

✓ CONTRIBUCIÓN AL ESTUDIO DE LOS NEGOCIOS FIDUCIARIOS

FREDDY ESCOBAR ROZAS

Catedrático de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la
Universidad de Lima.

Miembro del Consejo Consultivo de **ADVOCATUS**

SUMARIO:

I. Introducción.- II. Definición (tradicional).- III. Orígenes.- IV. El problema de la causa.- V. El problema de la simulación.- VI. El problema del fraude.- VII. Estructura.- VIII. Efectos.- IX. Los negocios fiduciarios en el ordenamiento peruano.- X. A modo de conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

Los negocios jurídicos están destinados a cumplir determinadas funciones prácticas y es sobre la base de la valoración de las mismas que cada negocio encuentra su reconocimiento en el plano positivo.

Gracias a la libertad negocial (constitucionalmente protegida) los particulares podemos escoger, entre los distintos negocios jurídicos tipificados, a aquel que satisfaga de mejor manera nuestros intereses. Muchas veces, empero, lo que deseamos obtener no está contemplado de manera directa por alguno de los negocios jurídicos tipificados. Es en estos casos que el recurso a los negocios fiduciarios adquiere relevancia inusitada, en tanto que los mismos constituyen instrumentos que, valiéndose de esquemas típicos, se encuentran dirigidos a procurar la satisfacción de intereses prácticos diferentes a los que justifican a dichos esquemas.

Como ha sido destacado,¹ los negocios fiduciarios logran su cometido gracias a que incorporan pactos que desvían la natural finalidad de los esquemas negociales típicos de los cuales se sirven. Es por ello que se afirma que tales negocios constituyen un tipo de negocios indirectos,² esto es, de negocios "enderezados" al logro de un fin diferente al que les corresponde de acuerdo con su función típica.

Aun cuando la doctrina ha dedicado grandes esfuerzos al esclarecimiento de los no pocos problemas que presentan los negocios fiduciarios (como los relativos a su admisibilidad, validez, estructura y efectos), no se puede afirmar que hoy en día exista consenso sobre su configuración dogmática.³

Evidentemente, resulta imposible agotar en unas pocas páginas los distintos aspectos que envuelven la compleja problemática de los negocios fiduciarios. Por tal motivo, este breve ensayo debe ser considerado como un intento muy elemental de aproximación a tales negocios, realizado con el único afán de llamar la atención respecto de las dificultades teóricas que existen a la hora de explicar su naturaleza, validez y efectos.

¹ En tal sentido: BIGLIAZZI GERE, Lina, BRECCIA, Umberto, BUSNELLI, Francesco D. y NATOLI, Ugo, *Derecho Civil*, traducido por Fernando Hiestrosa, tomo I, vol. II, Universidad Externado de Colombia, 1992, p.p. 117 y 118.

² Los negocios indirectos son aquellos que se encuentran dirigidos a la obtención de un resultado final diferente al que normalmente (típicamente) les corresponde. Como lo señaló BIANCA, los negocios indirectos constituyen la expresión de un fenómeno dirigido a procurar la consecución de los objetivos típicos de determinados instrumentos negociales, en tanto que tales negocios expresan la utilización práctica de figuras jurídicas formales para la satisfacción de intereses nuevos y diversos de los que inspiran a dichas figuras (ver: BIANCA, Massimo, *Derecho Civil*, Vol. III., Dott. A. Giuffrè Editore, Milán, 1984, p. 459).

³ Así lo ha demostrado recientemente NUZZO (ver: NUZZO, Massimo, *Negocio Fiduciario*, *Rivista di Diritto Civile*, Anno XXXI, n. 6, Padova, Padova, 1995, p. 645 y ss.).

II. DEFINICIÓN (TRADICIONAL)

Los negocios fiduciarios suelen ser definidos como aquellos negocios en virtud de los cuales se transfiere la titularidad de cierto derecho (generalmente, propiedad) con el propósito de lograr una finalidad que no exige la producción de tal efecto.⁶ Sobre la base de esta definición, se afirma que los negocios fiduciarios necesariamente incorporan un pacto que determina que el sujeto adquirente del derecho (a quien se denomina "fiduciario") deba ejercerlo de una forma previamente determinada por el sujeto transferente (a quien se denomina "fiduciante"), para luego retransferirlo a este último o a un tercero.⁷

