

El contrato de Fideicomiso Bancario como fuente de obligación mercantil

The Banking Trust Agreement as a source of commercial obligation

José Guillermo Trovato Fleitas¹

Recibido: 04/05/2017

Aceptado: 13/06/2017

RESUMEN : Este tipo de contrato mercantil, específicamente legislado en la Ley No. 921/96 de Negocio Fiduciarios y denominado “Fideicomiso Bancario” en el hablar coloquial de los operadores mercantiles, es de aplicación y consenso cada vez más frecuente a las partes intervinientes; en razón a la necesaria evolución que tuvieron las interacciones comerciales con el paso de los tiempos y los nuevos factores de incidencia en las operaciones financieras y de comercio. El objetivo medular de esta labor investigativa con la metodología de revisión bibliográfica y legislativa es el análisis y exposición de los elementos de este tipo de contratos y consecuentemente poder inmiscuir al lector en la normativa legal aplicable para el mismo, pueda operativizar y congeniar con esta figura legal de gran auge en la actualidad. De esta manera se observó que la figura del Fideicomiso Bancario es de bastante flexibilidad ya que esta direccionada a varios objetivos y resulta un poco llamativo que si bien ya se encontraba regulada en forma parcial; la misma no tuvo la suficiente integridad para despertar el interés de operadores mercantiles en emplearla. La circunstancia mencionada tal vez se deba a la falta de jurisprudencia o antecedentes en el uso de la misma, pero en estos días ya posee muchas operaciones de este tipo en plena vigencia y ejecución, es decir; solo es cuestión que el tiempo transcurra para que sea utilizada más frecuentemente.

Palabras clave: Fideicomiso bancario, fiduciante, fiduciario.

ABSTRACT: This kind of contract, specifically legislated in the Law No. 921/96 of Fiduciary Business and denominated by commercial operators like "Banking Trust" in their colloquial

¹ Profesor de Derecho Mercantil II de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Asunción, Filial Benjamín Aceval. Especialista en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional de Asunción. Diplomado en Derecho Civil y Comercial por la Universidad de Asunción. Email: trovatojose@gmail.com

speech, is applied and agreed more frequently between the parties involved, all this is due to the evolution of trade interactions over time and the new incidence's factors in financial and trading operations. The main objectives of this work, carried out with the methodology of bibliographical and legislative review, are to analyze and expose the elements of this kind of contracts and consequently to intrude to the reader into the applicable legal regulations for it to operate and get on with this legal figure which has experienced a huge boom in recent years. In this way it was observed that the figure of the Banking Trust is quite flexible and is aimed at several objectives and it is a little striking that although it is already partially regulated, it didn't have sufficient integrity to arouse interest of commercial operators in using it. This circumstance may be due to the lack of jurisprudence or antecedents in the use of the banking trust, but currently already has many operations in full force and execution, in other words; it is simply a matter of time for be use more frequently.

Key words: Bank trust, trustor, fiduciary

INTRODUCCIÓN

El contrato de fideicomiso es un tipo de fuente de obligación bilateral y consensual es de uso frecuente y creciente en la actualidad; debido al gran dinamismo que fue desarrollando las relaciones comerciales y en forma consecuente el derecho tuvo que evolucionar a la par y reglar convenientemente las mismas.

En este trabajo de investigación se analizará exponiendo los factores y elementos que constituyen el *contrato de fideicomiso bancario* como fuente de obligación mercantil actual para las relaciones comerciales que surgen entre las entidades financieras y los particulares, este tipo de contrato se encuentra legislado y autorizado expresamente por la *Ley No.861/96 General de Bancos, Financieras y Otras Entidades de Crédito* primeramente y posteriormente en la *Ley No 921/96 de Negocios Fiduciarios*.

Esta última normativa posee la siguiente estructura: 8 capítulos y 45 artículos. El primer capítulo trata las disposiciones generales impregnables a los negocios fiduciarios, el capítulo segundo regula las disposiciones especiales. Los capítulos tercero, cuarto, quinto hacen

referencia a las partes interviniente (fideicomitente, fiduciante, fiduciario y beneficiario). El capítulo sexto normativiza los factores a tener en cuenta en forma obligatoria para la contabilidad. El capítulo séptimo se encarga de la normativa fiscal estatal y el último capítulo, el octavo hace mención a las normas que se hacen de complemento y consonancia con este tipo de contrato.

Es deseo de este investigador que el trabajo sea de provecho para el lector y que el mismo pueda nutrirse de conocimiento y especialidad con este tipo de contrato mercantil de gran aceptación en las relaciones comerciales de nuestros días.

DESARROLLO

Fideicomiso. Génesis

Es conveniente señalar que la Fiducia constituye una mezcla de varios sistemas jurídicos y entre ellos podemos mencionar a la fiducia romana, el salman o treuhand del derecho germánico, el trust propio del derecho anglosajón y los consecuentes usos y aplicaciones del mismo en Latinoamérica.

Fideicomiso como tiene origen romano, proviene según su etimología del latín “fideicommissum”, y desmembrando este vocablo tenemos “fides” es la confianza y “committere” es comisionar (Torres Kimrser, Ríos Ávalos, & Moreno Rodríguez, 1999).

