvo taxativa excepciones legales; (c) de usual son las obligaciones las que pueden contener la traslación de un derecho real y no viceversa; y, (d) la legitimidad para obrar de común solo reconoce la facultad de acción

del titular de un derecho excluyendo a otros.

Veamos más a detalle este fenómeno jurídico. El artículo 252° de la LGSF y el artículo 4° de la Resolución SBS N° 1010-99 entiende por dominio fiduciario al derecho de carácter temporal que otorga el fideicomitente al fiduciario para que ejerza las facultades necesarias sobre el patrimonio fideicometido, para el cumplimiento del fin o fines del fideicomiso dentro de las limitaciones establecidas en el acto constitutivo. Esto nos permite concluir que el contrato de fideicomiso no transfiere derecho de propiedad, con lo cual, esta se mantendría en potencialidad en la esfera jurídica del fideicomitente pero con las limitaciones establecidas en el acto constitutivo. Para mayor sustento se transcribe la última parte del artículo 273°: “la empresa fiduciaria no tiene derecho de propiedad sobre los bienes que conforman el patrimonio fideicometido, siendo responsable de la administración del mismo”.

Nuestra legislación – a diferencia de otras – ha acogido el dominio fiduciario sin contar con una base constitucional que lo permita (México), o, civil (Argentina y Brasil). Así por ejemplo el novísimo Código Civil argentino – al igual que su antecesor – establece que la propiedad no es totalmente plena pues puede darse tipos de propiedad imperfecta o menos plena, considerando dentro de éste último grupo a la propiedad revocable, la propiedad fiduciaria y la propiedad desmembrada. Por su parte el Código brasileiro – al igual que el Código argentino – considera el mismo sistema de propiedad, con la diferencia que su dominio fiduciario está restringido a servir de garantía sobre bienes muebles.

Al no contar con base constitucional o civil que ampare el dominio fiduciario, el contrato de fideicomiso reviste todas las características para ser considerado liminarmente como fraudulento, puesto que: a) Se transfiere una conjunto de bienes a una entidad fiduciaria, impidiendo que en caso de incumplimiento los demás acreedores

puedan hacer recaer la exigibilidad coactiva frente de dichos bienes (facultad de agresión); b) Los bienes transferidos conforman un patrimonio autónomo que será transferido – una vez cumplido el mandato fiduciario – a un tercero, a la entidad fiduciaria o al propio deudor (fideicomitente), lo que puede ser visto a simple vista como un circuito fraudulento; c) La transferencia de bienes en fideicomiso genera una propiedad fiduciaria (propiedad imperfecta y temporal), derecho real que no encuentra amparo constitucional o civil, puesto que en éstas solo se comprende y regula la propiedad plena; d) La transferencia de bienes en fideicomiso es oponible a los demás acreedores del deudor, aun cuando en realidad los bienes no han salido de la esfera del control patrimonial del deudor (fideicomitente) al fijarse derechos, atribuciones y facultades en el acto constitutivo (contrato de fideicomiso) que éste puede ejercer sobre los bienes supuestamente transferidos.

Estos argumentos, nos permiten poner en relieve la importancia de los resultados que arroje la presente investigación, puesto que estos resultados darán a establecer con objetividad si el contrato de fideicomiso tiene cabida regular en nuestro sistema jurídico, si los riesgos de incurrir en fraude a los acreedores es consustancial a su naturaleza o si por el contrario está pasa inadvertida, y, si acaso el contrato de fideicomiso produjera una disminución patrimonial en perjuicio de un tercero acreedor será suficiente el mecanismo procesal civil previsto en nuestro Código Civil (acción pauliana) para restablecer las expectativas de pago del posible acreedor perjudicado. Las respuestas que se obtengan inexorablemente motivaran la modificación legislativa necesaria para una adecuada constitución y ejecución del fideicomiso en nuestro país, restringir sus efectos fraudulentos haciendo perfectible la acción pauliana o en extremo recomendar su prohibición legal.

CAPITULO II: MARCO TEÓRICO

2.1 BASES TEÓRICAS

2.1.1 EL FIDEICOMISO

2.1.1.1 CONCEPTO LEGISLATIVO DE FIDEICOMISO

El artículo 241° de la Ley N° 26702 (Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros), en lo sucesivo LGSF, conceptúa el fideicomiso de la siguiente manera:

“El fideicomiso es una relación jurídica por la cual el fideicomitente transfiere bienes en fideicomiso a otra persona, denominada fiduciario, para la constitución de un patrimonio fideicometido, sujeto al dominio fiduciario de este último y afecto al cumplimiento de un fin específico en favor del fideicomitente o un tercero denominado fideicomisario”.
(Art. 241, Ley 26702)

2.1.1.2 ACCIONES CONTRA CIERTOS ACTOS IRREGULARES

Importa aquí, en lo principal, poner en evidencia aquéllos problemas jurídicos que se pueden generar con el empleo del fideicomiso en general, en estricto, aquéllas que han sido advertidas y reguladas por nuestro legislador. Para ello, debemos apoyarnos en las interrogantes que se formula Álvarez, J.A. (1975) al tratar el fideicomiso de residuo: “Se observa, tras un detenido estudio jurisprudencial, que los principales problemas que se plantean ante nuestros tribunales son los siguientes: Si el fideicomisario premuere al fiduciario ¿transmite sus derechos?, ¿tiene el fideicomisario derecho a los bienes fideicomitados si el fiduciario

premuere al testador?, ¿cuáles son las garantías del fideicomisario frente a los posibles actos defraudatorios del fiduciario?” (p. 175).

Nuestros legisladores han respondido estas interrogantes en la forma siguiente: a) La Ley N° 26702, no regula los efectos de la premorencia del fideicomisario, tal vez, porque parece muy obvio que la entrega de bienes debe entenderse con sus sucesores o con el propio fideicomitente⁴; b) como ya hemos visto líneas arriba, por efectos de la Ley 26702 en nuestro ordenamiento jurídico el fiduciario será siempre una entidad del sistema bancario, por lo que de extinguirse (liquidación y quiebra) se entiende que el bloque patrimonial fideicometido pasará a ser administrado por otra entidad bancaria supervisada por la SBS, salvo que no se concrete esta subrogación fiduciaria en el plazo de seis meses, en cuyo caso, el fideicomiso terminara con la consiguiente entrega de bienes a favor del fideicomisario o la devolución al fideicomitente, facultándose a los interesados a identificar y rescatar bienes y derechos que integren el patrimonio fideicometido⁵; c) para el caso de actos defraudatorios de la entidad fiduciaria la Ley 26702 ha previsto la acción de reintegro e indemnización por daños y perjuicios a favor de los posibles afectados (a saber fideicomitente o fideicomisario)⁶. Además de ello, en caso de dolo o culpa grave, la Superintendencia de Banca y Seguros puede disponer la remoción de la empresa o institución fiduciaria y designar a quien ha de

⁴ Artículo 270. DEVOLUCIÓN DE BIENES AL TÉRMINO DEL FIDEICOMISO.

Si el convenio constitutivo no contiene indicación de la persona a la que, al término del fideicomiso debe entregarse los bienes, se devuelve éstos al fideicomitente o a sus causahabientes y, en su defecto, se hace entrega de ellos al Fondo.

⁵ Artículo 255.- LIQUIDACIÓN DE LA EMPRESA FIDUCIARIA.

En caso de liquidación de la empresa fiduciaria, asiste a quienes tengan legítimo interés el derecho de identificar y rescatar los bienes y derechos existentes que pertenezcan al patrimonio fideicometido, en cualquier estado del proceso, por no formar parte de la masa.

Por el valor de los bienes, recursos líquidos y derechos perdidos o no identificables del fideicomiso, el fideicomisario tiene sobre la masa, hasta por el importe de la responsabilidad de la empresa fiduciaria, un crédito amparado con privilegio general de primer orden.

⁶ Artículo 259.- INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES POR DOLO O CULPA GRAVE.

La empresa fiduciaria que incumpla sus obligaciones por dolo o culpa grave debe reintegrar al patrimonio del fideicomiso el valor de lo perdido, más una indemnización por los daños y perjuicios irrogados, sin perjuicio de la responsabilidad a que hubiere lugar.

Si el instrumento constitutivo del fideicomiso prevé la existencia de un comité, junta u otro órgano de gobierno, las disposiciones del mismo no podrán modificar el objeto del fideicomiso.

sustituirla, si el fideicomitente no lo hubiese hecho dentro del plazo que le fuera concedido (artículo 242° de la LGSF).

Complementariamente a estas acciones, la LGSF permite la interposición de otras, como:

a. La acción de anulabilidad

Los actos de disposición que efectúe en contravención de lo pactado son anulables, si el adquirente no actuó de buena fe, salvo el caso de que la transferencia se hubiese efectuado en una bolsa de valores. La acción puede ser interpuesta por cualquiera de los fideicomisarios, el fideicomitente y aún por la propia empresa fiduciaria (artículo 252° de la LGSF).

b. La acción de nulidad

El artículo 265° de la LGSF señala que el fideicomiso es nulo:

- Si es constituido por un fideicomitente sin facultades para disponer de los bienes que pretende transferir en fideicomiso.
- Si su objeto fuese ilícito o imposible.
- Si se designa como fideicomisario a la propia empresa, salvo en los casos de fideicomiso de titulización.
- Si todos los fideicomisarios son personas legalmente impedidas de recibir los beneficios del fideicomiso. Si el impedimento recayere sólo sobre parte de los fideicomisarios, el fideicomiso es válido respecto de los restantes.
- Si todos los bienes que lo deben integrar están fuera del comercio.

Este detalle taxativo fija las causales con base a las cuales se puede proponer la nulidad de un fideicomiso. A la par que establece en qué casos el fideicomiso sería nulo, nuestra LGSF norma en forma expresa la nulidad de ciertos pactos u operaciones, tales como:

- Son nulos los pactos por los cuales se respalda (avala, garantiza o afianza) el resultado económico del fideicomiso frente al fideicomitente o fideicomisarios, así como las garantías y

compromisos que se hayan pactado en contravención a esta prohibición (artículo 257° de la LGSF).

- Son nulas las operaciones, actos y contratos que vinculen al patrimonio fideicometido en beneficio de la empresa fiduciaria, sus directivos, trabajadores, factores, auditores, así como los cónyuges o parientes de éstos (258° de la LGSF).
- Son nulos por falta de manifestación de voluntad, los actos de modificación o resolución del contrato de fideicomiso, que no cuenten con la aprobación o autorización de los fideicomisarios, cuando éstos ante intervenido como parte en el contrato de fideicomiso (250° de la LGSF).

c. La acción revocatoria o pauliana

La acción para anular la transmisión fideicomisaria realizada en fraude de acreedores caduca a los seis (6) meses de publicado en el Diario Oficial, por tres (3) días consecutivos, un aviso que dé cuenta de la enajenación. En todo caso, esa caducidad opera a los dos (2) meses de la fecha en que el acreedor haya sido notificado personalmente de la constitución del fideicomiso (artículo 245° de la LGSF). Trataremos esta acción a profundidad en el capítulo pertinente.

d. La acción petitoria (colación y reducción)

Los herederos forzosos del fideicomitente pueden exigir la devolución de los bienes fideicometidos por su causante a título de fideicomiso gratuito, en la parte que hubiere perjudicado sus legítimas. La empresa fiduciaria tiene la facultad de elegir, entre los bienes fideicometidos, aquéllos que han de ser objeto de la devolución (artículo 244° de la LGSF). Trataremos esta acción con mayor explicación de causa al tratar el fraude a la ley y la legítima hereditaria.

2.1.1.3 MODALIDADES DE FIDEICOMISO

Como enseña el maestro Avendaño, F. (1996) “el fideicomiso adopta una serie de modalidades. La Ley del Sistema Financiero hace referencia a los fideicomisos testamentarios (247), fideicomisos vitalicios (artículo 251, numeral 1), culturales (artículo 251, numeral 2), filantrópicos (artículo 251, numeral 3), de titulización (artículos 242 y 265, numeral 3) y en garantía (artículo 274)” (p.361).

2.1.1.4 CARACTERÍSTICAS DEL FIDEICOMISO

- **EL Fideicomiso es un contrato.-**

Algunos autores intentan encontrar diferencias sustanciales entre el contrato de fideicomiso y el fideicomiso entendido como operación económica. Un primer intento para lograr dicha diferencia, es partir de la tipicidad o atipicidad del contrato y del fideicomiso. Este enfoque cobra alguna importancia en aquellos ordenamientos que no regulan el contrato de fideicomiso en sus Códigos Civiles, pero si, regulan el fideicomiso a través de leyes especiales (en algunos casos en leyes de títulos de créditos – valores y en otros leyes de banca y finanzas). Pero en ordenamientos en los que sus Códigos Civiles regulan el contrato de fideicomiso o por lo menos la propiedad fiduciaria como dominio imperfecto o menos pleno, el enfoque es intrascendente puesto que tanto el contrato de fideicomiso, como el fideicomiso, son típicos.

Sobre el particular Cervantes Ahumada razona en la forma siguiente: “si el negocio fiduciario es atípico por definición y el fideicomiso es un negocio típico, por principio queda excluida la equiparación. En el negocio fiduciario como vemos, los efectos del negocio aparente se destruyen por el negocio oculto: el fideicomiso es un negocio único, no compuesto de dos negocios, y cuyos efectos derivan del acto constitutivo o de la ley, no de las relaciones internas y secretas que en el fideicomiso deben considerarse prohibidas” (Cervantes, R., citado en Piña, J.A., 1982, p. 96).

Un segundo intento para lograr establecer la diferencia entre contrato de fideicomiso y fideicomiso estriba en considerar al contrato de fideicomiso como acto bilateral que no requiere la intervención de terceros y al fideicomiso como acto unilateral, que sólo requiere la intervención del fideicomitente. En este sentido, Molina Pasquel niega la igualdad entre el negocio fiduciario y el fideicomiso por la presencia del beneficiario en el fideicomiso, el cual añade, “es y debe ser originaria y fundamentalmente distinto de los otros dos en el fideicomiso (es excepcional la situación del fideicomitente que es fideicomisario, aun en la cual ambos caracteres se conservan separados). Entonces toda la doctrina sobre los elementos reales y obligatorios respecto a los sujetos de la regulación, que caracterizan el negocio fiduciario, se tornan confusos y resulta difícil precisar hasta qué punto alcanzan el tercero sujeto o beneficiario” (Molina, R., citado en Piña, J.A., 1982, p. 97).

Un mejor entender de la diferencia entre contrato de fideicomiso y fideicomiso, lo encontramos en la precisión hecha por Ormaechea, C. (2000): “(...) Las partes del negocio son el fiduciante (que se obliga a transmitir la propiedad fiduciaria) y el fiduciario (que la recibe y debe ejercerla sujeta a plazo o condición). Los terceros con interés no son parte del negocio; además podrán o no existir fideicomisarios designados, conforme a la voluntad de los contratantes, y en consecuencia su existencia en cada contrato no constituye un elemento esencial de la figura. Conforme el Art. 504° del Código Civil, y en su carácter de terceros, los beneficiarios, deberán prestar su aceptación para poder exigir el cumplimiento por parte del fiduciario, de aquellos actos que los beneficien, así como para que los fideicomisarios lleguen a recibir el dominio o la propiedad plenos y perfectos de las cosas o bienes dados en fideicomiso, al cumplimiento del plazo o condición” (p. 442).

Como bien refiere Tranchini, M.H. (1998) “la mayoría de las

legislaciones latinoamericanas regulan al fideicomiso constituido por actos entre vivos como un contrato y, por tanto, necesariamente bilateral, siendo necesaria la concurrencia de dos voluntades: la del fiduciante y la del fiduciario” (p. 70). No obstante ello, dichas legislaciones, no conceptúan legislativamente el fideicomiso como contrato sino como la constitución de un derecho real, como precisa López de Zavalía “lo definido no es el contrato de fideicomiso, sino la operación jurídica de constitución de fideicomiso ex contractu. Para decirlo en otros términos: se refiere al fideicomiso ya constituido, cuando ha quedado cumplido el modo que el sistema de nuestro Derecho requiera para la transmisión de bienes de que se trate” (López de Zavalía, F., citado en Tranchini, M.H., 1998, p.71).

Coincidimos con Tranchini, MH (1998) al afirmar que el fideicomiso se trata de un contrato consensual (Art. 1140° del Código Civil) que queda concluido (se perfecciona entre las partes) con el solo consentimiento. La transmisión de los bienes forma parte de la etapa de cumplimiento, no de la etapa de formación del contrato (p.71).

El tratadista Cervantes Ahumada explica que “si bien es cierto que el fideicomiso se contiene en un contrato, no será el acuerdo de voluntades lo que constituya al fideicomiso, sino que éste se constituirá por la voluntad del fideicomitente” (Cervantes, R., citado en Piña, J.A., 1982, p. 97). Este tratadista se adhiere a la postura doctrinaria que considera que el negocio de fideicomiso es un acto jurídico unilateral que se perfecciona con la sola manifestación de voluntad del fideicomitente.

Ojesto, J.F. (1990), sostiene que “Mucho se ha discutido acerca del acto que da nacimiento al fideicomiso: si es la declaración unilateral del fideicomitente, si es la aceptación que haga la institución fiduciaria. Al respecto consideramos que conforme a la Ley el fideicomiso puede constituirse por testamento (declaración unilateral de voluntad) o bien por acto entre vivos que puede ser a través de un

acuerdo de voluntades entre fideicomitente e institución fiduciaria y en algunos casos también será necesaria la voluntad del fideicomisario. Es indudable que la aceptación del cargo del fideicomiso es potestativo para la institución fiduciaria pues el Art. 350 habla de la no aceptación de la fiduciaria y el Art. 356 de que podrá excusarse. Es interesante hacer notar que la parte final del Art. 350 establece que cuando no fuere posible la sustitución de la institución fiduciaria designada cesará el fideicomiso. Es claro que el artículo se refiere a los fideicomisos constituidos mediante declaración unilateral de voluntad del fideicomitente (una sola de las formas posibles de constitución) pues en ese caso la sola declaración ya constituyó el fideicomiso y la aceptación de la fiduciaria es únicamente un acto posterior que sólo hace efectivo el fideicomiso y su ausencia hace que éste cese (sólo lo que existe)” (p. 213).

- **EL fideicomiso es un negocio sin causa propia o de causa atípica.-**

Escobar, F. (2004) nos precisa que algunos autores defienden la tesis tradicional de: “que no es posible encontrar en los referidos negocios una causa idónea que sirva de soporte al efecto traslativo que provocan, desde que los fines de garantía (fiducia cum creditore) o de mandato (fiducia cum amico) en ningún caso exigen la efectiva transferencia de propiedad (o de otro derecho). En tal sentido, los referidos autores manifiestan que los negocios fiduciarios solo tienen cabida en aquellos sistemas que aceptan la posibilidad de celebrar negocios abstractos (que son los que se independizan de su causa), en tanto que los mismos no exigen que el efecto (negocial) se sujete a la finalidad” (p. 157).

Sobre el particular, Barrera, J. (1958), nos indicaba que “al hablar de negocios atípicos pueden también los críticos hacer referencia a la posibilidad de relaciones en las que prescinda de la causa, o sea, de negocios abstractos. Nuestro ordenamiento jurídico, influenciado por el germánico a través del italiano y del francés, admite ciertos

negocios abstractos como son los incorporados en los títulos de crédito; ellos operan la transmisión del dominio sin vinculación a un determinado negocio nominado de carácter traslativo, que pudiera servirles de causa. Pues bien, de la misma manera podría aceptarse el carácter abstracto del fideicomiso, en cuanto ni él ni ningún otro negocio fiduciario admite y reglamenta una causa especial de traslación de dominio, que actúe a través de las finalidades que son propias de este negocio, o sea, finalidades de garantía, de mandato o de administración; es decir, insistimos, nuestro ordenamiento, a semejanza de los de tipo romano, no reconoce a la causa *fiduciae* como una causa idónea para operar una traslación de dominio. Esta sólo se opera por medio de las *solvendi*, *credendi* o *donandi causae*, y el fideicomiso, como cualquier otro negocio fiduciario, sólo actúa de instrumento o medio para la traslación de propiedad por y a través de una de dichas causas” (p. 141).

Contradiciendo esta forma de ver el asunto, surge otra no menos importante corriente de opinión que sostiene que los negocios fiduciarios sí incorporan una causa idónea para justificar los efectos traslativos que aquellos provocan. En este sentido Escobar, F. (2004) señala que “esta corriente de opinión afirma que la causa de estos negocios, llamada causa *fiduciae*, es una de carácter atípico, cuyo diseño responde a la combinación de la finalidad legal de los negocios típicos utilizados indirectamente con la finalidad particular establecida por las partes que celebran dichos negocios. En consecuencia, los defensores de esta posición aseveran que los negocios fiduciarios sí tienen cabida en los ordenamientos de tinte causalista, en tanto que la transferencia de propiedad (o de otro derecho) estaría suficientemente respaldada por una función (causa) atípica” (p. 158).

Sobre el particular Trachini, M.H. (1998) precisa lo siguiente: “la transferencia fiduciaria no es el fin último del fideicomiso, es solo el medio o vehículo que otorga mayores seguridades para la concreción

de otros negocios subyacentes. Así entendido, el contrato de fideicomiso será oneroso si se estipula una retribución para el fiduciario por la ejecución de los encargos encomendados, en tanto que, la transferencia de propiedad fiduciaria no es un acto a título oneroso ni a título gratuito. No es onerosa, ya que el fiduciario no da contraprestación alguna al fiduciante o a terceros por la transmisión del bien a su favor. Tampoco es un acto a título gratuito pues la propiedad no se regala, no es una liberalidad a favor del fiduciario. El ingreso del bien fideicometido produce un efecto neutro en el patrimonio del fiduciario” (p. 76).

Sintetizando la cuestión de la gratuidad u onerosidad en toda la compleja trama de vínculos obligacionales y reales que genera el fideicomiso, coincidimos con Trachini, M.H. (1998) en lo siguiente: “El contrato será oneroso (cuando el fiduciario recibe una retribución por el encargo que se le encomienda) o gratuito (si no la percibe). La transferencia fiduciaria es neutra, esto es, “a título de confianza”. Los negocios subyacentes pueden ser, como vimos, onerosos o gratuitos” (p. 76).

- **El fideicomiso genera una doble relación jurídica.-**

Para Barrera, J. (1958) el fideicomiso: “se trata de un negocio que atribuye a alguien un derecho patrimonial en interés de otro (que puede ser el fideicomitente o el fideicomisario), y a nombre propio. Existe, pues, la doble relación: transmisión de bienes o derechos al fiduciario (relación real) y obligación asumida por dicho fiduciario de afectar a una determinada finalidad dichos bienes o derechos (relación obligatoria o personal)” (p. 143).

Sobre esta doble relación surgida del fideicomiso el maestro Stewart, A. (1996) nos dice lo siguiente: “la relación con efectos reales universales, es distinta y, en sí misma, independiente de la obligacional que vincula previamente a sólo los dos intervinientes. Sin

embargo, esa independencia es sólo aparente y externa, pues, en el fuero interno, la transferencia tiene un fin distinto al habitual de las transferencias de dominio que se realizan en beneficio del receptor: aquí éste recibe la propiedad en beneficio de tercero, finalidad verdadera de la relación obligacional, lo que significa que el negocio real, efecto, es dependiente de ésta, su verdadera causa. Es evidente también su complementariedad; la relación obligacional sólo se explica si, previamente, se ha dado la relación real, entre las mismas partes pero con efectos contrarios: en la relación real, el nuevo titular resulta beneficiario, en tanto que en la obligacional, es el obligado” (p. 36).

Patton, R.G. (1947) sobre la relación real surgida de un fideicomiso, trust o fiducie, sostiene que: “la división de los derechos entre el fiduciario y el beneficiario tiene efecto en el título de propiedad relativo al primero. Pero el fiduciario tiene un título mucho más restringido que el del tenedor de la nuda propiedad en el usufructo o el del reversionista o el causahabiente en el Derecho Común, porque él no puede gozar o disponer de los bienes del trust para su propio beneficio. Su dominio queda limitado por las condiciones del fideicomiso. El fiduciario puede gravar, donar, permutar, o en otra forma enajenar los bienes que se le han transmitido, salvo que esté obligado a retener, conservar, administrar y usufructuar el patrimonio en beneficio del fideicomisario, según los términos del acto constitutivo. Esto significa que el derecho de dominio del fiduciario en el nuevo fideicomiso no es absoluto sino limitado” (p. 494).

- **El fideicomiso es un negocio jurídico indirecto.-**

Doménico Rubino afirma que “el negocio indirecto consiste en emplear una determinada forma jurídica para conseguir indirectamente una finalidad económica que no puede alcanzarse de modo directo” (Rubino, D., citado en Villavicencio, V.A., 1998, p. 598). Y es que, como dice Villavicencio, V.A. (1998) “el empleo

indirecto de los negocios fue común en los sistemas formalistas de la antigüedad, los que limitaban las categorías de contratos e impedían alcanzar a las partes fines no tipificados, cuya satisfacción exigía la transformación económica” (p. 598).

Es así que Doménico Rubino considera el negocio indirecto como producto de un proceso de construcción en sentido técnico; es decir: “de un proceso, debido a las partes y al intérprete, mediante el cual se configuran y valoran los hechos de un modo artificioso y forzado por razones de utilidad práctica. Como la analogía, la construcción asume una función supletoria con relación al ordenamiento positivo, pero, a diferencia de ésta última (que opera sobre una norma, dejando intacto el hecho), la construcción opera sobre el elemento de hecho, modificándolo de modo que aparezca como una figura ya prevista por el Derecho” (Rubino, D., citado en Jordano, J.B., 1958, p. 1029).

Retomando a Villavicencio, V.A. (1998) este precisa sobre el negocio adoptado que: “las partes pueden utilizar cualquier negocio siempre que sea típico, para alcanzar los fines que se han propuesto. Si al amparo del principio de libertad contractual las partes crearan un negocio atípico, el resultado no se originaría indirectamente, sino que se habrá creado, como lo señala Ortega Pardo un contrato atípico que tendrá un resultado concreto previsto por las partes, dentro del supuesto negocial que generan” (p. 604).