Tomando en cuenta esta manera de entender lo que son los negocios fiduciarios, Galgano⁸ ofrece el siguiente caso como un ejemplo de los mismos: *Ulpiano* desea concederle a *Sempronio* el uso temporal de un bien a cambio del pago de una suma. *Ulpiano*, por lo tanto, podría celebrar un contrato de arrendamiento, en tanto que este contrato precisamente le permite intercambiar el derecho de uso por una retribución dineraria. Sin embargo, *Ulpiano* prefiere celebrar un contrato de compraventa, insertando en el contenido del mismo una estipulación en virtud de la cual *Sempronio* queda obligado a retransferir la propiedad del bien luego de cierto tiempo y por un precio inferior al precedente. Según el autor citado, *Ulpiano* y *Sempronio* han concluido un negocio fiduciario, desde que el efecto propio del esquema negocial utilizado (compraventa), que consiste en la transferencia del derecho de propiedad, es excesivo respecto de la finalidad perseguida por las partes -o sea, de la transferencia temporal del derecho de uso-.

Esta definición tradicional de los negocios fiduciarios no es, sin embargo, la que en mi opinión responde a su verdadera esencia. Los fundamentos que me permiten aseverar tal cosa y la definición que en mi opinión debe adoptarse sobre dichos negocios serán cuestiones que trataré más adelante.

III. ORÍGENES

Los negocios fiduciarios, como muchas de las instituciones del derecho privado, encuentran sus orígenes en el derecho romano. Así es, desde antes de la aparición de las garantías reales, los romanos ya conocían tanto los *pactum fiduciae* como los fideicomisos testamentarios.⁹ Los *pactum fiduciae* eran negocios en virtud de los cuales un sujeto transmitía a otro un derecho de propiedad a fin de que este último lo ejerciera de cierta manera y lo retransmitiera una vez obtenido cierto estado de cosas. Se conocían dos clases de *pactum fiduciae*, a saber: la fiducia *cum creditore* y la fiducia *cum amico*. Por la fiducia *cum creditore*, un individuo (fiduciante), que en virtud de una relación distinta resultaba ser deudor de otro, le transfería a este último (fiduciario) la propiedad de un bien, pactando ambos la retransferencia de dicho derecho al momento del pago de la

⁶ En tal sentido: ENNECERUS, Ludwig, Theodor KIPP y Martin WOLFF, *Tratado de Derecho Civil*, traducción de Blas Pérez González y José Algor, tomo I, volumen I, Bosch Casa Editorial S.A., Barcelona, 1981, p. 111; SUGNAMIGLIO, Renato, *Teoría General del Contrato*, traducido por Fernando Hinostroza, Universidad Externado de Colombia, 1991, p. 220; BESSONE, Darcy, *Do Contrato*, Teoria Geral, Edições Saraiva, São Paulo, 1997, p. 61; PUGI BRUTAU, José, *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo III, volumen III, Bosch Casa Editorial S.A., Barcelona, 1983, p. 375; DIEZ-PICAZO, Luis, *Disposiciones Jurídicas*, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1987, p. 29; COMPAGNONUCU, Rabén, *El Negocio Jurídico*, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Dupuis, Buenos Aires, 1992, p. 197. En nuestro medio parece asumir esta posición: LEHMANN, Juan Guillermo, *El Negocio Jurídico*, Librería Studium Editores, Lima, 1987, p. 289.

⁷ En tal sentido: CARROTA-FERRARA y SANTORO-BASSARELLI, citados por GALGANO, Francesco, *Il Negocio Jurídico*, *Tratado de Derecho Civil e Comentario al Código de Antonio Cicu e Francesco Mesonzo*, continuado da Luigi Mesonzo, volumen III, tomo II, Giuffrè Editore, Milano, 1988, p. 434.

⁸ GALGANO, Francesco, *Loc. Cit.*

⁹ En tal sentido: FUENTESCA, Cristina, *El Negocio Fiduciario en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1997, p. 21.

deuda originaria. Por la fiducia *cum amico*, por su parte, un individuo (fiduciante) le transfería a otro (fiduciario) la propiedad de un bien, pactando ambos la retransferencia de dicho derecho al cabo de la realización de ciertos actos (generalmente de administración) o a la ocurrencia de ciertos hechos (cese del peligro de confiscación, etc.).⁸

Los fideicomisos testamentarios, por otro lado, eran negocios en virtud de los cuales el *de cuius* transmitía sus bienes a un tercero de confianza a fin de que este les diera un destino determinado en beneficio de sus herederos. El cumplimiento de la voluntad del *de cuius* estaba confiado a la honradez y lealtad del fiduciario, toda vez que -por lo menos hasta antes de que Augusto ordenara a los Cónsules intervenir en los casos de manifiesta falta de lealtad y honradez de los fiduciarios- el beneficiario no tenía protección jurídica alguna para forzar la ejecución del encargo recibido.⁹

Los negocios fiduciarios, sin embargo, tal como son entendidos en la actualidad, le deben la paternidad a Ferdinand Regelsberger,¹⁰ quien por el año 1880 sostuvo que tales negocios eran aquellos que, siendo seriamente queridos, presentaban como característica distintiva la incongruencia o heterogeneidad entre el fin contemplado por las partes y el medio jurídico empleado para lograrlo.

