EL FIDEICOMISO DE GARANTÍA: PROPUESTA PARA UNA NUEVA HERRAMIENTA PARA ASEGURAR EL CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES EN PUERTO RICO E IMPULSAR EL TRÁFICO JURÍDICO MERCANTIL

HIRAM M. ANGUEIRA
RICARDO ORTIZ MORALES*

I. El fideicomiso de garantía: su función y sus orígenes 188
II. El tráfico mercantil y el concepto y función de las garantías 188
III. El fideicomiso de garantía: definición 190
A. Su naturaleza obligacional 191
B. Multiplicidad de Patrimonios 191
C. Autoliquidación 192
D. Pago preferencial 192
E. Flexibilidad 192
F. Naturaleza de los bienes fideicomitidos 193
G. Ausencia de pacto comisorio 193
IV. Ejemplos del fideicomiso de garantía en el tráfico mercantil 193
A. Alternativa a la Hipoteca 193
B. Alternativa a la Prenda 195
C. Alternativa a la línea de crédito 195
D. Alternativa a la Anticresis 196
E. Otras concepciones 196
V. Hacia una nueva Ley de Fideicomisos y la introducción del fideicomiso de garantía 197
VI. Fuentes de referencia en el derecho comparado 197
VII. Delimitación del alcance de nuestro trabajo 202
VIII. Discusión de los puntos más importantes de nuestra propuesta 202
A. Definición del fideicomiso de garantía 202
B. Separación de bienes fideicomitidos 203
C. Definición de Dominio Fiduciario 204
D. Fiduciario y beneficiario en una misma institución 205
D. Regulación de empresas que actúen como fiduciarios 207
E. Aspectos contractuales 208

---

* Candidatos al grado de Juris Doctor en junio 2012 y J.D. 2011, respectivamente, Escuela de Derecho Universidad de Puerto Rico. Queremos agradecer a la Prof. Ana C. Gómez Pérez por habernos brindado esta oportunidad única de ayudarle a gestionar un proyecto de ley que promete beneficiar de tantas maneras a nuestra economía.

F. Términos en los que se revisará el contrato en caso de aumento de valor del patrimonio fideicomitido 208
G. Solemnidades 208
H. Constitución de fideicomiso con propiedad que no ha sido adquirida por el fiduciante 209
I. Protección frente a terceros 209
J. Otras consideraciones y posibles controversias de derecho 210
K. La prohibición del pacto comisorio y el fideicomiso 210
L. Transmisión de pleno dominio a través de un dominio imperfecto 211
M. Nulidad por lesión (desproporción de las contraprestaciones) 211
N. Estándar de diligencia con el cual se debe medir al fiduciario de un fideicomiso de garantía 213
IX. Conclusión 214

I. EL FIDEICOMISO DE GARANTÍA: SU FUNCIÓN Y SUS ORÍGENES

El fideicomiso de garantía es una variante de la figura del fideicomiso cuyo objetivo es servir de garantía en la satisfacción de créditos obligacionales. El concepto se desarrolló tanto en los países de tradición civilista como en las naciones que se rigen por el derecho común. En el derecho civilista, el fideicomiso de garantía encuentra sus antecedentes en el derecho romano.[1] Comenzó su desarrollo como diferentes variantes de la figura del fideicomiso. Una de éstas, denominada *fiducia cum creditore contracta*, funcionaba como un contrato en el cual el deudor, o su agente, transmitían la propiedad de una cosa al acreedor para que éste la retuviera como garantía del cumplimiento de una obligación. Al extinguir la misma, el acreedor devolvía el bien. En otra de sus vertientes, conocida como *fiducia cum amico contracta*, el contrato establecía que el fiduciario transmitiría la propiedad a un fiduciario quien la ejercería en beneficio del transmitente. Por otro lado, en el derecho común encontramos que se desarrolló el mismo concepto pero a través de una historia diferente aunque paralela.[2] En los años luego de la conquista de las islas Británicas por los normandos, se desarrolló el *trust*, o fideicomiso, bajo la figura de los *uses*. En el *trust*, un sujeto transmitía bienes muebles o inmuebles a un tercero de confianza para que los manejara en beneficio del transmitente o de otra persona.

II. EL TRÁFICO MERCANTIL Y EL CONCEPTO Y FUNCIÓN DE LAS GARANTÍAS

[1] Julio César D. Fernández, *Antecedentes Históricos del Fideicomiso*, *en* I TRATADO TEÓRICO PRÁCTICO DE FIDEICOMISO (Beatriz Maury de González ed., Ad Hoc, 2000).
[2] *Id.*

El comercio es el dínamo de las economías modernas. El ordenamiento jurídico lo reconoce y provee una serie de normas y figuras cuyo fin es aumentar la probabilidad de que las obligaciones generadas mediante el tráfico jurídico se satisfagan. Vélez Torres, uno de los exponentes más importantes del tema de las obligaciones en Puerto Rico, establece que "[e]l Derecho otorga al acreedor distintas acciones y prerrogativas para la protección, garantía y ejecución de su crédito".[3] Estas garantías, en esencia, son instrumentos que minimizan la incertidumbre, el riesgo y el costo que debe asumir un acreedor a la hora de extender un crédito.[4] Menor riesgo se traduce en menor costo y a su vez en mejores precios para aquellos sujetos que se convertirán en deudores. Lo que se busca es la existencia de mejores términos comerciales para la sociedad en general.

En Puerto Rico las principales garantías reconocidas por el ordenamiento jurídico incluyen la hipoteca, la prenda, la anticresis, las cláusulas penales y la garantía personal. Cada una ofrece ciertas ventajas y desventajas al acreedor dependiendo de la naturaleza del negocio. La hipoteca, por ejemplo, permite al acreedor la realización del valor de un bien inmueble hipotecado. La prenda le da el derecho al acreedor a garantizar el cumplimiento de una obligación con un bien mueble. La anticresis le permite al acreedor satisfacer su crédito de los frutos derivados del bien inmueble del deudor. La cláusula penal existe en el ámbito contractual y ofrece un incentivo al deudor a cumplir con lo pactado o, en su defecto, sufrir un deterioro en su patrimonio luego de un juicio. La garantía personal, finalmente, le permite al acreedor cobrar su crédito luego de un largo y costoso proceso judicial. El fideicomiso de garantía, por su parte, ofrece una nueva alternativa.

El fideicomiso de garantía juega un papel fundamental en las jurisdicciones que lo han incorporado al servir como una garantía de primer orden para asegurar el pago de todo tipo de obligaciones generadas en el tráfico jurídico. Esto es así porque se trata de una figura que no depende del sistema judicial para la realización del valor del bien garantizador sea este mueble o inmueble.

En nuestro ordenamiento jurídico, sin embargo, la figura es inexistente entre las herramientas que un acreedor tiene a su disposición para asegurar el cobro de su crédito. Esto es así porque en nuestra jurisdicción la ley de fideicomisos vigente no ofrece el marco procesal o sustantivo para el desarrollo de una garantía basada en la figura del fideicomiso. Esta situación debe corregirse lo antes posible mediante legislación que le supla una nueva vida a esta figura y permita el desarrollo del fideicomiso de garantía como una opción altamente eficiente en

---

[3] JOSÉ RAMÓN VÉLEZ TORRES, DERECHO DE OBLIGACIONES 297 (2da ed., 1997).

[4] Laura Huertas Buraglia, *El Fideicomiso de Garantía: Características y Ventajas*, *en* EL FIDEICOMISO DE GARANTÍA 282 (Guillermo Cabanella de las Cuevas ed., 2008).

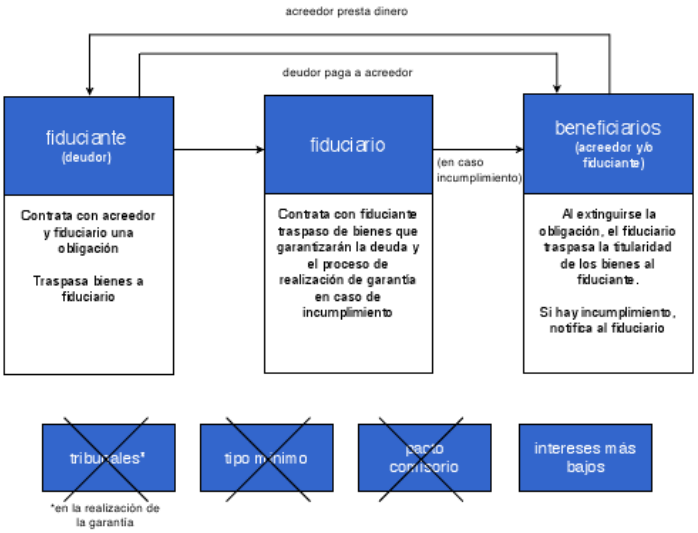
comparación a garantías tradicionales. Esta figura pudiese ser de mucha utilidad para ayudar al sector comercial local que sufre de altos costos operacionales como parte de la realización de valor de sus garantías tradicionales.

