

*Juan Carlos Corina Orué**

jcorina@legales.com.py

El Contrato de Fideicomiso. Breve Reseña.

Resumen:

El presente trabajo tiene por fin brindar una breve introducción al fideicomiso, contrato sobre el cual tanto se habla, empero sin la debida claridad en muchas ocasiones. Así, el trabajo inicia desglosando la palabra fideicomiso, para estudiarla desde su misma fuente, y luego salta a su análisis conceptual dentro del derecho positivo. Se dirige el foco a la naturaleza contractual de la figura, para resaltar su principal característica, el ser consecuencia de un “acuerdo de voluntades”. Finalmente se realiza una breve aproximación a los tipos de contrato de fideicomiso, para observar su concretización de manera práctica.

INTRODUCCIÓN.

El contrato de fideicomiso ha venido teniendo en los últimos tiempos, una explosión en términos de uso y difusión, sobre todo en el derecho comparado, donde en paralelo a la figura del “trust” anglosajón¹, su utilización viene siendo ampliamente destacada en ciertos países.

*Máster en Derecho Privado (Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario) Profesor de Contratos Civiles y Comerciales (Facultad de Derecho, Universidad Americana), Profesor por concurso, en la cátedra de Derecho Romano II (Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Asunción), Profesor de Posgrado en la Maestría de Derecho Civil y Procesal Civil (Universidad Americana).

¹ Análoga al contrato de fideicomiso, para el derecho continental.

Así, en el caso de la República Argentina se ha reseñado que “*“A partir de su sanción, en las postrimerías del año 1994, la ley 24441 dio pie al notable auge de los negocios fiduciarios. Concebida para promover la industria de la construcción, esa reforma comenzó a aplicarse sin mayor entusiasmo pasando luego a tener un incremento que causó sorpresa a los más optimistas. Significó un cambio trascendente en nuestro sistema jurídico, reacio al fideicomiso, cambio a nivel de las mentalidades cuando éste fue descubierto cual ágil instrumento destinado a realizar múltiples operaciones en el mercado. Dicha iniciativa, muchas veces relegada, encarna una concepción moderna del Derecho, pero respetuosa del espíritu romanista que sirve de fundamento a nuestro Código Civil”*”².

Ahora bien, atendiendo al amplio desarrollo de la figura en el derecho comparado, es indudable que el contrato de fideicomiso llegó para quedarse, y atendiendo a las confusiones que se han dado alrededor de su conceptualización, es necesario procurar cierta clarificación.

ETIMOLOGÍA.

La palabra “etimología”³ proviene del griego *etumos*, verdadero, y *logos*, dicción, palabra; pudiendo igualmente significar “tratado” “saber” “razón”⁴.

Por tanto “etimología” implica “la razón verdadera de la palabra”, su saber verdadero. Es así que semánticamente se refiere a la misma como el *estudio del origen de las palabras*.

² SALERNO, Marcelo U.; *Ensayo sobre el fideicomiso argentino* en “El Fideicomiso de Garantía”, Guillermo Cabanellas de las Cuevas (Dir.), Gabriel de Reina Tartiere (Coord.), 1ª Ed, Buenos Aires, Heliasta, 2008, pág. 239.

³ Diccionario Enciclopédico Larousse, Editorial Larousse, Buenos Aires, 1964, pág. 420.

⁴ CIURO CALDANI, Miguel A.; *La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas*, 1ª Edición, Rosario, Edición de la Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000, págs. 45 y ss.

Por ello, para estudiar y determinar el origen de la palabra fideicomiso, nada más acertado que comenzar con su *“etimología”*. Ahora bien, la palabra fideicomiso deriva del término latino fideicommissum, el cual tiene naturaleza compuesta, desdoblándose en términos como fides y commissum.