IV. EL PROBLEMA DE LA CAUSA

Tal como lo he señalado, según una importante corriente opinión,¹¹ los negocios fiduciarios presentan una disonancia entre el fin querido y el medio utilizado, desde que este contempla la transmisión de una titularidad no requerida para satisfacer los intereses de las partes. En efecto, de acuerdo con esa corriente de opinión, en la fiducia *cum creditore* aquello que los sujetos persiguen -garantizar el pago de una deuda- puede ser alcanzado mediante la constitución de una garantía real o personal; mientras que en la fiducia *cum amico* aquello que los sujetos persiguen -actos de administración, etc.- puede ser alcanzado a través de un simple mandato. Por consiguiente, las consecuencias jurídicas provocadas tanto por la fiducia *cum creditore* como por la fiducia *cum amico* resultan excesivas de cara a las necesidades de las partes.

Quienes piensan de este modo son conscientes, sin embargo, que en cualquiera de estos dos supuestos (fiducia *cum creditore* y fiducia *cum amico*) los sujetos realmente desean que los negocios celebrados surtan efectos traslativos, aunque solamente como medio para alcanzar un fin.

De esta particular característica que tendrían los negocios fiduciarios -disonancia entre el fin y el medio- es que los autores que defienden la tesis tradicional sostienen¹² que no es posible encontrar en los referidos negocios una causa idónea que sirva de soporte al efecto traslativo que provocan, desde que los fines de garantía (fiducia *cum creditore*) o de mandato (fiducia *cum amico*) en ningún caso exigen la efectiva transferencia de la propiedad (o de otro derecho). En tal sentido, los referidos autores manifiestan¹³ que los negocios fiduciarios solo tienen cabida en

⁸ En tal sentido: FUENTESCA, Cristina, *Loc. Cit.*

⁹ En tal sentido: FUENTESCA, Cristina, *Loc. Cit.*

¹⁰ En tal sentido: DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *El Negocio Fiduciario. Estudio crítico de la teoría del doble efecto*, Revista de Derecho Notarial, Colegio Notarial de España, Junta de Decanos, Madrid, año XV, números LIII - LIV, julio - diciembre de 1966, p. 12.

¹¹ Ver autores citados en la nota 4.

¹² CARIOTA-FERRARA, citado por TRIMARCHI, Michele, *Negocio Fiduciario*, Enciclopedia del Derecho, tomo XXVIII, Giuffrè Editore, 1978, p. 35, nota 31.

¹³ SANTORO-PASSARELLI, citado por TRIMARCHI, Michele, *Op. Cit.*, p. 40, nota 32; NITTI, citado por FUENTESCA, Cristina, *Op. Cit.*, p. 75; ALBALEDEJO, Manuel, *El Negocio Jurídico*, Editorial Bosch, Barcelona, 1958, p. 234, nota 130.

aquellos sistemas que aceptan la posibilidad de celebrar negocios abstractos¹⁴ (que son los que se independizan de su causa), en tanto que los mismos no exigen que el efecto (negocial) se sujete a la finalidad.¹⁵

Contradiciendo esta forma de ver el asunto, surge otra no menos importante corriente de opinión que sostiene que los negocios fiduciarios sí incorporan una causa idónea para justificar los efectos traslativos que aquellos provocan. En efecto, esta corriente de opinión afirma¹⁶ que la causa de estos negocios, llamada *causa fiduciaria*, es una de carácter atípico, cuyo diseño responde a la combinación de la finalidad legal de los negocios típicos utilizados indirectamente con la finalidad particular establecida por las partes que celebran dichos negocios. En consecuencia, los defensores de esta posición aseveran¹⁷ que los negocios fiduciarios sí tienen cabida en los ordenamientos de tinte causalista, en tanto que la transferencia de propiedad (o de otro derecho) estaría suficientemente respaldada por una función (causa) atípica.