III. EL FIDEICOMISO DE GARANTÍA: DEFINICIÓN

El fideicomiso de garantía es:

> [U]n contrato[5] mediante el cual un fiduciante [transfiere] la propiedad de uno o más bienes a un fiduciario con la finalidad de garantizar con ellos, o con su producido, el cumplimiento de ciertas obligaciones a cargo de aquel o de un tercero, designando como beneficiario al acreedor o a un tercero en cuyo favor, en caso de incumplimiento, se pagará la obligación garantizada, según lo previsto en la convención fiduciaria y se entregará el sobrante, si alguno, al fideicomisario.[6]

Esquema típico de un fideicomiso de garantía



Las características más importantes del fideicomiso de garantía se discuten a continuación por separado.

---

[5] En la literatura de fideicomisos existe un debate sobre la verdadera naturaleza del fideicomiso. Algunos escritores lo definen como un tipo de contrato mientras otros lo ven como una manera de traspasar la titularidad de un bien, etc. Para efectos de este trabajo, se tratará como un tipo de contrato, siguiendo la perspectiva de Kiper & Lisoprawski. CLAUDIO M. KIPER & SILVIO V. LISOPRAWSKI, TEORÍA Y PRÁCTICA DEL FIDEICOMISO (1999).

[6] KIPER & LISOPRAWSKI, *supra* nota 5, en la pág. 1.

A. Su naturaleza obligacional

El fideicomiso establece una relación de carácter obligacional entre el acreedor, el deudor y el fiduciario.[7] En esencia, como vimos anteriormente, lo que existe entre todas las partes es un contrato. La relación es obligacional ya que el deudor-fiduciante traspasa la titularidad del bien al fiduciario y en ningún momento se constituye un derecho real que le permita al deudor o al acreedor perseguir el bien. En otras palabras, el valor del bien garantiza el cumplimiento de la obligación pero el acreedor carece de toda facultad reipersecutoria sobre el mismo. En caso de incumplimiento, el acreedor sólo tiene derecho a exigir el cumplimiento de lo pactado con el fiduciario y el deudor. Esto es, la iniciación del proceso de liquidación del bien fideicomitido.

B. Multiplicidad de Patrimonios

Los bienes fideicomitidos, también denominados *corpus* del fideicomiso, existen en un patrimonio paralelo e independiente del patrimonio general del deudor y del fiduciario.[8] Esto quiere decir que los acreedores no tienen acceso a los mismos en caso de que cualquiera de los dos se declare en quiebra – excepto en caso de fraude. Su eventual reintegración al patrimonio general del deudor está sujeta a la condición resolutoria del cumplimiento de la obligación pactada. Conceptualmente, esta situación se asemeja a lo que ocurre con el heredero que acepta una herencia a beneficio de inventario: los bienes de la herencia no ingresarán al patrimonio del heredero hasta que se cumpla la condición.[9]

---

[7] La naturaleza de la garantía resultante de un fideicomiso es algo que ha suscitado algún debate en la literatura. Los Dres. Osvaldo H. Soler y Enrique D. Carrica, por ejemplo, comentan sobre el tema que en Argentina "[n]o deja de advertirse, ante el silencio de la ley 24.441, que no trata ni regula las especies de fideicomiso ordinario, que queda pendiente de respuesta la pregunta sobre la naturaleza de la "garantía" que origina la que se analiza, y la del eventual privilegio que nazca de ella. Es evidente que no se genera un derecho real a favor del beneficiario o fideicomisario acreedor, como ocurre, por ejemplo, con la prenda o la hipoteca, teniendo aquél el derecho personal de exigir al fiduciario, en caso de incumplimiento del fiduciante deudor, que proceda a la venta o realización de los bienes o derechos fideicomitidos y con su producido se lo desinterese, pagándole su crédito. La efectiva y auténtica garantía, con el privilegio de cobro resultante, tendrían apoyo en las disposiciones de los arts. 14, primera parte, y 15 de la ley 24.441, pero no existen dudas que el problema debió y debe ser objeto de consideración y resolución legal, o por lo menos reglamentaria, correspondiendo dictar las normas pertinentes. (Énfasis en el original). *Véase* http://www.soler.com.ar/especiales/fideicomiso.htm (última visita 23 de abril de 2011).

[8] KIPER & LISOPRAWSKI, *supra* nota 5.

[9] Ver 31 LPRA §2801-2825.

C. Autoliquidación

Innegablemente la ventaja más importante que ofrece el fideicomiso de garantía al compararlo con garantías de otra naturaleza es la posibilidad de poder liquidar el mismo de manera independiente por la vía judicial en caso de incumplimiento. Al cumplirse las condiciones que constituyen un quebrantamiento de la obligación, el acreedor-beneficiario notifica al fiduciario, quien verifica el dato del incumplimiento y procede a implementar el proceso de realización de valor convenido con el deudor-fiduciante.[10] Siendo este acuerdo uno regido por la autonomía de la voluntad[11], no es necesario pedir la intervención de la Rama Judicial para conseguir el bien y vender el mismo para cubrir la obligación incurrida. Típicamente, el fiduciario procederá a tasar la propiedad para determinar su valor en el mercado en ese momento y gestionará la venta al mayor valor posible. Con el resultado de la compraventa, se liquidará la obligación y, de sobrar algún monto, se le entregará al deudor-fiduciante.

D. Pago preferencial

Gracias a que los bienes fideicomitidos existen en un patrimonio paralelo y separado al del deudor o fiduciario, los mismos no son susceptibles de ser sometidos a un procedimiento de quiebra. Esto redunda en una ventaja importante para los acreedores de los bienes fideicomitidos ya que sus créditos gozarán de pago preferencial sobre los demás acreedores del deudor.[12] La excepción, como mencionáramos anteriormente, sería cuando se ha fideicomitido un bien con el ánimo de defraudar a otros acreedores.

E. Flexibilidad

El fideicomiso de garantía se puede configurar de manera que sirva para la sindicación de acreedores y su rotación o subordinación sin necesidad de un costoso proceso de refinanciamiento. Mediante este sistema, los acreedores entran y salen del fideicomiso a medida que las obligaciones para con ellos son establecidas y extinguidas, todo en proporción al valor del *corpus*.[13]

El fideicomiso de garantía, además, se puede constituir mediante un contrato de adhesión re-configurable para el perfil de riesgo de cada deudor. Al igual que ocurre con los préstamos hipotecarios, los intereses para con los

---

[10] FERNÁNDEZ, *supra* nota 1.
[11] 31 LPRA 3372.
[12] VÉLEZ TORRES, *supra* nota 3.
[13] HUERTAS BURAGLIA, *supra* nota 4.

fideicomisos de garantía reflejarían la probabilidad de incumplimiento de un deudor y ciertas decisiones de este último. A modo de ejemplo, un acreedor podría ofrecer un fideicomiso de garantía cuya definición de incumplimiento sea cuatro meses sin pagos (en vez de uno) antes de comenzar el proceso de liquidación. Ese tipo de acuerdo conllevaría un mayor interés por el mayor riesgo que asume el acreedor. Otro ejemplo que ilustra la flexibilidad de este instrumento es que las partes puedan pactar los términos en los cuales se revisará el contrato en caso que el patrimonio fideicomitido aumente en valor.

F. Naturaleza de los bienes fideicomitidos

El fideicomiso de garantía, asimismo, permite que los bienes fideicomitidos sean de cualquier naturaleza. No se trata de un crédito territorial sino de un instrumento mucho más flexible que permite fideicomitir bienes, ya sean muebles o inmuebles, de cualquier tipo.[14] Por ejemplo, se podría fideicomitir un flujo de efectivo, una corporación, unos derechos de autor, etc. Inclusive, los bienes fideicomitidos podrían mutar dentro del *corpus* y crear, a su vez, nuevos bienes. Por ejemplo, una corporación que se fusiona o consolida con otra, modifica sus operaciones y produce un nuevo tipo de producto.

G. Ausencia de pacto comisorio

Como vimos anteriormente, el fideicomiso de garantía se configura mediante el traspaso de un bien a un fiduciario que lo maneja en beneficios de un acreedor hasta que se extingue la obligación. En caso de incumplimiento, el fiduciario procede a realizar el valor de bien y con el ingreso resultante, salda la deuda. En ningún momento el acreedor puede tomar el bien para sí. En consecuencia, no existe la posibilidad de que se violente la prohibición contra el pacto comisorio. En este caso, la protección contra este tipo de pactos es mayor que en la hipoteca, la cual le permite al acreedor ingresar el bien a su patrimonio luego de una tercera subasta sin licitadores.