En los primeros tiempos del uso de esta figura jurídica se la regularizo para poder hacer más fácil las disposiciones de última voluntad; a fin de que los peregrinos o aquellos que por causas exógenas no pudieren hacer el correspondiente testamento en roma. En este orden de ideas, también se lo utilizo para destinar los bienes de actos sucesorios a las personas que estaban imposibilitadas por la misma ley para ser constituidos herederos, pero aun así ante esta circunstancia, las mismas debían ser abonadas por el servicio propio realizado en favor de los testadores.

Con el paso del tiempo apareció el *pactum fiduciae*, que era en si una cesión fiduciaria entre vivo, adquiriendo de esta forma pacto las cualidades y obligaciones de los contratos. Se utilizaba en forma no frecuente como garantía de un crédito, porque la propiedad del bien pasaba al acreedor, y cancelado el crédito el acreedor estaba obligado a transferir nuevamente la propiedad del bien garante del crédito al deudor o a quien este designare. Posteriormente surgió el *pactum cum amico* que se trataba de un negocio que involucra a tres sujetos: El Fiduciante (transmite el bien), el Fiduciario (destinatario del bien) y el Fideicomisario (Beneficiaria de la Transmisión) (Trovato Fleitas, 2012).

Como es sabido, antes de la entrada en vigencia de nuestro Código Civil Actual, todas las relaciones civiles y comerciales se regulaban con el Código de Vélez hasta el año 1986, y en el Art. 2662 este pareciera ser que hace una mención débil al Negocio Fiduciario entre vivos al establecer que el *Dominio Fiduciario es que se adquiere en fideicomiso singular, subordinando a durar solamente hasta el cumplimiento de una condición resolutive, o hasta el vencimiento de un plazo resolutive, para el efecto de restituir la cosa a un tercero.*, la opinión de varios juristas argentinos es que este enunciado solo se trata de negocio por encargo; es decir un MANDATO, Empero; si por algún motivo no se dejara saber la nominación de la otra persona, se trataría de una **simulación**; calificación dada por varios juristas paraguayos en materia de contratos mercantiles.

De esta circunstancia entonces se deduce que el fiduciario no tiene todas las facultades de propietario inherente al bien dado en fideicomiso, sino que el bien es transmitido a la entidad financiera conjuntamente con un mandato en confianza y de buena fe, es por ello que las entidades no pueden sumar a sus activos disponibles los bienes dados para el negocio; por lo que es menester gestionar una contabilidad independiente por cada negocio fiduciario concretado.

En el código civil paraguayo, Ley No.1183/85 se puede enmarcar dentro de la **Simulación** que dentro nuestro de derecho positivo no está reprobada siempre que no cause gravamen,

conculque o perjudique a nadie o tenga un fin ilícito. La simulación de los actos jurídicos se encuentra reglamentada en el Libro Segundo, Título 1, Capítulo 2, Sección 3, Arts. 305/310.

Conceptualización y Definición

Varios son los *Conceptos* que hacen expresa referencia al fideicomiso bancario y aquí se citarán algunos con referencia a legislaciones comparadas y de algunos autores.

En Venezuela el Fideicomiso *es una relación jurídica por la cual una persona llamada fideicomitente transfiere uno o más bienes a otra persona llamada fiduciario, quién se obliga a utilizarlo en favor de aquel o de un tercero beneficiario*. Es dable mencionar que esta conceptualización es muy usada por la mayoría de los operadores financieros y mercantiles (Torres Kimrser, Ríos Ávalos, & Moreno Rodríguez, 1999).

En México el Fideicomiso se da en virtud al fideicomitente que destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendado la realización de ese fin a una institución (Torres Kimrser, Ríos Ávalos, & Moreno Rodríguez, 1999).

Para los juristas y autores como Villegas y Carregal el Fideicomiso “es aquel por el cual una persona recibe de otra un encargo respecto de un bien determinado cuya propiedad transfiere a título de confianza, para el cumplimiento de un plazo o condición que le dé el destino convenido” (Spota & Leiva Fernandez, 2009).

El autor Farina (1993) entiende el contrato de Fideicomiso como aquel por el cual una parte (fiduciario) recibe de la otra (fideicomitente o fiduciario) un encargo respecto a un bien determinado, cuya propiedad de este último se obliga a transferirle a título de confianza para que el Fiduciario, sujeto a un plazo o condición, le dé el destino convenido.

Para el jurista Lorenzetti (2004) teniendo en cuenta la definición Legal, señala como elementos típicos: 1. Una parte obligacional activa que es el sujeto que constituye el fideicomiso. 2. Una parte obligacional pasiva que es el obligado a administrar el fideicomiso y

que se denomina fiduciario. 3. La obligación de transmitir al fiduciario el dominio de los bienes sujeto a plazo o condición. 4. Un beneficiario de las ganancias que surgen de la administración del fideicomiso. 5. Una obligación a cargo del fiduciario de transmitir el dominio del bien luego del cumplimiento de una condición o un plazo. 6. Un destinatario final de los bienes, que es el fideicomisario.