Ahora bien, ¿cuál de estas dos posiciones es la correcta? A mi entender, la segunda. En efecto, si bien es verdad que las partes pueden acudir a esquemas legales típicos para crear una situación que de algún modo otorgue seguridad al acreedor (fiducia *cum creditore*) o para instaurar una relación de confianza destinada a proteger ciertos intereses (fiducia *cum amico*), no es menos cierto que semejantes fines no tienen por qué ser alcanzados de manera exclusiva a través de la utilización de los referidos esquemas. Así es, ¿por qué -salvando el problema de la ilicitud que en algunos ordenamientos podría presentarse debido a la prohibición del pacto comisorio- para garantizar el pago de una deuda no se puede transferir la propiedad del bien con la condición de

¹⁴ Los negocios abstractos, que se oponen a los causales, son, al igual que estos últimos, "negocios de atribución". Se sostiene por "negocios de atribución" a los que otorgan algún tipo de derecho, sea este personal, real o potestativo. Todos los "negocios de atribución" necesitan un fundamento jurídico, una "causa" que justifique el desplazamiento (patrimonial) que provocan al otorgar un derecho. Ahora bien, la diferencia entre los negocios causales y los abstractos radica en lo siguiente: los primeros incorporan a la "causa" que justifica la atribución, mientras que los segundos no. En efecto, los negocios causales contienen, dentro de su estructura, al fundamento que soporta la atribución del derecho. Dicha fundamentación puede ser de lo más diversa, dependiendo del tipo negocial del que se trate (compraventa, permuta, donación, etc.). Por el contrario, los negocios abstractos no contienen, dentro de su estructura, el fundamento que soporta la atribución del derecho. Tal fundamento, que existe, está contenido en otros negocios, que constituyen los antecedentes (lógico-jurídicos) de los negocios abstractos.

Ahora bien, los negocios causales, en su calidad de negocios de atribución, tienen que ser válidos y eficaces para que el otorgamiento del derecho opere. A su turno, los negocios abstractos, en su calidad de negocios de atribución, tienen que ser válidos y eficaces para que el otorgamiento del derecho opere; sin embargo, los negocios precedentes que contienen la "causa" de los negocios abstractos, no requieren que sean válidos o eficaces para que dicho otorgamiento se produzca.

Nuestro ordenamiento jurídico (al igual que la gran mayoría de ordenamientos) no contempla la posibilidad de celebrar negocios abstractos (salvo en materia cambiaria). Por lo tanto, un negocio que, sin asumir el carácter de una liberalidad, únicamente contenga la voluntad de una de las partes de transferir la propiedad de un bien y la voluntad de la otra parte de adquirir tal derecho, debe ser declarado nulo, por falta de una razón justificativa. Exactamente lo contrario ocurre, por ejemplo, en el ordenamiento alemán. En efecto, aunque limitado al campo de los derechos reales, dicho ordenamiento únicamente le otorga efectos atributivos al negocio que, sin hacer mención a la razón justificativa del desplazamiento, solo contenga la voluntad de una de las partes de transferir la propiedad de un bien y la voluntad de la otra parte de adquirir tal derecho. Por lo tanto, no existe un acto de transmisión de la propiedad por razón de compra-venta o donación, sino solamente un acto de transmisión *per se*, es decir, sin consideración de la causa por virtud de la cual se declara la voluntad de transmitir y de adquirir (para una magnífica exposición del tema: FLUME, Werner, *El Negocio Jurídico*, traducción de José María Miguel González y Esther Gómez Colla, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998, p. 153 y ss.).

¹⁵ El razonamiento es el siguiente: los negocios fiduciarios se resuelven en una transferencia con fines de garantía o de mandato. Ahora bien, como quiera que la finalidad de toda transferencia es incompatible con los referidos fines (se transfiere un derecho, no para garantizar ni para efectuar un encargo, sino para otorgar al adquirente el goce pleno del "bien" sobre el cual recae), la admisión de los negocios fiduciarios solo es posible si los mismos devienen en "abstractos", ya que así los fines de garantía o de mandato permanecerían ajenos a la estructura de tales negocios, de modo que no generarían incompatibilidad alguna con la finalidad de la transferencia.

¹⁶ GRASSETI, citado por JORDANO BAREA, Juan, *Problemática del Negocio Fiduciario*, Revista de Derecho Privado XLII, Madrid, 1958, p. 522.

¹⁷ GRASSETI, citado por JORDANO BAREA, Juan, *Op. Cit.*, p. 522.

que este derecho sea retransferido al cumplimiento de la obligación? O ¿por qué para encargar la administración de ciertos negocios no se puede transferir temporalmente la propiedad de los activos que hacen posible el desarrollo de los mismos?

Nótese cuán arbitrario resulta afirmar que lo que las partes buscan puede ser alcanzado a través de negocios distintos de aquellos de los que se valen (esto es, de los negocios fiduciarios); ya que, de hecho, es posible encontrar un sinnúmero de casos en los cuales ello no ocurre. Veamos, para confirmar esto, algunos ejemplos.