Así BARBIERI⁵ expresa que *“Fides, en tanto sustantivo es, en su acepción religiosa “fe”, “creencia”; secularmente, “confianza”, “lo que da origen a la confianza”, “lealtad”, “rectitud”, y por extensión “buena fe”.* En el lenguaje del Derecho, donde, según Ernout y Meillet, esta palabra ha tomado toda su extensión, fides alude a un *“compromiso solemne”, o “garantía dada”, “juramento”.* De la misma raíz es el verbo fido, -is, -sus, -sum, -dere, que significa *“confiar”, “tener confianza de, o en”, del cual deriva fiducia: “confianza”.* Commissum, por su parte, es sustantivo neutro, que puede traducirse por *“empresa”, “encargo”, “encomienda”, y también “cosa confiada” o “secreto”.* Deriva en forma directa del verbo comitto, -mittis, -misi, -issum, -mittere, que significa *“emprender”, “encargar”, o bien “dar encargo”, “entregar”.* A su vez comitto es un derivado del verbo mando, -as, -aui, -atum, -are. El infinitivo mandare significa literalmente *“poner en mano” (in manus dare); también, “confiar”, “recomendar”, “encomendar”, “dar mandato a alguien”, “encargar a alguien de anunciar”, y “hacer saber algo”*⁶.

⁵ BARBIERI, Javier; *Origen, concepto y posibilidades del Fideicomiso* en “El Fideicomiso de Garantía” (Dir) Guillermo Cabanellas de las Cuevas, (Coord.) Gabriel de la Reina Tardié, 1ª Ed., Buenos Aires, Editorial Heliasta, Año 2008, pags 321/2.

⁶ Concordando con ello la doctrina nacional señala que la etimología de la palabra proviene de dos términos romanos, fides y comitto, significando confianza el primero, y encargo el segundo. TORRES KIRMSER, José Raúl, A.A.V.V.; *Derecho Bancario*, 4ª Edición, Asunción, La Ley, 2006, págs. 334 y ss. Igualmente de acuerdo con ello BORJA TERAN, Christian, “El Fideicomiso Inmobiliario en el Paraguay”, pág. 17, quien expresa que *“La palabra fideicomiso es derivación del vocablo latino utilizado desde el derecho romano, fideicommissum, que está formado por las voces: fides, que significa fe, confianza y comittere, verbo este último que se traduce por encomendar, encargar, comisionar”*.

En sentido concordante se ha expuesto que la palabra “fiduciario” deriva del término en latín fiducia, el cual implica “confianza”, e igualmente se ha ratificado que fideicomiso deriva del latín fideicommissum (de fides, fe, y comisus, confiado.)⁷.

De lo reseñado resulta claro que el origen de la palabra “fideicomiso” es de naturaleza compuesta, comprendiendo por un lado el término “confianza”⁸, y por el otro, el término “encargo” o “encomienda”. Es así que la palabra implica *el encargo que una persona otorga a otra, en virtud de la confianza que le tiene*⁹.

EL CONTRATO FIDUCIARIO.

Normalmente la figura del fideicomiso se ha dado a lo largo de la historia dentro de lo que conforme a nuestra tradición jurídica continental conocemos como contrato, puesto que para que exista un encargo de una persona a otra, en virtud de la confianza existente, necesariamente deberá producirse un acuerdo de voluntades¹⁰.

Ahora bien, es evidente que el fideicomiso, en el sentido contractual, puede ser considerado en un marco amplio, ya que dentro del campo de la autonomía de las voluntades las partes podrán reglar sus derechos como bien les parezca, siempre y cuando

⁷ Cfr. KIPER, Claudio y LISOPRAWSKI, Silvio; *Tratado de Fideicomiso*, 1ª Edición, Bs. As., Depalma, 2003, Pags 1 y ss., y MARZORATI, Osvaldo; *Derecho de los Negocios Internacionales*, 1ª edición, Bs. As., Astrea, 1993, pag. 286.

⁸ Cfr. también MAVRICH, Ana Ingrid; *El Patrimonio Separado creado por la ley 24.441 para los bienes fideicomitidos* en “Tratado Teórico-Práctico del Fideicomiso”, Maury de González, Beatriz(dir); Bs As, Ad-Hoc, 2000, Pags 31 y ss.

⁹ Concordante con ello se ha expresado que “*Los antecedentes del fideicomiso mexicano y de los países latinoamericanos es el fideicomissum, el use y el trust, puesto que comparten la similitud de que existe una encomienda y también una confianza.*” BORJA TERÁN, ob. cit., págs. 17 y ss.