IV. EJEMPLOS DEL FIDEICOMISO DE GARANTÍA EN EL TRÁFICO MERCANTIL

A. Alternativa a la Hipoteca

La hipoteca es un derecho real de *realización* de valor. Esta realización, sin embargo, es una altamente costosa para todas las partes involucradas en dicho negocio jurídico toda vez que depende de un sistema

[14] VÉLEZ TORRES, *supra* nota 3.

judicial desprovisto de recursos para poder tramitar eficientemente los casos de ejecuciones. No es raro escuchar de ejecuciones donde el litigio toma varios años desde que se insta el pleito de ejecución hasta que se obtiene la sentencia correspondiente. A esto hay que añadirle los meses que transcurren desde que el deudor deja de pagar hasta que se radica la demanda, al igual que los meses que transcurren desde que la sentencia adviene final y firme hasta la subsiguiente subasta judicial y adjudicación de título. La Asociación de Banqueros Hipotecarios de Estados Unidos (MBA por sus siglas en inglés), estima que el costo de una ejecución de hipoteca para sus miembros ronda alrededor de los $50,000.00.[15] HSBC, uno de los bancos más grandes del mundo[16], estima que una ejecución en EEUU le cuesta al banco entre el 20% y el 25% del valor de la hipoteca.[17] Todos estos costos se traducen en intereses hipotecarios más altos para el consumidor o deudor hipotecario.

Para el consumidor existe un costo adicional desconocido por muchos hasta que es demasiado tarde: el tipo mínimo. Esta figura, que suple el precio mínimo al que saldrá a subasta el bien hipotecado, está definida de manera perjudicial para el consumidor al exigir que se utilice el valor que el bien tuvo al momento de constituir la hipoteca. Peor aún, si la primera subasta está desierta, el tipo mínimo se reduce a 2/3 del tipo mínimo original y eventualmente a 50%, si la segunda subasta se llegara a declarar desierta también.[18] En una economía inflacionaria, como es la norma en la mayoría de las economías modernas, esto quiere decir que la subasta empezará a un precio que pudiera estar muy por debajo del precio del mercado. Tomemos, como ejemplo, la subasta de una casa en Puerto Nuevo que fue tasada en $3,500.00 en la década del 1940 y 25 años después tasa $100,000.00. No sería difícil comprender como es muy posible que el deudor perdería gran parte del capital acumulado en la propiedad, el "equity", al pasar el bien por un proceso de subasta cuyo tipo mínimo será $3,500.00 y cuya subasta, típicamente, se llevará a cabo de manera rápida, con publicidad limitada y a través de un proceso que requiere grandes cantidades de fondos líquidos para poder licitar.

Frente a esta realidad, el fideicomiso de garantía provee una alternativa más eficiente. Esto, como ya hemos adelantado, gracias a que el fideicomiso de garantía no requiere la participación de un tribunal para

---

[15] MORTGAGE BANKERS ASSOCIATION, LENDERS COST OF FORECLOSURE 2 (2008).

[16] HSBC Holdings PLC es una compañía de servicios financieros basada en Londres. En el año 2010 fue catalogada como el 6to grupo de servicios financieros, en tamaño, en el mundo por la revista Forbes. The Global 2000, FORBES, April 2, 2008.

[17] Mortage Market Turmoil: Causes and Consequences: Hearings Before the S. Committee on Banking, Housing, and Urban Affairs, 110th Cong. 7 (2007) (statement of Brendan McDonagh, CEO, HSBC Finance Corporation).

[18] 30 LPRA §2721.

realizar el valor del bien que garantiza la obligación. Al deudor constituir el fideicomiso, éste acuerda con el acreedor que, en caso de incumplimiento con su obligación, el fiduciario procederá a tasar la propiedad al valor del mercado y a venderla al mejor postor. Los ingresos de la venta serán aplicados a la extinción de la obligación. Dicha autoliquidación permite un proceso expedito, que la realización de la garantía equivalga al precio del mercado y una reducción en el impacto negativo al patrimonio del deudor, al igual que aumenta las probabilidades de que exista un sobrante como resultado de la venta.

B. Alternativa a la Prenda

El derecho real de prenda sirve la misma función que la hipoteca al garantizar el pago de una obligación con el valor de un bien. La diferencia principal con la hipoteca estriba en que el bien es uno mueble y debe ser entregado al acreedor o a un tercero de mutuo acuerdo hasta la extinción de la deuda.[19] La realización del valor de la prenda se puede llevar a cabo a través de la vía judicial o en una subasta pública frente a notario. Bajo la prenda también hay una prohibición de pacto comisorio.

El fideicomiso de garantía, sin embargo, ofrece una mejor alternativa por varias razones. Primeramente, se puede fideicomitir cualquier tipo de bien. Segundo, el acreedor no entra en posesión del bien en ningún momento. Asimismo, la definición de incumplimiento y el proceso de liquidación correspondiente ya están pactados de antemano entre las partes. A modo de ejemplo, bajo este supuesto un agricultor puede fideicomitir su tractor para conseguir un préstamo que le permita continuar sembrando su finca. En caso de incumplimiento, el fiduciario podría proceder a re-poseer el tractor y venderlo al mejor postor.

C. Alternativa a la línea de crédito

El fideicomiso de garantía se puede utilizar como una alternativa a las tradicionales líneas de crédito que engrasan la maquinaria del financiamiento mercantil. Una empresa, por ejemplo, puede fideicomitir un bien inmueble, un flujo de efectivo o cualquier otro bien, y garantizar sus obligaciones en proporción al valor del *corpus* del fideicomiso. De esta manera, una vez extinguida una obligación se puede proceder a garantizar otra y así sucesivamente. En teoría, este tipo de proceso se podría realizar a perpetuidad.

En México, por ejemplo, el proceso de entrar y salir de los acreedores está reglamentado mediante legislación y no conlleva mayores dificultades. No se requiere de un proceso de refinanciamiento como pudiera ocurrir con

[19] 31 LPRA 5021.

una hipoteca que garantizaba una obligación que se extingue y que se quiere reutilizar para garantizar otra obligación. En este sentido, el Artículo 397 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito establece:

> Cuando así se señale, un mismo fideicomiso podrá ser utilizado para garantizar simultánea o sucesivamente diferentes obligaciones que el fideicomitente contraiga, con un mismo o distintos acreedores, a cuyo efecto cada fideicomisario estará obligado a notificar a la institución fiduciaria que la obligación a su favor ha quedado extinguida, en cuyo caso quedarán sin efectos los derechos que respecto de él se derivan del fideicomiso. La notificación deberá entregarse mediante fedatario público a más tardar a los cinco días hábiles siguientes a la fecha en la que se reciba el pago.
>
> A partir del momento en que el fiduciario reciba la mencionada notificación, el fideicomitente podrá designar un nuevo fideicomisario o manifestar a la institución fiduciaria que se ha realizado el fin para el cual fue constituido el fideicomiso.
>
> El fideicomisario que no entregue oportunamente al fiduciario la notificación a que se refiere este artículo, resarcirá al fideicomitente los daños y perjuicios que con ello le ocasione.[20]

D. Alternativa a la Anticresis

La anticresis es un contrato real accesorio que, según definido en el Código Civil de Puerto Rico, le confiere al acreedor el derecho de percibir los frutos de un inmueble de su deudor, con la obligación de aplicarlos al pago de los intereses, si se debieren, y después al pago del capital del crédito mismo.[21] Una vez extinguida la obligación principal, el deudor recupera el goce del inmueble. En caso de incumplimiento, el acreedor anticresista tiene el derecho de exigir la venta del inmueble por la vía judicial o el pago de la deuda. De nuevo, el fideicomiso de garantía funcionaría de manera más eficiente al permitir la venta extrajudicial del bien inmobiliario.

E. Otras concepciones

La flexibilidad y la eficiencia permitida por el fideicomiso de garantía permite la creación de una infinidad de contratos para garantizar el pago de obligaciones de manera superior a las garantías tradicionales. Esta nueva

---

[20] Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito [L.G.T.O.C], según enmendada, Art. 397, Diario Oficial de la Federación, 27 de agosto de 1932 (Mex.).
[21] 31 LPRA 5061.

garantía, además, permite que los bienes fideicomitidos puedan ser de cualquier naturaleza siempre y cuando cumpla con la normativa jurídica. La autonomía de la voluntad y la ley son los límites absolutos del tipo de garantía que se pudiese configurar.

V. Hacia una nueva Ley de Fideicomisos y la introducción del fideicomiso de garantía

La eficiencia en la protección de los derechos de crédito ofrecida por el fideicomiso de garantía es el punto más importante en su función de alternativa a las garantías tradicionales. En Puerto Rico, sin embargo, el ordenamiento jurídico no ofrece una ley de fideicomisos que incluya dicha figura jurídica.

En las secciones restantes de este trabajo, ofreceremos una serie de recomendaciones que podrían servir como guía para la redacción de una nueva ley de fideicomisos que contenga una sección específica para el fideicomiso de garantía. También abordaremos algunos de los posibles conflictos teóricos y prácticos que pudiesen servir de obstáculos para la adopción de esta figura de tanto potencial para el tráfico jurídico en Puerto Rico.

VI. Fuentes de referencia en el derecho comparado

Nuestra búsqueda de fuentes de referencia de derecho comparado incluyó mayormente países de Latinoamérica y legislación a nivel estatal y federal en los Estados Unidos. A continuación desglosamos las fuentes de referencia a las que prestamos mayor importancia por tratarse de países que cuentan con la mayor reglamentación del fideicomiso de garantía o por contener disposiciones de especial interés en nuestra formulación de una propuesta.