En lo que respecta a la **definición** del negocio fiduciario, no puede apartarse de lo que expresamente establece la Ley No. 921/96 de Paraguay, en el Art.1 al definir en los siguientes términos:

“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 aquella misma o de un tercero llamado fideicomisario o beneficiario (Paraguay, 1996)”.

La mencionada normativa hace la siguiente aclaración con respecto a la transmisión de la propiedad de los bienes dados en fideicomiso *“El negocio fiduciario que conlleve la transferencia de la propiedad de los bienes fideicomitidos se denominará **fideicomiso**; en caso contrario, se denominará **encargo fiduciario**”*.

Sujetos del Fideicomiso. Partes Intervinientes.

La banca matriz del Estado, es decir el Banco Central del Paraguay a través de la Resolución No. 2 de fecha 24 de octubre de 1997 ha regimentado la fiducia (FIDUCIARIO) para poder darle una operatividad legal y buscando así saldar todos los puntos no afectados en reglamentación.

En el régimen citado en el párrafo anterior señala en su Art.1 como **sujetos a los Bancos, Las Financieras y sus sociedades filiales debidamente constituidas.**

Para que una empresa fiduciaria pueda operar debe reunir los siguientes requisitos:

1. Constituirse bajo la forma de **sociedades anónimas** que tengan por objeto social exclusivo la celebración, en calidad de fiduciarios, de negocios fiduciarios;
2. Disponer de un **capital integrado** igual, como mínimo, al exigido para la constitución de una empresa financiera; y
3. Disponer de una **infraestructura técnica, administrativa y humana** suficiente para cumplir adecuadamente con la administración y manejo de los bienes fideicomitidos, de acuerdo con lo que sobre el particular establezca el Banco Central del Paraguay mediante normas de carácter general.

En este orden de ideas cabe destacar que en este tipo de contrato se celebra con **dos partes; el fiduciante y el fiduciario**, pero también interviene otro sujeto que no adquiere calidad de parte en el contrato pero si es interviniente (**el beneficiario o fideicomisario**), es tercero en la relación contractual. Seguidamente me referiré a cada una de las partes y sujetos intervinientes.

Fiduciante, Fideicomitente o Constituyente: es la persona que traslada la propiedad del bien y le otorga un mandato de cumplimiento de un deber al fiduciario. Se trata de quien establece el fideicomiso por ley, contrato o disposición testamentaria (Torres Kimrser, Ríos Ávalos, & Moreno Rodríguez, 1999).

Conforme al Art. 16 de la Ley 921/96 los fideicomitentes deben reunir los siguientes requisitos:

1. Las personas, físicas o jurídicas, que tengan la capacidad necesaria para hacer la afectación de bienes que implica la celebración del negocio fiduciario;

2. Las autoridades judiciales o administrativas competentes, cuando se trate de bienes cuya guarda, conservación, administración, liquidación, reparto o enajenación les corresponda a ellas o a las personas que designen para el efecto.

Fiduciario: Se trata de la entidad financiera contralada por la Superintendencia de Bancos con capacidad legal conferida por ley para aceptar bienes afectados en contrato de fideicomiso y darles el fin pactado con el constituyente (Torres Kimrser, Ríos Ávalos, & Moreno Rodríguez, 1999).

El fiduciario está obligado a contar con capacidad suficiente para adquirir los bienes o derechos materia del fideicomiso, conforme es regido por los principios generales, pudiendo actuar con un amplio margen de libertad contractual y consiguiente actuación en tanto no choquen con las disposiciones normativas del Banco Central Del Paraguay.

La Figura del Fiduciario se encuentra ampliamente reglamentada en la ley 921/96, y seguidamente se transcribe algunos enunciados normativos:

Artículo 19.- FIDUCIARIO: Solamente podrán tener la calidad de fiduciarios los bancos y empresas financieras y las empresas fiduciarias especialmente autorizadas por el Banco Central del Paraguay, conforme a lo dispuesto en esta ley.

En ningún caso el fiduciario podrá reunir la calidad de fideicomitente o de beneficiario en un negocio fiduciario.

Artículo 20.- NEGOCIOS FIDUCIARIOS DE LOS BANCOS Y EMPRESAS FINANCIERAS: Los bancos y las empresas financieras podrán celebrar negocios fiduciarios con sujeción a la reglamentación al efecto expedida por el Banco Central del Paraguay.

El Banco Central del Paraguay podrá exigir la integración de un capital adicional como garantía de la correcta administración y manejo de los bienes fideicomitidos, el cual estará representado en las inversiones o activos que éste autorice mediante normas de carácter general y que, además, deberá contabilizarse separadamente conforme a las instrucciones que imparta.

Artículo 21.- SUPERVISION Y CONTROL DE LAS EMPRESAS FIDUCIARIAS: Las empresas fiduciarias cuya creación se autorice tendrán el carácter de instituciones financieras

de servicios auxiliares de crédito y estarán sujetas a la supervisión y vigilancia de la Superintendencia de Bancos, las cuales se ejercerán, en lo pertinente, conforme a las normas de la Ley General de Bancos y Otras Entidades Financieras y sus modificaciones.