¹⁰ El cual va tener como fin crear derechos, y establecer consecuentemente relaciones jurídicas, relaciones las cuales deberán tener por objeto un contenido patrimonial.

lo hagan dentro de los límites establecidos por las leyes, de ahí que las modalidades posibles sean casi ilimitadas.

Sentado esto, en doctrina se ha definido al contrato de fideicomiso de diversas formas. Así se ha dicho que el mismo *“es aquel en virtud del cual una persona transmite plenamente a otra ciertos bienes o derechos, obligándose esta a afectarlos a la realización de una finalidad lícita y determinada y, como consecuencia de dicha finalidad, obligándose a retransmitir dichos bienes o derechos a favor de un tercero o a revertirlos al transmitente.”*¹¹

Asimismo se ha caracterizado a los contratos fiduciarios como *“aquellos en los cuales una persona (fiduciario) recibe de otra (fiduciante), que confía en ella, una plena titularidad de derecho en nombre propio, comprometiéndose a usar de ella sólo en lo preciso para el fin restringido acordado, y en interés suyo, y también en el del transmitente o de un tercero”*¹².

Como ya se expresara al ver la etimología de la palabra, la misma está en parte constituida por el término latino fiducia, el cual implica *confianza*; de ahí que todos los autores que estudian la figura estiman que un elemento esencial constituye la confianza. Esta confianza se traduce en la transferencia que el fideicomitente realiza a favor del fiduciario.

Aquí cabe resaltar una cuestión que no es baladí, la confianza puesta por el fideicomitente a favor del fiduciario es a los efectos de que este realice un encargo, por lo que el resultado de dicha actividad es el que va determinar si la confianza ha sido honrada, o si de lo contrario, ha existido alguna negligencia o abuso.

De lo expuesto sucintamente en el párrafo anterior se concluye que en el contrato fiduciario entran a jugar necesariamente dos elementos, *la confianza y el*

¹¹ VILLAGORDOA, José M.; *El Fideicomiso en México*, conferencia sustentada por el Lic. Villagordoa el día 23 de Noviembre de 1977 en el Instituto Nacional de Administración Pública, Pag. 8.

¹² KIPER, C., op. cit., págs. 15 y ss. El autor trae a colación la caracterización realizada por Navarro Martorell, Mariano; en su obra *La Propiedad Fiduciaria*, Bosch, Barcelona, 1950, Pag. 127.

encargo, y una vez otorgado el primero, se tendrá que fijar la mirada en el segundo a los efectos de determinar si la figura se va concretando en la medida planeada.

Es que en el contrato fiduciario se producirá una combinación entre un derecho *real* en primer término, *por el cual se produce una transmisión plena*, y a través del cual se otorga la confianza citada; y por otro lado se vincula a un derecho *creditorio u obligacional*, en virtud del cual se moderan o atenúan en determinado sentido, los derechos que habría tenido el propietario a raíz de la transmisión citada.¹³

Ante ello, es con muy buen criterio que en las disposiciones normativas sobre fideicomiso de los últimos años, se ha procurado brindar las máximas garantías para que el encargo fuese cumplido, ya que el mismo constituye el propósito principal del contrato.

EN LA REPUBLICA DEL PARAGUAY.

La ley No 921 del año 1996 regula el contrato fiduciario trayendo en su artículo 1° el concepto del mismo, expresando que *“Por el negocio fiduciario una persona llamada fiduciante, fideicomitente o constituyente, entrega a otra, llamada fiduciario, uno o más bienes especificados, transfiriéndole o no la propiedad de los mismos, con el propósito de que ésta los administre o enajene y cumpla con ellos una determinada finalidad, bien sea en provecho de aquélla misma o de un tercero llamado fideicomisario o beneficiario¹⁴”*.

¹³GARRIGUES DIAZ-CAÑABATE, Joaquín; *Negocios Fiduciarios en el Derecho Mercantil*, Madrid, Cuadernos Civitas, Madrid, reimpresión 1991, págs. 59 y s.s.