Ascarelli considera que los negocios fiduciarios constituyen negocios indirectos: el fin realmente perseguido por las partes con el negocio no corresponde al típico del negocio adoptado. El negocio es querido seriamente por las partes, pero para un fin diverso de su fin típico. Igual pensamiento tiene Rubino en su “Negocio jurídico indirecto” (Ascarelli, T., citado en Villavicencio, V.A., 1998, p. 601).

Sobre el particular, Soto, F. (1970) - comentando la jurisprudencia de su país sobre el fideicomiso en garantía - señala que: “la

jurisprudencia viene calificando de indirectos a los negocios fiduciarios, al resaltar que el propósito inspirador de los mismos se alcanza merced a un circuito o rodeo delineado a través de los negocios fundidos en un crisol. Hay en el negocio fiduciario el uso de un medio indirecto y fuera de los cuadros típicos de la ley para obtener un resultado que pudo ser conseguido por la vía directa y típica del préstamo con fianzamiento, prevista en el ordenamiento jurídico. El negocio jurídico fiduciario, como indirecto que es, se concluye utilizando las partes un tipo de contrato regulado por el ordenamiento jurídico positivo que adoptan con fin distinto del expresado” (p. 532).

Actualmente el contrato de fideicomiso es un contrato típico y su comprensión como negocio indirecto hace que su estructura se objetive a tal punto de poder ser entendida como el empleo concomitante o secuencial de contratos civiles y comerciales de uso común acoplados al logro de un fin o propósito económicamente distinto al obtenido por dichos contratos; así entendido, todo fideicomiso, sin importar su modalidad y en mayor o menor medida, hará empleo de una serie de figuras contractuales como el mandato, el depósito, la compraventa, el management, la hipoteca, Etc; con la finalidad de lograr el fin o propósito económico establecido unilateral o convencionalmente entre fiduciante y fiduciario, siendo esto, una característica consustancial al fideicomiso.

- **El fideicomiso es una fuente de obligaciones.-**

Para el maestro Arias-Schreiber, M. (1999) el fideicomiso tiene los siguientes caracteres jurídicos:

“1) Es típico, ya que está enmarcado dentro de la Ley 26072. Aunque es nominado, no le damos esta característica debido a que la moderna doctrina tiende a eliminarla. 2) Es autónomo, pues tiene vida propia y no depende de otros contratos. En ciertos casos está vinculado a otras figuras contractuales y cuando es testamentaria se relaciona

directamente con el Derecho Sucesorio. Debemos aclarar que en el Derecho Sucesorio peruano no existe el fideicomiso residual ni la sustitución fideicomisaria condicional, como sí sucede en España. 3) Es complejo, pues por su flexibilidad puede dar origen a diferentes formas de carácter obligacional. 4) Es constitutivo, pues da lugar a la creación de figuras jurídicas diferentes, dentro del mecanismo de administración que está a cargo del fiduciario. 5) Es conmutativo, pues se puede prever con anticipación sus beneficios y sacrificios, a diferencia de lo que sucede con los actos aleatorios. 6) Es oneroso, pues el fiduciario recibe una retribución en tanto que el fiduciante se desprende del bien o bienes que entrega en fideicomiso. 7) Es de tracto sucesivo, ya que su ejecución, a través de actos de administración, está diferida en el tiempo. 8) Es de prestaciones recíprocas, cuando surge de un acto bilateral, pues cada una de las partes está sujeta al juego de la prestación y contraprestación. 9) Es formal, pues así lo establece el artículo 246 de la Ley, que exige se formalice por instrumento privado o protocolizado notarialmente. Aun cuando el numeral se refiere al contrato, pensamos que si se trata de disposición testamentaria también deberá ser formalizado del mismo modo. Desde luego en ambos casos cabe que se constituya por escritura pública” (p. 183, 184).

2.1.1.5 ELEMENTOS DEL CONTRATO DE FIDEICOMISO

- **El Acto Constitutivo.-**

A continuación intentaremos explicar uno de los elementos del fideicomiso poco estudiados por la doctrina, muy a pesar, que casi todos los autores y legislaciones hacen referencia a él. Para ello, partiremos por considerar osadamente al fideicomiso como un contrato normativo que contiene implícito una serie de contratos aplicativos que deben celebrarse en ejecución del mandato fiduciario. No nos detendremos aquí a analizar la naturaleza jurídica de estos tipos de contratos, ya que la pertinencia de ser evocada en esta

investigación estriba principalmente en sus efectos aplicativos en el ámbito contractual, en el que se le suele emplear no como un simple contrato preparatorio (de alcances limitados) sino como un contrato definitivo en el que se fijan obligaciones que deben ser cumplidas y pactos de forma en que deben contraerse otros actos jurídicos, en aplicación de las primeras obligaciones contraídas.

Nuestra posición encuentra sustento en las conclusiones de Soro, O. (2014) para quien:

“(…) el examen de las cláusulas que suelen conformar los negocios que habitualmente se califican como contratos normativos – en el sector de la distribución, de la cooperación institucional y empresarial o, incluso, de las operaciones financieras – es doblemente sugerente: por un lado, dicho examen pone de relieve que, ciertamente, muchos de esos negocios parecen encajar dentro de la noción tradicional de contrato normativo como pactum de modo contrahendo. Esto es, como acuerdos que establecen las reglas que las partes que lo firmaron como entre alguna de ellas y un tercero ajeno a dicho contrato.

Sin embargo – y esto es a nuestro juicio lo más importante -, la constatación de la presencia habitual en dichos negocios de cláusulas que vinculan inmediatamente a las partes, con independencia de la conclusión de los llamados contratos de aplicación, e incluso una vez terminada la relación contractual, parece poner de manifiesto que el contrato normativo es más que un simple acuerdo preparatorio desprovisto de valor jurídico intrínseco. En realidad, las cláusulas de los contratos normativos a menudo denotan la existencia de una especial relación de confianza o intuitu personae entre las partes. Ese singular vínculo jurídico, más que posibilitar un intercambio puntual de bienes y servicios, parece perseguir la instauración o consolidación de una relación de cooperación fluida, estable y duradera entre las partes, con el fin de simplificar la celebración de los negocios que en un futuro puedan llevarse a cabo tanto entre ellas como con terceros”

(p. 24,25,26)

Estas premisas nos permiten concluir que el fideicomiso al ser un contrato normativo estatuye obligaciones convenidas entre el fiduciante y el fiduciario, además de contener pactos vinculantes jurídicamente que prevén la forma como se celebraran o aplicaran actos jurídicos, obligaciones jurídicas y contratos en ejecución del mandato fiduciario. Ahora bien, la institución de estas obligaciones y pactos pueden ser fijadas convencionalmente, como ya está dicho, o pueden ser fijadas unilateralmente por el fideicomitente, como veremos seguidamente.

El elemento constitutivo del fideicomiso presenta una dualidad de objeto.- Jorge Alfredo Domínguez Martínez sostiene que el objeto de un negocio jurídico “es el nacimiento de efectos jurídicos los cuales consisten en la creación, transmisión, modificación o extinción de relaciones y estados jurídicos”, indica que de los estudios realizados por la doctrina ha surgido una dualidad de objetos directo uno e indirecto el otro (Domínguez, J.A., citado en Novales, A., 1988, p. 1046).

Así para Novales A. (1988) “el objeto directo de los negocios jurídicos es “precisamente ese nacimiento de consecuencias jurídicas, o sea, la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos y obligaciones o de situaciones jurídicas” mientras que el indirecto “está representado tanto por el directo de la obligación es decir la prestación a cargo del obligado, que puede ser positiva, de dar o hacer, o negativa, esto es, una abstención, como por el objeto también indirecto de la propia obligación, el cual toma el mismo carácter en relación con el negocio. Es la cosa, el hecho o la abstención en sí mismos, relacionados con la conducta del deudor”, por lo que tanto el acto unilateral por medio del cual se constituye el fideicomiso como el contrato relativo a su ejecución cuentan con la dualidad de objetos” (p. 1055).

El elemento constitutivo del fideicomiso se estructura en función a la voluntad del fideicomitente.-

Tratando de encontrar en la realidad y la práctica los elementos estructurales y características del fideicomiso, muchos autores destacan como primer elemento a la intención del creador de la operación fiduciaria, esto es, la manifestación de la intención del propietario de los bienes para destinarlos a un fin específico, ideado por él, y que debe satisfacer sus necesidades. Entre estos autores tenemos a Giordana, V.M (1986) quien recomienda que dicha voluntad se sujete a varias consecuencias:

- “a) La determinación concreta, específica, de los bienes que han de destinarse al fin que se ha propuesto su dueño, cuando menos en el momento del acto constitutivo, puesto que tal vez el objetivo previsto por alcanzar traiga como consecuencia la fungibilidad o bien la sustitución de esos bienes, es más, pueden incrementarse o disminuir la vida del fideicomiso.
- b) El fin debe ser lícito por necesidad, pues si bien es cierto que los actos ilícitos pueden en ocasiones producir consecuencias de derecho, no puede permitirse, por principio filosófico jurídico, crear institución ninguna de Derecho que atente contra la esencia del Derecho, pues ello equivaldría a la negación de su razón de ser; independientemente de las sanciones que el propio sistema ha establecido para quien contraviene su régimen.
- c) Independientemente de la licitud del fin, es menester que quien lo ha de constituir el fideicomiso cuente con las facultades suficientes para ello, y precise cuál es el fin por realizar, pues de ello dependerán las obligaciones del fiduciario, pero más aún, permitirá conocer el alcance de los derechos que le asistirán a cada una de las partes que han de intervenir en él y cuáles son los alcances de la titularidad del fiduciario; además, como lo explicaremos más adelante, permitirá conocer el efecto patrimonial que habrá de producirse en el fideicomitente y en el o los fideicomisarios” (p. 786).

El elemento constitutivo del fideicomiso somete a la entidad fiduciaria a sus estipulaciones.- Para explicar esta característica del elemento constitutivo resulta ilustrativo traer a colación lo dicho por Hayzus J.R. (2001), para quien “es de la esencia del fideicomiso que el fiduciario esté en todo momento subordinado a las directivas que le impone el contrato y a las obligaciones inderogables que surgen de la ley. En términos generales, está sujeto a deberes que se corresponden a la “confianza depositada en él” (art. 6), es decir que la rectitud de uno se corresponde con la confianza del otro. Hallarse en la posición del fiduciario implica responsabilidades que el sujeto no puede eludir a partir del momento en que la acepta. Tales exigencias han de verse no sólo desde la perspectiva del fiduciante, que se desprendió de la propiedad de ciertos bienes al amparo del compromiso del fiduciario de cumplir con el encargo, sino también desde el punto de vista de los beneficiarios, cuyas expectativas – nacidas de las estipulaciones a su favor – no han de ser frustradas por culpa del fiduciario” (p. 48).

De este mismo parecer es Becerra, J. (1983) para quien: “La institución fiduciaria deriva su representación del acto constitutivo del fideicomiso o de sus modificaciones. Pero esa representación tiene la característica de permitir y obligar al fiduciario a actuar a nombre propio pero por cuenta del patrimonio del fideicomiso que debe cuidar como buen padre de familia” (p. 166).

Es por esta razón, como bien concluye Ojesto, J. F. (1990) es “que el derecho de propiedad del fiduciario no se parece al derecho de propiedad normal puesto que el fiduciario tiene obligaciones frente al fideicomisario o el fideicomitente, por lo que cuando ejercita ese derecho, no lo hace como si fuera propio, sino más bien cumpliendo con un deber. En efecto, el fiduciario actúa como propietario porque lo es jurídicamente; pero no ejercita el derecho como si fuera potestativo, ya que hemos descubierto que este derecho se encuentra fundido como un deber y no con el derecho de libertad. Por lo que la

institución fiduciaria no puede optar entre el ejercicio o no de su derecho de propiedad ya que es de ejercicio obligatorio” (p. 217).

Una vez configurado el elemento constitutivo este cobra eficacia autónoma.- La actuación del fideicomitente dentro del fideicomiso, sólo se precisa en el acto constitutivo del mismo ya que como acertadamente afirma Rodríguez “la ley ha querido, en lógica correspondencia con la estructura de este negocio, que el mismo produzca todos sus efectos sin la colaboración del fideicomitente aún después de su muerte e incluso en contra de su voluntad. La voluntad creadora del fideicomitente es eficaz de un modo permanente, de manera que se establece un complejo de relaciones estables que pueden persistir por largo tiempo e incluso con carácter indefinido (fideicomisos a favor de personas jurídicas, de orden público o de instituciones de beneficencia)” (Rodríguez, J., citado en Piña J.A., 1982, p. 89).

El elemento constitutivo del fideicomiso debe estar plasmado y detallado expresamente en un instrumento público.- Para Mazzuco, E.; Pacheco, A.G. (1986): “El documento notarial auténtico, es el instrumento idóneo, para la construcción del negocio fiduciario, cualquiera sea la naturaleza de las cosas o bienes que integren la propiedad fiduciaria, en el que consta la causa del negocio de fiducia, que provoca esta transmisión imperfecta del dominio y en el que se recepta la totalidad de las relaciones obligacionales entre las partes del negocio fiduciario, creando así un centro de imputación diferenciado, conforme el fin económico perseguido, que es el cumplimiento por parte del fiduciario del negocio fiduciario receptado” (p. 746).

- **El Fideicomitente.-**

Vásquez Martínez nos da un concepto breve pero del todo comprensible acerca del fideicomitente diciendo que: “El

fideicomitente es la persona que por testamento o contrato separa a ciertos bienes y derechos de su patrimonio afectándolos a fines determinados y construyendo un patrimonio autónomo” (Vásquez, E., citado en Novales, A., 1988, p.1052).

Piña J.A. (1982), haciendo referencia a la legislación cambiaria mexicana nos dice que “el fideicomitente es la persona que por declaración unilateral de voluntad constituye un fideicomiso. Pueden ser fideicomitentes de acuerdo con el artículo 349° de la Ley Cambiaria, las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para hacer la afectación de bienes que el fideicomiso implica” (p. 88).

Para Novales, A. (1988): “El fideicomitente debe tener capacidad legal para disponer de sus bienes, por los menores e incapaces pueden constituir fideicomiso sus representantes legales con autorización judicial, puede también un mandatario constituir fideicomiso si está expresamente facultado para ello mediante facultad especial; otros autores coinciden en que el fideicomitente es la persona que transmite los bienes y/o derechos materiales del fideicomiso y establece los fines para los cuales deben ser destinados” (p. 1052).

Agrega Piña J.A. (1982) que: “corresponde al fideicomitente designar al fiduciario, puesto que como hemos visto, el fideicomiso se origina por una declaración unilateral de la voluntad por parte del fideicomitente, quien puede por lo tanto inclusive designar a varios fiduciarios para que vayan sustituyendo unos por otros o para que obren conjuntamente. Si al constituirse el fideicomiso no se designa nominalmente la institución fiduciaria, se tendrá por designada la que elija el fideicomisario, o en su defecto, la que señale el Juez de primera instancia del lugar en que estuvieron ubicados los bienes” (p. 91).

Son derechos usuales del fideicomitente, a entender de Novales, A.

(1988):

- “1) El examen por sí o por experto de las cuentas del fideicomiso.
- 2) Obtener la devolución de los bienes y/o derechos destinados al fideicomiso siempre que su naturaleza lo permita.
- 3) Ejercitar todos los actos necesarios para evitar el deterioro o pérdida de los bienes fideicometidos por negligencia del fiduciario.
- 4) Ser el fideicomisario si así le conviene y se establece en el contrato” (p. 1052).

Sobre la devolución de los bienes y/o derechos destinados al fideicomiso, Piña J.A. (1982) agrega que: “al extinguirse el fideicomiso, los bienes deberán revertirse al fideicomitente o entregados a sus herederos, si no es que en el acto de constitución se le asigna a los bienes fideicometidos un destino específico distinto. Para el primer efecto, en el caso de los bienes fideicometidos fuesen inmuebles o derechos reales sobre los mismos, de acuerdo con el artículo 358, será suficiente con que la institución fiduciaria asiente en el documento de constitución el dato que el fideicomiso se haya extinguido, y que esta declaración se inscriba en el Registro de la Propiedad del lugar en que aquél hubiese sido inscrito” (p. 89).

Novales, A. (1988) también nos detalla los deberes que tendría el fideicomitente:

- “ a) El saneamiento por evicción o vicios ocultos de los bienes y/o derechos fideicometidos o sea que debe transmitir los mismos, libres de gravámenes, anotaciones o limitaciones y en perfecto estado.
- b) Preservar el bien de acuerdo a su finalidad.
- c) Dar aviso inmediato de cualquier desmejora, depreciación, usurpación o riesgo que pueda afectar el bien fideicometido al fideicomisario y al fiduciario.
- d) El pago de los honorarios al fiduciario, salvo pacto en contrario” (p. 1053).

- **El Fiduciario.-**

Para Cervantes, E. (1982) “el fiduciario es la persona que está obligada a utilizar el patrimonio constituido y afectado en fideicomiso a la realización del fin determinado” (p. 522). Giorgana, V.M. (1986) sostiene que “el fideicomiso justifica su función como institución jurídica bajo la base de que el fiduciario, como titular de derechos sobre ciertos bienes, realiza en nombre propio en favor de tercero, todas aquellas operaciones que le fueron señaladas por el fideicomitente en el contrato que celebró al efecto, actuando discrecionalmente con la capacidad necesaria para ello que le reconoce la ley, en el ejercicio de los derechos de disposición que sobre esos bienes le fueron transmitidos y no quedaron reservados en favor de su propietario o de otra persona” (p. 785).

Como explica Castro, J.A.: “En el derecho comparado hemos podido observar dos grandes especies de fideicomisos: el fideicomiso civil y el mercantil. La diferencia más notoria entre estos contratos es que en la fiducia civil cualquier persona puede fungir como fiduciario, mientras que en la mercantil debe ser una entidad que cuente con la autorización de un órgano del Estado para cumplir tales fines. En el caso peruano, por ejemplo, sólo pueden ser los bancos. Otra diferencia es que en la fiducia civil el fiduciario sí se puede quedar con los frutos que genere el patrimonio fideicomitado” (p. 183).

Hayzus J.R. (2001) destaca esta diferencia de fideicomiso civil y mercantil haciendo alusión a la forma como regulaba el Art. 5° de la Ley Argentina N° 24,441 a los fiduciarios: “cualquier persona capaz, física o jurídica, podía ser fiduciario. Es importante destacar la presencia de entes de existencia ideal, generalmente organizados como sociedades anónimas, que se dedican a la tarea de fiduciarios con carácter profesional. En el caso especial de fideicomisos financieros, definidos en el art. 19 como aquellos que dan origen a la emisión de títulos valores con autorización de oferta pública, la ley

restringe el rol del fiduciario a las entidades financieras habilitadas como tales por el Banco Central de la República Argentina (siempre que sus estatutos prevean el desempeño de dichas funciones), a las cajas de valores y a las sociedades anónimas constituidas con ese objeto específico, siempre que estas se hallen inscritas en el Registro de Fiduciarios Financieros abierto por la Comisión Nacional de Valores en su calidad de organismo de aplicación de la ley, y que tengan un patrimonio mínimo de un millón de pesos” (p. 136).

Ahora bien, sean civiles o mercantiles, resulta obvio que la principal función del fiduciario es ejecutar el fideicomiso. Giorgana, V.M. (1986) identifica como uno de los elementos estructurales del fideicomiso a la ejecución del fin que se propone la encomienda al tercero (fiduciario), señalando que de ello se seguirán estas consecuencias⁷:

“ a) La ejecución debe realizarla quien cuente con solvencia moral y técnica, con profesionalidad y responsabilidad en el cumplimiento de sus actos; y así es que nuestra legislación actual (art. 350 L.T.O.C.), sólo permite que esta actividad la ejecuten Instituciones de crédito que gocen de concesión del Gobierno Federal para ello (...) Mucho se ha debatido sobre esto último, argumentándose que, como fuere, la fiducia en su aspecto pasivo de la operación debe encomendarse, por ser de interés social, sólo a quien cuente con conocimientos y capacidad moral, técnica y económica para ello, y siempre bajo la vigilancia del Estado, quien velará del profesionalismo del fiduciario⁸.

b) En la ejecución del fideicomiso, el fiduciario será responsable

⁷ Víctor Manuel Giorgana Frutos, Ob. Cit., Pág. 786, 787 y 788.

⁸ De estas opiniones podemos deducir que la única razón fundamental para hacer privativa de las instituciones de crédito a la actividad fiduciaria, fue la de garantizar un buen manejo por parte del fiduciario cosa que, en el momento en que nació esta figura en nuestro país, sólo podía asegurarlo el sistema bancario por su reconocida solvencia y por la estrecha vigilancia del Estado sobre el mismo, ahora nacionalizado. Es decir, no existe una razón “técnica” que justifique la exclusividad que tienen los bancos para actuar como fiduciarios ya que no se trata de una actividad propiamente bancaria y que inclusive, en ocasiones tiene encargos tan diversos y especializados que los bancos deben recurrir a especialistas en la materia para desempeñarlos. Emilio Illanes Díaz Rivera. Actividad fiduciaria y casas de bolsa. Revista de la Facultad de Derecho de México 1984. México.

del cumplimiento del fin que se ha puesto el propietario de los bienes, por lo cual debe hacerse responsable, tanto objetiva como subjetivamente, por sus actos en el cumplimiento del contrato, lo cual será de conformidad con la estructura y características de la operación de que se trate. (...) Recordemos que las Fiduciarias son personas jurídicas, y que como tales es indispensable que los actos que les son propios sean ejecutados por representantes, que en el caso particular se les llaman Delegados Fiduciarios, por lo que sería conveniente, que se fijasen claramente cuáles son las atribuciones y responsabilidades de éstos últimos, y en qué casos, forma, términos y condiciones pueden delegar sus facultades, para que sea claramente determinadas las operaciones que deban ser imputadas como actos del Fiduciario y cuáles del personal del fideicomiso.

c) También es consecuencia de que el cumplimiento de los fines sea encomendado a una Institución, el reconocimiento legal de que ésta cuenta, sin necesidad de mencionarse así en el contrato de fideicomiso y aún, según el caso, sin tener que acudir ante Notario Público, con todas las facultades, atribuciones y derechos que le sean necesarios para llevar a cabo su gestión, lo cual contrasta con el apoderamiento de un mandatario general y especial” (p. 786, 787, 788).

Independientemente de si es conveniente que el fiduciario sea una entidad bancaria – financiera o lo pueda ser cualquier persona, para ambos supuestos las atribuciones conferidas al fiduciario son relativas y el fideicomiso no puede constituirse en beneficio de estas.

Al respecto, Giorgana, V.M. (1986) precisa que: “El fiduciario es simplemente “titular” de derechos reales afectos a un fin, pues debemos entender que la titularidad es la “cualidad jurídica que determina la entidad de poder de una persona sobre un derecho o pluralidad de derechos de una relación jurídica” (...) así, el poder con que cuenta el fiduciario respecto de los bienes afectos a la

operación le permite ejercer sobre los mismos un dominio que no es pleno, pues, como se dijo antes, sus facultades de disposición están limitadas por los fines que se comprometió a cumplir, que ante una actuación abusiva de los mismos no podrán deparar perjuicios a tercero de buena fe, respondiendo en todo caso por su negligencia o exceso; además de que como fuere, siempre habrá frente de él una persona, a la que llamamos nudo propietario, que tendrá la facultad de exigirle no nada más, según sea, el cumplimiento de los fines, que queda latente, ya a una condición, ya a un plazo o a ambos” (p. 793).

De otro lado, el fiduciario no puede ser beneficiario ni fideicomisario. Sobre este punto es pertinente tener en cuenta el aporte dado por Magri, C.S.E.; Zito, O. (1995): “Entendemos que el sujeto encargado de cumplir con la voluntad del fiduciante no debe beneficiarse con su resultado. Esto nos ha llevado a verificar el tratamiento de este tema en la legislación mencionada como fuente y es así que: a) El Art. 1244 del Código de Colombia dice: “Será ineficaz toda estipulación que disponga que el fiduciario adquirirá definitivamente por causa del negocio fiduciario, el dominio de los bienes fideicometidos”. b) El Art. 348 in fine de la Ley General de Títulos y Operaciones de México expresa que: “... Es nulo el fideicomiso que se constituya en favor del fiduciario”. c) El de más amplio criterio, el Art. 1275 del Código Civil de Quebec que no lo prohíbe, lo condiciona en estos términos: “El constituyente o el beneficiario pueden ser fiduciarios, pero deben actuar juntamente con un fiduciario que no sea constituyente ni beneficiario”. d) El proyecto no expresaba nada al respecto pero de su artículo 5° se infiere claramente la prohibición” (p. 359).

Finalmente, como señala Becerra, J. (1983): “Desde el punto de vista procesal las instituciones fiduciarias pueden ser actoras y demandadas. Como actoras por derecho propio cuando demandan el pago de sus honorarios como fiduciarias y como demandadas cuando se les exigen responsabilidades, cuentas por su

administración e inclusive su remoción (art. 137 y 138 LIC). (...) Como titulares del patrimonio fideicometido tienen todos los derechos y acciones para hacer posible su cumplimiento por lo que pueden ser actoras en los procesos civiles correspondientes. Como demandadas pueden también ser llamadas a juicio cuando se trate del cumplimiento de obligaciones que pesen a cargo del patrimonio fideicometido” (p. 165).

Partiendo de estos supuestos se plantea, desde el punto de vista procesal, la legitimación de las instituciones fiduciarias. Se dice que tendrían la legitimatio ad causam cuando actúan por su propio derecho como actoras o demandadas y la legitimatio ad procesum porque deben hacerlo como legítimos representantes del patrimonio fideicometido.

- **El Patrimonio Fideicometido⁹.**

El maestro Rafael Rojina Villegas sostuvo que el patrimonio adquiere autonomía “en función de un vínculo jurídico – económico y, por lo tanto, para que exista deben reunirse los siguientes elementos: 1°.- Existencia de un conjunto de bienes, derechos y obligaciones; 2°.- Que esos bienes se destinen a la realización de un fin de naturaleza jurídico – económica, y 3°.- Que existan normas de derecho que rijan, con una fisonomía propia, las relaciones jurídicas derivadas de la afectación de la masa de bienes” (Rojina, R., citado en Carreras, M., 1990, p. 19).