Artículo 22.- REQUISITOS PARA LA AUTORIZACION DE EMPRESAS FIDUCIARIAS:

A los efectos de obtener la autorización para funcionar, las empresas fiduciarias deberán acreditar, como mínimo, el cumplimiento de los siguientes requisitos especiales:

1. Constituirse bajo la forma de sociedades anónimas que tengan por objeto social exclusivo la celebración, en calidad de fiduciarios, de negocios fiduciarios;
2. Disponer de un capital integrado igual, como mínimo, al exigido para la constitución de una empresa financiera; y
3. Disponer de una infraestructura técnica, administrativa y humana suficiente para cumplir adecuadamente con la administración y manejo de los bienes fideicomitidos, de acuerdo con lo que sobre el particular establezca el Banco Central del Paraguay mediante normas de carácter general.

Artículo 23.- PLURALIDAD DE FIDUCIARIOS: Cuando el fideicomitente designe uno o más fiduciarios para que de manera sucesiva ejecuten el negocio fiduciario, el fiduciario saliente le rendirá cuentas comprobadas de su gestión y le entregará copia de los documentos sustentatorios al fiduciario sustituto, quien deberá acusar recibo y emitir dictamen de su conformidad o inconformidad, sin perjuicio de la facultad del fideicomitente de objetar dicha rendición de cuentas.

Si el fideicomitente o el fiduciario sustituto, según el caso, objetan la rendición de cuentas presentada por el fiduciario saliente, éste continuará en el ejercicio de sus funciones hasta que la controversia se solucione judicial o extrajudicialmente.

Quien sea designado fiduciario sustituto deberá formalizar su aceptación mediante comunicación escrita dirigida al fideicomitente y al fiduciario inicial, con firma certificada por escribano público, que se adjuntará al documento de constitución del negocio fiduciario.

El fiduciario sustituto no responderá por las actuaciones del fiduciario saliente, salvo que las encubra de mala fe o que no adopte oportunamente las medidas correctivas que el caso amerite.

Artículo 24.- FACULTADES Y DERECHOS DEL FIDUCIARIO: Sin perjuicio de lo dispuesto en el acto constitutivo del negocio fiduciario, el fiduciario tendrá las siguientes facultades y derechos:

1. Celebrar y ejecutar todos los actos y contratos que sean indispensables para el cumplimiento de la finalidad señalada por el fideicomitente en acto constitutivo;
2. Administrar, libremente y con sujeción a la finalidad señalada en el acto constitutivo, los bienes fideicomitidos, pudiendo mudar su forma aunque conservando su integridad y valor, salvo que el fideicomitente al momento de la celebración del negocio se haya reservado algunos derechos para ejercerlos directamente sobre los mismos;
3. Percibir la remuneración pactada con el fideicomitente, en las condiciones, monto y forma previstos en el acto constitutivo del negocio fiduciario;
4. Obtener el pago de las compensaciones estipuladas a su favor en el acto constitutivo del negocio fiduciario, así como el reembolso de los gastos razonables efectuados para el cumplimiento de la finalidad del mismo;
5. Renunciar a su gestión por los motivos expresamente señalados en el contrato y, en su defecto, en esta Ley; y
6. Los demás que establezca la ley.

Artículo 25.- OBLIGACIONES Y DEBERES INDELEGABLES DEL FIDUCIARIO: Además de lo previsto en el acto constitutivo del negocio fiduciario, son obligaciones y deberes indelegables del fiduciario lo siguiente:

1. Realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad señalada en el acto constitutivo, efectuando todos los actos de administración, enajenación y afectación de los bienes fideicomitidos indispensables para tales efectos;

2. Invertir o colocar los bienes fideicomitidos en la forma y con los requisitos previstos en el acto constitutivo, salvo que se le haya permitido obrar del modo que más conveniente le parezca;
3. Velar por la adecuada seguridad y liquidez de las inversiones o colocaciones efectuadas con los bienes fideicomitidos;
4. Cobrar oportunamente los intereses, dividendos y cualesquiera otros rendimientos generados por las inversiones y colocaciones efectuadas con los bienes fideicomitidos;
5. Procurar el mayor rendimiento de los bienes fideicomitidos, para lo cual todo acto de disposición que realice será siempre oneroso y con fines lucrativos, salvo estipulación contraria del acto constitutivo;
6. Mantener los bienes fideicomitidos y, en general, los activos derivados de la ejecución del negocio fiduciario, separados de los suyos y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios, de manera que en todo momento pueda conocerse si un determinado bien o activo es propiedad del fiduciario o forma parte de los activos o bienes objeto del negocio fiduciario. Cuando los bienes fideicomitidos estén representados, total o parcialmente, en sumas de dinero, éstas podrán mantenerse depositadas en cuentas corrientes bancarias o en depósitos de ahorro constituidos a la vista, identificando claramente el negocio fiduciario al cual pertenece la cuenta corriente bancaria o el depósito de ahorro a la vista. La cuenta corriente bancaria o el depósito de ahorro a la vista, según el caso, podrá abrirse o constituirse en la propia entidad fiduciaria siempre que se encuentre debidamente autorizada por la Ley General de Bancos y Otras Entidades Financieras para captar recursos del público bajo cualquiera de tales modalidades. En todo caso, los depósitos en cuenta corriente bancaria o de ahorro a la vista tendrán un carácter eminentemente transitorio de acuerdo con la finalidad del respectivo negocio fiduciario;
7. Llevar una contabilidad separada que permita conocer la situación financiera y los resultados de cada negocio fiduciario en particular, de conformidad con las disposiciones legales y

administrativas que regulan la materia. En todo caso, dicha contabilidad debe llevarse conforme a las normas y principios de contabilidad generalmente aceptados;