> Puerto Rico: Como establecido anteriormente, el fideicomiso de garantía no existe en el ordenamiento jurídico puertorriqueño.
>
> Argentina: Este es uno de los países civilistas que más ha desarrollado el fideicomiso mercantil a través de su Ley para el Financiamiento de la Vivienda y la Construcción del 9 de enero de 1995. Dicha ley define el fideicomiso de la siguiente manera: "Habrá fideicomiso cuando una persona (fiduciante) transmita la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (fiduciario), quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato (beneficiario), y a transmitirlo al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario".[22] La ley

[22] Ley Núm. 24441, 9 de enero de 1995 [LV-A] ADLA 296 (Arg.).

argentina no hace mención específica del fidecomiso de garantía en su texto. Nada impide, sin embargo, el que se aplique la figura del fideicomiso a la tarea de garantizar el cumplimiento de obligaciones.

México: La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932, reconoce explícitamente a la figura del fideicomiso de garantía como una variante del fideicomiso y lo regula con una normativa muy específica.[23] Nos dice Alfredo Morles:

> La ley establece que en el fideicomiso de garantía las partes podrán convenir la forma en que la institución fiduciaria procederá a enajenar extrajudicialmente, a título oneroso, los bienes o derechos en fideicomiso siempre que se hagan unos pactos mínimos, que incluyen la recepción de un aviso por parte del fiduciario acerca del incumplimiento antes del inicio del procedimiento; que se notifique por escrito al fideicomitente, quien sólo podrá oponerse a la enajenación si exhibe el importe del adeudo, acredita el cumplimiento de la obligación o presenta un documento de prórroga del plazo o de novación de la obligación. Si no ocurre ninguna de estas alternativas, se podrá proceder a la ejecución en los plazos señalados convencionalmente.[24]

En nuestra opinión, es la ley más completa que hemos encontrado en materia de fideicomiso de garantía. No obstante, cabe señalar que la misma sufrió cambios significativos tan recientemente como en el año 2003.

Colombia: Los artículos principales que rigen el fideicomiso de garantía se encuentran en el Código de Comercio y disponen lo siguiente:

> *Artículo 1226. Concepto de la fiducia mercantil*. La fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir

---

[23] [L.G.T.O.C], *supra* nota 20 (Mex.).

[24] Alfredo Morles Hernández, El Fideicomiso de Garantía del Derecho Venezolano, discurso en el XVIII Congreso Latinoamericano de Fideicomiso (2008). *Véase* http://www.felaban.com/archivos/memorias_XVIII_congreso/pres_word_alfredo_morles.pdf (última visita 23 de abril de 2011).

> una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario. Una persona puede ser al mismo tiempo fiduciante y beneficiario.-Sólo los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias, especialmente autorizados por la Superintendencia Bancaria, podrán tener la calidad de fiduciarios.[25]
>
> *Artículo 1227. Obligaciones garantizadas con los bienes entregados en fideicomiso*. Los bienes objetos de la fiducia no forman parte de la garantía general de los acreedores del fiduciario y sólo garantizan las obligaciones contraídas en el cumplimiento de la finalidad perseguida.[26]

Perú: La Ley General del Sistema de Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros de 1996 regula específicamente el fideicomiso de garantía.[27] Específicamente, en su artículo 274 ésta dispone que la empresa que otorgue créditos con una garantía fiduciaria constituida con una tercera empresa fiduciaria se resarcirá del crédito incumplido con el resultado que se obtenga de la ejecución del patrimonio fideicomitido, en la forma prevista en el contrato o con el propio patrimonio fideicomitido cuando éste se encuentre integrado por dinero, dando cuenta, en este último caso, a la superintendencia.[28] El artículo 274 también establece que son excluyentes la calidad de fiduciario y acreedor.[29] Por su parte, los artículos 15 y 16 de la Resolución Núm. 1010-99 del Superintendente de Banca y Seguros de 1999[30], refinaron la reglamentación del fideicomiso de garantía. En el primer artículo acerca de fideicomisos dice lo siguiente: "[l]a Superintendencia dicta normas generales sobre los diversos tipos de negocios fiduciarios"; por lo que tuvimos que remitirnos a la Resolución Núm. 1010-99 del Superintendente de Banca y Seguros.

---

[25] Código de Comercio [C.Com] Art.1226. Decreto 410, marzo 27 de 1971, Diario Oficial Núm. 33.339 [D.O.], 16 de junio de 1971 (Colombia).
[26] C. Com Art. 1227 (Colombia).
[27] Ley Núm. 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros [L.G.S.F.S.O.S.B.S.], Diario Oficial El Peruano [D.O.], 9 de diciembre de 1996 (Perú).
[28] L.G.S.F.S.O.S.B.S. Art. 274 (Perú).
[29] *Id*.
[30] Resolución SBS Núm. 1010-99, Reglamento del Fideicomiso y de las Empresas de Servicios Fiduciarios, Diario Oficial El Peruano, pág. 180233, 13 de noviembre de 1999 (Perú).

Venezuela: El fideicomiso está definido expresamente en el Artículo 1 de Ley de Fideicomisos del 23 de julio de 1956[31] como "una relación jurídica por la cual una persona llamada fideicomitente transfiere uno o más bienes a otra persona llamada fiduciario, quien se obliga a utilizarlo en favor de aquél o de un tercero llamado beneficiario." El Artículo 6, además, establece que puede constituirse fideicomiso "sobre toda clase de bienes, salvo aquéllos que, conforme a la Ley, sean estrictamente personales de su titular".[32] El fideicomiso de garantía no está reconocido expresamente en la legislación venezolana.

Costa Rica: El fideicomiso de garantía se encuentra específicamente regulado por el Artículo 648 del Código de Comercio.[33] El Código de Comercio le permite a los bancos entrar en contrato de fideicomiso y establece que: "[p]uede constituirse un fideicomiso sobre bienes o derechos en garantía de una obligación del fideicomitente con el fideicomisario. En tal caso, el fiduciario puede proceder a la venta o remate de los bienes en caso de incumplimiento, todo de acuerdo con lo dispuesto en el contrato".[34]

Estados Unidos: En los Estados Unidos el fideicomiso es regulado a nivel estatal y a nivel federal. Frente a la diversidad de reglamentaciones existentes a través de los Estados, en el 2000 se aprobó el *Uniform Trust Code*, para proveer un articulado estándar pero modificable por cada Estado. El fideicomiso de garantía, sin embargo, no está reconocido expresamente. No obstante, sus aplicaciones se encuentran en por lo menos dos campos: como un sustituto de la hipoteca llamado *deed of trust*[35] que existe y es regulado a nivel estatal en veintidós (22) estados[36] y como

---

[31] Ley de Fideicomisos [L.F.] del 23 de julio de 1956, Gaceta Oficial de la República de Venezuela Núm. 496 Extraordinario [G.O.], 17 de agosto de 1956 (Venezuela).
[32] *Id.,* Art. 6 (Venezuela).
[33] Ley Núm. 3284 de 24 de abril de 1964, Código de Comercio [C.Com], La Gaceta Núm. 119, 27 de mayo de 1964 (Costa Rica).
[34] C. Com. Art. 648 (Costa Rica). La Ley Núm. 7732 de 17 de diciembre de 1997, Ley Reguladora del Mercado de Valores[L.R.M.V.], Art. 187, La Gaceta Núm. 18, 27 de enero de 1998 (Costa Rica), añadió la oración citada como segundo párrafo al Art. 648 del Código de Comercio de 1964.
[35] Un "*deed of trust"* funciona de la siguiente manera: la propiedad es traspasada por el titular-deudor a un fiduciario (usualmente una compañía de títulos) quien la ejerce en beneficio de un beneficiario-acreedor que ha prestado una suma de dinero al titular-deudor. Una vez extinguida la obligación, el fiduciario le traspasa el título al titular de la propiedad. Si durante la vida de la obligación, el deudor incumple, el fiduciario tiene el poder de liquidar la propiedad para repagar el préstamo y, de haber sobrante, se lo entrega al deudor.
[36] Alaska, Arizona, Arkansas, California, Colorado, Distrito de Columbia, Idaho, Iowa, Maryland, Mississippi, Missouri, Nebraska, Nevada, Carolina del Norte, Oregon, Dakota del Sur, Tennessee, Texas, Utah, Virginia, Washington y Nuevo México.

protección a bonistas en forma de un *trust indenture*[37] *o un collateral trust bond.*[38] Estas últimas dos figuras son reguladas a nivel del Gobierno Federal por el Trust Indenture Act de 1939.[39]

Por otro lado, dentro de la misma jurisdicción estadounidense, examinamos la legislación relevante en los estados de:

Alaska: Capítulo 20 del Tomo 34 de las Leyes de Alaska. Disposiciones relativas a hipotecas y fideicomisos de garantía.[40]

Texas: Sección 51.006 del *Texas Property Code* – Interesante disposición que permite que un acreedor de una deuda respaldada por un fideicomiso de garantía pueda aceptar el traspaso de titularidad de la propiedad objeto del fideicomiso en pago de la deuda.[41]

Virginia: El Capítulo 4 del título 55 del Código de Virginia contiene extensa regulación de forma para las escrituras de propiedad inmueble. Nos pareció de especial importancia la sección 55-52, para el traspaso o cesión de propiedad de la que no se es dueño, pero que se adquiere posteriormente.[42]

Arizona: Capítulo 6.1 del Tomo 33 de las Leyes Revisadas de Arizona. Una de las legislaciones más completas y organizadas en materia de fideicomisos de garantía.[43]

Yap: Incorporamos a nuestras fuentes una ley del Estado de Yap, que forma parte de los Estados Federados de Micronesia en el Pacífico.[44]

---

[37] A Trust Indenture is an agreement in a bond contract made between a bond issuer and a trustee that represents the bondholder's interests by highlighting the rules and responsibilities that each party must adhere to. One section of the trust indenture dictates the circumstances and processes surrounding a default. *Véase* http://www.investopedia.com/terms/t/trust_indenture.asp (última visita 23 de abril de 2011).