⁹ Algunos sistemas jurídicos niegan la posibilidad de que un conjunto de bienes pueda ser titular de bienes o de relaciones jurídicas. Así tenemos la teoría clásica del patrimonio en que se funda el sistema jurídico francés, atribuida a Aubry y Rau. Esta teoría descansa – según Jacques Dupichot – sobre dos postulados: a) En primer lugar, solo las personas tienen un patrimonio. De ello resulta, por tanto, que las “no personas” no pueden ser deudores y acreedores. b) En segundo lugar, toda persona tiene necesariamente un patrimonio (aún si el contenido pecuniario es inexistente, como en los menores en principio...o si el saldo es negativo, caso del mayor insolvente), pero un solo patrimonio. Bajo esta premisa el patrimonio fideicometido como patrimonio autónomo no tendría personalidad jurídica propia y no sería legal constituirla pues es el resultado de dividir un patrimonio que en esencia debe ser único, ya que a nadie se le permite tener más de uno. No obstante esto, nuestra legislación bancaria hace permisible que se constituya patrimonios fideicometidos autónomos (2do. Párrafo del Art. 241° de la Ley N° 26702) y nuestra legislación societaria admita la escisión patrimonial sin extinción de la personalidad jurídica (Inc. 2 del Art. 367° de la Ley N° 26887).

Elvira Rascón y Coags indica que “por lo tanto, puede establecerse que el fideicomiso es un negocio jurídico en virtud del cual el fideicomitente constituye un patrimonio autónomo cuya titularidad se atribuye al fiduciario para la realización de un fin determinado. Dicho patrimonio es autónomo porque es distinto a los patrimonios propios de quienes intervienen en el fideicomiso (...) El fiduciario es titular pero no propietario de los bienes afectados” (Rascón, E., citada en Carreras, M., 1990, p. 18).

Sobre el particular Corzo, R. (1997) nos indica que “La Ley General del Sistema Bancario efectúa una precisión importante respecto a la titularidad de los bienes que son objeto de un fideicomiso. Señala que los bienes que son transmitidos en fideicomiso constituyen un patrimonio autónomo, el cual es distinto del patrimonio del fideicomitente, del fiduciario, del fideicomisario y en su caso, del destinatario de los bienes remanentes” (p. 49).

Cervantes Ahumada entiende que el patrimonio fideicometido es un patrimonio autónomo porque es: “(...) un patrimonio distinto de otros y distinto sobre todo de los patrimonios propios de quienes intervienen en el fideicomiso (fideicomitente, fiduciario, fideicomisario). A ninguno de los tres elementos personales puede ser atribuible el patrimonio constituido por los bienes fideicometidos, sino que debe entenderse que se trata de un patrimonio afectado a un fin determinado, que se encuentra, por tanto fuera de la situación normal en que los patrimonios se encuentran colocados” (Cervantes, R., citado en Cervantes, E., 1982, p. 521).

Ahora bien, a decir de Tranchini M.H. (1998) “como constituye un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario, en la contabilidad del mismo, los bienes integrarán una simple cuenta de orden y no deberán confundirse con otros del fiduciario ni con aquellos pertenecientes a otros fideicomisos. El fiduciario aparece así como “el

soporte jurídico de la propiedad”, pero vacía de contenido económico para él. Esto significa que los “bienes fideicometidos no hacen al fiduciario ni más rico ni más pobre”. No es el dueño de la riqueza que esos bienes representan. Mientras existe el fideicomiso la riqueza o el valor económico de los bienes se encuentra instalada dentro del patrimonio separado; en definitiva, este conjunto de bienes es el que crece o decrece, se valoriza o desvaloriza. Luego esa riqueza quedará en cabeza de quienes sean beneficiarios o fideicomisarios, en la oportunidad que corresponda de acuerdo al contrato o cuando el fideicomiso se extinga” (p. 82).

En consecuencia, como infiere Corzo, R. (1997): “resulta claro que los bienes o derechos que forman parte del patrimonio fideicometido no pueden ser objeto de ninguna medida judicial o extrajudicial en relación a las obligaciones y responsabilidades de ninguna de las partes intervinientes en el contrato, salvo en los siguientes casos:

- Cuando las obligaciones o las responsabilidades de las que se trate se refieran a aquellas asumidas por el fiduciario en el ejercicio del dominio fiduciario y se deriven de los actos que efectúe para el cumplimiento de la finalidad para la cual se ha constituido el fideicomiso.
- Cuando se trate de obligaciones y responsabilidades que hubiesen sido previstas en el documento constitutivo del mismo; y,
- Cuando se trate del fideicomisario, respecto a los frutos o las prestaciones que se encuentran a su disposición derivados del fideicomiso” (p. 35, 36).

Por su parte, Tranchini, M.H. (1998), identifica las siguientes consecuencias que trae consigo esta separación de patrimonios:

“a) Los bienes fideicometidos están excluidos de la garantía general de los acreedores del fiduciario. Se impide expresamente la acción de los acreedores del fiduciario contra el patrimonio de afectación. Las vicisitudes económicas que pueda sufrir el fiduciario no comprometen al patrimonio de afectación.

- b) Los bienes fideicometidos están excluidos de la garantía general de los bienes del fiduciante. Se impide expresamente a los acreedores del fiduciante agredir el patrimonio fideicometido, salvo el supuesto de fraude. Aunque se menciona sólo la acción de fraude no debemos olvidar que el fideicomiso puede ser atacado, como cualquier acto jurídico, mediante todos los instrumentos del ordenamiento legal, tales como la acción de simulación, de nulidad, las relativas al derecho concursal como las de ineficacia concursal.
- c) Los bienes fideicometidos están excluidos de la garantía general de los acreedores del beneficiario. Se permite que los acreedores del beneficiario puedan ejercer sus derechos sobre los frutos de los bienes fideicomitidos y subrogarse en sus derechos.
- d) Obligaciones contraídas en la ejecución del Fideicomiso. Los bienes del fiduciario no responderán por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, las que serán satisfechas con los bienes fideicomitidos, siendo estos los que garantizan las obligaciones contraídas para cumplir con el encargo” (p. 84, 85).

- **Los Negocios de Administración Derivados.-**

Dominico Rubino concluye que “las fiducias, partiendo de un aspecto económico unitario se resuelven jurídicamente en figuras diversas, presentando interferencias con el negocio indirecto, sin extinguir su esfera de aplicación ni ser totalmente absorbidas por ella, considerando como subcategorías del negocio indirecto, los negocios causales de transferencia o de constitución de derechos, con eficacia erga omnes, adaptados mediante pacto obligatorio o condición resolutoria” (Rubino, D., citado en Soto, F., 1970, p. 533).

Zannoni E.A. (1995) hace notar que “la esencia del fideicomiso como negocio consiste en la atribución del dominio de bienes determinados en favor del fiduciario para que éste ejerza dicho dominio en beneficio de otra persona – beneficiario -. Sin embargo de qué modo

debe entenderse ese beneficio es algo que constituye una categoría abierta. Tanto puede ejercerse en beneficio de alguien administrando el bien fideicomitado y aplicando las rentas o utilidades en favor del o de los beneficiarios designados en el contrato de fideicomiso, como, meramente, conservando el bien a la espera del cumplimiento del plazo o de la condición para retransmitir el dominio sea al fiduciante, al beneficiario o a un fideicomisario” (p. 209).

Añade Zannoni E.A. (1995) que: “En la primera de las hipótesis nos hallaremos ante posibles negocios financieros en que los beneficiarios serán auténticos inversores cuya ganancia se obtendrá con la explotación de los bienes que hace el fiduciario y que se distribuirán periódicamente a aquellos, previéndose, además, los modos de amortización del capital invertido. Esta es la finalidad del fideicomiso (...) El fiduciario ha de ser una entidad financiera o una sociedad especialmente autorizada por la Comisión Nacional de Valores y los beneficiarios aquellos inversores que obtendrán títulos representativos de deuda, emitidos por el fiduciario. (...) El fideicomiso constituido con fines de mera conservación de los bienes fideicomitados no tendrá, en cambio, el carácter de negocio financiero sino, más bien, un modo de resguardar para el futuro los derechos de un tercero sobre aquéllos” (p. 209, 210).

Son por estas razones que Acosta Romero adopta el siguiente criterio: “El contrato de fideicomiso no es un contrato tipo ni uniforme, ni tampoco inmutable, es por ello que da origen a que la doctrina con frecuencia divague al tratar de precisarlo, puesto que es tan amplio y puede abarcar tantas posibilidades que además entraña una serie de actos de administración, de dominio, de pleitos y cobranzas que debe desempeñar el fiduciario, pues no siempre el contrato de fideicomiso es simple, sino que a veces su complejidad es mucha por la característica de su gran flexibilidad, por ello hay que entenderlo como uno de los pocos contratos que todavía se redactan y se discuten entre las partes y cuya gama de posibilidad para establecer derechos y

obligaciones es enorme” (Acosta, M., citado en Giorgana V.M., 1986, p. 793).

Según Giorgana V.M. (1986) “El Fideicomiso, dada la flexibilidad de su manejo institucional, puede convertirse en una operación que entraña y estructure una intrincada red de negocios jurídicos, entendiendo por éstos aquellos actos de manifestación de voluntad en virtud de los cuales las partes, o contratantes, las hacen con el objeto de lograr las consecuencias de derecho que tienen como intención alcanzar y producir; con lo que se da nacimiento en el Fideicomiso a una operación crediticia, en la cual la restitución de los bienes que son transmitidos al fiduciario no necesariamente deben ser ellos mismos u otros de la misma naturaleza o especie, sino que por acuerdo expreso puede consistir en otra cosa” (p. 794).

Debe considerarse además que la actividad del fiduciario en el cumplimiento del encargo tiene alcances imprecisos y dependerá de las obligaciones que hayan sido pactadas, así como los gastos operativos que irrogue, los mimos que se traducirán en movimientos del activo y en resultados que modificaran la conformación de dicho patrimonio. Estos criterios de organización, según Hayzus, J.R. (2001) “se ajustan a las particularidades del fideicomiso en vista de objetivos primordiales, tales como asegurar la segregación (física o ideal) del patrimonio, proveer al pago de los gastos generados por su conservación o giro comercial, atender a las prestaciones comprometidas con los beneficiarios y generar la documentación necesaria para la oportuna rendición de cuentas. El buen hombre de negocios sabe valerse de los servicios bancarios en el manejo y la colocación de fondos, la custodia de valores, la cobranza de créditos, etcétera. No cabría asimilar estas operaciones a una indebida “delegación” de funciones. Tampoco habría exceso si el fiduciario recurriese a agentes o comisionistas en negocios que son propios de sus respectivas especialidades. Finalmente, es consecuente con una buena administración que intervengan asesores letrados, expertos

impositivos y contadores públicos, siempre que la gestión del fiduciario lo requiera” (p. 171).

- **El Beneficiario.-**

Para Hayzus J.R. (2001) “El beneficiario es tal porque “tiene algo que recibir” del fiduciario, en virtud del contrato de fideicomiso y conforme a sus términos. El derecho del beneficiario se corresponde con una obligación de dar a cargo del fiduciario, tal como la asumió en su momento, y que debe cumplir en tiempo, forma y lugar de acuerdo con el contrato. Las prestaciones a favor del beneficiario emanan de disposiciones expresas, que pueden versar sobre bienes determinados, sobre el producido de su venta o sobre sumas de dinero que provengan de las rentas del fideicomiso” (p. 125).

Entendido así, no existiría diferencia entre beneficiario y fideicomisario, esta sería la posición de Tranchini, M.H. (1998) al acotar lo siguiente: “Hay quienes sostienen que el beneficiario es quien, en virtud del negocio jurídico, debe recibir los beneficios derivados del cumplimiento del encargo y, eventualmente, los bienes fideicometidos al momento estipulado, o al vencimiento del plazo máximo legal. Desde este ángulo el destinatario final también sería un beneficiario. Se considera en tal sentido que “crear una cuarta categoría (fideicomisario) para distinguir a quien recibe los bienes al tiempo de la extinción no tiene ningún justificativo, ni en lo dogmático ni en lo práctico”. Ello en mérito de que ambas posiciones (la de beneficiario y fideicomisario) tendrán en común que: a) fueron designados en el acto constitutivo en forma determinada y determinable; b) pueden aceptar o rechazar el beneficio; c) si lo aceptan, reciben la propiedad plena (en el sentido de titularidad de un derecho patrimonial, sea real o personal) de los bienes que les corresponden” (p. 74).

Finalmente, sobre las facultades que tendría el beneficiario Hayzus

J.R. (2001) enseña que “Como parte en el contrato, el beneficiario está en condiciones de invocarlo toda vez que las demás partes dejen de cumplir con sus previsiones. Así frente al fiduciante que no procede con diligencia para el perfeccionamiento de los actos de transferencia, cumpliendo “las formalidades exigibles de acuerdo a la naturaleza de los bienes respectivos” (art. 12), el beneficiario puede intimarlo y luego recurrir a la justicia, tal como lo afirma Villagorda Lozano. Frente al fiduciario, el beneficiario tiene acción para compelerlo a presentar su rendición de cuentas – a tenor de las disposiciones legales comentadas -, y a formular judicialmente sus objeciones si las tuviere, lo cual puede incluso derivar en una demanda por remoción del fiduciario (art. 9º, inc. a). Asimismo, puede conminar al fiduciario a realizar las distribuciones previstas a su favor en el contrato, si aquél se rehusare a efectuarlas sin causa justificada. Y si el fiduciario hubiera procedido en violación de sus deberes o fuera de sus atribuciones, el beneficiario tiene acción en virtud del contrato para perseguir la reparación del daño causado” (p. 133).

- **El Fideicomisario.-**

Magri C.S.E.; Otilia Zito, O. (1995) analizando la Ley N° 24441, nos dicen que: “Se trata de un sujeto no mencionado como esencial en los requisitos del contrato. Como ya expresáramos, es una suerte de beneficiario residual. La Ley no expresa datos precisos al respecto, motivo por el cual entendemos que cualquier persona física o jurídica puede ser fideicomisario. Nada impide que el mismo fiduciante lo sea” (p. 357).

A decir de Piña, J.A. (1982) “Son derechos del fideicomisario: En primer lugar los derechos que se le concedan en virtud del acto constitutivo del fideicomiso. En segundo lugar, el derecho a exigir su cumplimiento a la institución fiduciaria, para lo cual podrá exigir a la fiduciaria responsabilidad civil. En tercer lugar, el de atacar la validez

de los actos que esta cometa en su perjuicio, de mala fe o en exceso de las facultades que por virtud del acto constitutivo o de la ley le correspondan. En cuarto “y cuando ello sea procedente, reivindicar los bienes que a consecuencia de estos actos hayan salido del patrimonio objeto del fideicomiso” (p. 92).

Agrega Piña, J.A. (1982) que “todos los derechos antes enumerados que tiene el fideicomisario son de carácter personal, ya que son “relaciones entre persona y persona”, es decir, relaciones entre fideicomisario y fiduciario a diferencia de los derechos reales que existen cuando “una cosa se encuentra sometida total o parcialmente al poder de una persona en virtud de una relación inmediata oponible a cualquier persona”. (...) Por lo tanto el derecho real sobre los bienes fideicometidos lo tiene la fiduciaria que es la titular de la propiedad fiduciaria, en tanto que al fideicomisario únicamente corresponde acciones personales, que sólo se deducirán para exigir a la fiduciaria el cumplimiento de una obligación personal ya sea de dar, hacer o no hacer determinado acto (p. 94).

Contrariamente a ésta posición, Arocha C.A. (1983) sostiene: “independientemente de que puede haber fideicomiso sin fideicomisario y de que, en todo caso, el fideicomisario nunca es acreedor, ni del fideicomitente ni del fiduciario, pues sólo tiene el provecho o los beneficios que puede implicar el fideicomiso, es muy distinto tener la facultad de exigir el cumplimiento del fideicomiso que tener un derecho de crédito o personal, a cargo del fiduciario o del fideicomitente. Además, la garantía normal del acreedor es la totalidad del patrimonio del deudor, y en el caso del fideicomisario siempre sus derechos están vinculados a bienes o derechos precisa y específicamente determinados que constituyen la masa o el patrimonio fiduciario” (p. 69).

2.1.1.6 PROPUESTA DE APERTURA DEL MERCADO FIDUCIARIO EN EL PERU

Mucha de la discusión propuesta en doctrina sobre el contrato de fideicomiso estuvo concentrada en proponer diversos modelos legislativos de anidación en los diversos sistemas jurídicos de raigambre latina - romanista, actualmente, es unánime su aceptación como operación bancaria especializada y supervisada por organismos de regulación estatal. En nuestro país, la vigente temática de discusión en el ámbito académico es establecer la ampliación del contrato de fideicomiso para operaciones no necesariamente bancarias y que la responsabilidad de asumir el cargo de fiduciario pueda recaer en un ente o persona distinta a una entidad bancaria o financiera.

Veamos a continuación los argumentos a favor de esta posición propuestas por dos investigadores de la Pontificia Universidad Católica, en sus recientes publicaciones que obran en el repositorio de tesis dicha casa de estudios:

Vivanco, F.J. (2017), justifica la apertura del empleo de los contratos de fideicomiso en que: “(...) las estadísticas de la Comisión Lationamericana de Fideicomisos (COLAFI) al cierre del año 2014, nos muestran que la mayor concentración de contratos de fideicomiso son privados (90.66%) (...) sin embargo nuestro país cuenta con un pequeño mercado fiduciario (solo se cuenta con dos empresas especializadas en brindar servicios fiduciarios) para poder atender una demanda que estará en aumento en los próximos años, ello sin considerar que los bancos podrían optar por no estructurar operaciones de fideicomiso de determinados tamaños (en función al valor del patrimonio)” (p. 96, 97).

Este investigador propone un sistema mixto en el que coexistan dos clases de fiduciarios: a) los calificados que requieren la autorización estatal para fungir como tales, es el caso de las sociedades tituladoras y los fiduciarios financieros, y, b) los ordinarios, que pueden ser cualquier persona, no requieren autorización ni supervisión, dedicados a brindar servicios fiduciarios que carezcan de trascendencia pública, y cuyas

funciones estén reguladas por el Código Civil. De esta manera se contribuiría al desarrollo del mercado inmobiliario y del mercado de las garantías, derivado de la mayor oferta en el mercado fiduciario.

Mundaca R.E. (2017) por su lado, nos habla de fideicomisos no financieros de uso civil y la creación de un registro de fiduciarios no financieros: “ (...) Enfocándonos en los fideicomisos no financieros, se propondría incluirlos en nuestro Código Civil, dentro del Libro VII referido a las fuentes de las obligaciones (...) Con dicha inclusión en el Código Civil, nos encontraríamos frente a un contrato como cualquiera, al alcance de todas las personas (...) En este camino de ideas, resulta pertinente la propuesta de la creación de un Registro de Fiduciarios no Financieros (...) el cual no se encuentre adscrito al regulador financiero sino a un órgano de gobierno nacional (...) el acceso de los fiduciarios a este registro deberá contar con ciertas condiciones que permita reducir aún más los posibles riesgos, como el contar claro con plena capacidad de ejercicio y que no haya sido condenado por delito doloso (...) que cuente con respaldo económico de al menos del 50% del valor de los patrimonios autónomos a administrar; o contratar un seguro por cada fideicomiso que se constituya sea persona natural jurídica” (p. 50, 51).

Este investigador termina por reconocer que su propuesta es recogida de la legislación Argentina, en la cual, según la información de la Administración Federal de Ingresos Públicos – AFIP, durante el período comprendido entre el 2008 al 2012 los fideicomisos no financieros llegaron a 23157 contratos, frente a los fideicomisos financieros que alcanzaron únicamente 3279 contratos.

Se advierte de las posiciones antes descritas, que estas destacan la figura del fideicomiso como una herramienta jurídica efectiva para alentar el emprendimiento de negocios en los diversos sectores, que bien podrían reactivar la economía peruana, sin embargo, ambos investigadores no se detienen en el análisis de los peligros que representa el contrato de fideicomiso y sus efectos fraudulentos frente a terceros, en todo caso, la

apertura del empleo de estas fórmulas contractuales en el ámbito civil debe necesariamente tomar en cuenta las conclusiones y recomendaciones que arroje la presente investigación antes de decidir legislativamente sobre la propuestas planteada por Vivanco y Mundaca.

2.1.2 FRAUDE

2.1.2.1 EL FRAUDE EN GENERAL

Para Valencia, A. (1978) “todo fraude implica mala fe, que consiste en la intención de perjudicar a otro o en la de eludir la normal aplicación de una ley imperativa” (p. 103). Por su parte Lohmann, G. (1994) precisa que “el fraude en el Derecho Privado se presenta con dos vertientes: a) fraude a la ley, y; b) fraude a terceros, fundamentalmente acreedores. A pesar de la amplia denominación ya señalada, el Código omite tratamiento del primero y solamente disciplina la revocación de los negocios celebrados en perjuicio (no necesariamente doloso o fraudulento) de acreedores, y, aunque mejora la legislación de 1936, no ofrece una regulación general de todo el espectro del fraude” (p. 397).

2.1.2.2 EL FRAUDE A LA LEY

Lohmann, G. (1994) define como tales “aquellos negocios celebrados con la intención de que por medio de sus efectos jurídicos y económicos o sociales típicos, se logre u obtenga una finalidad o un resultado que aparece como legalmente prohibido bajo otra modalidad de negocios. Es decir, revistiendo la intención práctica de una especie negocial permitida, o no prohibida por la legislación, se logra clandestinamente un resultado censurado, burlando así la ley originaria” (p. 398).

Agrega Lohmann, G. (1994) que “el *fraus legis* se caracteriza, pues, por la utilización negocial indebida de una norma, para evadir otra. Es una especie de contradicción entre la causa típica del negocio y el propósito

apetecido; un artilugio o artimaña para evadir la ley, por y con la propia ley. De modo, entonces, que aparte de la objetiva burla al ordenamiento legal falta un legítimo interés de los agentes negociales para preferir una especie y un resultado negociales distintos, pero igualmente útiles” (p. 398).

Manuel Atienza y Juan Ruíz escriben sobre el particular que: “(...) el negocio fraudulento no infringe, como lo indica la doctrina tradicional, indirecta u oblicuamente el contenido de una norma imperativa, pues ello es imposible. Así es, si un negocio cualquiera colisiona directa o indirectamente con una o más normas imperativas, entonces el mismo no despliega efecto alguno debido a que el ordenamiento lo condena con nulidad (por ilicitud de objeto o de causa, según el caso). Por consiguiente, sostener que el negocio en fraude a la ley infringe indirectamente la norma de cobertura implica equipararlo con el negocio ilícito (Atienza, M.; Ruiz, J., citado en Escobar, F., 2004, p. 164).

En ese sentido Escobar, F. (2004) sostiene que: “El negocio fraudulento, en realidad, ataca un principio que no se encuentra protegido específicamente por una regla concreta, aunque si por el conjunto del sistema jurídico. Es por ello que se afirma que dicho negocio supone la existencia de una “laguna axiológica” en el nivel de las reglas. (...) Como se podrá advertir, pues, el negocio fraudulento es aquel que (derivando de la actuación del poder normativo –autonomía privada-) provoca, al amparo de una de cobertura, un resultado determinado que (de forma convencional o casual) conduce a un estado de cosas reprochable en función a los principios que inspiran al ordenamiento. Ese estado de cosas puede suponer un daño injustificado o un beneficio indebido” (p. 164, 165).

En términos generales coincidimos con Valencia, A. (1978) en que “los elementos del fraude a la ley son dos: 1) Un elemento subjetivo, a saber, el propósito de violar una ley imperativa, es decir, de sustraerse a su normal aplicación, 2) un elemento objetivo, que consiste en que de los

medios empleados resulte realmente violada la ley en cuya observancia se hallan interesados el orden público o las buenas costumbres” (p. 101).

2.1.2.3 EL FRAUDE A LOS ACREEDORES

Para Revoredo, D. (1985) “El fraude – cuya expresión proviene del latín *fraus*, *fraudis*, y significa engaño, abuso de confianza que produce un daño – a diferencia de la simulación, es un acto real y verdadero, cuyos efectos son queridos. Consiste en la enajenación de bienes, a título oneroso o gratuito que realiza un deudor para evitar que su acreedor pueda ejecutarlo, haciéndose pago con dichos bienes” (p. 313).

A decir de Espinoza, J. (2010), una clásica doctrina explica que consiste “en la conciencia de dañar a los acreedores; y descomponiendo esta definición en sus elementos, encontramos dos condiciones. La primera, es el conocimiento de las deudas: la segunda el conocimiento de ser insolvente, o de devenir en tal si se cumple dicho acto. Ahora bien, el fraude al tercero no consiste en otra cosa, que en haber conocido todo esto. *Fraudis non ignorantia ex parte tertii*. Él se hace cómplice del *consilium fraudis*, cuando sepa que el deudor tiene conocimiento de una y otra cosa”. En este sentido, se sostiene que la “mala fe/fraude” es “el mero conocimiento o la ignorancia culpable – el haber conocido o haber podido diligentemente conocer -, en el momento de realizarlo, del perjuicio causado al acreedor con el concreto acto dispositivo que se trate de impugnar con la revocatoria (que este causaba o agravaba la insolvencia del deudor). No es aquí necesaria (aunque, evidentemente, de darse, también entraña mala fe/fraude) la voluntad/intención de perjudicar al acreedor” (p. 349).

Betti, E. (1970) señala que el *fraus creditorum* es un hecho ilícito y como tal debe ser examinado en sus perfiles o elementos constitutivos; elemento subjetivo y elemento objetivo:

“a) En cuanto al elemento subjetivo, debe señalarse que el fraude en

perjuicio del acreedor, consiste en la volición consciente, en la previsión del perjuicio que el acto de disposición supone para la garantía patrimonial. Así se hace necesario para su configuración el *consilium fraudis* del deudor y *conscientia fraudis* del tercero.

Contenido mínimo del *consilium fraudis* es éste: existía por parte del deudor una carga de previsión, esto es, de conocimiento de las consecuencias lesivas que el acto de disposición deberá tener verosímilmente y, por lo tanto, existe una negligente ignorancia de la propia situación patrimonial. Esta ignorancia es evidentemente una violación de la carga de cautela que se potencia y se especifica en un deber de abstenerse de actos de disposición eventualmente lesivos.