¹⁴ El concepto expuesto en la ley ha sido elaborado siguiendo la definición dada por el jurista panameño Ricardo J. Alfaro y los artículos correspondientes de las leyes mexicana y colombiana, cfr. Diario de Sesiones de la Honorable Cámara de Senadores de fecha 9 de Abril de 1996 en el cual tuvo tratamiento el proyecto de ley de Negocios Fiduciarios, dictamen de la comisión de Legislación.

Una vez puesta la vista en la definición citada se advierte fácilmente que lo expresado por la ley no se identifica de un modo total con lo que la doctrina refiere respecto al contrato fiduciario.

En efecto, como se ha visto en el desarrollo realizado, en el fideicomiso o en los tipos jurídicos que lo constituyen, existe como uno de sus elementos esenciales la transferencia de la propiedad de los bienes fideicomitados.

Ahora bien, la ley paraguaya excede la concepción clásica del negocio fiduciario y prevé que pueda existir el mismo, inclusive sin la transferencia del dominio, por lo que se asimila, específicamente en este último caso, a un contrato de mandato¹⁵.

Inclusive la ley hace directa alusión a esta circunstancia, dando un nombre específico según haya una transferencia o no de bienes, y por consiguiente una modificación en el estado patrimonial de las partes.

Es por ello que en el artículo citado se deja sentado que si hay transferencia el negocio se denominará “fideicomiso”, llamándose “encargo fiduciario” en caso contrario¹⁶. Dicha situación inclusive ya ha sido advertida por la doctrina comparada, la cual se ha hecho eco de lo expresado por la norma paraguaya¹⁷.

CLASES DE CONTRATO DE FIDEICOMISO.

¹⁵ Cfr, KIPER, C.; en su *op. cit.*, en la cual expresa “Los denominados “encargos fiduciarios” o de confianza que suelen utilizarse en operaciones bancarias (v.gr., como administradores de negocios por cuenta de sus clientes, intermediación en los pagos y cobranzas, etc) a diferencia del fideicomiso, no suponen la transferencia de la propiedad de los bienes al fiduciario sino una figura que se alinea con el mandato...”

¹⁶ Art 1º “...El negocio fiduciario que conlleve la transferencia de la propiedad de los bienes fideicomitados se denominará **fideicomiso**; en caso contrario, se denominará encargo fiduciario...”.-

¹⁷ Sobre el punto KIPER, C, en su *op. cit.*, expone lo siguiente “En la legislación comparada encontramos un claro ejemplo en la ley 921/1996 del Paraguay donde el encargo fiduciario está tipificado y claramente diferenciado del fideicomiso que la misma ley regula, bajo los cánones clásicos que caracterizan a este último contrato (traslación de la propiedad, patrimonio separado, intangibilidad de los bienes fideicomitados, etc) sin prodigar el mismo tratamiento al “encargo de confianza”.

El contrato de fideicomiso puede tener fines variados, y de acuerdo a ellos se lo ha clasificado, existiendo por ejemplo, fideicomisos de garantía, de administración, financieros, inmobiliarios, etc.

Ahora bien, estimo que uno de los tipos de fideicomiso que mejor retrata de manera práctica al contrato, es el inmobiliario, el cual a su vez presenta la peculiaridad de que ha venido siendo utilizado con gran frecuencia, atendiendo a las indudables ventajas que presenta. Es por ello que como colofón al presente trabajo se pasa a realizar una breve alusión al mismo.

La categoría “fideicomiso con objeto inmobiliario”, surge como su nombre lo indica, a raíz del objeto que tiene en mira, el cual constituye el negocio inmobiliario.

Así, para identificar a la categoría citada, generalmente se recurre a la casuística, ya que intentar una posible definición sobre el “fideicomiso con objeto inmobiliario” nos llevaría necesariamente a separar los términos fideicomiso e inmobiliario, puesto que hemos dicho que lo único que caracteriza a dicha categoría es su objeto¹⁸, el cual es inmobiliario, es decir tiene como fin la industria de los inmuebles. Es más, inclusive se ha negado que constituya una categoría o clase, sino que el mismo sería o constituiría simplemente un objeto¹⁹.

¹⁸ También cfr. RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio; “Negocios Fiduciarios. Su significación en América Latina.”, Bogotá, 1ª edición, Editorial Legis, edición año 2005, segunda reimpresión año 2009, págs. 446 y s.s.