[38] A Collateral Trust Bond is a bond that is secured by a financial asset - such as stock or other bonds - that is deposited and held by a trustee for the holders of the bond. If the issuing company were to default on the debt obligation, the debt holders would receive the securities held in trust, like collateral for a loan. *Véase* http://www.investopedia.com/terms/c/collateraltrustbond.asp (última visita 23 de abril de 2011).

[39] 15 U.S.C. §§ 77aaa-77bbbb.

[40] Alaska Stat. §§ 34.20.010-34.20.160 (1988).

[41] Tex. Prop. Code Ann. § 51.006 (1995).

[42] Va. Code Ann. §55-52.

[43] Ariz. Rev. Stat. Ann. §§ 33-801-33-821 (1971).

VII. DELIMITACIÓN DEL ALCANCE DE NUESTRO TRABAJO

Nuestro trabajo consistió en enfocar en el tema del fideicomiso de garantía con la finalidad de redactar legislación para su incorporación al ordenamiento jurídico de Puerto Rico. Presentamos una serie de artículos para regular expresamente el fideicomiso de garantía, que serían unidos a un cuerpo más amplio que regule el fideicomiso mercantil. Por razones de espacio y por ser un borrador de referencia, no incluiremos los artículos redactados. Bastará para este artículo una discusión de los puntos más sobresalientes en nuestro análisis.

VIII. DISCUSIÓN DE LOS PUNTOS MÁS IMPORTANTES DE NUESTRA PROPUESTA

A. Definición del fideicomiso de garantía

Lisoprawski y Kiper definen el fideicomiso de garantía como:

> [E]l contrato mediante el cual el fiduciante transfiere la propiedad (fiduciaria) de uno o más bienes a un fiduciario con la finalidad de garantizar con ellos, o con su producido, el cumplimiento de ciertas obligaciones a cargo de aquél o un tercero, designando como beneficiario al acreedor o a un tercero, en cuyo favor, en caso de incumplimiento, se pagará la obligación garantizada, según lo previsto en la convención fiduciaria.[45]

Por su parte, el Banco de Inversión y Comercio Exterior de Argentina define el fideicomiso de garantía de la siguiente forma:

> El fideicomiso de garantía es aquel por el cual una persona (fiduciante) transfiere la propiedad fiduciaria a otra (fiduciario) para garantizar una deuda que la primera tiene con la segunda o con un tercero. *En caso de incumplimiento, el fiduciario procede a vender el bien y con lo recaudado cobra su crédito o del tercero y el remanente del precio se lo entrega al deudor.*[46]

Asimismo, según la Resolución 1010-99 del Superintendente de Banca y Seguros de Perú:

---

[44] Yap State Law 3-64, Deed of Trust Act of 1987. Yap State Code tit. 29, §§2-201 a 2-225.
[45] KIPER & LOSOPRAWSKI, *supra* nota 5.
[46] http://www.bice.com.ar/SP/contenidos/contenidos.asp?id=91 (última visita 23 de abril de 2011). Enfasis suplido.

> En el fideicomiso en garantía los bienes integrados en el patrimonio fideicomitido están destinados a asegurar el cumplimiento de determinadas obligaciones, *concertadas o por concertarse*, a cargo del fideicomitente *o de un tercero*. El fideicomisario, en su calidad de acreedor puede requerir al fiduciario la ejecución o enajenación de acuerdo al procedimiento establecido en el acto constitutivo.[47]

Proponemos que se tome como punto de partida la primera definición presentada y se incorporen los puntos a los que hicimos énfasis en las restantes dos. De este modo se ilustra el proceso transaccional, incluyendo las figuras que lo componen. También introduce como obligaciones las concertadas o por concertarse. Por último, para crear mayor dinamismo a nuestra figura del fideicomiso de garantía, sugerimos incluir expresamente la posibilidad de que se pueda utilizar un mismo fideicomiso como garantía simultánea o sucesiva en diferentes obligaciones con uno o con distintos acreedores, según ocurre en México.[48]

B. Separación de bienes fideicomitidos

Según el Artículo 1233 del Código de Comercio de Colombia "[p]ara todos los efectos legales, los bienes fideicomitidos deberán mantenerse separados del resto del activo del fiduciario y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios, y forman un patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo".[49] Asimismo, en el Artículo 1238 de dicho Código de Comercio se establece que: "[l]os bienes objeto del negocio fiduciario no podrán ser perseguidos por los acreedores del fiduciante, a menos que sus acreencias sean anteriores a la constitución del

---

[47] Resolución SBS Núm. 1010-99, *supra* nota 30 (Perú). Énfasis suplido.

[48] L.G.T.O.C. Art. 397, *supra* nota 20 (Mex.):

> Cuando así se señale, un mismo fideicomiso podrá ser utilizado para garantizar simultánea o sucesivamente diferentes obligaciones que el fideicomitente contraiga, con un mismo o distintos acreedores, a cuyo efecto cada fideicomisario estará obligado a notificar a la institución fiduciaria que la obligación a su favor ha quedado extinguida, en cuyo caso quedarán sin efectos los derechos que respecto de él se derivan del fideicomiso. La notificación deberá entregarse mediante fedatario público a más tardar a los cinco días hábiles siguientes a la fecha en la que se reciba el pago.
>
> A partir del momento en que el fiduciario reciba la mencionada notificación, el fideicomitente podrá designar un nuevo fideicomisario o manifestar a la institución fiduciaria que se ha realizado el fin para el cual fue constituido el fideicomiso.
>
> El fideicomisario que no entregue oportunamente al fiduciario la notificación a que se refiere este artículo, resarcirá al fideicomitente los daños y perjuicios que con ello le ocasione.

[49] C.Com Art. 1233, *supra* nota 25 (Colombia).

mismo. Los acreedores del beneficiario solamente podrán perseguir los rendimientos que le reporten dichos bienes".[50]

Estas disposiciones quedaron mejor recogidas en la legislación Argentina, de la cual dimanan los incisos de nuestra propuesta en referencia al tema de la separación de bienes fideicomitidos. Estas disposiciones colocan los bienes fideicomitidos en una esfera individual, creando un patrimonio autónomo libre de las acreencias del fideicomitente, fiduciario o fideicomisario. De este modo, surgirá en nuestra jurisdicción una declaración expresa de patrimonio separado del fideicomiso, a diferencia de la ley venezolana, en la que no existe tal declaración y ha tenido que ser suplida mediante la aproximación de la doctrina jurisprudencial.

C. Definición de Dominio Fiduciario

En Perú, la Resolución Núm. 1010-99 del Superintendente de Banca y Seguros define el dominio fiduciario como:

> [E]l derecho de carácter temporal que otorga al fiduciario las facultades necesarias sobre el patrimonio fideicomitido, para el cumplimiento del fin o fines del fideicomiso, con las limitaciones establecidas en el acto constitutivo**...** 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.[51]

En Colombia, por su parte, el Artículo 1244 del Código de Comercio establece que "[s]erá ineficaz toda estipulación que disponga que el fiduciario adquirirá definitivamente, por causa del negocio fiduciario, el dominio de los bienes fideicomitidos".[52]

Recae en la figura del fiduciario ser el ejecutor de la garantía según lo disponga el fideicomitente en el acto constitutivo del fideicomiso. Éste podrá, incluso, tener las facultades para diseñar la garantía o porción de la garantía que será ejecutada a los fines de disolver la acreencia del deudor. También es posible que el fideicomitente le confiera la facultad al fiduciario para que éste asuma obligaciones sobre los bienes que integran el patrimonio fideicomitido. Alfredo Morales apunta hacia un posible cuestionamiento de la capacidad del fiduciario de constituir la garantía, al no poseer el dominio absoluto del bien. En jurisdicciones como la de Venezuela, por ejemplo, donde no ha sido definido legislativamente el concepto de dominio fiduciario, se "sobreentiende que se ha transferido un dominio fiduciario que se puede

---

[50] C. COM. 1238, *supra* nota 25 (Colombia).
[51] Resolución SBS Núm. 1010-99, *supra* nota 30 (Perú).
[52] C. COM. 1244, *supra* nota 25 (Colombia).

transformar en dominio absoluto, por la naturaleza propia del contrato de garantía".[53] En nuestra jurisdicción no tendría que ser conjeturada dicha capacidad, al poder aparecer definida legislativamente como en las jurisdicciones de Perú, Colombia y Argentina.