La *conscientia fraudis* del tercero no es un simple “conocimiento”, sino que se trata de un conocimiento susceptible de configurar por parte del tercero, que tendría la obligación de abstenerse de concluir el contrato, una participación necesaria en el fraude, y por consiguiente una conducta que reputamos dolosa, en cuanto es conscientemente lesiva de un interés tutelado.

b) El elemento objetivo se refiere al *eventus damni* y se requiere que el daño sea susceptible de ser calificado como injusto, iniuria. El *eventus damni* consiste frecuentemente en la disminución de la garantía patrimonial que deriva del acto de disposición” (p. 397, 398).

Cuadros, C.F. (1996) nos habla de concierto fraudulento, sosteniendo que: “Es requisito de la acción pauliana que el fraude sea conocido tanto por el deudor como por el tercer adquirente. Será necesario el acuerdo fraudulento (*conscius fraudis*) entre el deudor y el tercer adquirente; que ambos tengan conocimiento de que sus actos acentuarán la insolvencia del deudor, o disminuirán el patrimonio destinado al pago de las obligaciones (p. 156).

A decir de Valencia, A. (1978): “El acreedor sufre un perjuicio en razón de contratos del deudor cuando ellos causan su insolvencia o la agravan.

La insolvencia del deudor es aquella en virtud de la cual sus bienes conocidos no alcanzan para cancelar sus deudas” (p. 106). Precisa al respecto Compagnucci, R.H. (1997) que: “Esto no significa que siempre el acto produce el estado de falencia o su agravamiento, sino que perjudica los intereses del acreedor, impidiéndole la percepción del crédito” (p. 282).

Lacruz Berdejo afirma con sensatez que no es necesario que el acto sea “económica ruinoso” (aunque ello suceda habitualmente), sino que disminuya notoriamente o extinga los recursos que pudiera tener el obligado para pagar” (Lacruz, J.L., citado en Compagnucci, R.H., 1997, p. 282). Cuadros, C.F. (1996) señala que “ha de estimarse como perjuicio la disminución del patrimonio que haga normalmente impagables los créditos; es decir la disminución de los bienes del deudor que impida que el acreedor pueda hacerse pago normalmente. Si los créditos pueden ser pagados por el patrimonio que queda después de la disposición, no procederá la acción revocatoria, pues ella tiene por propósito evitar el perjuicio del acreedor” (p. 156).

Por nuestra parte diremos que nuestra legislación civil ha intentado dar solución a esta discusión incorporando en el artículo 195°, para el caso de actos de disposición gratuita, los términos disminución patrimonial e imposibilidad de pago íntegro del crédito; en tanto, que para el caso de actos de disposición onerosa, incorpora la facultad del deudor de acreditar la existencia de bienes libres suficientes para garantizar la satisfacción del crédito.

2.1.2.4 DIFERENCIAS ENTRE FRAUDE A LA LEY Y EL FRAUDE A LOS ACREEDORES

Lohmann, G. (1994) en torno al fraude a la ley concluye que “no guarda identidad respecto el propósito final querido con el ortodoxo fraude a los acreedores: a) en primer término, porque el destinatario es distinto; b) los actos en fraude a la ley suponen la elusión de un precepto legal, mediante

la indebida utilización de una figura negocial diversa, sin que ocurra tal en el fraude de que tratan los artículos 195° y siguientes; c) el tratamiento legal del fraude a los acreedores se regula para atacar actos de disposición de deudores en perjuicio de acreedores, no así fraude a la ley, que puede no perjudicar a nadie y cuyo ámbito excede de los actos de disposición; d) la sanción legal no sólo es diferente, sino que los actos en fraude de acreedores pueden quedar sin sanción y, en todo caso, la sanción por el fraude a los acreedores se pronuncia judicialmente a solicitud de parte, pero si lo fuera a la ley el negocio es nulo salvo que hubiera prevista sanción legal diversa, y la nulidad puede ser declarada de oficio” (p. 352).

2.1.2.5 TIPOS DE FRAUDE GENERADOS POR EL FIDEICOMISO

En acápite anteriores dejamos sentado que el fideicomiso, entre otras características, es un negocio indirecto. De esta misma opinión son Alterini, A.A.; Ameal, O.J.; López, R.M. (1995) quienes al conceptuar el negocio indirecto como “(...) aquél en que la finalidad buscada por las partes es implementada por un medio incoherente, excedente o insuficiente, y que produce una transmisión de derechos real o aparente “(...); concluyen, que es el caso del negocio fiduciario “(...) en el cual hay una transmisión real a favor del “fiduciario”, que debe – a su vez – hacer otra transmisión a un tercero o al mismo “fiduciante”; hay pues, una relación de confianza (fidutia) en que el “fiduciario”, titular real durante cierto lapso, hará la transmisión prometida (...)” (p. 329).

Entendido como negocio indirecto el fideicomiso será fraudulento en dos casos: i) si se celebra con la finalidad escondida de utilizarla como figura negocial con el propósito de alcanzar u obtener resultados prácticos, no jurídicos, de otra figura negocial que se evita para no sujetarse a las reglas legales que lo regulan; o, ii) cuando lo celebra un deudor (fiduciante) y el fiduciario (adquirente) con el propósito de disminuir su patrimonio y perjudicar así al resto de acreedores.

No nos detendremos aquí a analizar los diversos supuestos de fraude a la ley que se pueden configurar con su empleo, ni mucho menos si el fideicomiso puede constituir un acto simulado, ya que ello implicaría desviarnos de nuestro tema de investigación, por lo que a continuación nos centraremos a tratar el fraude a los acreedores generados por el fideicomiso a causa de su naturaleza de negocio indirecto.

2.1.2.6 EL FRAUDE A LOS ACREEDORES GENERADO POR EL FIDEICOMISO

Hayzus, J.R. (2001) establece que: “El fiduciante está ceñido por una limitación obvia respecto del ejercicio de sus facultades de disposición, cual es la de no causar perjuicio a sus acreedores con la reducción de sus activos. Estos tienen abierta la posibilidad de impugnar una transmisión de bienes hecha a “título fiduciario”, si por las circunstancias o la oportunidad en las que fue celebrada cabe presumir la intención de defraudarlos” (p. 109).

(i) PUBLICIDAD DEL FIDEICOMISO COMO FORMA DE CONTROL EXPOST

Stewart, A. (1996) indica que: “la libre disposición del fideicomitente sobre sus bienes se da en la hipótesis de la constitución del fideicomiso con ánimo de fraude a los acreedores, lo cual no puede ser admitido por la ley dado el dolo implícito en el actuar del constituyente. En efecto, el artículo 318° del Decreto Legislativo 770¹⁰ se refiere a tal situación y establece dos requisitos formales que ha de cumplir aquél que, limitado en la libre disposición de sus propiedades por obligaciones frente a terceros acreedores, pretenda enajenarlos a un fiduciario. El primer requisito

¹⁰ Hoy artículo 245° de la Ley 26702: “La acción para anular la transmisión fideicomisaria realizada en fraude de acreedores caduca a los seis (6) meses de publicado en el Diario Oficial, por tres (3) días consecutivos, un aviso que dé cuenta de la enajenación. En todo caso, esa caducidad opera a los dos (2) meses de la fecha en que el acreedor haya sido notificado personalmente de la constitución del fideicomiso”.

es la publicación por tres días consecutivos en el Diario Oficial “dando cuenta de la enajenación”; la segunda, una notificación personal al acreedor” (p. 193).

Agrega Stewart, A. (1996) que: “las dos comunicaciones establecidas por la ley, son posteriores a la enajenación, debiendo los acreedores incoar “la acción para anular la transmisión fiduciaria” dentro de los seis meses de la fecha de publicación o de los dos de haber recibido el aviso personal, bajo sanción de caducidad. (...) Cabe señalar, no obstante lo expresado, que, de acuerdo con el artículo 319° del D.L. 770¹¹, “la constitución del fideicomiso se efectúa y perfecciona por contrato entre el fideicomitente y el banco fideicomisario, formalizado escritura pública”, agregando el requisito de inscripción registral de la transferencia, en el caso de tratarse de bienes inmuebles. Si así queda perfeccionado el fideicomiso, ¿qué ocurre si el fideicomiso no cumple con las publicaciones, ni con los avisos personales? ¿Cuál es la sanción a su incumplimiento? La norma protectora de los acreedores carece de coerción expresa y, en consecuencia, es ineficaz” (p. 193, 194).

(ii) PUBLICIDAD DEL FIDEICOMISO COMO FORMA DE CONTROL EXANTE

Intentaremos dar respuesta a la pregunta formulada por nuestro querido maestro Stewart Balbuena, trayendo a colación una institución de amparo familiar, como lo es el patrimonio familiar, en el que se exige la publicación previa a su constitución con la finalidad de que los acreedores puedan oponerse a ella.

Partamos primero por dejar sentado que el patrimonio familiar a

¹¹ Hoy artículo 246° de la Ley 26702: “La constitución del fideicomiso se efectúa y perfecciona por contrato entre el fideicomitente y la empresa fiduciaria, formalizado mediante instrumento privado o protocolizado notarialmente”.

diferencia del fideicomiso no genera un patrimonio autónomo, pues el constituyente sigue siendo el titular de los bienes que la conforman. Lo segundo, es establecer, que dé común, ambas instituciones jurídicas, conllevan la disminución de la garantía general de los acreedores; en el caso del fideicomiso, con la transferencia de bienes del deudor a la entidad fiduciaria, y en el caso del patrimonio familiar, al hacer inembargable un bien del deudor¹².

En palabras de Sarli, E. (2007): “La finalidad del Bien de Familia es extraer del patrimonio familiar la casa habitación, transformándola – por supuesto que en forma voluntaria- en indisponible e inembargable, previa la publicidad correspondiente a fin de evitar que el trámite se cumpla en fraude de terceros. (...) El Bien de Familia prácticamente se saca del comercio de los hombres, protegiéndolo no sólo de los terceros sino también de la disponibilidad de sus titulares, para evitar que la prodigalidad de alguno o de ambos deje a la familia en el desamparo” (p. 68).

Nuestra legislación civil prescribe que el patrimonio familiar es inembargable, inalienable y transmisible por herencia (artículo 488° de C.C.). Ahora bien, para ejercer el derecho de constituir patrimonio familiar es requisito esencial no tener deudas cuyo pago sea perjudicado por la constitución (artículo 494° del C.C.) y que se publique un extracto de la solicitud por dos días interdiarios en el periódico donde lo hubiere o por aviso en el local del juzgado donde no lo hubiere (Inc. 3 del artículo 496° del C.C.).

Sobre el particular Cornejo, H. (1999) escribe que: “El fundamento de esta exigencia es ostensible: el Derecho no podría amparar la actitud dolosa de quien, so pretexto de asegurar el sustento de su familia, lo que en realidad persiguiera fuese la burla de los derechos

¹² En este sentido, es mejor hablar de un bien de familia que de un patrimonio familiar, así sería más propio establecer, que la finalidad del bien de familia es extraer del patrimonio familiar la casa habitación o predio productivo.

legítimamente adquiridos por sus acreedores. Ciertamente, si estos han formalizado sobre el inmueble respectivo un derecho de garantía, como la hipoteca, sería clamoroso que, con este antecedente debidamente constituido y registrado, pudiera el deudor extraerlo del ámbito de su responsabilidad por el simple y cómodo arbitrio de constituirlo, a posteriori, en hogar de familia; mas también sería inadmisibles, aunque no tan clamoroso, que pretendiera el mismo objetivo de burlar a sus acreedores apartando de su patrimonio realizable un inmueble que, aun no estando directamente gravado por aquéllos, forma parte del activo del deudor que, en general, responde de su pasivo” (p. 648).

El maestro Cornejo, H. (1999) explica esto último, indicando que legislativamente existen dos posiciones en defensa del crédito quirografario:

““Sobre este particular, algunas legislaciones se limitan a establecer que el hogar de familia sólo queda liberado del riesgo de embargo y remate por deudas posteriores a su constitución, de tal modo que una simple comprobación de fecha resuelve el problema; todo acreedor que pueda demostrar que su crédito es anterior a la fecha de constitución del hogar de familia, puede recaer sobre este, lo mismo que si no se hubiese producido tal constitución: de hecho y de derecho, a él no lo afecta el hogar de familia establecido por su deudor, sin que importe, por tanto, si se enteró o pudo enterarse o no se enteró del proyecto de hogar de familia y su formal establecimiento. En cambio, otras legislaciones preceptúan que para la constitución del hogar se necesita no tener deudas cuyo pago pueda perjudicarse y que para determinar si deudas en esa situación existen o no, es preciso dar a publicidad previa el proyecto de constitución, a fin de que los acreedores se enteren de él y puedan deducir oportuna oposición” (p. 649).

Concluye el ilustre maestro Cornejo, H. (1999) precisando que:

“(…) la ley nacional ha combinado ambos criterios: dispone, por un lado, la publicidad del proyecto de constitución del patrimonio familiar, para conocimiento de terceros quienes, de este modo, pueden oponerse a la petición; pero al no decir que ésta sea la única oportunidad del tercero acreedor para impugnar la solicitud y al preceptuar, más bien, que es esencial el requisito de no tener deudas cuyo pago se perjudique por la afectación del predio respectivo, deja abierta la posibilidad de que, aunque el tercero no se haya enterado oportunamente de la solicitud ni se haya opuesto a ella, el acto se declara nulo. Esta posición adquiere mayor fuerza si se considera que la presunción de que todos los acreedores de todos los deudores se enteran de los avisos que publican los diarios oficiales, judiciales o de mayor circulación, es una presunción que la realidad desmiente todos los días” (p. 650).

Estudiado hasta aquí el patrimonio familiar y los efectos jurídicos de las publicaciones previas a su constitución, pensamos que son necesarios trasladar ciertos criterios normativos que la regulan al fideicomiso, tales como: i) que se publique el proyecto de fideicomiso antes de su constitución, y, ii) que sólo se permita constituir el fideicomiso cuando el fideicomitente no tenga deudas que puedan ser perjudicadas, salvo que se trate de un fideicomiso en garantía. De esta manera –creemos humildemente- que estará satisfecha la observación del maestro Stewart Balbuena en el extremo que considera ineficaz y un despropósito que tenga que publicitarse el fideicomiso o notificarse por conducto notarial a otros acreedores del fideicomitente después de su constitución.

2.1.3 LA ACCION REVOCATORIA O ACCION PAULIANA

2.1.3.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Aarun, E. (1965) enseña que: “La acción pauliana como figura jurídica tendiente a invalidar los actos celebrados por el deudor en perjuicio de

sus acreedores, nace en el Derecho Romano, casi al finalizar el Imperio, ya que, aunque con anterioridad se habían tenido nociones respecto a la forma en que podía ser sancionada la conducta fraudulenta del deudor, no es sino con posterioridad cuando surge la acción pauliana, tal y como ha perdurado hasta nuestros días, con algunas modificaciones que no desvirtúan su naturaleza original” (p. 11).

A criterio de Compagnucci, R.H. (1997) “ha quedado debidamente esclarecido que en Roma el primer remedio era el *interdictum fraudatorium*, medida de tipo posesorio que permitía accionar contra el adquirente cómplice del deudor que enajenaba cosas. También se admitió una *actio de restitutio in integrum ob fraudem*, que tenía como efecto rescindir los actos de enajenación hechos en fraude de los acreedores. Por último, algunos romanistas se refieren a una acción penal, la *actio ex delicto*, que condenaba a los deudores y cómplices a indemnizar si había fraude” (p. 280).

Precisa Compagnucci, R.H. (1997) que “con Justiniano se unifican todas en una sola acción, que tiene carácter revocatorio e indemnizatorio, y así trasciende a las legislaciones modernas” (p. 280). Así se entendió la acción pauliana, según Aarun, E. (1965) como: “una acción que se concedía a los acreedores, para rescindir los actos que el deudor hubiese realizado en su perjuicio, y encontraba su aplicación cuando los bienes del deudor habían sido vendidos sin haber pagado íntegramente a los acreedores. Se acepta unánimemente que fue instituida en época incierta por el pretor Paulo, de quien los compiladores tomaron su nombre, el que permitía a los acreedores ejercitar en el término de un año desde la “*bonorum venditio*”, una acción destinada a revocar los actos realizados por el deudor en fraude de sus derechos” (p. 11).

Continuando con el desarrollo de este tema, Aarun, E. (1965) enseña que: “El ejercicio de la acción pauliana, correspondía, generalmente al “*curator bonorum venditorum*”, quien representaba a la masa de acreedores, y la revocación del acto celebrado en fraude de acreedores

beneficiaba a todos ellos. Este carácter colectivo, que asemeja notablemente a la acción pauliana del Derecho Romano con la acción pauliana concursal actual, deriva del hecho de que generalmente se ejercía como un incidente en la “bonorum venditio”, que consistía en la venta en conjunto de los bienes del deudor insolvente, para satisfacer a sus acreedores. Sin embargo y para destacar el carácter eminentemente tutelar que la acción pauliana tenía respecto a los intereses de los acreedores, se contemplaba también el caso de que no existiese el curator o que éste se negase a ejercitar la acción, y en tal evento los acreedores podían designar de entre ellos mismos, uno que en representación de la masa la ejercitara, o solicitar al pretor que hiciera la designación, o aún más, ejercitar la acción uno o varios espontánea e individualmente y si la acción prosperaba, el beneficio de la revocación del acto fraudulento alcanzaba a todos los acreedores” (p. 12).

Posteriormente este efecto colectivo se atomizó al ser llevado al ámbito civil, así lo explica Aarun, E. (1965) al escribir que: “Durante la Edad Media, la acción pauliana se conservó casi intacta, con las características impuestas por el Derecho Romano. Sin embargo, al constituirse el Derecho Mercantil como una rama autónoma del Derecho Privado y al regularse dentro de él la quiebra como procedimiento ejecutivo colectivo, surgió una modalidad de acción pauliana ordinaria, la pauliana concursal, que en el derecho actual se ha conservado con caracteres propios y regulada específicamente por el derecho de quiebra, ya que aun cuando en determinados casos la acción pauliana se otorga también en el derecho mercantil, sólo se realiza por aplicación supletoria del derecho civil y siempre que se cumplan los requisitos exigidos para su procedencia”. (p. 17).

2.1.3.2 NATURALEZA JURÍDICA DE LA ACCIÓN REVOCATORIA O PAULIANA

La acción revocatoria o pauliana constituye una acción porque legitima la actuación de una persona (acreedor) en defensa de un derecho

subjetivo (crédito) ante el fuero judicial, haciendo valer dicho poder jurídico frente a un tercero a quien se le vincula legalmente en una relación procesal. Esta afirmación ha sido construida tomando en cuenta los criterios aportados por Chiovenda, debiendo entenderse así, que la acción pauliana está comprendida dentro de los llamados derechos potestativos, ya que dicha acción tiene contenido un puro poder jurídico, y no un deber ajeno.

En relación a ésta funcionalidad de la acción como derecho potestativo Chiovenda, G. (1996) explica los siguiente: “En todos estos casos nos encontramos frente a un poder del titular del derecho, de producir, mediante la manifestación de voluntad, un efecto jurídico en el cual tiene interés, o la cesación de un estado jurídico desventajoso; y esto frente a una persona, o varias, que no están obligadas a ninguna prestación respecto de él, sino que están solamente sujetas, de manera que no pueden sustraerse a él, al efecto jurídico producido. (...) El lado prácticamente importante de estas figuras jurídicas, es la sujeción de las personas frente a las que el poder corresponde. La sujeción de su voluntad, en cuanto no pueden querer que el efecto no se produzca. Ello basta para que nosotros no nos sintamos frente a un derecho subjetivo, según las dos maneras fundamentales de entender este: o como señorío de voluntad o como interés jurídicamente defendido” (p. 31).

Concluye Chiovenda, G. (1996) señalando que: “La acción es, pues, a mi entender un derecho potestativo, y hasta puede decirse que el derecho potestativo por excelencia. Hasta aquí la categoría de los derechos potestativos se ha agrupado en torno a la característica común, esto es, a la tendencia a producir un estado jurídico nuevo frente a un adversario, ya sea la cesación del derecho ajeno y la liberación de la obligación propia (como en las impugnaciones del derecho de desistir), ya sea la fundación de un derecho propio (como en el rescate), que puede ser también un derecho otra vez poseído (como en la impugnación de una renuncia)” (p. 35).

Se revela así, que no toda acción tiene implícita la realización o protección de un derecho subjetivo surgido convencionalmente entre dos partes o fijado normativamente para relaciones jurídicas entre partes, pues existen relaciones procesales que surgen en función a un mero poder jurídico del titular de un derecho frente a terceros, es decir, una acción que enfrenta un derecho sobre otro derecho. Es esta pues, la cualidad de la acción pauliana, ya que su interposición no es otra cosa que la imposición del poder jurídico que tiene el acreedor frente al derecho adquirido por un tercero ajeno al derecho subjetivo que lo vincula con su deudor.

Ensayando una posición causalista que justifique el contenido de la acción pauliana Cubides, J. (1996) señala que: “como sea entendida ésta acción, lo cierto es que, todos los acreedores tienen el derecho de solicitar al juez la revocación de los actos realizados por el deudor que tiendan fraudulentamente a disminuir su patrimonio. La ley presume que el acreedor tiene interés en proteger el patrimonio de su deudor puesto que es su prenda, y por eso le ha dado la facultad de interponer la acción pauliana, que busca la revocatoria del acto correspondiente” (p. 439).

Entendida así, se discute en doctrina la naturaleza jurídica que tendría esta acción. Al respecto Boffi, L.M. (1973) rescata y explica las siguientes teorías que intentan describir su naturaleza:

“(i) **Teoría de la acción real.**- Basándose en los orígenes históricos de la institución, que la vinculan al proceso de las ejecuciones en Roma, se estima que la acción es real. Para Butera la primera acción revocatoria fue la vindicatio utilis, que permitía al acreedor reivindicar del tercero “comicius fraudis” la cosa enajenada como si fuere propietario, pero no por ello admite que se trate de una acción real en Derecho Romano. Marracino añade a esta figura el interdictum fraudatorium y, posteriormente, la actio in factum como verdadera acción pauliana. Se citan en abono de la teoría real fragmentos del Digesto y de las Institutas y se generaliza una verdadera polémica. Los romanistas terminan por inclinarse en

general a favor de la teoría personal.

(ii) Teoría de la acción mixta.- Los fundamentos que se dan son numerosos. O la acción es personal, pero se convierte en real o puede convertirse, o es personal en un aspecto y real en el otro, etcétera.

(iii) Teoría de la acción personal.- La acción no siempre recae sobre cosa determinada, sino que a veces su objeto encierra elementos incorporales, ni deriva de una prenda, pues la expresión prenda común es tomada como garantía y no en el sentido del derecho real. Asimismo, nace de un crédito y procura proteger la garantía común para preservar ese crédito” (p. 526).

Sobre la naturaleza personal de la acción pauliana Vélez Sársfield nos dice que ésta: “no tiene por objeto ni por resultado hacer reconocer un derecho de propiedad a favor del que la ejerce, ni a favor del deudor, sino sólo salvar el obstáculo que se opone a las pretensiones del acreedor sobre los bienes enajenados. Es siempre una acción meramente personal” (Vélez, D., citado en Zannoni, E.A., 1986, p. 416). Precizando ésta cita, Zannoni, E.A. (1986) señala “que la acción revocatoria no tiende a la reivindicación –acción vindicativa-, sino sólo a permitir la ejecución del crédito sobre el bien que se encuentra en el patrimonio de un tercero a favor de un negocio fraudulento. Y esto permite caracterizarla como una acción personal conservatoria o reparadora de carácter ejecutivo” (p. 416).

Algunos autores consideran infértil discutir sobre si la acción pauliana es de naturaleza real o personal ya que como hemos dejado sentado líneas arriba dicha acción estaría comprendida en la categoría de los derechos potestativos. Dirige esta corriente de opinión doctrinaria el maestro Chiovenda, G. (1996) para quien: “Los derechos potestativos no son ni reales ni personales, por tratarse de derechos que no suponen ni un señorío sobre la cosa, ni un comportamiento ajeno. (...) La utilidad de esta nueva categoría en el sistema se manifiesta en que derechos a los que antes se negaba por algunos la cualidad de reales y por otros la de

personales, no faltando quien les negaba hasta la naturaleza de derechos, pueden comprenderse en esta clase, como el tan discutido derecho de expropiación, y utilizando la proximidad de los derechos afines aclararse y contribuir a establecer claridad (...) La acción es el derecho medio por excelencia: de la misma manera que puede coordinarse a un derecho real y a uno personal, así puede surgir del interés de actuar otro derecho potestativo” (p. 33, 37).

2.1.3.3 CARACTERES DE LA ACCIÓN REVOCATORIA O PAULIANA

Compagnucci, R.H. (1997)¹³ establece que la acción pauliana tiene los siguientes caracteres: i) personal; ii) individual; iii) subsidiaria, y iv) conservatoria.

(i) Personal.- Esta acción corresponde a todo acreedor que la ejercita en su propio nombre y directamente contra quienes fueron partícipes del acto que se quiere impugnar.

(ii) Individual.- El efecto de la revocación se da en beneficio exclusivo del acreedor que promovió la acción pauliana. No es necesario que concurren otros acreedores para su reclamo; es más, aunque sólo existiera un acreedor, estaría legitimado para su promoción.

(iii) Subsidiaria.- Su ejercicio está condicionado a que el deudor se encuentre en estado de insolvencia. La impugnación del acto se da en virtud del perjuicio que con él se causa al acreedor, cuando crea o agrava la situación patrimonial del obligado.

(iv) Conservatoria.- En razón de que se concede a los acreedores que aún no pueden reclamar el cumplimiento, y que siempre constituye – como cualquier medida cautelar – un prius de la ejecución” (p. 280, 281).

Sobre el carácter personal de la acción pauliana Lohmann, G. (1994)

¹³ Rubén H. Compagnucci de Caso, Ob. Cit., Pág. 280 y 281.

refiere que “se trata de una acción personal de suerte que no se persigue un bien sustrayéndolo de la posesión del primer o ulteriores adquirentes prescindiendo de su buena o mala fe, sino que se pretende remediar las consecuencias objetivas de una conducta ilícita, acto personal del deudor y adquirentes que perjudica el derecho de crédito” (p. 411).