8. Mantener actualizada y en orden la información y documentación relacionada con las operaciones realizadas para el cumplimiento de la finalidad señalada en el acto constitutivo del negocio fiduciario;

9. Ejercer los derechos y acciones legales necesarias para la protección y defensa de los bienes fideicomitidos;

10. Oponerse a toda medida preventiva o de ejecución tomada contra los bienes fideicomitidos o por obligaciones que no los afecten;

11. Restituir los bienes fideicomitidos al fideicomitente o a sus herederos o al beneficiario, según el caso, una vez terminado el negocio fiduciario por cualquier causa y efectuada su liquidación conforme a la ley. Toda estipulación contractual que, directa o indirectamente, disponga que el fiduciario adquirirá definitivamente, por causa del negocio fiduciario, el dominio de la totalidad o parte de los bienes fideicomitidos no producirá efecto alguno y se tendrá por no estipulada;

12. Pedir instrucciones al fideicomitente o al Superintendente de Bancos cuando tenga fundadas dudas acerca de la naturaleza y alcance de sus obligaciones o deba apartarse de las autorizaciones contenidas en el acto constitutivo, cuando las circunstancias así lo exijan. Si las instrucciones se le solicitan al Superintendente de Bancos, éste citará previamente al fideicomitente y al beneficiario;

13. Remitir al fideicomitente y al beneficiario, por lo menos cada tres meses, un informe detallado y documentado acerca de los resultados de la gestión encomendada;

14. Rendir cuentas comprobadas de su gestión al fideicomitente y al beneficiario, según el caso, una vez terminado el negocio fiduciario por cualquier causa;

15. Suministrar la información completa y fidedigna que le sea solicitada por el órgano de supervisión o por cualquiera otra autoridad competente en cumplimiento de sus funciones;

16. A solicitud del fideicomitente, del beneficiario o de sus ascendientes en caso de que aún no exista, efectuar el inventario de los bienes fideicomitidos; y

17. Las demás que le imponga la ley.

Artículo 26.- NATURALEZA DE LAS OBLIGACIONES DEL FIDUCIARIO: Las obligaciones contraídas por el fiduciario tienen el carácter de obligaciones de medio. En tal virtud, es deber del fiduciario desplegar todo su esfuerzo, conocimiento y diligencia para la consecución de la finalidad señalada en el acto constitutivo del negocio fiduciario.

Los negocios fiduciarios no podrán tener por objeto la asunción, por parte del fiduciario, de obligaciones de resultado. Por consiguiente, las pérdidas originadas en cumplimiento de la finalidad señalada en el acto Hoja N° 2/15 LEY N° 921 /Vic

Constitutivo, no imputables a negligencia o imprudencia en la administración de los bienes fideicomitidos, afectarán al fideicomitente o al beneficiario, según el caso.

Artículo 27.- PROHIBICIONES DEL FIDUCIARIO: En desarrollo de sus actividades de gestión, el fiduciario se abstendrá de:

1. Celebrar operaciones de cualquier clase y naturaleza consigo mismo o para su propio provecho, o el de los miembros de su directorio, o el de sus presidentes, o el de sus gerentes o, en general, de las personas que tengan facultades de representación legal. El Banco Central del Paraguay podrá autorizar, mediante disposiciones de carácter general, la realización de determinadas operaciones cuando no impliquen conflictos de interés;
2. Celebrar con los bienes fideicomitidos operaciones de cualquier clase y naturaleza por cuya virtud resulten o puedan resultar deudores los miembros de su directorio, sus presidentes, gerentes, administradores y, en general, sus empleados, los síndicos y auditores internos y externos, o su matriz, o las sociedades controladas por estas personas;
3. Conceder créditos a cualquier título con los bienes fideicomitidos, excepto cuando éstos se originen en la celebración de operaciones activas de reporto o en la celebración de operaciones de descuento de documentos de deuda y efectos de comercio en general.

4. Dar en prenda, otorgar avales o establecer cualquier otro gravamen que comprometa los bienes fideicomitidos y, en general, los activos derivados de la ejecución del negocio fiduciario, salvo cuando se trate de actos destinados a garantizar créditos obtenidos para la adquisición de los mismos o en desarrollo de procesos de privatización;
5. Celebrar con los bienes fideicomitidos operaciones de cualquier clase y naturaleza que versen sobre títulos cuya emisión o colocación sea administrada o asesorada por el propio fiduciario;
6. Invertir los bienes fideicomitidos en títulos o documentos emitidos, aceptados, avalados o garantizados en cualquier otra forma por el propio fiduciario, excepto cuando la operación se realice a través de la Bolsa de Valores y siempre que no se trate de prácticas concertadas que, directa o indirectamente, tengan por objeto o produzcan el efecto de impedir, restringir o falsear el juego de la libre y leal competencia dentro del mercado;
7. Delegar de cualquier manera en terceros el cumplimiento de la gestión encomendada, salvo que por la naturaleza de dicha gestión resulte indispensable hacerlo en personas especializadas en determinadas materias;
8. Aceptar los contratos fiduciarios o los derechos en ellos contenidos como garantía de créditos que hayan concedido al fideicomitente o al beneficiario; y
9. Invertir los bienes fideicomitidos en la financiación o ejecución de proyectos o emprendimientos de cualquier naturaleza cuya administración desarrolle el propio fiduciario.