D. Fiduciario y beneficiario en una misma institución

Existen muchos países en Latinoamérica donde la superposición de las figuras de fiduciario y fideicomisario en una misma persona está expresamente prohibida. En otros países, como México y Brasil, se admite esta superposición. Otros países permiten la incorporación de ambas figuras sólo en los supuestos en que exista más de un fiduciario o beneficiario. El derecho mexicano ha reconocido instancias en las que se permite que ambas figuras recaigan en una misma institución:

> L.G.T.O.C. Art. 382: La institución fiduciaria podrá ser fideicomisaria en los fideicomisos que tengan por fin servir como instrumentos de pago de obligaciones incumplidas, en el caso de créditos otorgados por la propia institución para la realización de actividades empresariales. En este supuesto, las partes deberán convenir los términos y condiciones para dirimir posibles conflictos de intereses.[54]

> L.G.T.O.C. Art. 396: Las instituciones y sociedades mencionadas en el artículo anterior, podrán reunir la calidad de fiduciarias y fideicomisarias, tratándose de fideicomisos cuyo fin sea garantizar obligaciones a su favor. En este supuesto, las partes deberán convenir los términos y condiciones para dirimir posibles conflictos de intereses.[55]

En los Estados Unidos, el *Uniform Trust Code* establece que el fideicomiso se considerará constituido toda vez que la misma persona no sea el único fiduciario y el único beneficiario.[56] Con ello se permite la superposición cuando existe más de un fiduciario y beneficiario. En una revisión hecha en el año 2005, por el *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*, se omitió esta sección. En los comentarios a dicho cambio se expresó que esto surgió debido a que encontraron que algunos tribunales estaban haciendo una aplicación inapropiada del estatuto que invalidaba declaraciones unilaterales en las que el fideicomitente es el

---

[53] Morales Hernández, *supra* nota 24.
[54] L.G.T.O.C. Art. 382, supra nota 20 (Mex.).
[55] L.G.T.O.C. Art. 396, *supra* nota 20 (Mex.).
[56] U.T.C. § 402 (a)(5) (2000).

beneficiario durante su vida, pero otra persona es designada como beneficiario durante el período de duración remanente establecido en el fideicomiso. Según se desprende de lo discutido en la antedicha conferencia, esta doctrina es aplicable solamente si todos los beneficios son asignados a la misma persona, sea este el fideicomitente u otra persona.[57]

En Puerto Rico, nuestra legislación confiere la facultad a los bancos y a las Compañías de Fideicomisos para actuar como fiduciarios.[58] El Artículo 302 de la Ley de Compañías de Fideicomisos define a estas compañías como "una corporación del país formada con el objeto de tomar, aceptar y cumplir o ejecutar los fideicomisos que legalmente se le confíen, actuando, como fiduciaria en los casos prescritos por la ley".[59] Asimismo, la Ley de Bancos confiere a los bancos la facultad de "[t]omar, aceptar y cumplir o ejecutar toda clase de fideicomisos que legalmente se le confíen, actuando como fiduciario (*trustee*) en todos los casos prescritos por la Ley".[60]

Creemos necesario que exista en nuestra jurisdicción una regulación específica sobre la superposición de las figuras de fiduciario y fideicomisario en el fideicomiso de garantía. Nos inclinamos a que se permita esta superposición en el caso de entidades financieras autorizadas por el Comisionado de Instituciones Financieras, quien estará a cargo de regular esta materia mediante la facultad de crear reglamentos al respecto. Esto tendría el beneficio de agilizar la adaptación de la regulación a los cambios que surjan en el mundo de los negocios, además de delegar esta función a una agencia con mayor peritaje en el tema. También ayudaría a evitar el supuesto en que un acreedor, que no esté reglamentado como institución financiera, se dedique al lucro mediante ejecuciones, lo que claramente conlleva un conflicto de intereses.

Como hemos aclarado anteriormente, uno de los propósitos del mecanismo de fideicomiso de garantía para el consumidor es disminuir las tasas de intereses en sus deudas. Las instituciones financieras se benefician de un menor riesgo de incobrabilidad, lo que resulta en ahorros para el deudor. Dichas instituciones tampoco basan su lucro en la ejecución de garantías, sino en la ganancia mediante la diferencia en tasas de interés. El fideicomitente también contaría con acciones resarcitorias si estos fiduciarios incumplen con lo dispuesto en el contrato. Adicionalmente, el Comisionado de Instituciones Financieras ejercería una labor supervisora

---

[57] "The doctrine of merger is properly applicable only if all beneficial interests, both life interests and remainders are vested in the same person, whether in the settlor or someone else. An example of a trust to which the doctrine of merger would apply is a trust of which the settlor is sole trustee, sole beneficiary for life, and with the remainder payable to the settlor's probate estate." *Id.* a la § 402.

[58] Ley de Compañías de Fideicomisos, Ley Núm. 40 de 23 de abril de 1928, 7 LPRA §§ 301-503. Ley de Bancos de Puerto Rico, Ley Núm. 55 de 12 de mayo de 1933, 7 LPRA §§ 1-278.

[59] 7 LPRA § 302 .

[60] 7 LPRA § 111.

sobre las prácticas de estas instituciones, por lo que se cuentan con mecanismos de protección suficientes para permitir la superposición de las figuras de fiduciario y beneficiario en las instituciones que cualifiquen.

El riesgo de que exista un conflicto de intereses queda opacado en el caso del fideicomiso de garantía debido a que las facultades del fiduciario quedan limitadas a lo que disponga el fideicomitente en las cláusulas del contrato. Es decir, quien designa al fiduciario es el acreedor y éste tiene la potestad de definir cómo deberá actuar el fiduciario. Nuestra propuesta, además, impone, en el fiduciario, la responsabilidad de rendir cuentas al fideicomitente, pudiendo este último establecer en el contrato el modo en el que se llevará a cabo esta rendición de cuentas.

D. Regulación de empresas que actúen como fiduciarios

De nuestra búsqueda surge que la mayoría de los países consultados delega la regulación de las empresas que actúen como fiduciarias a agencias análogas a nuestro Comisionado de Instituciones Financieras.[61] En Puerto Rico contamos con la Ley de Bancos, que, como explicamos anteriormente, permite a los bancos fungir como fiduciarios. Al mismo tiempo, la mencionada ley faculta al Comisionado de Instituciones Financieras para ser el ente fiscalizador de estas instituciones. En nuestra legislación también contamos con la Ley de Compañías de Fideicomisos, que delega en el Secretario de Hacienda la facultad de autorizar y reglamentar la actividad de compañías de fideicomisos que no sean bancos. [62] Nuestra propuesta hace referencia expresa a estas dos leyes para la regulación de las empresas que actúen como fiduciarias, lo que sustenta la permisión expresa a la

---

[61] Resolución SBS 1010-99 (Perú): Las empresas de operaciones múltiples a que se refiere el inciso A del artículo 16 de la Ley General, las empresas de servicios fiduciarios, las empresas de seguros, las empresas de reaseguros y la Corporación Financiera de Desarrollo S.A. (COFIDE), pueden desempeñarse como fiduciarios de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 242 de la Ley General. Ver Resolución SBS Núm. 1010-99, *supra* nota 30.

Código de Comercio Art. 1226 (Colombia): Solo los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias, especialmente autorizados por la Superintendencia Bancaria, podrán tener la calidad de fiduciarios. Ver C. Com Art. 1226, *supra* nota 25 (Colombia).

L.G.T.O.C. Artículo 395 (México)**:** Sólo podrán actuar como fiduciarias de los fideicomisos que tengan como fin garantizar al fideicomisario el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago, previstos en esta Sección Segunda, las instituciones y sociedades siguientes: Instituciones de crédito; Instituciones de seguros; Instituciones de fianzas; Casas de bolsa; Sociedades financieras de objeto múltiple a que se refiere el artículo 87-B de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito; Almacenes generales de depósito, y Uniones de crédito. Ver L.G.T.O.C. Art. 395, *supra* nota 20 (Mex.).

[62] 7 LPRA § 301.

superposición de la figura del fiduciario y beneficiario que proponemos en el caso de compañías de fideicomisos e instituciones financieras.