Sobre el carácter individual de la acción pauliana que beneficia solo al demandante, Messineo señala que “(...) Sólo a este acreedor beneficia y no a otros acreedores; tampoco al deudor. Respecto de otros acreedores no accionantes, el bien se reputa, para todos los efectos, legítimamente salido del patrimonio del deudor y entrado en el del tercer adquirente; por consiguiente queda sustraído a la acción ejecutiva de ellos” (Messineo, F., citado en Lohmann, G., 1994, p. 416).

Sobre el carácter subsidiario de la acción pauliana Lohmann, G. (1994) señala que: “La sola disposición patrimonial del deudor no es en absoluto título suficiente para instar la inoponibilidad invocando el fraude: la enajenación de bienes ha de ser en entidad cualitativa o cuantitativamente suficiente para hacer temer un posible perjuicio” (p. 412).

Para Palacios, E. (2002) el carácter conservatorio de la acción pauliana encontraría sustento y justificación en que “(...) el ilícito del comportamiento del deudor consiste en la trasgresión del deber (derivado de la buena fe) que incumbe a éste de no disminuir hasta la insuficiencia su garantía patrimonial respecto de los acreedores; restricción que no existiría autónomamente sino que, por el contrario, viene implícita en el mismo deber de cumplimiento, ya que este implica procurarse, y con mayor razón conservar, los “medios para cumplir” (p. 174).

Por su parte, Zannoni, E.A. (1986) distingue entre acciones conservatorias preparatorias y ejecutivas: “Las primeras se limitan a la preservación del patrimonio, mientras las segundas permiten hacer efectivo, ejecutar el crédito. La acción subrogatoria es ejemplo de acción

conservatoria de carácter preparatorio. En cambio, la acción revocatoria es conservatoria, pero de carácter ejecutivo, porque apoyándose en la inoponibilidad del negocio de disposición fraudulento del deudor, permite al acreedor agredir el bien o derecho que está en el patrimonio del tercero, y ejecutarlo hasta que se satisfaga el importe de su crédito” (p. 413).

Sin embargo, debemos tener en cuenta la advertencia dada por Lohmann, G. (1994): “La declaración de conducta fraudulenta o negligente y, en su caso, de ineficacia del acto de disposición, no es título de adjudicación de los bienes del deudor al acreedor, ni crea sobre tales bienes de manera automática un derecho preferencial en favor del acreedor triunfante. (...) En resumen: el acreedor en favor de quien se declara la ineficacia del negocio de disposición, no queda forzosamente en mejor situación de seguridad que la que poseía antes de la celebración del negocio de disposición impugnado” (p. 412).

Además de las características expuestas por Compagnucci, se observan otras como:

Proporcional.- Este carácter es advertido por el maestro Torres, A. (2001) para quien: “El objetivo que persigue el acreedor con esta acción es el de obtener que se reponga la garantía general hasta límites que permitan la satisfacción de su crédito. Si el deudor debe 50, tiene un activo patrimonial de 100, y enajena bienes hasta por 90; el acreedor puede accionar para que se declaren ineficaces los actos de enajenación de bienes hasta por 50, monto a que asciende su crédito, carecería de sentido que pueda pedir que se declare la ineficacia de la enajenación de bienes por una suma mayor a 50, en lo que excede a esta cantidad estaría obrando sin tener legítimo interés económico (art. VI del T.P.)” (p. 587).

No produce la reintegración del bien al patrimonio del deudor.- Este carácter es advertido por Treviño, R. (2007) quien señala que: “Es necesario tomar en cuenta los siguientes aspectos que de una u otra

forma se derivan de su relatividad: a) esta acción no destruye los efectos que el acto jurídico produce entre las partes que lo realizaron; b) como solo beneficia al acreedor que impugna el acto, el bien que fue objeto del mismo no regresa al patrimonio del deudor; c) el tercero adquirente puede paralizar la acción desinteresando al demandante, y d) si el adquirente ha transmitido el bien a un tercero de buena fe, se vuelve imposible la acción pauliana y surge una acción de daños y perjuicios en contra del adquirente que a su vez la enajenó” (p. 385).

Es una acción de inoponibilidad (ineficacia relativa).- La acción pauliana no genera la ineficacia estructural del acto (nulidad absoluta o relativa), o, la ineficacia funcional del acto (resolutoria “ex nunc” o rescisoria “ex tunc”), sino que, simplemente genera una ineficacia relativa o de inoponibilidad¹⁴. Palacios, E. (2002) señala que: “la inoponibilidad es el supuesto más atenuado de ineficacia. Nos encontramos ante la inoponibilidad cuando los efectos del negocio no pueden ser invocados contra ciertos sujetos, por lo que su aplicación implica una relatividad en cuanto a las personas a las que vinculan los efectos negociales” (p. 170). Por su lado, Núñez, W.F. (2012) señala que: “la inoponibilidad “es la ineficacia respecto de terceros de un derecho nacido a consecuencia de la celebración o nulidad de un acto jurídico”, se diferencia entre inoponibilidad positiva y negativa: “Si la ineficacia es respecto a ciertos terceros, se la denomina inoponibilidad positiva (ejemplo artículo 195° y 284° del CCP), en cambio cuando el acto jurídico es ineficaz para los otorgantes, pero es eficaz para algunos terceros, se la califica como inoponibilidad negativa (ejemplo artículo 194 y 285 del CCP)” (p. 578).

¹⁴ La ineficacia relativa es un concepto de oposición al de ineficacia absoluta, y como todo lo relativo sólo llega en sus consecuencias a tocar a un número determinado de sujetos. En la mayoría de los casos, los negocios sólo surten efectos entre las partes intervinientes, lo que el Código Civil identifica normativamente con el denominado “efecto relativo de los contratos”. Excepcionalmente pueden afectar derechos de terceros o bien vincular a esos terceros. Se dan casos de actos que resultan eficaces entre las partes y no pueden ser opuestos a los terceros y supuestos de actos que son inválidos para las partes, pero no es posible oponer esta ineficacia a ciertos terceros, protegiéndose la confianza y la buena fe. Véase Rubén H. Compagnucci de Caso, El negocio jurídico, Editorial Astrea 1992, Buenos Aires – Argentina, Pág. 510 y 511.

No enerva el derecho de propiedad del adquirente.- Para Salvat: “Una primera consecuencia del principio expuesto es el siguiente: en el caso de que los bienes devueltos por el tercero hubieren sido vendidos para pagar a los acreedores demandantes, si queda un saldo, este pertenece al tercero y no al deudor. Por otra parte, en efecto, la revocación se pronuncia únicamente en interés de los acreedores que intentan la acción; los acreedores que no la han intentado no tienen ningún derecho para embargar y ejecutar el saldo; el único medio para ellos de poder hacerlo sería intentando a su vez la acción revocatoria. Por otra parte, el deudor, respecto a quien el acto continúa siendo válido, no tiene ningún derecho sobre el saldo; los bienes vendidos son de exclusiva propiedad del tercero y es él, por consiguiente, el único que puede reclamar la propiedad del saldo” (Salvat, R.M., citado en Treviño, R., 2007, p. 386). Palacios, E. (2002) explica esta característica señalando lo siguiente: “(...) De un lado, en cuanto al acreedor, tenemos el fenómeno de la inoponibilidad del negocio contra el mismo, y por el otro, tenemos un fenómeno de ineficacia relativa en torno a los efectos, porque no es necesario paralizar el efecto principal del negocio (por ejemplo el traslativo) siendo suficiente hacer inoperante aquel efecto que ha sido considerado como efecto secundario y solamente consecuencial, es decir, la posibilidad de sustraer el bien a la acción ejecutiva del mismo acreedor, consintiéndose por ello que se persiga al bien aun estando ya en la esfera patrimonial del tercero por una eventual transferencia” (p. 179).

2.1.3.4 ELEMENTOS QUE COMPRENDE LA ACCIÓN REVOCATORIA O PAULIANA

(i) PERSONAS QUE PUEDEN ACCIONAR

Algunas legislaciones – inicial o actualmente – consideran que la acción pauliana sólo la pueden ejercer los acreedores más modestos, en estricto los quirografarios que dependían exclusivamente del patrimonio solvente del deudor, ya que los acreedores preferentes desalojan a aquéllos en el

cobro cuando ese patrimonio no alcanzaba a cubrir la totalidad de las deudas.

Surgió así los cuestionamientos de muchos tratadistas sobre esta regla, entre ellos Boffi, L.M. (1973) que sostuvo lo siguiente: “(...) pensamos que los acreedores modales también se hallan amparados, porque el propósito de la acción es preservar la garantía común en favor del acreedor que la ejerce, y una interpretación contraria podría hacer ilusorios los derechos modales. Tampoco vemos diferencias entre los acreedores a plazo – que gozarían de la acción – y los acreedores condicionales – que no la gozarían -, como también con error lo sostiene otra doctrina” (p. 534).

Así con este nuevo enfoque y en atención a los efectos jurídicos del artículo 195° del Código Civil, como señala Revoredo, D. (1985): “Pueden ser titulares de la acción revocatoria, pues, los acreedores legítimamente constituidos y que, por ello, tienen un interés directo en el patrimonio de su deudor. Pueden ser acreedores quirografarios o privilegiados, con crédito ya exigible o sometido a condición o a plazo. Pero la acción les pertenece individualmente y su resultado beneficia sólo al acreedor que insta” (p. 314).

Agrega además Revoredo, D. (1985) que: “En cuanto a la exigibilidad del crédito como requisito para ejercitar la acción de ineficacia contra el acto del fraudador, el Código introduce otra innovación respecto al criterio del Código derogado. No es ya imprescindible que el acreedor accionante tenga un crédito líquido y exigible, pues se admite que el acreedor pueda accionar pese a que su crédito esté sometido a condición, lo que constituye una innovación, pues aun cuando el código de 1936 no lo estableció expresamente, por la naturaleza del plazo que no genera una contingencia respecto del crédito dependiente de él y tan sólo difiere su exigibilidad, la doctrina nacional admitió que el acreedor a plazo podía ejercitar la acción pauliana” (p. 314).

(ii) ACTOS QUE PUEDEN SER ATACADOS

La exposición de motivos del artículo 196° del Código Civil, compilada por Revoredo, D. (1985), prevé que: “Los actos que pueden ser atacados por la acción revocatoria son todos aquellos de disposición o afectación patrimonial, pues la finalidad del remedio pauliano es la reconstitución del patrimonio del deudor que ha perjudicado a sus acreedores. No importa que los actos hayan sido otorgados a título oneroso o gratuito” (p. 315).

Además ha de considerarse que también pueden ser atacados los actos de renuncia de derechos realizado por el deudor, así lo precisa Torres, A. (2001) al señalar que: “La disputa doctrinaria sobre si el acto que no comporte disminución del patrimonio del deudor, sino renuncia a derechos, puede ser o no impugnabile vía acción pauliana, ha quedado superado por el art. 195 que admite el control pauliano de los actos del deudor por los cuales renuncia a derechos causando perjuicio a su acreedor, puesto que éste cuenta como garantía general del cobro de su crédito con todo lo que pertenece o puede llegar a pertenecer a su deudor. (...) El acreedor tiene el derecho de pedir que se declaren ineficaces los actos de su deudor con los que renuncie a derechos (v. gr., renuncia de la herencia o legado –art.674-, constitución de patrimonio familiar – art. 488 y s.-, renuncia a una prescripción ya ganada) o disminuya su patrimonio (venta, donación, hipoteca, prenda, etc.), sólo hasta el límite a que asciende su crédito” (p. 587).

Añade Torres, A. (2001) que: “Dentro de los actos verificados por el deudor conviene distinguir entre aquellos que ocasionan perjuicio a los acreedores, porque disminuyen el activo (como ocurre con los actos de enajenación), de aquellos otros que lo causan por aumentar el pasivo del patrimonio del deudor (como contraer obligaciones respaldadas con prenda, hipoteca)” (p. 592). Sobre el particular Vidal, F. (2001) acota que: “(...) además de los actos abdicativos de derechos están comprendidos dentro de los actos de disposición los actos constitutivos de garantías y éstos también pueden configurar *fraus creditorum*, como

resulta del art. 196°. En esa hipótesis el deudor puede incurrir en fraude afectando sus bienes en garantía de sus propias obligaciones, o de las obligaciones de otro, si el acto constitutivo de las garantías es anterior o simultáneo con el acto en virtud al cual contrajo la obligación y constituyó al acreedor que se considera perjudicado por dicha afectación de bienes” (p. 604).

Entendido así, coincidimos con Boffi, L.M. (1973) en que la acción pauliana no se puede reducir a: “(...) disponer sólo sobre la enajenación que hiciera el deudor en fraude de sus acreedores, sino sobre todo acto fraudulento en perjuicio de los acreedores. Así serán revocables no sólo los actos traslativos de la propiedad, sino también la remisión de las deudas, el pago de deudas no vencidas; la hipoteca o prenda de deudas no vencidas, o ya vencidas pero originariamente contraídas sin estas garantías; los pagos por deudas vencidas por medio de entregas de bienes por un valor menor del que verdaderamente tuvieron. En los arrendamientos una renovación anticipada del contrato, una duración extraordinaria y que no es de uso en el país; el pago anticipado de muchos términos, disminución inmotivada del precio del arrendamiento, etc.” (p. 535).

En este mismo sentido, señala Cubides, J. (1996) que: “Cuando los actos del deudor se encaminan a extraer indebidamente de su patrimonio ciertos bienes, a crear cargas artificiales, a afectar su patrimonio con innecesarias garantías, o en general a crear fraudulentamente condiciones o circunstancias perjudiciales para los acreedores, se configura propiamente el fraude pauliano, contra el cual cabe la llamada acción pauliana, que busca la revocatoria del acto correspondiente” (p. 291).

Revoredo, D. (1985), compiladora de la exposición de motivos del Código Civil de 1984, señala que el artículo 198° del Código Civil ha planteado una salvedad en cuanto a los actos que pueden ser materia de acción revocatoria, restringiendo así algunos supuestos dados por los tratadistas antes citados: “Se trata de todos aquellos modos de

cumplimiento destinados a la extinción de un débito, siempre que éste conste en instrumento de fecha cierta. Se trata, pues, de una excepción a un principio general en cuanto a la interposición de la acción revocatoria, fundada en un elemento objetivo como es el de la fecha cierta” (p. 315). A esta salvedad debe agregarse la advertida por Compagnucci, R.H. (1997) en cuanto a que: “Al igual que en la acción subrogatoria, no es posible su ejercicio sobre derechos inherentes a la persona del deudor. Y tampoco sobre derechos que se asimilan a esta situación (...). Sí se la puede ejercer sobre todo tipo de actos jurídicos patrimoniales (...)” (p. 285).

(iii) REQUISITOS DE LA ACCIÓN PAULIANA

a. La existencia del crédito

Según Vidal, F. (2001) “La existencia del crédito es imprescindible para el ejercicio de la acción pauliana. Tradicionalmente se consideraba que el crédito debía ser preexistente al acto fraudulento y así se consideraba porque el perjuicio al acreedor sólo podía producirse cuando éste tenía un crédito ya existente a la fecha que el fraudador realizaba el acto calificado de fraudulento” (p. 596).

Vidal, F. (2001) enseña que “León Barandiarán confirmó que para que la acción prosperará sólo se exigía que emanara de acreedor por crédito anterior al acto fraudulento y que tal anterioridad había de demostrarse por el demandante de la acción. Pero, citando a Colin y Capitant, advirtió que el acto de enajenación aunque fuera anterior al crédito, podía ser impugnado, si había sido realizado precisamente en atención al crédito futuro, y a fin de privar por adelantado al futuro acreedor de las garantías con que hubiera podido contar. En este caso no puede decirse que el acreedor no sufre con el fraude por lo que el motivo que hacía excluir a los acreedores posteriores no se encontraba ya y, por lo tanto, no debía subsistir esta exclusión” (p. 598).

Agrega Vidal, F. (2001) que: “Con la norma del artículo 195°, el Código ha quedado, pues, desligado del requisito de la preexistencia del crédito. De este modo, aun cuando el acreedor, al concertar su crédito, conocía los bienes que conforman el patrimonio del deudor, es factible que los actos anteriores, calificados de fraudulentos, hayan sido verificados precisamente con el fin de defraudarlo. Por esta razón el Código ha eliminado el requisito de la preexistencia del crédito y ha introducido una presunción en cuanto al designio fraudulento del deudor, cuando esté dispone de bienes de cuya existencia ha informado por escrito al futuro acreedor. El crédito, pues, puede preexistir al acto fraudulento o éste ser anterior al crédito. Ambas hipótesis están previstas en los incs. 1 y 2 del Art. 195°” (p. 599).

b. El perjuicio al acreedor.-

Torres, A. (2007) explica este requisito de la acción pauliana de la siguiente manera:

“El deudor causa perjuicio a sus acreedores cuando realiza actos con los cuales renuncia a derechos o disminuye su patrimonio conocido frustrando la posibilidad de que los créditos sean satisfechos mediante la realización judicial de sus bienes. Esos actos de renuncia de derechos o de disminución del patrimonio pueden o no determinar la insolvencia del deudor, la misma que el art. 195 no exige para la procedencia de la acción pauliana. Para que prospere la acción es suficiente que con esos actos los acreedores se vean perjudicados al no poder cobrar sus créditos o poder cobrarlos solamente parcialmente, debido a que no existen bienes conocidos y libres del deudor en el territorio de la República, lo que no implica siempre que tales actos provoquen o empeoren el estado de insolvencia del deudor. Este puede ser una persona solvente no obstante que no tiene bienes conocidos, pero si puede tener bienes que no pueden ser ejecutados por sus acreedores por no ser accesibles al conocimiento de éstos o porque esos bienes se encuentran en el extranjero” (p. 592).

Sobre el particular Vidal, F. (2001) precisa que: “El art. 195 incorpora

expresamente el presupuesto del *eventus damni*, y lo refiere a los actos “gratuitos (y onerosos) del deudor por los que renuncie a derechos o con los que disminuya su patrimonio conocido”. La norma como ya hemos señalado, no registra antecedente en el Código de 1936 y se aleja del dato objetivo de la “insolvencia del deudor”, que éste utilizó, sustituyéndolo, por un concepto más genérico, como es el de que “perjudiquen el cobro del crédito”, que es el *eventus damni* del Derecho Romano. De esta manera, no solamente la insolvencia del deudor es causal para la procedencia de la acción pauliana, sino que se incluyen determinados actos que, sin colocar al deudor en estado de insolvencia, perjudican al acreedor por poner en peligro la efectividad de su crédito por razón del empobrecimiento del patrimonio del deudor” (p. 602).

c. El designio fraudulento.-

Vidal, F. (2001) señala que: “El art. 195°, luego de su modificación por el Código Procesal Civil, prescribe el requisito del designio fraudulento refiriéndolo a los actos fraudulentos celebrados a título oneroso. Tratándose de los actos gratuitos puede considerarse que este requisito no es necesario pues el empobrecimiento del deudor se hace evidente y porque viene en auxilio del acreedor la presunción que contiene el primer párrafo” (p. 604).

El maestro Torres, A. (2001) nos precisa que este designio fraudulento es sólo un requisito imputable al tercero adquirente, siendo inimputable al deudor, para que proceda la acción pauliana, así enseña que: “El art. 195, asimismo, no exige, para que proceda la acción, que el comportamiento del deudor sea fraudulento. Este puede haber realizado actos de renuncia a derechos o de disminución de su patrimonio con o sin el deliberado propósito de impedir que el acreedor cobre su crédito, pero igual procede la acción pauliana si es que con esos actos se perjudica el cobro del crédito. Si el acto de disminución patrimonial es gratuito no se exige la mala fe ni del deudor enajenante ni del tercero adquirente; si es oneroso se exige la mala fe no del deudor enajenante sino del tercero adquirente,

salvo que el acto de disminución patrimonial fuera anterior al seguimiento del crédito – hipótesis poco frecuente -, único caso en el que se exige el acuerdo fraudulento entre deudor y el tercero adquirente” (p. 593).

Abeliuk, R. (2001) explica esta disposición legal de la siguiente manera: “(...) habiendo varios intereses en juego: del acreedor que quiere conservar la máxima integridad de su garantía; del deudor que debe conservar la libre administración de sus bienes, y a quien el legislador sólo sanciona en casos de negligencia o fraude, y del tercero que ha contratado con el deudor, la ley sacrifica con mayor facilidad el de éste, si no ha efectuado sacrificio alguno para su adquisición. El tercero no pierde en definitiva nada, queda igual que antes del acto. En cambio, el que ha adquirido a título oneroso, ha efectuado un desembolso, un sacrificio económico, que tendrá posteriormente que entrar a recuperar. Por ello el legislador no puede prescindir de su actitud y sólo sanciona si es fraudulento también” (p. 700).

Clarificando las posiciones doctrinales antes expuestas, el maestro Vidal, F. (2001) señala que: “El segundo párrafo del art. 195º enfatiza que, tratándose de actos a título oneroso, debe concurrir además el designio fraudulento, ya sea como *conscius fraudis* o como *concilium fraudis*. Según el inc. 1, si el crédito es anterior al acto de disminución patrimonial el tercero que celebró el acto fraudulento debe haber actuado *conscius fraudis*, esto es, con conocimiento del perjuicio a los derechos del acreedor, o, según las circunstancias, haber estado en razonable situación de conocerlo o de no ignorarlo. Por el inc. 2, si el acto calificado de fraudulento es anterior al surgimiento del crédito, el deudor y el tercero que lo celebró deben haber actuado en *concilium fraudis*, esto es, con el propósito de perjudicar su satisfacción” (p. 605).

d. Prueba de la mala fe del tercero adquirente.-

Este requisito de la acción pauliana solo y únicamente es imputable al

tercero adquirente cuando los actos de renuncia a derechos o de disminución patrimonial sean onerosos, puesto que si son a título gratuito se presumirá la mala fe tanto del deudor como del tercero adquirente. Ahora bien, la forma como debe probarse la mala fe del tercero adquirente dependerá si el acto cuestionado fue anterior o posterior al crédito:

d.1 Actos posteriores al surgimiento del crédito

Romero, F.J. (2003) sobre nuestro Código Civil, indica que: “en el inciso 1 del Art. 195° se refiere a la existencia de un crédito que es anterior al acto fraudulento porque el perjuicio al acreedor sólo podía producirse cuando éste tenía un crédito ya existente. En efecto, el citado inciso dispone: “Si el crédito es anterior al acto de disminución patrimonial, que el tercero haya tenido conocimiento del perjuicio a los derechos del acreedor o que según las circunstancias haya estado en razonable situación de conocer o de no ignorarlos y el perjuicio eventual de los mismos” (p. 233).

Agrega Romero, F.J. (2003) que: “Como se puede ver en este caso lo que prima es un estado subjetivo que consiste en el conocimiento que tenga el tercero, del perjuicio a los derechos del acreedor, o que según las circunstancias, haya estado en razonable situación de conocer o de no ignorarlos y el perjuicio eventual de los mismos. Esto es lo que se conoce con el nombre de designio fraudulento, que hace muy difícil la prueba del mismo, por su enorme carga subjetiva” (p. 233).

Para ahondar el entendimiento de este punto, nos remitimos a los comentarios dados por Torres, A. (2001):

“En algunos casos la prueba de la mala fe del adquirente es fácil, por ejemplo, cuando la insolvencia del deudor es notoria o de las relaciones entre deudor y adquirente se deduce que éste conoció el perjuicio; pero dado a que, en la mayoría de los casos, es sumamente difícil probar la mala fe del tercero, pensamos que, en

forma similar a lo que dispone el art. 969 del Código argentino, debe legislarse estableciendo que se presume que el tercero tiene conocimiento del perjuicio cuando conocía o estaba en aptitud de conocer la existencia del crédito y que el deudor carece de otros bienes registrados; de este modo se invierte la carga de la prueba, correspondiendo al tercero demostrar su buena fe. Corresponde al deudor y tercero demandados probar: la inexistencia del perjuicio, o la existencia de bienes libres suficientes que garanticen la satisfacción del crédito” (p. 599).

d.2 Actos anteriores al surgimiento del crédito

En alusión a nuestro Código Civil, Romero, F.J. (2003) indica que: “El inciso 2 del Art. 195 está referido al caso de que el acto fraudulento sea anterior a la concertación del crédito. En tal sentido, tal dispositivo dispone que “Si el acto cuya ineficacia se solicita fuera anterior al surgimiento del crédito, que el deudor y el tercero lo hubieran celebrado con el propósito de perjudicar la satisfacción del crédito del futuro acreedor. Se presume dicha intención en el deudor cuando ha dispuesto de bienes de cuya existencia había informado por escrito al futuro acreedor. Se presume la intención del tercero cuando conocía o estaba en aptitud de conocer el futuro crédito y que el deudor carece de otros bienes registrados” (p. 233).

Añade Romero, F.J. (2003) que: “En este caso, el Código exige para el planteamiento de la acción pauliana, que el deudor y el tercero lo hubiesen celebrado con el propósito de perjudicar la satisfacción del crédito del futuro acreedor. Hasta aquí podría pensarse que sólo está de por medio la mala fe, es decir un aspecto subjetivo. Pero inmediatamente el Código recurre a dos presunciones que constituyen un fraude objetivo, que está dado por el hecho de que el deudor disponga de bienes de cuya existencia había informado por escrito al futuro acreedor. En cuanto al tercero, el código exige que el mismo hubiera estado en aptitud de conocer el futuro crédito y que el deudor

carece de otros bienes registrados” (p. 234).

En palabras de Torres, A. (2001): “(...) como la connivencia fraudulenta entre deudor y tercero es de prueba difícil que impide la aplicación de la acción pauliana, la ley presume la intención fraudulenta en el deudor cuando ha dispuesto de bienes cuya existencia había informado por escrito al futuro acreedor, y se presume la intención del tercero cuando conocía o estaba en aptitud de conocer el futuro crédito y que el deudor carece de otros bienes registrados (art. 195.2). O sea, que en estos casos se invierte la carga de la prueba, correspondiendo al tercero adquirente demostrar su buena fe, acreditando, v. gr., que el deudor tiene otros bienes embargables en el territorio de la República o que desconocía la existencia de acreedores” (p. 600).