Artículo 28.- REMUNERACION DEL FIDUCIARIO: Salvo estipulación en contrario del acto constitutivo, el fiduciario percibirá por su gestión la remuneración expresamente pactada a su favor en el respectivo negocio fiduciario y, en su defecto, percibirá la remuneración usual en el comercio para este género de negocios o la que se determine por expertos o peritos atendiendo a la naturaleza y alcance de la gestión encomendada.

Cuando el negocio fiduciario se extinga o termine antes de que se haya cumplido su finalidad, el fiduciario tendrá derecho a una remuneración que se fijará teniendo en cuenta el valor de los servicios prestados y la remuneración total pactada por la gestión encomendada. Si la remuneración pactada contractualmente es manifiestamente desproporcionada, el

fideicomitente podrá solicitar a un juez o a un árbitro, según el caso, que decrete su reducción, acreditando que la remuneración usual en el comercio para la clase de gestión encomendada es notoriamente inferior a la pactada en el negocio fiduciario, o acreditando mediante expertos o peritos la desproporción, a falta de remuneración usual en el comercio. La reducción no podrá solicitarse cuando la remuneración fue voluntariamente pagada por el fideicomitente después de la extinción o terminación del negocio fiduciario.

En cualquiera de los casos previstos en este artículo, no se podrán establecer formas de remuneración mediante las cuales se mimetice la garantía de un resultado o se desnaturalice la obligación del fiduciario de procurar el mayor rendimiento de los bienes fideicomitados. La remuneración tampoco podrá consistir en todo o parte de las utilidades, ganancias o beneficios que eventualmente generen los bienes fideicomitados.

Por último se tiene a un interviniente en la Relación Procesal; **el Beneficiario o Fideicomisario**: Se trata de la persona de existencia física a favor de quien el mandato constituido recae el encargo pactado. Para poder ser constituido beneficiario se necesita poseer plena capacidad de derecho. Es frecuente inclusive que la cualidad de beneficiario a veces recaiga en el propio fideicomitente o una persona extraña (tercero), teniendo este último la facultad de no aceptar el beneficio de la relación jurídica contractual (Torres Kimrser, Ríos Ávalos, & Moreno Rodríguez, 1999).

En la Ley 921/96 se regula también la figura interviniente del Beneficiario en los siguientes enunciados legales:

Artículo 32.- BENEFICIARIO O FIDEICOMISARIO: Pueden ser beneficiarios o fideicomisarios las personas físicas o jurídicas que tengan capacidad de goce para recibir las prestaciones económicas o beneficios que el fideicomiso implica.

La calidad de beneficiario o fideicomisario puede recaer en el propio fideicomitente o en un tercero; en este caso y mientras no medie su aceptación expresa o tácita el beneficio podrá ser revocado por la sola voluntad del fideicomitente.

El negocio fiduciario puede celebrarse en favor de uno o varios beneficiarios o fideicomisarios. Es válido el negocio fiduciario celebrado sin designar beneficiario o fideicomisario, siempre que su fin sea lícito y determinado. También es válido el negocio fiduciario cuando al momento de su celebración no exista el beneficiario o el fideicomisario, siempre que la existencia de éste sea posible y se realice dentro del término de su duración, de suerte que sus fines puedan tener plenos efectos.

Artículo 33.- FACULTADES Y DERECHOS DEL BENEFICIARIO O FIDEICOMISARIO: Además de las facultades y derechos que le confieren el acto constitutivo, el beneficiario o fideicomisario tendrá las siguientes facultades y derechos:

1. Exigir el fiel y oportuno cumplimiento de las obligaciones a cargo del fideicomitente derivadas del negocio fiduciario y de la ley y hacer efectiva la responsabilidad por el incumplimiento de las mismas;
2. Impugnar los actos anulables realizados por el fiduciario, dentro de los cinco años contados desde el día en que el beneficiario haya tenido noticia del acto que origina la acción. Este término no empezará a correr para los menores e interdictos sino a partir de su mayoría de edad o desde la fecha en que cese la interdicción;
3. Oponerse a toda medida preventiva o de ejecución tomada contra los bienes fideicomitidos o por obligaciones que no los afecten, en caso de que el fiduciario no lo hiciere;
4. Solicitar al Superintendente de Bancos, por causa justificada, la remoción del fiduciario y, como medida preventiva, la designación de un fiduciario interino para que continúe ejecutando el negocio fiduciario;
5. Exigirle al fiduciario que efectúe un inventario de los bienes fideicomitidos; y
6. Las demás que le confiera la ley.

Formalidades para la Constitución de la Fiducia.

En relación a la forma de celebración del contrato podrá hacer por acto entre vivos, disposiciones de última voluntad, testamento en consonancia con las reglas del Código Civil Paraguayo.