E. Aspectos contractuales

Nuestra propuesta toma prestada la mayoría de los requisitos contractuales de la Resolución Núm. 1010-99 del Superintendente de Banca y Seguros de Perú[63] y del Artículo 399 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de México.[64] Estos incluyen como mínimo, aspectos indispensables para la constitución del fideicomiso de garantía, como por ejemplo: (i) identificación de los bienes que formarán parte del patrimonio fideicomitido; (ii) determinación de las obligaciones que serán garantizadas con el patrimonio fideicomitido (aclarando que existe la opción de utilizar un mismo fideicomiso como garantía simultánea o sucesiva en diferentes obligaciones con uno o con distintos acreedores); (iii) el procedimiento que se aplicará en la enajenación de los bienes que integran el patrimonio fideicomitido de ocurrir el incumplimiento de las obligaciones; (iv) el monto de dicho patrimonio que estará destinado para garantizar el cumplimiento de obligaciones; (v) la forma en que se valorará el patrimonio fideicomitido previo a su enajenación; y (vi) el criterio a utilizarse para la selección de los bienes a ser enajenados para cumplir con la obligación en caso de patrimonios con múltiples bienes.

F. Términos en los que se revisará el contrato en caso de aumento de valor del patrimonio fideicomitido

Por otro lado, proponemos que se permita que las partes puedan pactar los términos en los cuales se revisará el contrato en caso que el patrimonio fideicomitido aumente de valor. En este supuesto, las partes podrán pactar para una disminución del porcentaje o monto del patrimonio fideicomitido que estará destinado para respaldar el cumplimiento de las obligaciones. Esta facultad puede dar lugar a que el desplazamiento del monto del patrimonio que estará destinado para respaldar la obligación permita que se puedan garantizar otras obligaciones sucesivas.

G. Solemnidades

Proponemos, asimismo, que sea requisito que el contrato que da lugar a un fideicomiso de garantía sea por escrito. En los casos de patrimonios que incluyan propiedades inmuebles, será requisito que el negocio conste en escritura pública; en el caso de patrimonios con bienes muebles, bastará con

---

[63] Resolución SBS Núm. 1010-99, *supra* nota 30 (Perú).
[64] L.G.T.O.C. Art. 399, *supra* nota 20 (Mex.).

un documento privado. El incumplimiento con las formalidades mínimas antes descritas dará lugar a la nulidad del fideicomiso de garantía.

H. Constitución de fideicomiso con propiedad que no ha sido adquirida por el fiduciante

Como mencionáramos anteriormente, el Capítulo 4 del título 55 del Código de Virginia contiene extensa regulación de forma para las escrituras de propiedad inmueble.[65] De especial importancia nos pareció la sección 55-52, para el traspaso o cesión de propiedad de la que no se es dueño, pero que se adquiere posteriormente.[66] Basados en dicha disposición proponemos un artículo que leería como sigue:

> Cuando el fideicomiso sea constituido mediante escritura pública y se describa en los bienes que formarán parte del patrimonio fideicomitido un bien mueble o inmueble, con certeza razonable, de cuyo bien el fideicomitente no sea dueño al momento de constitución del fideicomiso, pero que posteriormente adquiera; dicho fideicomiso surtirá efecto como si el fideicomitente hubiera sido dueño del bien al momento de que se otorgara la escritura pública.

Con este artículo pretendemos facilitar la creación de fideicomisos de garantías en situaciones en las que, por ejemplo, el bien que se pretende comprar será financiado mediante una obligación a ser garantizada con la propiedad que se compre.

I. Protección frente a terceros

Según se desprende de nuestra investigación, no existe un deber jurídico de inscribir los fideicomisos de bienes inmuebles en el Registro de la Propiedad en ninguna de las jurisdicciones estudiadas. En nuestra propuesta tampoco quisimos que el acto de inscripción fuera constitutivo en el caso del fideicomiso de garantía con bienes inmuebles, como es el caso con el derecho de hipoteca. No obstante, el principio de fe pública registral permite que el titular de un derecho real pueda gozar de protección frente al tercero registral si inscribe su derecho. La publicidad registral le otorgaría legitimación registral al fideicomiso de garantía y protegería de terceros

---

[65] Va Code Ann. §55-52 (1958).

[66] *Id*. Conveyance of property not owned but subsequently acquired. - When a deed purports to convey property, real or personal, describing it with reasonable certainty, which the grantor does not own at the time of the execution of the deed, but subsequently acquires, such deed shall, as between the parties thereto, have the same effect as if the title which the grantor subsequently acquires were vested in him at the time of the execution of such deed and thereby conveyed.

registrales que de buena fe adquieran la propiedad fideicomitida. Estos últimos prevalecerían sobre el acreedor de la deuda garantizada por el fideicomiso si adquieren la propiedad de buena fe y el fideicomiso no aparece inscrito en los asientos del Registro.

En el caso de los fideicomisos de garantía con patrimonio compuesto por bienes muebles, sugerimos la creación de un Registro de Fideicomisos de Garantía con Bienes Muebles para crear protección frente a terceros. Al igual que en el caso del fideicomiso inscribible en el Registro de la Propiedad, no existiría un deber jurídico de inscribir los fideicomisos de bienes inmuebles, ni su inscripción sería constitutiva. Las protecciones en el propuesto Registro de Fideicomisos de Garantía con Bienes Muebles operarían de igual modo que opera el principio de fe pública registral y protección del tercero registral en el Registro de la Propiedad. En Puerto Rico el Registro Mercantil es bastante parecido al registro de fideicomisos que proponemos. Este Registro ha caído en desuso y prácticamente está inoperante en nuestra jurisdicción. No obstante, no vemos por qué no pueda crearse este Registro de Fideicomisos de Garantía con Bienes Muebles de forma eficiente, efectiva y a bajo costo con las herramientas que contamos hoy para la digitalización de los registros.

J. Otras consideraciones y posibles controversias de derecho

La figura del fideicomiso no ha sido inmune a la controversia entre los juristas. En la literatura se encuentran numerosos debates que en la mayoría de los casos han sido superados, pero que vale la pena explorar. Entre los más importantes se encuentran:

K. La prohibición del pacto comisorio y el fideicomiso

Como hemos explicado anteriormente, los bienes fideicomitidos existen en un patrimonio paralelo al del fiduciario. Por lo tanto, bajo un supuesto de incumplimiento, el acreedor no puede apropiarse del bien. Sin embargo, algunos juristas se han opuesto a la implementación del fideicomiso de garantía basándose erróneamente en que la figura autoriza los pactos comisorios.

El caso de Colombia es ilustrativo de este debate que finalmente se resolvió a favor del fideicomiso de garantía en los años ochenta. En Colombia, el fideicomiso de garantía fue considerado como ilícito por la Superintendencia Bancaria. Sus argumentos giraron en torno a que la ejecución iba contra del derecho de defensa del deudor y que estaba en contra de la prohibición de pacto comisorio.[67] Estas objeciones fueron

[67] SERGIO RODRÍGUEZ AZUERO, NEGOCIOS FIDUCIARIOS, SU SIGNIFICACIÓN EN AMÉRICA LATINA 464-69, (1era ed., Legis, Bogotá 2005).

rechazadas por la doctrina colombiana, ya que la ejecución de los bienes fideicomitidos proviene y se hace acorde a las instrucciones dadas por el deudor/fideicomitente expresamente en el contrato. Éste realiza una decisión informada sobre su patrimonio, la cual es vinculante, sin dar cabida al tema de defensa.[68]

Ante el argumento de que el problema radicaba en que el bien del deudor se sacaba a remate, como lo haría un juez y sin audiencia del demandado, se respondió que el argumento es un sofisma porque el fiduciario no es, ni puede fungir, como juez para calificar el incumplimiento de una obligación y proceder por ende a ordenar la venta del bien en pública subasta; si así actúa el fiduciario es porque el mismo deudor lo ha instruido irrevocablemente. Con respecto al alegato de pacto comisorio, la doctrina observó que es el deudor quien ha dado instrucciones al fiduciario de entregar el bien al acreedor.[69] Finalmente, en 1981, "las objeciones que hacía la Superintendencia Bancaria colombiana fueron retiradas y… la legitimidad del fideicomiso de garantía fue incorporado a normas específicas".[70]

L. Transmisión de pleno dominio a través de un dominio imperfecto

Uno de los postulados del derecho es que no se puede transmitir un derecho que uno no posee. Bajo el fideicomiso de garantía, sin embargo este postulado parece encontrar una excepción. Como es sabido, a través de un contrato de fideicomiso, un fiduciario recibe un bien con un propósito específico: retener su título hasta la extinción de una obligación pecuniaria y le habilita para llevar a cabo acciones en protección de la propiedad. Su dominio, sin embargo, es uno de carácter limitado y denominado dominio fiduciario. Este tipo de dominio le prohíbe usar la propiedad, ingresarla a su patrimonio o enajenarla sin primero cumplir con los requisitos del contrato de fideicomiso. En el caso una realización del valor de los bienes fideicomitidos, el fiduciario tiene la capacidad de transmitir un pleno dominio a un nuevo titular.