Ticio, temiendo ver incautadas las fincas que tiene en un país extranjero, transmite a *Cayo*, amigo suyo que posee la nacionalidad de ese país, la propiedad de dichas fincas, conviniendo ambos que una vez cesado el peligro de confiscación por causa de guerra, se producirá la retransmisión del referido derecho. *Primus*, temiendo que ciertos bienes sean embargados y secuestrados a fin de que respondan por la deuda usuraria que tiene pendiente de pago con *Secundus*, le transmite a *Tercius* la propiedad de los mismos, conviniendo ambos que una vez que cese el peligro de embargo se producirá la retransmisión del referido derecho. Ahora bien, ¿querrán *Ticio* y *Primus* perder los derechos de propiedad de los que eran titulares? No. Ni uno ni otro desean ver confiscadas sus fincas o rematados sus bienes. Sin embargo, para lograr semejante propósito no pueden recurrir a los negocios típicos no traslativos. Paradójicamente, necesitan desprenderse (temporalmente) de los derechos que quieren conservar!

Pero no nos sirvamos de ejemplos tan claros. Juzguemos la validez de la posición cuestionada a la luz del ejemplo propuesto por Galgano. Como se recordará, en dicho ejemplo *Ulpiano*, no obstante querer otorgar a *Sempronio* el derecho de uso sobre un bien a cambio de cierta contraprestación, recurre a la compraventa en lugar de recurrir al arrendamiento. Desde una perspectiva abstracta, parecería que efectivamente existe una evidente desproporción entre el medio utilizado y el fin perseguido. Sin embargo, esta impresión es susceptible de corrección si se analizan las circunstancias que rodean el caso concreto.

Así, puede perfectamente ocurrir que *Ulpiano*, antes de la celebración del negocio fiduciario, haya hecho saber su deseo de recibir el pago adelantado de la renta correspondiente a los 36 meses que duraría el arrendamiento, y que *Sempronio* haya mostrado su conformidad siempre y cuando se le otorgue la seguridad plena de que la relación no va a concluir anticipadamente, cosa que podría ocurrir si *Ulpiano* vende el bien (que no se encuentra inscrito). En este contexto, es factible que las partes hayan determinado que la única manera de conseguir la finalidad perseguida por ambas era celebrando un contrato de compraventa con un pacto (indirecto) que, al cabo de los 36 meses, obligue a retransferir la propiedad por un precio menor al original. Ahora bien, si este fuese el caso, ¿habría desproporción entre el medio utilizado y el fin perseguido? Evidentemente, no. Y es que no siempre los intereses que las partes desean satisfacer en la realidad pueden ser efectivamente satisfechos sobre la base de la utilización de esquemas típicos previstos —en abstracto— para tal fin. Si esto ocurre, es absolutamente factible que aquellas acudan a negocios que, previstos para satisfacer intereses distintos, se caractericen por tener efectos mayores a los que las mismas requieren. Claro, lo que las partes harán será reducir, en la medida de lo jurídicamente posible, el alcance de los efectos de dichos negocios, de modo tal que se produzca una cierta sintonía entre lo que estos representan y lo que ellas buscan. Los negocios fiduciarios, por consiguiente, resultan ser instrumentos a los que se acude cuando los negocios típicos abstractamente ideales para satisfacer ciertos intereses son en concreto insuficientes por contemplar una causa demasiado "estrecha" para la obtención de la finalidad práctica que buscan las partes. Esto explica por qué aquellos negocios —esto es, los fiduciarios— desvían la finalidad de los negocios típicos de los que se nutren.¹⁹ En efecto, como estos últimos

¹⁹ Los esquemas típicos que sirven de base a los negocios fiduciarios son, evidentemente, distintos de los que idealmente podrían ser empleados por las partes. Mientras estos últimos presentan una causa demasiado estrecha para satisfacer las necesidades concretas

poseen una causa demasiado "amplia" para la satisfacción de los intereses de las partes, estas, insertando determinados pactos, alteran la composición de dicha causa, tornándola menor, de modo que coincida con la finalidad buscada. Y esto, qué duda cabe, es perfectamente factible, en tanto que hay libertad de concluir negocios atípicos, esto es, negocios con causas diferentes a las legalmente contempladas.¹⁹

En consecuencia, es posible considerar que los negocios fiduciarios incorporan una causa atípica (*causa fiduciaria*), que consiste en el "intercambio" (temporal) de un derecho por la ventaja que significa obtener cierto resultado derivado del ejercicio "parametrado" del mismo.²⁰ Esta causa estaría basada en la que informa a los negocios típicos utilizados indirectamente y resultaría de la "disminución" que sufre esta última como consecuencia de la inclusión de pactos destinados a dotar de relevancia jurídica a las aspiraciones concretas de las partes.²¹

Es sobre la base de esta peculiar composición de la *causa fiduciaria* que los negocios fiduciarios despliegan tanto efectos reales como obligatorios, conjugándolos de modo que tutelen, cada uno en su medida, los intereses involucrados.