Es necesario tener en cuenta la naturaleza de los bienes afectados en la fiducia, debiendo controlar los siguientes aspectos:

- a) **Cuando se trate de un encargo fiduciario**, o sea no habiendo transmisión de propiedad del bien afectado; no se exigirá formalidad alguna. No obstante debe hacerse el traspaso material del bien y dejar asentada esta acción en forma escrita.
- b) **Cuando se trate de fideicomiso**, y en caso de bienes muebles no registrables, el contrato se perfecciona con el consentimiento de las partes, entregándose los bienes muebles afectados. Si fueren bienes muebles registrables, el contrato deberá hacerse por escritura pública que será inscripto en los Registros Públicos, en la sección que correspondiese inscribir los bienes muebles afectados. Cuando los bienes sean inmuebles, el negocio adquirirá perfección cuando la escritura pública traslativa de dominio de los mismos haya sido inscripta en la dependencia correspondiente.

Caracteres del contrato de Fideicomiso.

- a) **Bilateral o Sinalagmático**: consecuentemente genera obligaciones entre sí para ambas partes. Esta particularidad de este tipo de contrato es ostensible siempre que el fiduciante se encuentre obligado a transferir la titularidad del bien afectado por el mismo, el mismo tiene la obligación de realizar los derechos inherentes a él y consensuados y en finalmente realizar la finalidad pactada. Es necesario realizar la distinción cuando se trate de bilateralmente de crédito o cuando su realización sea bilateralmente atributiva. En el primero de ellos las dos partes están igualmente obligadas entre sí; y en la segunda, la titularidad de la fiducia es verificada por el fiduciante y el fiduciario la atribución de gestión con la que se obligó. (Torres Kimrser, Ríos Ávalos, & Moreno Rodríguez, 1999)
- b) **Tracto Sucesivo o de Ejecución continuada**, la ejecución y cumplimiento no se encuentra enmarcada en un solo instante de tiempo, requiere de una porción de tiempo en el que el fiduciario administrara el bien hasta el término del plazo establecido o condición para cumplir la transferencia del bien fideicomitado. (Torres Kimrser, Ríos Ávalos, & Moreno Rodríguez, 1999)

- c) **Conmutativo**, consecuentemente las contraprestaciones recíprocas entre las partes del mismo no están sujetas a un acontecimiento o plazo de tiempo a determinar o no pactado. Las partes del contrato pactan efectivamente y en forma certera sobre cuáles serán las ventajas obtenidas, las circunstancias, el precio por la gestión o encargo etc. etc. (Torres Kimrser, Ríos Ávalos, & Moreno Rodríguez, 1999)
- d) Es un contrato formal no solemne, **debiendo tener en cuenta que cuando los bienes afectados son inmuebles el contrato debe hacerse por escritura pública.**

Separación de los Patrimonios.

La Ley 1/92 establece que los bienes que sean objeto del fideicomiso, no forman parte del patrimonio del fiduciario, sino que conforman un patrimonio separado, autónomo, y en consecuencia no integra la prenda común de los acreedores del fiduciario, ni de la masa de bienes de la liquidación del mismo. Dichos bienes garantizarán solamente las obligaciones contraídas por el fiduciario para el cumplimiento de la finalidad señalada por el fideicomitente en el acto constitutivo. Es obligación del fiduciario expresar su calidad de tal en el desarrollo de la gestión que se le encomendara. Estos bienes no podrán ser perseguidos judicialmente por los acreedores del fideicomitente; sin embargo estos acreedores podrán impugnar la constitución del fideicomiso, cuando se considere que el mismo se ha efectuado en fraude a los acreedores del fideicomitente. Cabe señalar que este efecto de patrimonio autónomo de los bienes fideicomitados, solo se da en el fideicomiso, no así en la en el encargo fiduciario, en razón de que estos últimos no conllevan la transmisión patrimonial de los bienes. A estos encargos fiduciarios, se les aplican las normas previstas para el fideicomiso, y subsidiariamente las reglas del mandato (Torres Kimrser, Ríos Ávalos, & Moreno Rodríguez, 1999).

Es ostensible que el espíritu de la ley en este sentido es la protección del fideicomiso para su posterior cumplimiento efectivo, siempre y cuando el mismo no haya sido constituido en ocultación de bienes o fraude de los acreedores del fideicomitente; que mal podría utilizar esta figura contractual en detrimento de las obligaciones contraídas con personas ajenas al contrato de fideicomiso.

Finalización del Contrato de Fideicomiso Bancario

La Ley establece el procedimiento para la liquidación del negocio, que estará a cargo básicamente del fiduciario, quién elaborara un inventario de los bienes que integran el negocio fiduciario; el fiduciario notificará al fideicomitente y al beneficiario, el estado de la liquidación en que se encuentra el negocio del fiduciario, y oportunamente los convocará para que aprueben las cuentas finales de la liquidación. Si efectuada la citación, no concurrieren el fideicomitente o el beneficiario o ambos, el fiduciario los citará por segunda vez dentro de los diez días siguientes, y si tampoco concurre, cualquiera de ellos, se tendrán por reprobadas las cuentas, las que no podrán ser impugnadas posteriormente (Torres Kimrser, Ríos Ávalos, & Moreno Rodríguez, 1999).