M. Nulidad por lesión (desproporción de las contraprestaciones)

Este tema proviene de una antigua doctrina[71] diseñada para proteger al deudor frente a acreedores poderosos e inescrupulosos que pudiesen

---

[68] *Id.,* en las págs. 468-69.
[69] *Id*., en las págs. 468-72.
[70] *Id*., en las págs. 472-75.
[71] En la doctrina del derecho comparado, la figura de la lesión ha surgido de un proceso secular de decantamiento que logró atemperar su significado y sus alcances. Desde hace 1500 años, el *Corpus Iuris Civilis* preveía absolutamente como natural la existencia de cierto lucro al contratar: "[...] al comprar y vender se admite como natural el comprar en menos lo que vale más, o vender en más lo que vale menos, y aprovecharse así de la otra parte (*Dig.*

aprovecharse del diferencial de poder en la negociación de un contrato para abusar del patrimonio del mismo. Dicha prohibición ha evolucionado a través de los años y se ha ido atemperando y, en algunas jurisdicciones, hasta eliminado del todo. Cualquier lesión se maneja caso a caso en los tribunales y se evalúa bajo los principios generales de los contratos y la equidad. En Argentina, sin embargo, la protección al deudor fue encapsulada en su Artículo 954 del Código Civil el cual lee:

> También podrá demandarse la nulidad o la modificación de los actos jurídicos cuando una de las partes explotando la necesidad, ligereza o inexperiencia de la otra, obtuviera por medio de ellos una ventaja evidentemente desproporcionada y sin justificación. Se presume, salvo prueba en contrario, que existe tal explotación en caso de notable desproporción en las prestaciones.[72]

Algunos juristas, entre ellos Leopoldo Peralta Mariscal, sostienen que el negocio jurídico que representa el fideicomiso de garantía es uno "ilícito" desde el principio por adolecer del vicio de lesión prohibido por el Art. 954.[73] De otro ángulo, nos dice Rodríguez-Azuero:

> Esta modalidad del fideicomiso mereció en sus orígenes algunos reparos por estimarse que se convertía en un mecanismo para que el acreedor se apoderara del bien recibido en garantía; se colocara al fiduciario en trance de ejercitar funciones jurisdiccionales y, por último, se privara al deudor del ejercicio legítimo del derecho de defensa. Sin embargo, . . . la figura se acepta hoy de manera pacífica con argumentos que, en términos generales, serían aplicables en otras latitudes, porque se ha hecho notar que no es una situación de controversia la que debe ser juzgada por el fiduciario, sino la simple circunstancia de hecho de que, en una cierta fecha, no se haya producido un pago. No hay pues en la gestión que debe cumplir el fiduciario ningún campo para la calificación subjetiva sobre la conducta de las partes sino simple y llanamente, sobre la circunstancia de no haberse realizado el pago. Pero, además, no se

---

19.2.22)". Imaginando las dificultades y los abusos a que esto podía dar lugar, se regulaba la figura de la *laesio enormis* (es decir, un daño excesivo que superaba más de dos veces el precio real del objeto: *Cod*. 4.44.2, 4.44.8). José Antonio Márquez González, *Los principios generales de los contratos*, Letras Jurídicas, julio a diciembre 2004. *Véase* http://www.letrasjuridicas.com/Volumen10.html (última visita 23 de abril de 2011).

[72] Código Civil [Cód. Civ.] Art. 954 (Arg.).

[73] L. PERALTA MARISCAL, ANÁLISIS ECONÓMICO DEL FIDEICOMISO DE GARANTÍA. NUEVAS REFLEXIONES SOBRE SU ILICITUD, La Ley 2001-E, 1025. *Véase* http://www.quiebras-concursos.com.ar/?q=node/3 (última visita 23 de abril de 2011).

> trata de que el acreedor disponga por sí y ante si [sic] del bien recibido en garantía sino que tal bien ha sido transferido previamente por parte del deudor al fiduciario, en forma deliberada y consciente, encomendándole una determinada gestión que puede traducirse, seguramente, en la venta del bien y en el pago al acreedor, pero incluso, al cumplimiento de otras finalidades, si la suma lo permite. Y por último, no parece que haya propiamente una privación del derecho de defensa si se advierte que la renuncia anticipada a controvertir cualquier circunstancia accesoria tiene un contenido eminentemente patrimonial y dispositivo, como el que estaría implícito en un acuerdo transaccional que tal cosa previere.[74]

Innegablemente existe la posibilidad de abuso de parte de las personas. No por esto se puede detener el desarrollo de una figura jurídica. De igual manera se puede violentar la buena fe bajo cualquier garantía y existen remedios judiciales. En todo caso, los argumentos presentados por Peralta Mariscal sirven de advertencia para las entidades que regularán a los fiduciarios en Puerto Rico.

N. Estándar de diligencia con el cual se debe medir al fiduciario de un fideicomiso de garantía

El ordenamiento jurídico de Puerto Rico provee como estándar de diligencia al buen padre de familia al establecer que "[e]l obligado a dar alguna cosa lo está también a conservarla con la diligencia propia de un buen padre de familia".[75] El Tribunal Supremo de Puerto Rico al interpretar esta figura en *American Sec. Ins. Co. v. Ocasio*, la ha coloreado a grandes trazos estableciendo que el nivel de diligencia esperada variará caso a caso pero que dicho nivel "deber[á] ser [el] que hubiera tomado una persona tipo medio o normal diligente…".[76]

La figura del fiduciario, sin embargo, exige un estándar más alto que el del buen padre de familia. Esto, por ser una figura que será llevada a la vida por individuos técnicamente especializados que se desenvolverán en transacciones financieras sofisticadas. El no exigir este estándar más alto tendría el efecto de negarle al fiduciante-deudor y al beneficiario-acreedor de una herramienta que les permite exigirle a su fiduciario un grado de diligencia adecuada para la tarea que se le contrató. En fin, sería darle una carta blanca para llevar a cabo transacciones negligentes sin un verdadero riesgo de tener que responder por sus actuaciones.

En otras jurisdicciones latinoamericanas, como Uruguay, existe un estándar que pudiera suplir la ausencia de una figura más apropiada para los

---

[74] Sergio Rodríguez-Azuero, *El fideicomiso mercantil contemporáneo*, 70 ICADE: Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales 7-55 (2007).
[75] 31 LPRA § 3011.
[76] *American Sec. Ins. Co. v. Ocasio*, 102 DPR 166 (1974).

fideicomisos de garantía. Se denomina el buen hombre de negocios. Esta figura, presente en la Ley 16.060 de Sociedades Comerciales de Uruguay[77], exige un cierto trasfondo profesional al hombre de negocios ya que el estándar de diligencia y lealtad contra el cual se comparará su desenvolvimiento dependerá de la naturaleza del negocio en que se desempeñe. Para una apreciación correcta de la figura será esencial el correcto entendimiento de las funciones de un fiduciario dentro de su particular industria. Así, por ejemplo, al administrador de un fondo mutuo no se le podrá evaluar con la misma vara con la que se evalúa al fiduciario de un fideicomiso de garantía que reemplaza una hipoteca.

Es nuestro entendimiento que se debería importar e implementar esta figura ya existente en otros países civilistas como parte de una nueva ley de fideicomisos.

IX. CONCLUSIÓN

El comercio es la fuerza motriz de una economía. Por ende, aumentar la eficiencia transaccional del tráfico jurídico-comercial debe ser el norte de un gobierno de vanguardia. Al fin y al cabo, lo que se busca es que el capital fluya libremente por la economía y genere crecimiento económico y, consecuentemente, una reducción de la dependencia en el sistema de beneficencia gubernamental. Esta visión hace natural la incorporación del fideicomiso de garantía, una figura con una larga historia fuera de nuestra jurisdicción, al grupo de herramientas disponibles para los acreedores a la hora de asegurar el pago de sus créditos.

El fideicomiso de garantía, gracias a su diseño, promete reducir significativamente los costos asociados a la realización de las garantías en comparación con las garantías tradicionales reconocidas por el ordenamiento jurídico puertorriqueño. Esto, a su vez, se traduciría en un aumento en el capital disponible a los acreedores para ofrecer préstamos y en una reducción en los costos de financiamiento a los consumidores. Gracias a su diseño, también, se reduciría importantemente el número de pleitos relacionados a ejecuciones de hipoteca, prenda y otras garantías tradicionales. En fin, ganan tanto los acreedores como los propios deudores y el gobierno.

La amplia experiencia de otras jurisdicciones con esta figura deber servir de aliciente para su implementación en Puerto Rico. Nuestra propuesta para la introducción y reglamentación del fideicomiso de garantía ha examinado la normativa positiva y la crítica de un importante número de jurisdicciones, tanto de tradición civilista como del derecho común, con el fin

[77] Ley Núm. 16.060 de 1 de noviembre de 1989, Sociedades Comerciales, Diario Oficial Núm. 22977 [D.O.], 1 de noviembre 1989 (Uruguay).

de proponer un articulado de ley que le dé vida a la figura de la manera más eficiente, coherente y completa posible. Nuestra propuesta pretende también servir de guía para todo tipo de usuario de la ley con la intención que el fideicomiso de garantía se convierta en una parte integral de la economía de la manera más eficiente posible.

Con un poco de suerte y mucho trabajo, esperamos escuchar, en un futuro cercano, las primeras pautas publicitarias anunciando ofertas de fideicomisos de garantía a tasas por debajo de los intereses prestatarios prevalecientes al presente.