2.1.3.5 LA ACCIÓN PAULIANA ORDINARIA Y LA ACCIÓN PAULIANA CONCURSAL

(i) LA ACCIÓN PAULIANA ORDINARIA COMO REMEDIO AL FRAUDE DE LOS ACREEDORES

Para Espinoza, J. (2010) “Es evidente que el deudor tiene el derecho de disponer de su patrimonio; pero lo debe hacer de tal forma que no lesione el legítimo interés del acreedor a que no se disminuya (el patrimonio del deudor) al punto de comprometer o hacer difícil, el pago. Por ello, el ordenamiento jurídico faculta al acreedor a atacar, con la declaración judicial de la ineficacia, una relación jurídica de la cual no es parte: la de su deudor y un tercero. La pretensión procesal de ineficacia es relativa (porque favorece solo al acreedor demandante) y limitada (porque se circunscribe al monto de la obligación)” (p. 349).

En ese sentido, Hayzus, J.R. (2001) entiende que “La acción revocatoria, como recurso frente a una operación fraudulenta, viene a ser la contracara de la inmunidad de los bienes fideicometidos ante el ataque de

los acreedores quirografarios del fiduciante, cuando la transferencia ha sido legítima. El reclamo del acreedor perjudicado por el traspaso de ciertos bienes a un fiduciario no difiere del que pudiera formular en cualquier otra situación de enajenación u ocultamiento creada por el deudor” (p. 109).

Para erradicar estas operaciones fraudulentas, Stewart, A. (1996) señal que: “En el derecho peruano, el acreedor tiene la acción pauliana de nuestro artículo 195° del Código Civil, por la cual pueden lograr la declaratoria de ineficacia de la transferencia fiduciaria que lo perjudique, siempre que concurren los requisitos establecidos por el citado artículo” (p. 194).

(ii) LA ACCION REVOCATORIA CONCURSAL COMO REMEDIO AL FRAUDE DE LOS ACREEDORES

Aarun, E. (1965) sobre la acción pauliana señala que “(...) fue originalmente una acción de carácter colectivo, convirtiéndose después en una acción individual que posteriormente, con el desarrollo de la institución de la quiebra y con el nacimiento de la pauliana concursal en el derecho medioeval, sufrió otros cambios, recuperando en algunos casos su carácter colectivo, porque como se verá más adelante, dentro de la quiebra es la masa de acreedores la que se beneficia con el ejercicio de la acción, ya por el síndico, ya por cualquiera de los acreedores individualmente considerado. Sin embargo, no fue éste el cambio más importante sufrido por la acción pauliana dentro de la quiebra, sino el relativo a la prueba de uno de sus requisitos, el fraude, pues para evitar la difícil prueba de este requisito de carácter esencialmente subjetivo y en protección de los acreedores, se han creado ciertas presunciones de fraude que afectan a los actos que el deudor celebra en un período inmediato anterior a su constitución en estado de quiebra, privándolos de efectos” (p. 17).

Por su parte, Boffi, L.M. () nos muestra que: “Cuando un comerciante ha

entrado en el período sospechoso – el precursor de la quiebra, período que comienza con la cesación de pagos – puede realizar actos que perjudiquen a la masa de acreedores. Por de pronto, es más amplio el campo de aplicación de las medidas con que el síndico puede comercialmente impedir el fraude a la masa que el de la acción civil de fraude. No se requiere en los actos onerosos la intención de cometer el fraude y la anulación aprovecha, por hallarse constituidos en masa, a todos los acreedores. A la inversa, mientras la acción pauliana puede ser ejercida por todo acreedor en los términos que ya vimos, la de la ley de quiebras solamente la puede entablar el liquidador con autorización de la comisión de vigilancia o, en su caso, junta de acreedores. Cuando los actos hayan sido celebrados antes del período de sospecha, solamente se contará con la acción civil de fraude” (p. 552).

En nuestro ordenamiento jurídico resultan aplicables a los fideicomisos las disposiciones referidas al período de sospecha que se encuentra contenida en el artículo 19.1° de la Ley General del Sistema Concursal, la misma que prevé que el Juez declarará ineficaces y, en consecuencia, inoponibles¹⁵ frente a los acreedores del concurso, los gravámenes, transferencias, contratos y demás actos jurídicos, sean a título gratuito u oneroso, que no se refieran al desarrollo normal de la actividad del deudor, que perjudiquen su patrimonio y que hayan sido realizados o celebrados por éste dentro del año anterior a la fecha en que presentó su solicitud para acogerse a alguno de los procedimientos concursales, fue notificado de la resolución de emplazamiento o fue notificado del inicio de la disolución y liquidación.

Ahora bien, entendemos que la acción pauliana concursal solo será aplicable en casos en que el deudor de encuentre en concurso y sus actos de disposición se encuentre dentro del período de sospecha, ya que si el deudor no estuviere en situación de concurso o las transferencias fueran

¹⁵ A diferencia del Código Civil la Ley del Sistema Concursal incorpora en forma expresa el término “inoponible” con lo cual se inclinaría expresamente por aceptar la teoría de la inoponibilidad o ineficacia relativa para identificar los efectos legales de la acción pauliana.

anteriores al plazo previsto como período de sospecha sólo será posible incoar la acción ordinaria o civil.

2.1.3.6 INEFICACIA DE LOS ACTOS FRAUDULENTOS

Para Díez-Picazo, L. (2007) “(...) la idea de ineficacia alude a una determinada formulación de un deber jurídico y significa una determinada manera justa de comportarse frente al contrato los mismos interesados, los terceros y los jueces y funcionarios encargados de la aplicación del Derecho en la comunidad. Significa que a un supuesto se le debe enjuiciar de una cierta manera y que debe recibir una determinada consideración, que es, a no dudarlo, de condena y de reprobación. Por ello, se confieren a los interesados unos derechos o facultades y se imponen al mismo tiempo unos deberes y unas obligaciones conducentes por lo general a obtener la restitución de las cosas a la situación y al estado de hecho que tenían antes de la celebración de tal contrato. En este sentido, parece adecuado decir, como dice J. Delgado, que hay un juicio de valor del ordenamiento respecto de la adecuación del supuesto de hecho contractual a las previsiones del ordenamiento y sobre las conductas exigidas o efectivamente producidas en la celebración y en la ejecución del contrato” (p. 558).

Más allá de las bases principistas que se puedan esgrimir, conviene centrar el tema de análisis como lo hace Betti, E. (1970) al señalar que: “(...) el acto de disposición no es nulo, porque es perfecto en sus elementos constitutivos y en sus presupuestos de validez. Si fuera nulo, entonces no sería la revocatoria la acción que el acreedor debería ejercitar, sino otra acción” (p. 407). Es por eso, en términos de Romero, F.J. (2003), que “cuando se plantea una acción pauliana, el acreedor solicita al juez una sentencia por la que se considera como si la enajenación del bien no hubiera tenido lugar. Tal situación sólo beneficia al acreedor accionante y hasta por la cuantía del crédito. Esto significa, que para los acreedores que no accionaron, la enajenación hecha por el deudor a favor de un tercer adquirente surte sus efectos y por lo tanto es

eficaz” (p. 224).

Jordano Fraga sostiene que “la ineficacia revocatoria (relativa y limitada) es así una suerte de reparación in natura (puesto que elimina, frente a él, y en la medida precisa, los efectos del acto impugnado; le coloca para el cobro coactivo en la misma situación de garantía patrimonial que si dicho acto, para él, no existiera, no se hubiese realizado) del perjuicio económico que el acto impugnado causó al acreedor actor (a través de los efectos nocivos que produjo en el patrimonio del deudor: causando o agravando la insolvencia de este)” (Fraga, J., citado en Espinoza, J., 2010, p. 356).

Espinoza, J. (2010) observa que “si lo que se impugna con la revocación es un acto de enajenación realizado por el deudor a favor de un tercero, el efecto de la revocatoria exitosa – a través de la ineficacia, relativa y limitada, frente al acreedor actor de la enajenación impugnada – consentirá al acreedor impugnante, para el cobro coactivo de su crédito, dirigir su acción ejecutiva (además de, por supuesto, eventuales medidas conservativas en orden a preparar/asegurar esa ejecución) contra el bien objeto de la enajenación deuditoria impugnada”. Ello, como se vio, no implica que el bien enajenado reingrese al patrimonio del deudor. Lo que se configura es una situación en la cual el acreedor ataca una esfera jurídica ajena (la del patrimonio del tercero adquirente) para que se proteja su derecho de crédito” (p. 357). En otras palabras, como dice Dupichot, J. (1984): “Este acreedor actúa en su propio nombre y no contra el deudor (el cual, en la práctica se verá sin embargo comprometido) sino contra el tercero que ha sacado provecho del acto realizado fraudulentamente” (p. 92).

Betti, E. (1970), explica magistralmente los efectos que produce este tipo de ineficacia de la siguiente manera:

“(…) significa que el acreedor que la actúa consigue, a través de la declaración del carácter fraudulento del acto de disposición, una reintegración en su favor de la garantía patrimonial: reintegración que

no hace entrar los bienes en el patrimonio del deudor en el mismo sentido que se produce con el ejercicio de la subrogatoria, sino que sólo idealmente les hace entrar a este único fin: satisfacerse sobre el mismo bien que había sido enajenado. Lo que prácticamente supone esto: que el acto de enajenación, realizado no es “quitado de en medio” en su integridad, sino únicamente es declarado ineficaz en la medida que perjudica al acreedor que ejercita la acción. Por ello, si el tercero adquirente, consciente del fraude, ofrece al acreedor el resarcimiento del daño sufrido por efecto de la enajenación fraudulenta llevada a cabo, el acreedor debe aceptar la oferta, porque el resarcimiento del daño consiguiente a la enajenación fraudulenta nace carente de objeto, pues elimina el interés en el acreedor para actuar en vía revocatoria” (p. 407, 408).

En síntesis, como dice Dupichot, J. (1984): “Se trata de comprobar que el acto atacado, por más válido que él permanezca entre las partes (lo que es a menudo muy teórico) no podrá perjudicar al acreedor, ya que siendo “inoponible” el acto al acreedor, este puede embargar el inmueble vendido, en fraude a sus derechos. Para él, pero sólo para él, el “acto no existe” (p. 92).

Los efectos de la ineficacia declarada judicialmente están recogidos en nuestro ordenamiento jurídico por el artículo 199º del Código Civil. En la exposición de motivos de dicho artículo, compilada por Revoredo, D. (1985, se precisa sus alcances legales:

“En su primer párrafo se refiere a las acciones que puede promover el acreedor frente a los terceros adquirentes respecto de los bienes objeto del acto cuya ineficacia ha sido declarada en su favor, ya que sólo el acreedor accionante se beneficia con la revocación. Como se trata de una acción de ineficacia, y no de nulidad, la relación jurídica entablada entre el fraudador y tercero adquirente se mantiene; la revocación solo posibilita al acreedor a embargar y hacerse pago con los bienes transferidos, aun cuando tales bienes se encuentren ya en el ámbito patrimonial del tercero adquirente, quien si los adquirió a

título oneroso, podrá exigir el saneamiento correspondiente al fraudador.

El segundo párrafo establece la situación de subordinación en que queda el tercero adquirente respecto del acreedor accionante, ya que no puede concurrir sobre el producto de los bienes que han sido objeto de acto ineficaz, sino después que el acreedor accionante haya cobrado lo suyo, pudiendo concurrir sólo sobre el remanente. La indemnización que demande y obtenga el tercero adquirente sólo podrá hacerla efectiva sobre los otros bienes del fraudador, que sean distintos de los que con su disposición dieron lugar al remedio pauliano” (p. 316).

2.2 DEFINICIÓN DE TÉRMINOS

1. CONTRATO

Laura, M. (2009) define el contrato como el: “pacto o convenio entre partes que se obligan sobre una materia o cosa determinada y a cuyo cumplimiento pueden ser compelidas. Existe cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común destinada a reglar sus derechos. El consentimiento debe manifestarse por ofertas o propuestas de una de las partes o aceptarse por la otra. Puede ser expreso o tácito. Es expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos. Es tácito cuando resulta de hechos o de actos que lo presuponen o que autorizan a presumirlo. Es un documento suscrito entre dos o más partes que se comprometen legalmente sobre materia o cosa determinada. Cuando dos o varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común destinada a reglar sus derechos” (Diccionario Jurídico, p. 204).

2. FIDEICOMISO

Para Laura, M. (2009): “mediante el fideicomiso, una persona física o jurídica, llamada fiduciante o fideicomitente, entrega a una

administradora fiduciaria la propiedad de uno o más bienes concretos con el objeto de que dicha fiduciaria cumpla una determinada finalidad en provecho del mismo fiduciante o de quien este determine; este último se llama beneficiario o fideicomisario (si es quien recibe la propiedad de los bienes al finalizar el plazo de fideicomiso). El fideicomiso es un mecanismo esencialmente elástico, flexible, pues permite realizar todas finalidades lícitas que las necesidades o la imaginación de los clientes determinen. En el Derecho Comercial, la sociedad que decida emitir debentures debe celebrar con un banco un fideicomiso por el que este tome a su cargo: a) La gestión de las suscripciones, b) El contralor de las integraciones y su depósito, cuando corresponda, c) La representación necesaria de los futuros debentures, d) La defensa conjunta de sus derechos e intereses durante la vigencia del empréstito hasta su cancelación total. Disposición por la cual el testador deja su hacienda – o parte de ella – encomendada a la buena fe de un sujeto para que en tiempo y en forma la trasmita a otro o la invierta del modo que se le indica. Cuando una persona (fiduciante) transmite la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (fiduciario), quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato (beneficiario) y a transmitirlo al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, fiduciario y beneficiario” (Diccionario Jurídico, p. 382).

3. **FRAUDE**

Laura, M. (2009) define el fraude como el: “acto de simulación con la intención de engañar o perjudicar a otro. Se incurre en fraude cuando intencionalmente se actúa de mala fe con el objeto de eludir una obligación o de obtener una ganancia. Acto tendiente a eludir una disposición legal en perjuicio del Estado o de terceros. Acción contraria a la verdad y a la rectitud que perjudica a la persona contra quien se comete. Interpretación incorrecta e intencional en la preparación de la información financiera. Involucra falsificación, manipulación o alteración de los documentos o registros, apropiación indebida de activos, omisión o supresión de transacciones, registro de transacciones

incorrectas o inexistentes, o inadecuada aplicación de las políticas contables” (Diccionario Jurídico, p. 397).

4. **ACCIÓN PAULIANA**

Laura, M. (2009) define la acción pauliana como la: “Denominación clásica de la acción rescisoria por fraude a los acreedores, consiste en el derecho que la ley otorga a éstos para que puedan impugnar los actos que haya efectuado su deudor en fraude de sus derechos de crédito y siempre que dichos acreedores no tengan otro medio para satisfacer sus créditos” (Diccionario Jurídico, p. 22).

5. **ACCIÓN REVOCATORIA**

Para Laura, M. (2009), “todo acreedor quirografario puede demandar la revocación de los actos celebrados por el deudor en perjuicio o en fraude de sus derechos. Tiene por objeto salvar el obstáculo que se opone a las pretensiones del acreedor sobre los bienes enajenados. Es siempre una acción meramente personal. También llamada acción pauliana por los romanos. Para ejercer esta acción es preciso: a) Que el deudor se halle en estado de insolvencia, este estado se presume desde que se encuentre fallido; b) Que el perjuicio de los acreedores resulte del acto mismo del deudor o que antes ya se hallase insolvente; c) Que el crédito en virtud del cual se intenta acción sea de una fecha anterior al acto del deudor. Es la acción consistente en el poder atribuido al acreedor de hacer declarar ineficaces con relación a él ciertos actos de disposición sobre el patrimonio del deudor que irroguen perjuicio a sus derechos y hasta la concurrencia de esos mismos derechos” (Diccionario Jurídico, p. 23).

6. **PROPIEDAD**

Para Laura, M. (2009), propiedad es el: "derecho o facultad de disponer libremente de una cosa y reclamarla si se halla en poder de otra. Facultad legítima de gozar y disponer de una cosa con exclusión del ajeno arbitrio

y de reclamar su devolución cuando se encuentra indebidamente en poder de otro. Facultad que un sujeto tiene para disponer, con exclusión de otros, de tales bienes. Es lo que la naturaleza racional del hombre impone como el medio mejor proporcionado al justo uso de dichos bienes, tomando en cuenta la necesidad de ese uso y las condiciones propias de quien debe usarlos. Es distinto de la mera posesión de bienes materiales. Un sujeto puede poseer algo sin ser propietario o tener propiedad sobre algo que no posee. Es la posesión munida de título. Abarca el conjunto de los bienes apreciables que el hombre puede poseer fuera de sí mismo, de su vida y de la libertad” (Diccionario Jurídico, p. 669, 670).

7. DOMINIO FIDUCIARIO

Laura, M. (2009), indica que dominio fiduciario es “el que se adquiere en razón de un fideicomiso constituido por contrato o por testamento y está sometido a durar solamente hasta la extinción del fideicomiso, para el efecto de entregar la cosa a quien corresponda según el contrato, el testamento o la ley. Existe cuando el titular, llamado propietario fiduciario, ha recibido un bien, singularmente determinado, de una persona, llamada constituyente del fideicomiso, con el fin de que al término de un cierto plazo o al cumplimiento de determinada condición (resolutoria) lo transmita a su vez a un tercero, denominado fideicomisario” (Diccionario Jurídico, p. 319).

2.3 MARCO LEGAL

2.3.1 Constitución Política del Perú

- Art. 70° : Derecho de Propiedad

2.3.2 Código Civil de 1984

- Art. 195° : Acción Pauliana

- Art. 196° : Prioridad de las garantías
- Art. 197° : Protección al sub- adquirente de buena fe
- Art. 198° : Imprudencia de la declaración de ineficacia
- Art. 200° : Ineficacia de acto jurídico gratuito u oneroso
- Art. 273° : La legitima

2.3.3 Ley 26702 (Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros), en lo sucesivo LGSF.

El artículo 241° de la LGSF, conceptúa el fideicomiso de la siguiente manera:

“El fideicomiso es una relación jurídica por la cual el fideicomitente transfiere bienes en fideicomiso a otra persona, denominada fiduciario, para la constitución de un patrimonio fideicometido, sujeto al dominio fiduciario de este último y afecto al cumplimiento de un fin específico en favor del fideicomitente o un tercero denominado fideicomisario”.

2.4 LEGISLACIÓN COMPARADA

1. **Bolivia.**- El artículo 1409 del Código de Comercio reconoce el fideicomiso como un negocio inter vivos o mortis causa por el que una persona transmite bienes a un banco, que se obliga a enajenarlos en provecho de un beneficiario. El artículo 1410 reconoce tales bienes como un “patrimonio autónomo” exento de la responsabilidad patrimonial del banco fiduciario. En los siguientes artículos, hasta el 1427, se trata de otros pormenores de la institución. De hecho, aunque el Superintendente de Bancos puede autorizar a los bancos comerciales o hipotecarios para aceptar fideicomisos y se prevé la institución en un Reglamento especial, “de operaciones de fideicomiso”, parece ser que la institución no tiene importancia práctica en Bolivia.

2. **Colombia.-** (Art. 794 del Código Civil), se habla de una propiedad fiduciaria constituida por fideicomiso, término con el que se designa también el objeto fiduciario. El artículo 795 reduce este fideicomiso al caso de transmisión de la totalidad de una herencia o sobre cuota de ella, o sobre objetos singulares, pero el artículo 796 admite que esa disposición puede darse en una donación inter vivos y no sólo en un testamento. El artículo 810 admite la libre disposición de la propiedad por parte del fiduciario, pero siempre con la carga de la eventual devolución. A pesar de esto, el artículo 813 designa el derecho fiduciario como usufructo. El fideicomisario, por su parte, “no tiene derecho alguno” (art. 819), aunque podrá exigir las “providencias conservatorias” oportunas, y su simple expectativa no es transmisible a sus herederos (art.821).
3. **Chile.-** El artículo 733 del Código Civil reconoce la propiedad fiduciaria como aquella que se sujeta a una devolución condicionada a favor de terceros, y se llama fideicomiso al negocio correspondiente y a la cosa objeto del mismo.
4. **Costa Rica.-** Tanto el Código de Comercio (1964) como la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional (1953) admiten los contratos de fideicomiso. También aquí parece aceptarse la figura del negocio fiduciario, con transmisión al fiduciario de la propiedad, aunque se constituya un “patrimonio autónomo”, pudiendo ser fiduciario cualquier persona física o jurídica; pero aquí, con un derecho del fideicomisario para exigir el cumplimiento del fideicomiso y reintegrar los bienes indebidamente enajenados por el fiduciario (art. 654 del Código de Comercio, cuyos artículos 633 a 662 presentan una amplia reglamentación de nuestra institución).
5. **Guatemala.-** El Código de Comercio (1970) dedica un capítulo (lib. IV, tít. 2, cap. 5, arts. 766 a 793) al fideicomiso, también aquí como fiducia, es decir, con “transmisión” de bienes “afectados a fines determinados”,

aunque el fiduciario esté “obligado” a no excederse en su derecho (art. 766); el artículo 775 parece insinuar la nulidad de los actos de disposición no autorizados por el fideicomitente o por el juez, y el artículo 783 reduce sus derechos y acciones a lo que requiere el cumplimiento del fideicomiso. También aquí el fideicomisario tiene derecho de exigir el cumplimiento del fideicomiso y de “impugnar” los actos abusivos del fiduciario o reintegrar los bienes indebidamente enajenados (art. 778).

6. **Honduras.-** Los artículos 1033 a 1062 del Código de Comercio reglamentan también el “fideicomiso” como negocio fiduciario exclusivo de los establecimientos bancarios, con transmisión de la “titularidad dominical” a favor del fiduciario, la “obligación” de limitarse a los actos exigidos por el cumplimiento del fideicomiso, y posible “impugnación”, por parte del fideicomisario, de los actos excesivos del fiduciario.
7. **Panamá.-** Hay una ley especial sobre fideicomiso, de 1941 (de 38 artículos), en la que se configura ese contrato como “mandato irrevocable en virtud del cual se transmiten determinados bienes a una persona llamada fiduciario, para que disponga de ellos conforme lo ordena el que transmite, llamado fideicomitente, a beneficio de un tercero llamado fideicomisario” (art. 1), el cual puede ser persona física o jurídica (art. 24°). El artículo 28 habla de “prohibición” de disponer el fiduciario “en forma distinta o contraria a la establecida en el fideicomiso”, y el artículo 27 de que “no podrá enajenar o gravar” sin autorización expresa, pero no se determina si el efecto es de simple responsabilidad o de nulidad.
8. **Venezuela.-** Existe también una ley especial de fideicomisos, de 1956 (de 30 arts.), y un decreto complementario de 1966. Se habla aquí de “relación jurídica” (art.1 de la Ley) con “transferencia” (inter vivos o mortis causa) de bienes a un fiduciario que es siempre una institución bancaria (art. 12), y no se habla de fideicomisario, sino de “beneficiario”. Según el artículo 18, son “anulables” los actos excesivos del fiduciario, pero no sólo en caso de actos a título lucrativo o “con terceros que conocen o debieran conocer las obligaciones del fiduciario”.

9. Brasil.- Por Ley N° 10,406 del 10 de enero de 2002 se promulgó el Código Civil Brasileiro, el mismo que entró en vigencia el 11 de enero de 2003, regulando el derecho de propiedad en general en el capítulo I del título III del Libro III denominado del derecho de las cosas. Además de regular el derecho de propiedad en general, en el título III del Libro III, el Código Civil Brasileiro regula sobre: la adquisición de la propiedad inmueble y mueble, la pérdida de la propiedad, los derechos de vecindad, el condominio general y el condominio edilicio, la propiedad resoluble y la propiedad fiduciaria. Se observa que para el legislador Brasileño la propiedad fiduciaria no es un derecho real distinto a la propiedad, lo concibe y trata como una modalidad o forma de dicho derecho.

10. Argentina.- El nuevo Código Civil y Comercial Argentino promulgado en el 2015 y vigente a partir del año 2016, también distingue entre dominio perfecto y dominio imperfecto, pero esta vez, excluye el dominio fiduciario como dominio imperfecto, para regular el fideicomiso en el Título V del Libro Tercero referido a otras fuentes de las obligaciones de los Derechos Personales.

2.5 HIPÓTESIS

2.5.1 Hipótesis General

El contrato de fideicomiso incide directamente en la generación de actos fraudulentos contra los acreedores

2.5.2 Hipótesis Específicas

- a.** La acción pauliana o revocatoria incide favorablemente en evitar el fraude a los acreedores generado por la transferencia fiduciaria de bienes en ejecución de un contrato de fideicomiso.
- b.** La fragmentación realizada por el fideicomitente de su propio

patrimonio incide adecuadamente en la medida de una disminución fraudulenta en perjuicio de sus acreedores.

- c.** El dominio fiduciario que permite la aparente titularidad de la entidad fiduciaria sobre el patrimonio fideicometido incide en que el fideicomitente sustraiga fraudulentamente uno o más bienes de la persecución judicial de sus acreedores.
- d.** La forma en que se publique el proyecto fiduciario previamente a la suscripción del contrato de fideicomiso influye en una menor incidencia de acciones judiciales por fraude a los acreedores.
- e.** El conferir la calidad de dominio fiduciario y patrimonio autónomo sólo para aquéllos proyectos fiduciarios en los que no haya mediado oposición de los acreedores guarda relación con la menor o mayor incidencia de fraude a los acreedores.

2.5.3 Operacionalización de Variables e Indicadores

	VARIABLES	DEFINICIÓN CONCEPTUAL	DIMENSIONES	INDICADORES
X₁	EL CONTRATO DE FIDEICOMISO	Es un contrato por el cual una o más personas transmiten bienes, cantidades de dinero o derechos, presentes o futuros de su propiedad a otra persona para que los administre o invierta.	Naturaleza jurídica	<ul style="list-style-type: none"> - Sujetos - Contrato - Fideicomiso

	VARIABLES	DEFINICIÓN CONCEPTUAL	DIMENSIONES	INDICADORES
Y₁	EL FRAUDE A LOS ACREEDORES	Practica deshonesto con la intención de causar daño o de privar a otro de sus derechos	Resoluciones	<p>Acreedor Deudor Tercero</p>

CAPITULO III: MÉTODO

3.1 DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

3.1.1 Tipo y Nivel de Investigación

Según la orientación o grado de abstracción es Básica y Aplicada. A las Ciencias Sociales como es el Derecho le corresponde esta última, ya que se pretende solucionar un problema Teórico Practico y que incluye la tarea de campo.