Para dar por concluido el contrato de fideicomiso bancario, tal circunstancia debe estar pronosticada y regulada en el propio acto de constitución. Empero la propia normativa legal establece ciertas formas de terminación lógicas como ser el acuerdo entre las partes (fideicomitente y fiduciario), por haberse llegado a cumplir totalmente la finalidad del contrato, por no cumplirse efectivamente la finalidad por factores exógenos, insuficiencia de bienes afectados en el fideicomiso, por haber transcurrido el plazo de tiempo, por verificarse el suceso de la condición de resolución de contrato, por liquidación del fiduciario etc. En caso que cualquiera de las circunstancias mencionadas suceda, *el propio fiduciario* en forma única podrá ejecutar las acciones competentes para la liquidación de la relación interpartes.

Precedentes y Jurisprudencia

Corresponde confirmar la sentencia que rechazó la demanda de desalojo planteada por la firma fiduciaria contra la concubina del causante y la hija de ésta cuando las mismas, al manifestar que la entidad financiera, beneficiada con el fideicomiso, se negó a recibir los pagos que le permitirían ejercer los derechos sucesorios, asumen su condición de ocupantes precarias de la res Litis dado que en dicha calidad el

causante —fideicomitente— poseía el bien litigioso. (Finlatina S.A. c/ Norma Elizabeth Domínguez y Leticia Elizabeth Ramírez s/ Desalojo, 2015).

Debe declararse la nulidad del auto interlocutorio que aprobó la rendición de cuentas presentada por la entidad demandada cuando la misma debe contemplar el desarrollo del proyecto inmobiliario, el aspecto financiero que contempla el crédito administrado y la garantía fiduciaria propiamente dicha, y dichos aspectos no fueron desarrollados en la rendición aprobada (Sierra del Lago c/ BIPSA S/ Rendición de Cuentas., 2012).

Cabe confirmar la sentencia que rechazó las pretensiones del actor –indemnización de daños y perjuicios y nulidad por simulación– cuando sus manifestaciones adolecen de vaguedad, ya no precisan de qué manera la transferencia de los inmuebles estaría disconforme con las disposiciones normativas de la ley especial que regula los negocios fiduciarios, como lo exige el art. 419 del CPC (Olmedo Caceres, Pedro Cesar c/ Banco Paraguayo Oriental de I.Y.F. S.A. s/ Indemnización de daños y perjuicios y otros, 2011).

Debe revocarse la sentencia que hizo lugar a la demanda de reivindicación cuando el actor no es propietario perfecto y real del inmueble litigioso al no haberse producido la transferencia del bien a su favor por la falta de escrituración del boleto de compraventa (Peroni González, Carlos Angel c/ Banco de Inversiones del Paraguay En Quiebra, 2009).

CONCLUSIÓN

Al culminar este trabajo y luego de la intensa investigación realizada sobre este tipo de contrato en particular, se concluye que el fideicomiso en estos días se torna en una herramienta importante para la realización de negocios jurídicos entre las partes.

Es una figura flexible, ya que está orientada a varios objetivos como ser la conservación y explotación de los bienes integrantes de la familia, incentivar la circulación de la riqueza a través del dinero, títulos de valores, bienes muebles e inmuebles.

Es del convencimiento de este investigador que esta figura jurídica-financiera de uso frecuente actual en el país, pero ya regulado de hace tiempo en el mismo; otorga un dinamismo ostensible a las relaciones comerciales.

En materia jurídica no abunda jurisprudencia y doctrina sobre el mismo; pero es solo cuestión de que el tiempo transcurra para la proliferación de las mismas, y en el mismo sentido; la evolución y adecuación de esta figura para las variables que se puedan ir suscitando en la misma.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Peroni González, Carlos Angel c/ Banco de Inversiones del Paraguay En Quiebra (Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de Asunción, Sala 3 12 de Marzo de 2009).
- Olmedo Caceres, Pedro Cesar c/ Banco Paraguayo Oriental de I.Y.F. S.A. s/ Indemnización de daños y perjuicios y otros (Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de Asunción, Sala 3 07 de Setiembre de 2011).
- Sierra del Lago c/ BIPSA S/ Rendición de Cuentas. (Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de Asunción, Sala 5 05 de Julio de 2012).
- Finlatina S.A. c/ Norma Elizabeth Domínguez y Leticia Elizabeth Ramírez s/ Desalojo (Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala 1 09 de Abril de 2015).
- Farina, J. M. (1993). *Contratos Comerciales Modernos*. Buenos Aires: Astrea.
- Lorenzetti, R. L. (2004). *Tratado de los Contratos. Tomo II*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Paraguay. (1996). Ley 921.
- Spota, A. G., & Leiva Fernandez, L. F. (2009). *Contratos. Instituciones de Derecho Civil*. Buenos Aires.: La Ley S.A.E. e I.
- Torres Kimrser, J. R., Ríos Ávalos, B., & Moreno Rodríguez, J. A. (1999). *Derecho Bancario*. Asunción: La Ley Paraguaya.
- Trovato Fleitas, G. J. (2012). *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*. Asunción: Marben.