La postura asumida sobre el problema de la causa de los negocios fiduciarios no solo favorece la admisibilidad de los mismos en todos los ordenamientos causalistas, sino que además permite tener por errónea la tesis según la cual en estos negocios se constata cierta divergencia entre el medio utilizado y el fin perseguido. Así es, habida cuenta que no se puede juzgar a este aspecto (el fin perseguido) en función de la finalidad legal del negocio típico indirectamente utilizado, sino más bien en función de la finalidad atípica que resulta de la reducción convencional de los alcances de aquella, es claro que no resulta cierto eso de que las partes se valen de un esquema negocial cuyos efectos son mayores a los requeridos por ellas mismas. La causa fiduciaria es, pues, la "justa", y está diseñada a la medida de los intereses de las partes, siendo por ello idónea para producir tanto efectos reales como obligacionales, ya que ambos son indispensables para realizar el fin económico que persiguen las mismas.²²

V. EL PROBLEMA DE LA SIMULACIÓN

Según una insistente (aunque no mayoritaria) corriente de opinión,²³ los negocios fiduciarios son negocios (relativamente) simulados debido a que sus efectos ocultan la voluntad de las

de los contratantes, los primeros presentan una causa demasiado amplia para satisfacer dichas necesidades. Es por ello que, colocándose en el medio de los extremos, los negocios fiduciarios reducen el alcance de la causa de los esquemas típicos sobre los cuales se sustentan.

¹⁹ JORDANO BAREA, Juan, *Sobre el Negocio Fiduciario (A propósito de un libro de Mazzanti)*, Anuario de Derecho Civil, tomo III, fascículo II, abril - junio, Madrid, 1950, p. 143.

²⁰ Sustancialmente conformes: CARUSI, Donato, *La Disciplina della Causa, I Contratti in Generale*, Trattato dei Contratti, diretto da Pietro Rescigno, UTET, Torino, 1999, p. 590; JORDANO BAREA, Juan, *Problemas de ...*, p. 530; RODRÍGUEZ ROSADO, Bruno, *Fiducia y Pacto de Retos en Garantía*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 1998, pp. 107 y 108; DE ARESMACCHAGA, Joaquín, *El Trust, la fiducia y figuras afines*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2000, p. 24; CARRANZA, Jorge, *Negocio Fiduciario*, Enciclopedia Jurídica Ochoa, tomo XX, Delibes S.A., Buenos Aires, 1983, p. 219; DOMÍNGUEZ, Jorge Alfredo, *El Fiduciario*, Editorial Porrúa, México, 1996, p. 171.

²¹ Así, CARUSI, Donato, *Op. Cit.*, p. 585.

²² En tal sentido: GALGANO, Francesco, *Op. Cit.*, p. 425; MESSINEO, Francesco, *Doctrina General del Contrato*, traducido por R. O. Fontanarrosa, S. Scalfá Meléndez y M. Volterra, tomo II, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1986, p. 64; JORDANO BAREA, Juan, *Naturaleza, estructura y efectos del negocio fiduciario*, Revista de Derecho Privado NLD, Madrid, 1925; GARRIGUES, Joaquín, *Negocios Fiduciarios en el Derecho Mercantil*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1981, p. 830; DOMÍNGUEZ, José Alfredo, *Op. Cit.*, p. 185; BERNARDES DE MELLO, Marcos, *Teoria do Fato Jurídico. Plano da Existência*, Saraiva, São Paulo, 1998, p. 182.

²³ GULLÓN, Antonio, *Cursos de Derecho Civil. El Negocio Jurídico*, Editorial Tecnos, Madrid, 1969, p. 134; DELGADO MENDOZA, José Luis, *El Negocio Jurídico, Estudios de Derecho Civil*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1987, p. 472; ALBALADEJO, Néstor, *El llamado negocio fiduciario es simplemente un negocio simulado relativamente*, Actualidad Civil número 56, Madrid, 1993, p. 663.

partes de concluir negocios distintos a los que declaran celebrar. Así, se afirma²⁴ que los negocios fiduciarios se componen de dos partes, a saber; una exteriorizada y otra oculta. La primera, que no se mantiene reservada, es la que "produce" la transferencia del derecho. La segunda, que se mantiene oculta, es la que contiene el acuerdo de los interesados de ejercer el derecho dentro de ciertos parámetros. La parte exterior de los negocios fiduciarios es querida pero no por sí misma sino porque oculta lo que verdaderamente desean los contratantes. La parte interior de los referidos negocios es la que demuestra qué es lo que realmente quieren los contratantes, a saber: crear una garantía, establecer un régimen de administración, etc. En conclusión, los negocios fiduciarios son relativamente simulados, ya si bien exteriormente demuestran la existencia de voluntades de transferir y adquirir, interiormente confirman que lo único que las partes quieren es garantizar, administrar, etc. El efecto traslativo, entonces, oculta la voluntad real de las partes.