Conforme a los propósitos del estudio la investigación se centra en el nivel descriptivo, explicativo y correlacional.

3.1.2 Método

Descriptivo, explicativo y correlacional

3.1.3 Diseño

El diseño que se utilizara es tomando como referencia una muestra donde:

$$m = O_X r O_Y$$

Dónde:

m = muestra

O = Observación

X = Variable Independiente

Y = Variable Dependiente

r = relación

3.1.4 Estrategia de Prueba de Hipótesis

La Hipótesis será sometida a prueba mediante la aplicación de un diseño de investigación recolectando datos a través de instrumentos de medición, analizando e interpretando dicho datos mediante métodos de estadística descriptiva e inferencial.

La prueba usará el parámetro Chi Cuadrado con la ayuda del programa estadístico SPSS V.17, aplicado a las Ciencias Sociales.

3.2 POBLACIÓN Y MUESTRA

3.2.1 Población.-

Estará conformado por 280 Profesionales del Derecho especializados en Derecho civil y Comercial a nivel de Lima Metropolitana; de los cuales 239 son Abogados, 16 Jueces Comerciales y 25 Jueces Civiles.

3.2.2 Muestra.-

La muestra óptima de abogados se obtendrá mediante la fórmula del muestreo aleatorio simple para estimar proporciones, fórmula que a continuación se detalla:

$$n = \frac{Z^2 pqN}{e^2 (N-1) + Z^2 pq}$$

Dónde:

Z: Valor de la abscisa de la curva normal para una probabilidad de 95% de confianza.

p: Proporción de abogados especializados en Derecho Civil y Comercial que manifestaron tener experiencia en la constitución de fideicomisos bancario y manejo de procesos judiciales sobre acción pauliana ($p = 0.5$, valor asumido debido al desconocimiento de P)

q: Proporción de abogados especializados en Derecho Civil y Comercial que manifestaron no tener experiencia en la constitución de fideicomisos bancarios y manejo de procesos judiciales sobre acción pauliana ($q = 0.5$, valor asumido debido al desconocimiento de P).

e: Margen de error 5%

N: Población.

n: Tamaño óptimo de muestra.

Considerando un nivel de significancia de 95% y 5% como margen de error **n** fue:

$$n = \frac{(1.96)^2 (0.5)(0.5)(280)}{(0.05)^2 (280-1) + (1.96)^2 (0.5)(0.5)}$$

$$n = 162 \quad (139 \text{ Abogados} - 8 \text{ Jueces Comerciales} - 15 \text{ Jueces Civiles})$$

3.3 TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

- Observación: Método fundamental de toda investigación para obtener el mayor número de datos.
- Análisis de documentos: Que permite reunir datos importantes de los expedientes administrativos y de algunos juzgados.

Instrumentos

Constituyen el material físico que corresponden a las diferentes técnicas y estas son:

- Cuadro o guía de análisis de documentos
- Guía de entrevista

CAPITULO IV: PRESENTACIÓN DE RESULTADOS

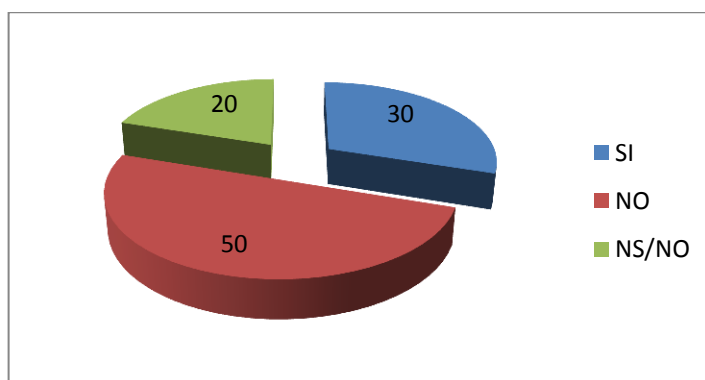
4.1 ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE LOS RESULTADOS

01. ¿Sabe en qué consiste el contrato de fideicomiso?

TABLA Nº 1

RESPUESTA	CANTIDAD			T	%
	ABG.	JCOM	JC		
SI	42	3	4	49	30
NO	69	4	8	81	50
NS/NO	28	1	3	32	20
TOTAL	139	8	15	162	100

GRAFICO Nº 1



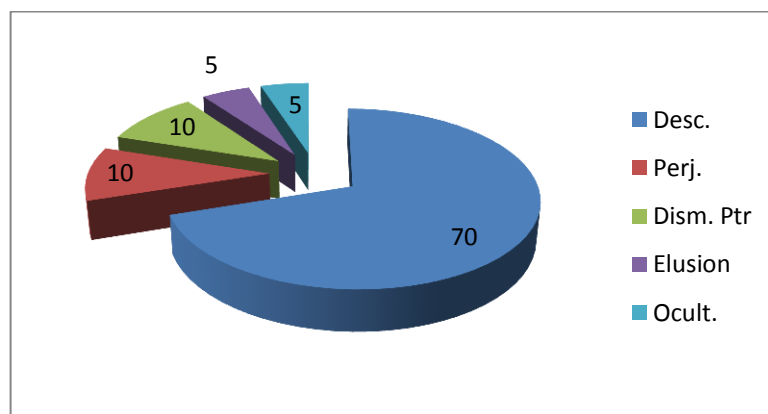
Interpretación.- El 30% de los profesionales encuestados si saben en qué consiste el contrato de fideicomiso. El 50% no lo saben; y, el 20% NS/NO.

02. ¿De qué manera considera que el contrato de fideicomiso incide en la generación de actos fraudulentos contra el acreedor?

TABLA N° 2

RESPUESTA	CANTIDAD			T	%
	ABG.	JCOM	JC		
Desconoc.	99	6	9	114	70
Perjuicio	13	1	2	16	10
Dism. Patr.	13	1	2	16	10
Elusión	7	0	1	8	5
Ocult.	7	0	1	8	5
TOTAL	139	8	15	162	100

GRAFICO N° 2



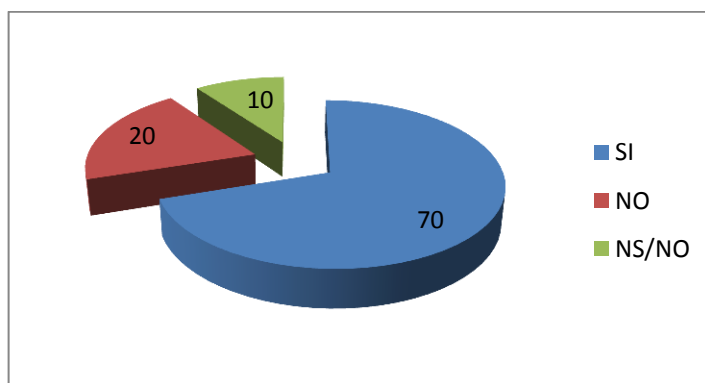
Interpretación.- el 70% de los encuestados desconocen que contrato de fideicomiso incide en la generación de actos fraudulentos contra el acreedor. El 10% señala que causa perjuicio; el 10% que causa disminución patrimonial; el 5% que causa elusión; y el otro 5% que causa ocultamiento.

03. ¿Cree que la acción pauliana o revocatoria evita el fraude a los acreedores?

TABLA N° 3

RESPUESTA	CANTIDAD			T	%
	ABG.	JCOM	JC		
SI	98	6	10	114	70
NO	28	1	3	32	20
NS/NO	13	1	2	16	10
TOTAL	139	8	15	162	100

GRAFICO N° 3



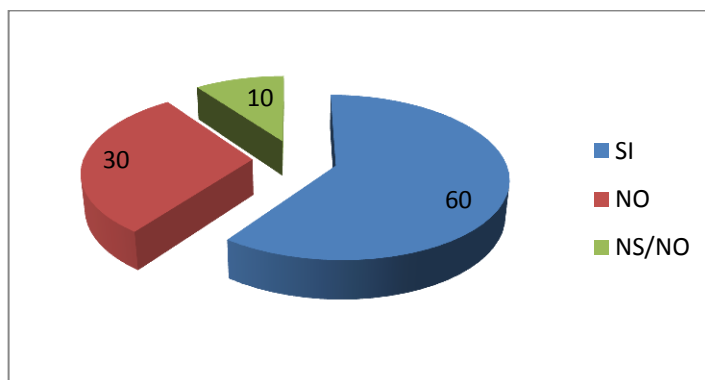
Interpretación.- El 70% de los encuestados cree que la acción pauliana o revocatoria evita el fraude a los acreedores; el 20% no lo considera así; y, el 10% NS/NO.

04. ¿La fragmentación del propio patrimonio del fideicomitente incide en una disminución fraudulenta en perjuicio de los acreedores?

TABLA Nº 4

RESPUESTA	CANTIDAD			T	%
	ABG.	JCOM	JC		
SI	80	7	10	97	60
NO	44	1	4	49	30
NS/NO	15	0	1	16	10
TOTAL	139	8	15	162	100

GRAFICO Nº 4



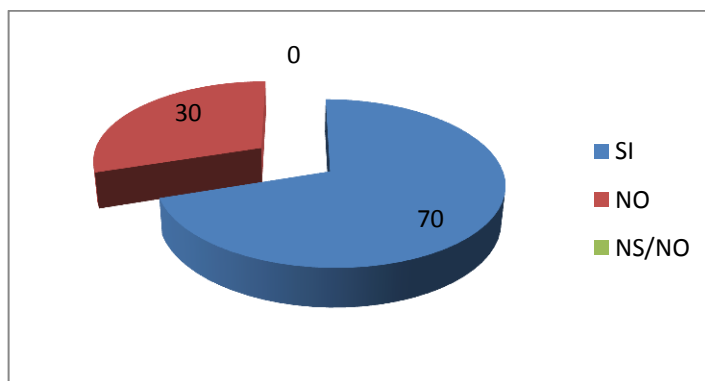
Interpretación.- El 60% de los encuestados considera que la fragmentación del propio patrimonio del fideicomitente incide en su disminución fraudulenta en perjuicio de los acreedores; el 30% opina lo contrario; y el 10 % No sabe y no opina.

05. ¿El dominio fiduciario de la entidad fiduciaria permite que el fideicomitente se sustraiga fraudulentamente de sus acreedores?

TABLA N° 5

RESPUESTA	CANTIDAD			T	%
	ABG.	JCOM	JC		
SI	96	7	10	113	70
NO	43	1	5	49	30
NS/NO	0	0	0	0	00
TOTAL	139	8	15	162	100

GRAFICO N° 5



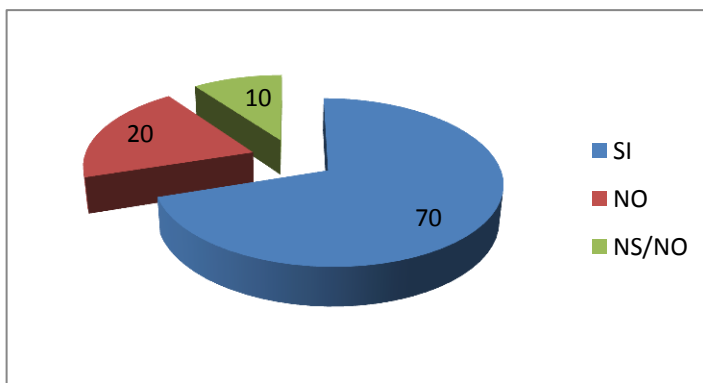
Interpretación.- El 70% de los encuestados señalan que el dominio fiduciario de la entidad fiduciaria permite que el fideicomitente se sustraiga fraudulentamente de sus acreedores; el 30% no lo cree así.

06. ¿La publicación previa del proyecto fiduciario del contrato, influye en una menor incidencia de acciones judiciales por fraude?

TABLA Nº 6

RESPUESTA	CANTIDAD			T	%
	ABG.	JCOM	JC		
SI	93	7	14	114	70
NO	30	1	1	32	20
NS/NO	16	0	0	16	10
TOTAL	139	8	15	162	100

GRAFICO Nº 6



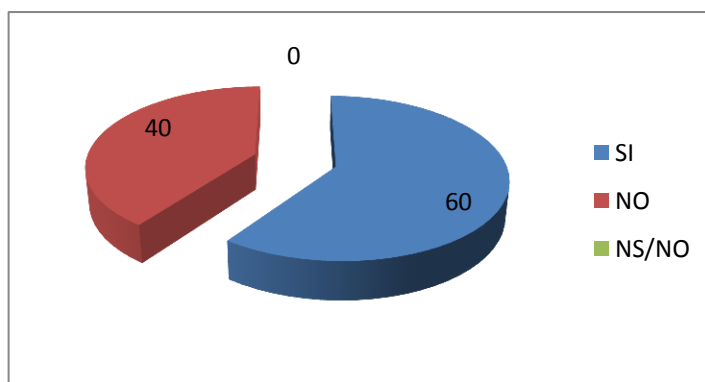
Interpretación.- El 70% de los encuestados precisa que la publicación previa del proyecto fiduciario del contrato influye en una menor incidencia de acciones judiciales por fraude; el 20% opina en sentido contrario; el 10% no sabe no opina.

07. ¿Considera que en los proyectos fiduciarios, cuando no exista oposición de los acreedores, se relaciona con la mayor o menor incidencia de fraude a los acreedores?

TABLA N° 7

RESPUESTA	CANTIDAD			T	%
	ABG.	JCOM	JC		
SI	78	6	13	97	60
NO	61	2	2	65	40
NS/NO	0	0	0	0	00
TOTAL	139	8	15	162	100

GRAFICO N° 7



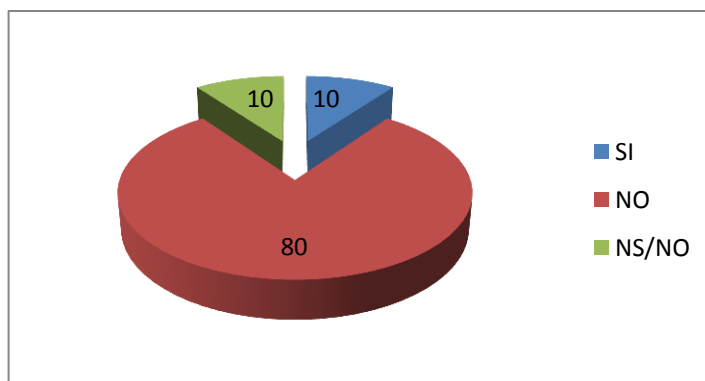
Interpretación.- El 60% de los encuestados considera que en los proyectos fiduciarios, cuando no exista oposición de los acreedores, se relaciona con la mayor o menor incidencia de fraude a los acreedores; el 40% considera lo contrario.

08. ¿Habría alguna responsabilidad de la entidad fiduciaria frente a las partes con las que contrata el fideicomiso?

TABLA N° 8

RESPUESTA	CANTIDAD			T	%
	ABG.	JCOM	JC		
SI	14	1	1	16	10
NO	111	6	13	130	80
NS/NO	14	1	1	16	10
TOTAL	139	8	15	162	100

GRAFICO N° 8



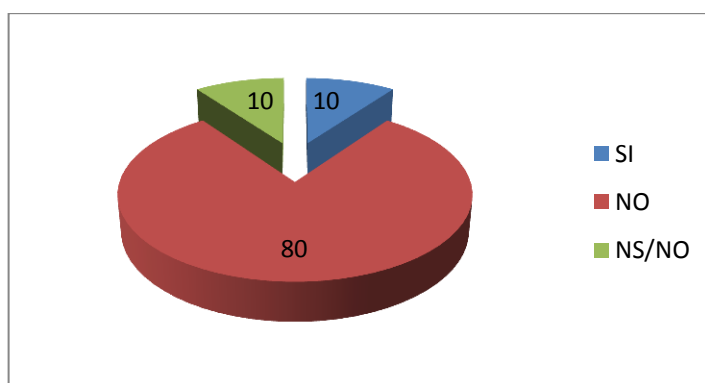
Interpretación.- El 80% de los encuestados opina que no habría alguna responsabilidad de la entidad fiduciaria frente a las partes con las que contrata el fideicomiso; el 10% opina que si habría; y el 10 % no sabe **no** opina.

09. ¿Existiría responsabilidad de la entidad fiduciaria frente a otros acreedores y terceros que no participan en el fideicomiso?

TABLA N° 9

RESPUESTA	CANTIDAD			T	%
	ABG.	JCOM	JC		
SI	12	2	2	16	10
NO	113	5	12	130	80
NS/NO	14	1	1	16	10
TOTAL	139	8	15	162	100

GRAFICO N° 9



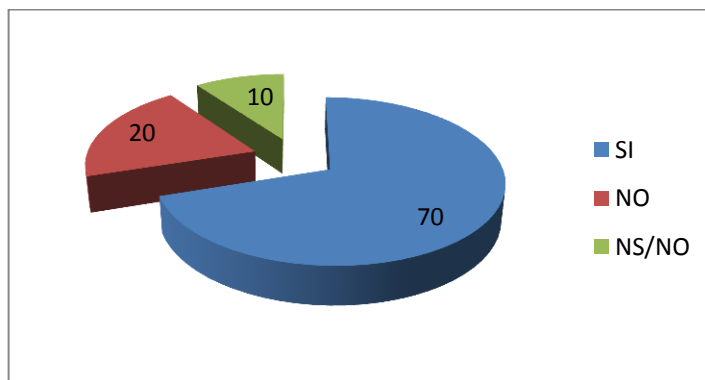
Interpretación.- El 80% de los encuestados opina que no existiría responsabilidad de la entidad fiduciaria frente a otros acreedores y terceros que no participan en el fideicomiso. El 10% opina que si existiría responsabilidad; y, el 10% no sabe no opina.

10. ¿Habría responsabilidad del deudor fideicomitente frente a las partes con las que celebra el contrato de fideicomiso?

TABLA Nº 10

RESPUESTA	CANTIDAD			T	%
	ABG.	JCOM	JC		
SI	95	6	13	114	70
NO	30	1	1	32	20
NS/NO	14	1	1	16	10
TOTAL	139	8	15	162	100

GRAFICO Nº 10



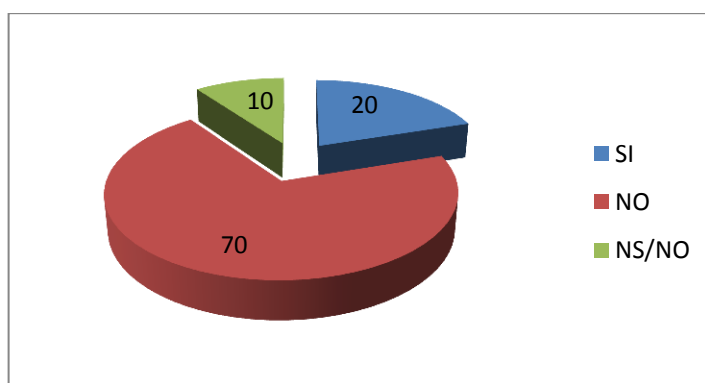
Interpretación.- El 70% de los encuestados considera que habría responsabilidad del deudor fideicomitente frente a las partes con las que celebra el contrato de fideicomiso; el 20% considera lo contrario; y el 10% no sabe ni opina.

11. ¿Existiría responsabilidad del deudor fideicomitente frente a los acreedores y terceros que no participan en el fideicomiso?

TABLA Nº 11

RESPUESTA	CANTIDAD			T	%
	ABG.	JCOM	JC		
SI	30	0	2	32	20
NO	95	7	12	114	70
NS/NO	14	1	1	16	10
TOTAL	139	8	15	162	100

GRAFICO Nº 11



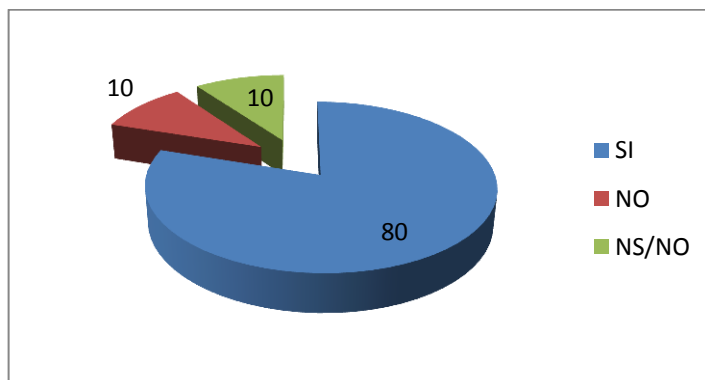
Interpretación.- El 70% de los encuestados manifiesta que no existiría responsabilidad del deudor fideicomitente frente a los acreedores y terceros que no participan en el fideicomiso; el 20% manifiesta que si existiría responsabilidad; y el 10% NS/NO.

12. ¿Estima conveniente el empleo del fideicomiso en nuestro ordenamiento jurídico?

TABLA Nº 12

RESPUESTA	CANTIDAD			T	%
	ABG.	JCOM	JC		
SI	109	7	14	130	80
NO	14	1	1	16	10
NS/NO	16	0	0	16	10
TOTAL	139	8	15	162	100

GRAFICO Nº 12



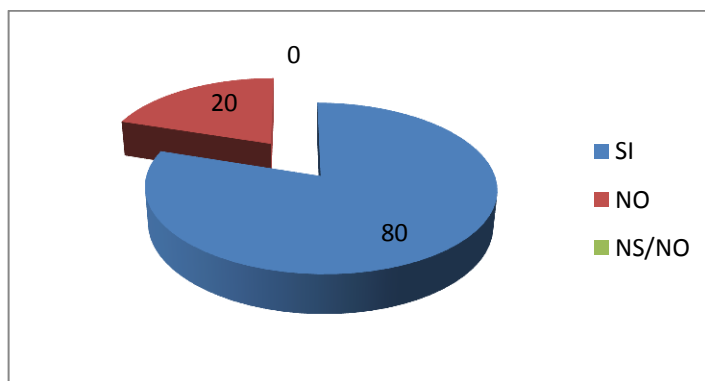
Interpretación.- El 80% de los encuestados estima conveniente el empleo del fideicomiso en nuestro ordenamiento jurídico; el 10% estima que no es conveniente; y el 10% NS/NO.

13. En todo caso, ¿está de acuerdo con una modificación de esta figura jurídica para evitar el fraude a los acreedores y a terceros?

TABLA Nº 13

RESPUESTA	CANTIDAD			T	%
	ABG.	JCOM	JC		
SI	109	8	13	130	80
NO	30	0	2	32	20
NS/NO	0	0	0	0	00
TOTAL	139	8	15	162	100

GRAFICO Nº 13



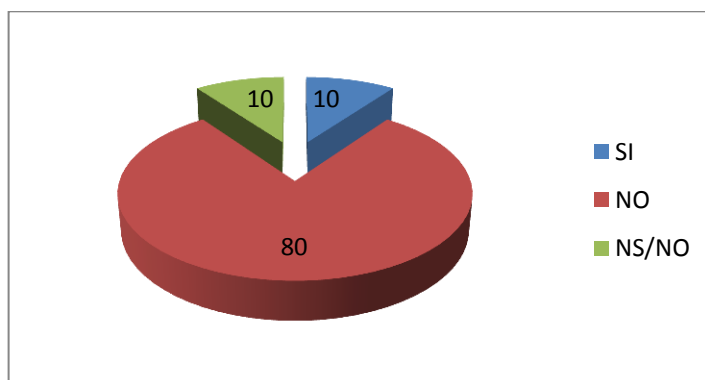
Interpretación.- El 80% de los encuestados está de acuerdo con una modificación de esta figura jurídica (Fideicomiso) para evitar el fraude a los acreedores y a terceros; el 2 % no está de acuerdo con la modificación.

14. ¿Estaría de acuerdo con la exclusión del fideicomiso en el ordenamiento jurídico?

TABLA N° 14

RESPUESTA	CANTIDAD			T	%
	ABG.	JCOM	JC		
SI	14	1	1	16	10
NO	109	7	14	130	80
NS/NO	16	0	0	16	10
TOTAL	139	8	15	162	100

GRAFICO N° 15



Interpretación.- El 80% de los encuestados no está de acuerdo con la exclusión del fideicomiso en el ordenamiento jurídico; el 10% si está de acuerdo; y el 10% NS/NO.-

CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

Para contrastar la hipótesis planteada se ha redactado previamente la siguiente Hipótesis Nula:

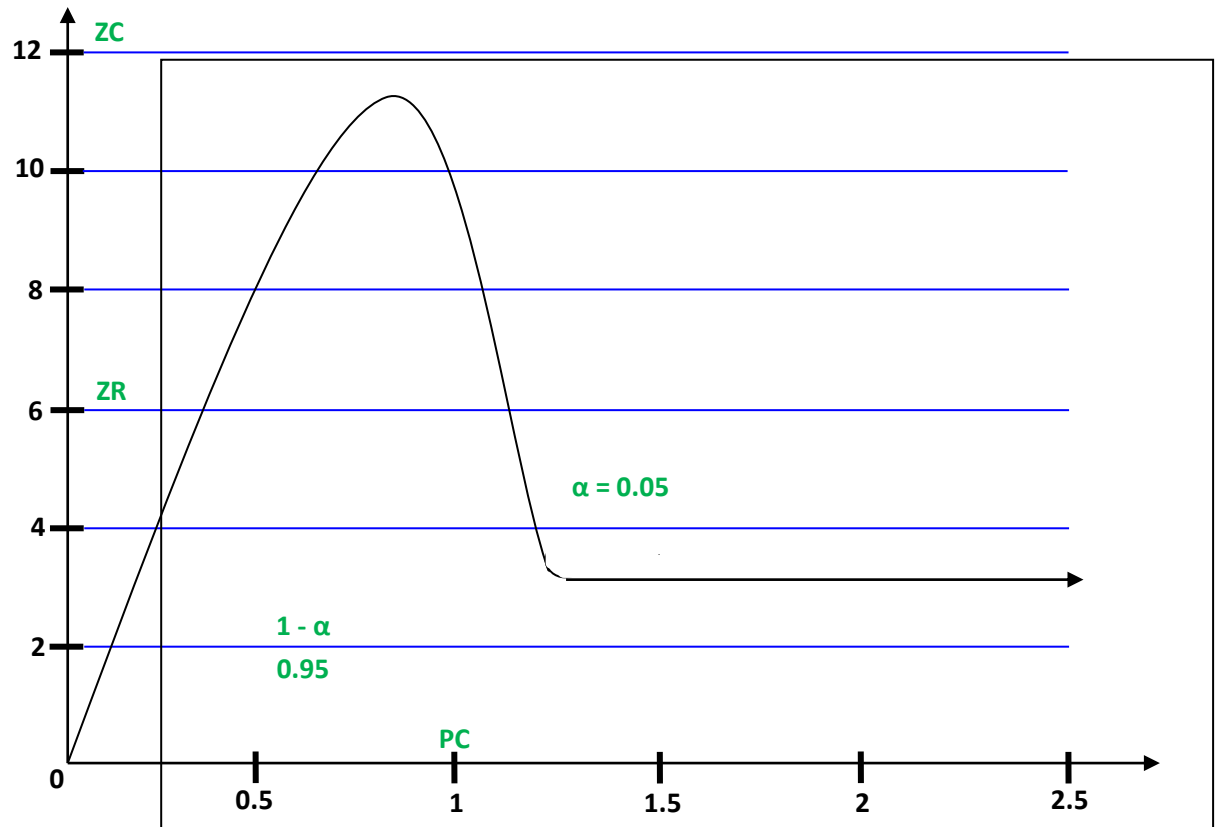
H_0 : “El contrato de fideicomiso no incide directamente en la generación de actos fraudulentos contra los acreedores”.