¹⁹ Así se ha dicho que *“el llamado “fideicomiso inmobiliario” es aquel que tiene un objeto in mobiliario. Pero objeto entendido como finalidad y no como objeto de la transmisión fiduciaria. Este último objeto consiste en la determinación de los bienes que pueden ser fideicomitados –bienes materiales o inmateriales, salvo los personalísimos del fiduciante. No se tratará de un “fideicomiso inmobiliario” por el sólo hecho de haberse transmitido el dominio fiduciario de inmuebles. Lo será cuando el objeto –finalidad- del fideicomiso tenido en mira por los contratantes, consista en la realización de negocios inmobiliarios o en el desarrollo de*

Casuísticamente con respecto al mismo se ha dicho que *“Constituye actualmente uno de los más utilizados. Podríamos ejemplificar este fideicomiso enunciando un gran número de casos –hipotéticos y reales...”* y se ha dado como modo de ejemplo el siguiente *“El propietario de un terreno recibe de una empresa constructora la propuesta de levantar en él un edificio. La empresa está dispuesta a asumir la ejecución total del proyecto. El propietario, por su parte, no desea vender el terreno sino participar del emprendimiento a la espera de obtener una mayor ganancia. La constructora ofrece al dueño, en pago del inmueble, cinco departamentos del edificio a construirse, que representan un valor muy superior al del terreno. Ahora bien, la empresa está suficientemente endeudada como para conseguir crédito y el propietario no quiere correr el riesgo de que la obra quede inconclusa. El dueño del terreno (fiduciante) transmite entonces la propiedad del mismo a un tercero profesional (fiduciario), para que lleve a cabo el proyecto. El fiduciario deberá contratar a su vez a la empresa constructora mencionada, y obtener los créditos necesarios para el financiamiento. Estará autorizado para gravar el inmueble con hipoteca. Con la creación del fideicomiso queda el proyecto aislado de los riesgos financieros del constructor, y aún de los del fiduciario ajenos a la relación. Los fideicomisarios (o beneficiarios) resultaran los futuros compradores de los departamentos, y el fiduciante respecto de los cinco que recibirá como retribución”*²⁰

Si bien la ley 921 de Negocios Fiduciarios no hace mención a lo que son los fideicomisos con objeto inmobiliario, si lo hace el reglamento operativo de la misma, obrante en la Resolución No 6 del Banco Central del Paraguay, allí su art. 51 expresa que el fideicomiso para la ejecución de proyectos de construcción es aquel *“en virtud del cual el fideicomitente transfiere al fiduciario, de manera irrevocable, la titularidad del derecho de dominio sobre un bien inmueble con el objeto de que este lo administre y/o desarrolle un proyecto de conformidad con las instrucciones señaladas en el acto constitutivo y enajene las unidades resultantes de su ejecución a personas distintas de aquél o de sus beneficiarios”*.

parte de ellos por el fiduciario”. Cfr. BRESSAN, Pablo, *Fideicomiso en Negocios Inmobiliarios* en “Tratado Teórico-Práctico del Fideicomiso”, Maury de González, Beatriz(dir); Bs As, Ad-Hoc, 2000.

²⁰ BARBIERI, J.; *op. cit.*, págs. 233 y ss.

De la norma trasegada precedentemente surge de manera clara que el contrato de fideicomiso inmobiliario estará imbuido de todos los elementos característicos del fideicomiso genérico, como *ser transferencia de la propiedad al fiduciario*, para que este *cumpla con un encargo determinado*. Es decir, la transferencia de la propiedad no es pura y simple, sino condicionada por el encargo introducido en el contrato.

Así las cosas un ejemplo claro de fideicomiso inmobiliario lo constituye la reunión de varios inversores para la construcción de un edificio, donde uno de ellos colabora con el terreno, el otro con el dinero, y otro más con el proyecto. Todos ellos constituyen el fideicomiso donde el encargado de gerenciar la obra será el fiduciario (tercero ajeno a las partes inversoras), al cual se transferirá la propiedad para cumplir con el encargo de construir el edificio, pudiendo tener como funciones contratar a la constructora, fiscalizar la obra, realizar los pagos, transferir las unidades a los terceros compradores, etc.