Como se podrá advertir, la tesis comentada se fundamenta en la -indebida- disociación entre intento práctico (buscado por las partes) y efecto jurídico (derivado de los negocios bajo análisis). Así es, reconociendo que las partes desean constituir una garantía (*fiducia cum creditore*) o crear un régimen de administración (*fiducia cum amico*), los autores que defienden la tesis en cuestión llegan a la conclusión de que los negocios fiduciarios son relativamente simulados debido a que el efecto traslativo que provocan no se condice con los móviles descritos. Semejante modo de proceder, sin embargo, no es correcto, ya que, como lo he indicado precedentemente, no existe razón legal o conceptual alguna para negar la posibilidad de que el efecto traslativo sea un medio para constituir una garantía o para crear un régimen de administración. Evidentemente, dicho efecto solo puede cumplir las funciones indicadas en el ámbito de lo atípico; por lo que si las partes recurren al mismo, solo podrán obtener garantías atípicas o regímenes de administración atípicos. Suponer que el efecto traslativo, cual fenómeno simulado, únicamente encubre la verdadera intención de las partes, que consiste en crear garantías o mandatos, es aceptar que solo pueden crearse garantías o mandatos típicos; lo que evidentemente es incorrecto, en tanto que el ordenamiento otorga la libertad de crear figuras atípicas.

No voy a insistir en lo expresado en las líneas precedentes acerca de la posibilidad de transferir propiedad con fines distintos a los que típicamente informan a los contratos traslativos (compraventa, permuta, donación, etc.). Por consiguiente, y sobre la base de considerar que es perfectamente posible acudir a esquemas atípicos con el fin de satisfacer intereses que en abstracto se encuentran ya tutelados por ciertas figuras típicas, resulta claro que los negocios fiduciarios no presentan la -artificial- disociación entre fin (de garantía o administración) y efecto (traslativo), ya que, para las partes, este es un medio idóneo para alcanzar a aquel. De esto se sigue que los negocios en cuestión no son simulados.²⁵

Sin perjuicio de lo indicado, resulta interesante ver cómo la tesis que equipara a los negocios fiduciarios con los relativamente simulados no puede sostenerse en pie si es que se intenta llevarla hasta sus últimas consecuencias.

En efecto, según la tesis en cuestión, el aspecto interno de los negocios fiduciarios, que es el que cobija a las obligaciones de ejercer de cierto modo el derecho y de retransmitirlo a la ocurrencia de determinado evento, constituye la expresión verdadera de la voluntad de las partes, por lo que debe producir todos sus efectos, cual fenómeno disimulado.²⁶

FELIU, Manuel, *La Prohibición del Pacto Comisorio y la Opción en Garantía*. Editorial Civitas S.A., Madrid, 1995, p. 108. FUENTESCA, Cristina, Op. Cit., p. 195.

²⁴ ALBALADEJO, Manuel, *El llamado negocio fiduciario* ... Op. Cit., p. 664 y siguientes.

²⁵ En tal sentido: GAZZONI, Francesco, *Manuale di Diritto Privato*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1998, p. 918; GAMES, Fernando y Gustavo ESPARZA, *Fideicomiso y Concurso*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1997, p. 10.

²⁶ En tal sentido: ALBALADEJO, Manuel, *El llamado negocio fiduciario* ... Op. Cit., p. 664; FUENTESCA, Cristina, Op. Cit., p. 197.

Aplicando la tesis indicada al caso de la venta con fines de garantía, se tendría que concluir que, como existe simulación relativa, la única relación válida es la de garantía. Ahora bien, ¿de qué garantía se puede hablar?

Supongamos que *Primus* vende a *Secundus* un inmueble a 100 denarios, otorgándole una opción de compra al precio de 120 denarios, la cual debe ser ejercida a los 24 meses de pagado el precio inicial. Si se considera que la venta con opción de compra tiene fines de garantía y, por tanto, se encuentra afectada por una simulación relativa (ya que lo que las partes en realidad quieren es constituir una garantía), habría que concluir entonces, como en efecto lo hace la corriente doctrinaria aquí criticada, que (en aplicación de las normas sobre simulación) no se ha producido efecto traslativo alguno, de modo que *Primus* sigue siendo propietario del inmueble. Al margen de lo grotesco que resultaría indicarle a *Primus* que sigue siendo propietario (debido a que cuando declaró su voluntad de transferir el inmueble en realidad quiso otra cosa), no veo cómo se pueda sostener que, en defecto de venta, hay garantía. En efecto, ¿cuál sería la obligación garantizada? ¿Cuál sería el gravamen? Más aún, ¿se habrían cumplido las formalidades para que surja la garantía (en este caso hipoteca)?