H_a “El contrato de fideicomiso incide directamente en la generación de actos fraudulentos contra los acreedores”..

En términos de hipótesis estadística de la prueba chi cuadrado, se rechaza la H_0 y se acepta la H_a a un nivel de significación de $\alpha = 0.05$:.....”.

Después de probar la Hipótesis planteada se siguió el siguiente procedimiento:

$$x^2 = \sum \frac{(O - E)^2}{E}$$



ZC = Zona critica
ZR = Zona de rechazo
PC = Punto critico

CUADRO ESTADÍSTICO

Prueba de muestras relacionadas

	Diferencias relacionadas					t	gl	Sigm (bilateral)
	Media	Desviación	Error	95% de Confianza				
				Inferior	Superior			
El contrato de fideicomiso y el fraude a los acreedores	-63777,714	21831,036	8251,356	-839680,55	-43587,374	-7729	6	0.000

Dando como resultado igual a 0.000 que es menor al 0.05, infiriéndose que existe suficiente evidencia para rechazar la H_0 ; con lo que se puede opinar que “El contrato de fideicomiso incide directamente en la generación de actos fraudulentos contra los acreedores”..

CONCLUSIONES

PRIMERA. - En nuestro país el contrato de fideicomiso está regulado por la Ley General del Sistema Financiero y de Seguros aprobada por la Ley N° 26702, que permite su constitución por acto entre vivos (contrato) o por acto unilateral (testamento) con efectos pos mortem, autorizando sólo a las entidades bancarias y financieras fungir como fiduciarias (administradora del patrimonio autónomo y titular del dominio fiduciario). La Ley N° 26702 incorpora la institución del dominio fiduciario – distinta al derecho de propiedad – destacando su carácter temporal por 30 años y su sujeción a un propósito y fin establecido por el instituyente (fiduciante). EL contrato de fideicomiso no puede ser confundido con el contrato de mandato, no puede equipararse a aportes sociales, a contratos simulados, ni contratos a favor de terceros, pero si, se puede sostener que es de naturaleza bancaria, generadora de un derecho real denominado dominio fiduciario.

SEGUNDA.- El contrato de fideicomiso no es fraudulento per se, ya que dicho carácter dependerá del propósito de las partes al suscribirlo. No se puede cuestionar un negocio jurídico desde un aspecto objetivo, es necesario, establecer la finalidad común que las partes se han propuesto conseguir con la celebración del negocio. Este aspecto subjetivo nos permite establecer que el contrato de fideicomiso – tal como está regulado legislativamente o tal como se emplea en la práctica comercial – no es fraudulento, ni irregular, por más que contenga negocios jurídicos ocultos o que el contrato de fideicomiso no responda a la verdadera finalidad perseguida por las partes. En todo caso, su naturaleza fraudulenta dependerá de la licitud de la finalidad subjetiva y económica que pretendan conseguir indirectamente las partes con el negocio oculto o el verdaderamente querido. Esta es la real dimensión que se le debe conferir al contrato de fideicomiso, en tanto nuestro Código Civil no restrinja la celebración de negocios jurídicos en evidente fraude a la ley, con lo cual, las partes son libres de elegir el formato contractual que mejor les parezca para hacer contener sus acuerdos.

TERCERA.- Dependiendo de la licitud de la finalidad subjetiva y económica de los intervinientes, el contrato de fideicomiso puede presentar una connotación fraudulenta exógena y endógena. Es exógena cuando los efectos jurídicos

fraudulentos del negocio fiduciario se confrontan con intereses ajenos a la relación jurídica instaurada, pudiendo esta ser contra la ley (fraude a la ley) o contra los acreedores (fraude a los acreedores). Es endógena cuando los efectos jurídicos fraudulentos (defraudación) del negocio fiduciario se presentan en forma interoperacional entre los sujetos que intervienen en el fideicomiso (a saber fiduciante, fiduciario, fideicomisario y beneficiario), ya sea porque la entidad fiduciaria excedió de sus facultades o porque el fiduciante no cumplió con la transferencia de los bienes ofrecidos en fideicomiso, para estos casos nuestra legislación proporciona a los posibles afectados acciones legales como las de nulidad, anulabilidad y acción petitoria.

CUARTA.- Nuestro Código Civil no regula el fraude a la ley, sólo comprende el fraude a los acreedores, que consiste en otorgar al afectado, el poder invocar acción pauliana o revocatoria en los casos en que el deudor disminuya intencionalmente los bienes que integran su patrimonio con el propósito de eludir el pago de la obligación. Es así, que en estricto alcance jurídico, la acción paulina o revocatoria solo sería aplicable para los casos en que se constituya un patrimonio en fideicomiso que enerve o perjudique el éxito de cobro de algún acreedor, no pudiendo emplearse para cuestionar o rebatir la configuración de posibles fraudes a la ley. Ahora bien, esta acción pauliana o revocatoria tiene carácter subsidiario, es decir, que sólo procede en tanto el deudor no cuente con otros bienes para garantizar el pago a sus acreedores. Además no enerva el derecho de propiedad del tercero que adquiere, solo consigue que dicho negocio sea inoponible al acreedor que lo promueve, quedando facultado a interponer las medidas y gravámenes que garanticen su crédito. Estos dos caracteres determinan que el acto de disposición del deudor no sea nulo (reúne todos elementos constitutivos y presupuestos de validez), sino tan sólo ineficaz frente al acreedor que postuló dicha acción.

RECOMENDACIONES

PRIMERA.- Modificar el artículo 70° de la Constitución y el artículo 923° del Código Civil, de tal manera que no se regule una sola forma de propiedad sino diversas formas de ésta, dando cabida a que se reconozca el carácter real del dominio fiduciario como una forma de propiedad, consolidándose así en nuestro ordenamiento jurídico.

SEGUNDA.- Modificar el artículo 243° de la LG SF N° 26702 de dicho cuerpo normativo, de tal manera que el acto constitutivo incluya todas las relaciones obligacionales pactadas entre los intervinientes con la finalidad de poder advertir la licitud de la finalidad subjetiva y económica que pretendan conseguir indirectamente con el negocio oculto o el verdaderamente querido, debiendo establecerse que dichas relaciones obligaciones se adecúen en cláusulas generales de contratación y los negocios implícitos a contratos de adhesión reglamentadas y supervisadas administrativamente por la SBS, además de facilitar que los terceros puedan tomar conocimiento de su contenido.

TERCERA.- Modificar el artículo 245° de la LGSF N° 26702, de tal manera que los acreedores que se vean afectados por las transferencias hechas por el fideicomitente puedan oponerse a la constitución del fideicomiso ex ante y no sólo ejercer el control judicial ex post como actualmente está normado, esto se logrará imponiendo a los intervinientes la obligación de publicitar el contrato de fideicomiso antes de que se produzca la transferencia de bienes y no después de efectuada esta, facilitándose la oposición de los acreedores del fideicomitente que se sientan afectados antes de que se constituya un patrimonio autónomo en dominio fiduciario a favor de alguna entidad bancaria o financiera.

CUARTA.- Modificar el artículo 245° de la LGSF N° 26702 y el artículo 195° el Código Civil, de tal manera que se fortalezca la acción pauliana cuando el fraude civil sea condicionado por un contrato de fideicomiso, de tal manera que, los efectos no sólo se restrinjan a una simple ineficacia civil, sino que la acción pauliana se equipare a la acción de rastreo del sistema anglosajón, que permite recuperar el producto o valor que represente la propiedad transferida en fraude, ello en atención a la dinámica fluctuante del tráfico mercantil.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aarun, E. (1965) *La acción revocatoria en la quiebra*. México D.F.: Editada por la Escuela Libre de Derecho.
- Abeliuk, R. (2001) *Las Obligaciones*. Santiago: Editorial Temis S.A.
- Álvarez, J. (1975) *La sustitución fideicomisaria de residuo*. Revista de Derecho Privado (pp. 171-196). Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas S.A.
- Alterini, A., Ameal, O. & López, R. (1995) *Derecho de Obligaciones*. Buenos Aires: Editorial Abeledo – Perrot.
- Arias-Schreiber, M. (1999) *Contratos modernos*. Lima: Editorial Gaceta Jurídica Editores S.R.L.
- Arocha, C. A. (1983), *El fideicomiso en México*. Revista de Investigaciones Jurídicas (pp. 68-96). México D.F.: Editada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho.
- Avendaño, F. (1996), *El fideicomiso*. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (pp. 343-361). Lima: Editorial e Imprenta DESA S.A.
- Barrera, J. (1958) *Naturaleza jurídica del fideicomiso – Quiebra del fideicomiso*. Revista Jurídica Dominicana (pp. 143-180). República Dominicana: Editorial Era de Trujillo.
- Becerra, J. (1983) *Legitimación procesal de las instituciones fiduciarias*. Revista de Investigaciones Jurídicas (pp. 164-171). México D.F.: Editada por Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho.
- Betti, E. (1970) *Teoría General de las Obligaciones*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.

- Boffi, L. (1973) *Tratado de las obligaciones*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Rodolfo Depalma y Hnos. S.C.A.
- Carreras, M. (1990) *Naturaleza jurídica de los derechos de la institución fiduciaria y el llamado fideicomiso testamentario*. Revista de Derecho Privado (17-26). México: Editada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- Castro, J. (1994) *El contrato de fideicomiso*. Revista Ius et Veritas (pp. 182-198). Lima: Editada por los estudiantes de la Facultad de Derecho de la PUCP.
- Cervantes, E. (1982) *Los fideicomisos estatales*. Revista de la Facultad de Derecho de México (pp. 518-524). México D.F.: Editada por la Dirección General de Publicaciones de la UNAM.
- Compagnucci, R. (1992) *El negocio jurídico*, Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Chiovenda, G. (1996) *La acción en el sistema de los derechos*. Bogotá: Editorial Temis S.A.
- Cornejo, H. (1999) *Derecho Familiar Peruano*. Lima: Gaceta Jurídica Editores S.R.L.
- Corzo, R. (1997) *El fideicomiso. Alcances, alternativas y perspectivas*. Themis Revista de Derecho (pp. 35-60). Lima: Editada por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Cuadros, C. (1996) *Acto Jurídico – curso elemental*, Lima: Editoria Fecat.
- Cubides, J. (1996) *Obligaciones jurídicas*. Santa Fé: Editada por la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana.
- Díez-Picazo, L. (2007) *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial - Introducción a la teoría del contrato*. Pamplona: Editorial Aranzadi S.A.
- Dupichot, J. (1984) *Derecho de las Obligaciones*. Bogotá: Editorial Temis S.A.

- Escobar, F. (2004) *Contribución al estudio de los negocios fiduciarios*. Revista *Advocatus* (pp. 156-170). Lima: Editada por los alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima.
- Espinoza, J. (2010) *Acto jurídico negocial – análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial*. Lima: Editorial Gaceta Jurídica S.A.
- Giorgana, V. (1986) *El fideicomiso, las operaciones fiduciarias y las casas de bolsa*. Revista de la Facultad de Derecho de México (pp. 785-794). México D.F.: Editada por la Dirección General de Publicaciones de la UNAM.
- Hayzus, J. (2001) *Fideicomiso*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma.
- Jordano, J. (1958) *Negocio fiduciario, negocio simulado y negocio indirecto*. Revista de Derecho Privado (pp. 1020-1042). Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado Madrid.
- Laura, M. (2009) *Diccionario Jurídico* (6a. ed.). Buenos Aires: Editorial: Valletta Ediciones.
- Lohmann, G. (1994) *El negocio jurídico*. Lima: Editora Jurídica Grijley E.I.R.L.
- Magri, C. & Zito, O. (1995) *Reflexiones sobre el fideicomiso en la Ley 24.441*. Revista Notarial (pp. 352-361). La Plata: Taller de Producción Gráfica del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires.
- Mazzuco, E. & Pacheco, R. (1986) *El fideicomiso y la integración latinoamericana*. Revista Notarial (pp. 744-750). La Plata: Editada por el Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires.

- Mundaca, R. (2017) *Análisis del Rol del Agente Fiduciario en el Contrato de Fideicomiso en el Perú (tesis de posgrado)*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú.
- Novales, A. (1988), *El fideicomiso*. Revista Notarial (pp. 1040-1060). La Plata: Talleres de la Institución del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires.
- Núñez, W. (2012), *Acto jurídico – negocio jurídico*. Lima: Editora y Distribuidora Ediciones Legales E.I.R.L.
- Ojesto, J.F. (1990) *Análisis lógico – jurídico sobre algunos aspectos del fideicomiso*. Revista de la Facultad de Derecho de México (pp. 211-220). México D.F.: Talleres de BCP Impresores S.A.
- Ormaechea, C. (2000) *La utilización del contrato de fideicomiso con fines de garantía*. Revista Notarial (pp. 434-465). Buenos Aires: Taller de Producción Gráfica del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires.
- Palacios, E. (2002), *Contribución a la teoría del negocio jurídico (concepto, interpretación, ineficacia)*. Lima: Jurista Editores E.I.R.L.
- Patton, R. (1947) *Futuro de la legislación de fideicomiso*. Revista Jus – Revista de Derecho y Ciencias Sociales (pp. 492-512). México D.F.: Editorial Jus.

- Piña, J. (1982) *Fideicomisos y certificados de participación en zona prohibida*.
Revista de la Facultad de Derecho de México (pp. 86-98). México D.F.:
Litográfica Aurora S.A.
- Revoredo, D. (1985), *Código Civil - Exposición de motivos y comentarios*. Lima:
Talleres de Artes Gráficas de la “Industria Avanzada”.
- Romero, F. J. (2003) *Curso del Acto Jurídico*. Lima: Editorial Librería Portocarrero
S.R.L.
- Sarli, E. (2007) *Consideraciones sobre la evolución del derecho de familia
uruguayo*. Montevideo: Ediciones Trilce.
- Soro, O. (2014) *Contratos marco, contratos normativos y contratos de colaboración*.
Madrid: Editorial Reus S.A.
- Soto, F. (1970) *La titularidad del fiduciario en la fiducia cum creditore*. Revista
Jurídica de Cataluña (pp. 528-544). Barcelona: Editada por la Academia de
Jurisprudencia y Legislación del Ilustre Colegio de Abogados.
- Stewart, A. (1996) *El fideicomiso como negocio fiduciario*. Lima: Editora Jurídica
Grijley.
- Tranchini, M. (1998) *Fideicomiso: el contrato, la propiedad y el dominio fiduciario*.
Revista Notarial (pp. 68-94). La Plata: Taller de Producción Gráfica del
Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires.
- Tamayo, A. (1997) *Manual de Obligaciones – Teoría del acto jurídico y otras
fuentes*. Bogotá: Editorial Temis S.A.

- Torres, A. (2001) *Acto Jurídico*. Lima: Editorial IDEMSA.
- Treviño, R. (2007) *Teoría General de las Obligaciones*. México D.F.: Editorial
McGRAW-HILL INTERAMERICANA EDITORES S.A.
- Valencia, A. (1978) *Derecho Civil - De las obligaciones*. Bogotá: Editorial Temis
Ltda.
- Vidal, F. (2001) *Tratado de Derecho Civil – Acto Jurídico*. Lima: Editorial Cultural
Cuzco S.A.
- Villavicencio, V. (1998) *El negocio jurídico indirecto*. Estudios de Derecho en
homenaje al Dr. José Antonio Silva Vallejo (pp. 596-605). Lima: Editorial
San Marcos.
- Vivanco, L. (2017) *El Sistema Fiduciario en el Perú: propuesta para la adopción de
un sistema fiduciario mixto (tesis de posgrado)*. Pontificia Universidad
Católica del Perú, Lima, Perú.
- Wayar, E. (1990) *Derecho Civil – Obligaciones*. Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- Zannoni, E. (1995) *Eficacia de los fideicomisos mortis causa en el Derecho
Argentino*. Revista de Derecho Privado y Comunitario (pp. 199-216). Santa
Fe: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Zannoni, E. (1986) *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*. Buenos Aires:
Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma.

A N E X O S

ENCUESTA

1. ¿Sabe en qué consiste el contrato de fideicomiso?

Si () No () NS/NO ()

2. ¿De qué manera considera que el contrato de fideicomiso incide en la generación de actos fraudulentos contra el acreedor?

Si () No () NS/NO ()

3. ¿Cree que la acción pauliana o revocatoria evita el fraude a los acreedores?

Si () No () NS/NO ()

4. ¿La fragmentación del propio patrimonio del fideicomitente incide en una disminución fraudulenta en perjuicio de los acreedores?

Si () No () NS/NO ()

5. ¿El dominio fiduciario de la entidad fiduciaria permite que el fideicomitente se sustraiga fraudulentamente de sus acreedores?

Si () No () NS/NO ()

6. ¿La publicación previa del proyecto fiduciario del contrato, influye en una menor incidencia de acciones judiciales por fraude?

Si () No () NS/NO ()

7. ¿Considera que en los proyectos fiduciarios, cuando no exista oposición de los acreedores, se relaciona con la mayor o menor incidencia de fraude a los acreedores?

Si () No () NS/NO ()

8. ¿Habría alguna responsabilidad de la entidad fiduciaria frente a las partes con las que contrata el fideicomiso?

Si () No () NS/NO ()

MATRIZ DE CONSISTENCIA

DEFINICIÓN DEL PROBLEMA	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	VARIABLES E INDICADORES	METODOLOGÍA
<p>Problema General:</p> <p>¿De qué manera el contrato de fideicomiso incidiría en la generación de actos fraudulentos contra los acreedores?</p> <p>Problemas Secundarios:</p> <p>A. ¿Cómo es que la acción pauliana o revocatoria incidiría en evitar el fraude a los acreedores generado por la transferencia fiduciaria de bienes en ejecución de un contrato de fideicomiso?</p> <p>B. ¿En qué medida la fragmentación realizada por el</p>	<p>Objetivo General:</p> <p>Determinar con el empleo de instrumentos metodológicos de qué manera el contrato de fideicomiso incidiría en la generación de actos fraudulentos contra los acreedores.</p> <p>Objetivos Específicos :</p> <p>A. Precisar cómo es que la acción pauliana o revocatoria incidiría en evitar el fraude a los acreedores generado por la transferencia fiduciaria de bienes en ejecución de un contrato de fideicomiso.</p> <p>B. Demostrar en qué medida la fragmentación realizada por el fideicomitente de su</p>	<p>Hipótesis General:</p> <p>El contrato de fideicomiso incide directamente en la generación de actos fraudulentos contra los acreedores</p> <p>Hipótesis Específicas:</p> <p>A. La acción pauliana o revocatoria incide favorablemente en evitar el fraude a los acreedores generado por la transferencia fiduciaria de bienes en ejecución de un contrato de fideicomiso.</p> <p>B. La fragmentación realizada por el</p>	<p>Variable independiente</p> <p style="text-align: center;">EL CONTRATO DE FIDEICOMISO</p> <p>Indicadores</p> <p>x1.- Propiedad x2.- Eficacia x3.- Seguridad jurídica x4.- Responsabilidad x5.- Disminución patrimonial . x6.- Publicidad y conocimiento .</p> <p>Variable dependiente</p> <p style="text-align: center;">EL FRAUDE A LOS ACREEDORES</p> <p>Indicadores :</p> <p>y1.- Grado fraudulento y2.- Beneficios fraudulentos , económicos y legales y3.- Perjuicio e inseguridad jurídica y4.- Impacto y afectación de los</p>	<p>Tipo:</p> <p>La presente es una investigación “INVESTIGACIÓN APLICADA”.</p> <p>Nivel:</p> <p>Descriptivo – Explicativo y Correlacional</p> <p>Diseño:</p> <p>$m = O_x \text{ r } O_y$</p>

<p>fideicomitente de su propio patrimonio incidiría en una disminución fraudulenta en perjuicio de sus acreedores?</p> <p>C. ¿Cómo es que el dominio fiduciario que permite la aparente titularidad de la entidad fiduciaria sobre el patrimonio fideicometido incidiría en que el fideicomitente sustraiga fraudulentamente uno o más bienes de la persecución judicial de sus acreedores?</p> <p>D. ¿De qué manera el hecho que se publique el proyecto fiduciario previamente a la suscripción del contrato de fideicomiso influiría en una menor incidencia de acciones judiciales por fraude a los acreedores?</p> <p>E. ¿Cómo es que el conferir la calidad de dominio fiduciario y patrimonio autónomo sólo</p>	<p>propio patrimonio incidiría en una disminución fraudulenta en perjuicio de sus acreedores</p> <p>C. identificar como es que el dominio fiduciario que permite la aparente titularidad de la entidad fiduciaria sobre el patrimonio fideicometido incidiría en que el fideicomitente sustraiga fraudulentamente uno o más bienes de la persecución judicial de sus acreedores.</p> <p>D. Establecer de qué manera el hecho que se publique el proyecto fiduciario previamente a la suscripción del contrato de fideicomiso influiría en una menor incidencia de acciones judiciales por fraude a los acreedores.</p> <p>E. Conocer cómo es que el</p>	<p>fideicomitente de su propio patrimonio incidiría adecuadamente en la medida de una disminución fraudulenta en perjuicio de sus acreedores.</p> <p>C. El dominio fiduciario que permite la aparente titularidad de la entidad fiduciaria sobre el patrimonio fideicometido incidiría en que el fideicomitente sustraiga fraudulentamente uno o más bienes de la persecución judicial de sus acreedores.</p> <p>D. La forma en que se publique el proyecto fiduciario previamente a la suscripción del contrato de</p>	<p>derechos</p> <p>y5.- Insolvencia del deudor</p> <p>y6.- Participación de la entidad fiduciaria</p> <p>y7.- Desconocimiento de otros acreedores .</p>	
--	---	---	---	--

<p>para aquéllos proyectos fiduciarios en los que no haya mediado oposición de los acreedores guardaría relación con la menor o mayor incidencia de fraude a los acreedores?</p>	<p>conferir la calidad de dominio fiduciario y patrimonio autónomo sólo para aquéllos proyectos fiduciarios en los que no haya mediado oposición de los acreedores guardará relación con la menor o mayor incidencia de fraude a los acreedores</p>	<p>fraude a los acreedores. E. El hecho de conferir la calidad de dominio fiduciario y patrimonio autónomo sólo para aquéllos proyectos fiduciarios en los que no haya mediado oposición de los acreedores guardaría relación con la menor o mayor incidencia de fraude a los acreedores.</p>		
--	---	---	--	--

PROPUESTA DE MODIFICACION NORMATIVA

(i) Actualmente el artículo 243° de la LGSF DICE :

Artículo 243°.- VALIDEZ DEL ACTO CONSTITUTIVO.

Para la validez del acto constitutivo del fideicomiso es exigible al fideicomitente la facultad de disponer de los bienes y derechos que transmita, sin perjuicio de los requisitos que la ley establece para el acto jurídico.

DEBE DECIR:

Artículo 243°.- VALIDEZ DEL ACTO CONSTITUTIVO.

El acto constitutivo del fideicomiso deberá expresar todas las relaciones obligaciones previstas o pactadas por el fideicomitente. Para la validez del acto constitutivo del fideicomiso es exigible al fideicomitente la facultad de disponer de los bienes y derechos que transmita, sin perjuicio de los requisitos que la ley establece para el acto jurídico.

El acto constitutivo de fideicomiso se adecuará a cláusulas generales de contratación aprobadas por la Superintendencia de Banca y Seguros y los negocios implícitos a contratos de adhesión.

(ii) Actualmente el artículo 245° de la LGSF N° 26702 DICE:

Artículo 245°.- ACCIÓN PARA ANULAR LA TRANSMISIÓN FIDEICOMISARIA.

La acción para anular la transmisión fideicomisaria realizada en fraude de acreedores caduca a los seis (6) meses de publicado en el Diario Oficial, por

tres (3) días consecutivos, un aviso que dé cuenta de la enajenación. En todo caso, esa caducidad opera a los dos (2) meses de la fecha en que el acreedor haya sido notificado personalmente de la constitución del fideicomiso.

DEBE DECIR:

Artículo 245°.- OPOSICIÓN Y ACCIÓN PAULIANA O REVOCATORIA.

El proyecto de constitución de fideicomiso dando cuenta de las operaciones y transferencia de bienes deberá publicarse en el Diario Oficial por tres (3) días consecutivos, dentro de los cuales los acreedores vinculados al fideicomitente pueden oponerse sustentando la afectación de su crédito. Vencido el plazo sin que medie oposición o verificada la conciliación de las posiciones e intereses de los acreedores recurrentes en oposición se procederá con las transmisiones fideicomisarias. Los acreedores que no hayan formulado oposición dentro de este plazo podrán demandar judicialmente la ineficacia de la transmisión fideicomisaria realizada en fraude de acreedores dentro de los seis (6) meses de efectuada la última publicación del aviso en el Diario Oficial al que hace referencia el párrafo anterior.