CONCLUSION.

El éxito del fideicomiso responde a su gran flexibilidad, puesto que como se ha señalado, permite amalgamar en un contrato, el “**derecho real**”, al tener por objeto una *transferencia de propiedad*, y el “**derecho obligacional**”, puesto que la transferencia se produce para que se haga algo con lo transferido, para que se cumpla un “*encargo determinado*”.

Con dicha agrupación de caracteres el fideicomiso permite cumplir los más diversos fines, viabilizando la conjunción de intereses, antes imposibles de conjugar. Así comúnmente se suele señalar que el fideicomiso constituye “un traje a medida”, siendo su principal ventaja la constitución de un patrimonio absolutamente autónomo y distinto al de las partes contratantes, lo cual resulta ideal a la hora de cumplir con el fin querido.

En síntesis, es necesario tener bien presente el concepto del contrato fiduciario, puesto que recién a partir de allí se podrá encarar con propiedad la figura, a efectos de concebir sus diferentes posibilidades y desafíos futuros.

BIBLIOGRAFIA.

- BARBIERI, Javier; *Origen, concepto y posibilidades del Fideicomiso* en “El Fideicomiso de Garantía” (Dir) Guillermo Cabanellas de las Cuevas, (Coord.) Gabriel de la Reina Tardié, 1ª Ed., Buenos Aires, Editorial Heliasta, 2008.
- BORJA TERAN, Christian, “El Fideicomiso Inmobiliario en el Paraguay” Creación de un modelo y estructura para captar socios e inversionistas a través del Mercado de Valores, Tesis de Maestría presentada en la Universidad Americana bajo la guía de la Prof. Econ. Gloria Ayala Person, Asunción, Paraguay, 2006.
- BRESSAN, Pablo, *Fideicomiso en Negocios Inmobiliarios* en “Tratado Teórico-Práctico del Fideicomiso”, Maury de González, Beatriz(dir); Bs As, Ad-Hoc, 2000.
- CÁMARA LAPUENTE, Sergio; *Trust a la Francesa. Las doce preguntas de siempre y un reto desesperado a partir de la proposición de ley de 8 de Febrero de 2005 que instituye “la fiducie”*, Revista para el análisis del derecho (Indret) Barcelona, 2005.
- CIURO CALDANI, Miguel A.; *La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas*, 1ª Edición, Rosario, Edición de la Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000.
- KIPER, Claudio y LISOPRAWSKI, Silvio; *Tratado de Fideicomiso*, 1ª Edición, Bs. As., Depalma, 2003.
- MARZORATI, Osvaldo; *Derecho de los Negocios Internacionales*, 1ª edición, Bs. As., Astrea, 1993.
- MAVRICH, Ana Ingrid; *El Patrimonio Separado creado por la ley 24.441 para los bienes fideicomitidos* en “Tratado Teórico-Práctico del Fideicomiso”, Maury de González, Beatriz(dir); Bs As, Ad-Hoc, 2000.

- RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio; “Negocios Fiduciarios. Su significación en América Latina.”, Bogotá, 1ª edición, Editorial Legis, edición año 2005, segunda reimpresión año 2009.
- RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio; “El Fideicomiso Mercantil, características jurídicas principales, clases de fideicomisos, formas contractuales y experiencias jurídicas de importancia en América Latina.”, Seminario Internacional sobre la Fiducia, Colegio de Abogados de Pichincha, Quito, 24 de Noviembre de 2009.
- SALERNO, Marcelo U.; *Ensayo sobre el fideicomiso argentino* en “El Fideicomiso de Garantía”, Guillermo Cabanellas de las Cuevas (Dir.), Gabriel de Reina Tartiere (Coord.), 1ª Ed, Buenos Aires, Heliasta, 2008.
- TORRES KIRMSER, José Raúl, A.A.V.V.; *Derecho Bancario*, 4ª Edición, Asunción, La Ley, 2006.
- VILLAGORDOA, José M.; *El Fideicomiso en México*, conferencia sustentada por el Lic. Villagordoa el día 23 de Noviembre de 1977 en el Instituto Nacional de Administración Pública.