A mi modo de ver, pues, considerar que los negocios fiduciarios son relativamente simulados supone, bajo el pretexto de la "interpretación" aguda, desconocer abierta y descaradamente lo que las partes han querido, con el agregado de que estas terminan quedando absolutamente desvinculadas, como si sus declaraciones fueran nulas, ya que resulta imposible instaurar entre ellas la "relación oculta". ¿Por qué? Porque simplemente no existe voluntad oculta, no existe negocio disimulado.

VI. EL PROBLEMA DEL FRAUDE

De acuerdo con una apreciación más o menos generalizada,²⁷ los negocios fiduciarios, al encontrarse dirigidos a la obtención de finalidades que no son propias de los esquemas típicos de los cuales se sirven, pueden -en función de las circunstancias- provocar la indebida aplicación o inaplicación de normas imperativas, constituyendo de este modo mecanismos defraudadores del ordenamiento.

Tradicionalmente se ha considerado²⁸ que los negocios en fraude son aquellos que (con prescindencia de la conciencia y la voluntariedad de las partes)²⁹ tienen como finalidad -objetiva- eludir la aplicación de una norma imperativa, a efectos de provocar un resultado igual o similar al prohibido por dicha norma. Así, se afirma³⁰ que si bien tales negocios son celebrados al amparo del texto de una norma determinada (norma de cobertura), objetivamente persiguen un resultado "prohibido" por otra norma (norma defraudada).³¹

²⁷ En tal sentido: ROFFO, Vincenzo, *Il Contratto, Trattato di Diritto Privato*, a cura di Giovanni Giudice e Paolo Zatti, Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A., Milano, 2001, p. 685.

²⁸ En tal sentido: BARASSI, Ludovico, *Instituciones de Derecho Civil*, traducción y notas de Ramón García de Haro y Mario Falcón, José María, tomo I, Bosch Editor, Barcelona, 1955, p. 28; BIANCA, Massimo, *Op. Cit.*, p. 387; DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *El Negocio Jurídico*, Civitas, Madrid, 1985, p. 370.

²⁹ El negocio en fraude a la ley no requiere la existencia de un ánimo de defraudar de las partes (tal como lo consideraban los tests *primaeva*), pues lo que dicho negocio provoca es un ataque indirecto, obliquo o subdado al ordenamiento, el cual debe ser protegido al margen de la intencionalidad de los sujetos.

³⁰ MEZQUITA, María Dolores, *El Fraude de la Ley en la Jurisprudencia*, Editorial Anaya S.A., Navarra, o.c., p. 75.

³¹ A modo de ejemplo, tómasse en consideración los siguientes casos:

a. Imaginemos que un Banco internacional desea conceder un préstamo a una empresa que acaba de obtener una concesión para explotar un servicio público. Imaginemos, además, que en vista de lo difícil que resultaría ejercitar una eventual hipoteca sobre la concesión de la referida empresa, le otorga garantía que le interesa al Banco es la producción de ciertas acciones que tiene la misma en

Aun cuando esta forma de entender el asunto no es, en esencia, errónea, resulta necesario efectuar ciertas precisiones a fin de comprender exactamente en qué consiste el fenómeno del fraude.

Como ha sido indicado,²⁵ la dimensión reguladora del Derecho comprende dos niveles: el de las reglas y el de los principios (que fundamentan a las reglas).²⁶ Tanto las reglas como los principios tienen naturaleza "reguladora", ya que establecen las circunstancias en las que los sujetos, según sea el caso, deben o pueden realizar ciertas acciones.

Imaginemos que una compañía vinculada, Imaginemos, finalmente, que el Banco solo está dispuesto a efectuar el desembolso en caso que se pague que adquirirá directamente la propiedad de las acciones si la empresa no cumple con pagar oportunamente el capital y los intereses. En este contexto, las partes se disponen a celebrar un contrato de mutuo con garantía prendaria. Sin embargo, antes de suscribir los documentos uno de ellas se da cuenta que el Código Civil peruano sanciona con nulidad el pacto por el cual el acreedor prendario se convierte en propietario del bien gravado ante el incumplimiento de la obligación garantizada. Ante ello, las partes se preguntan qué pueden hacer para lograr el resultado que produciría el mutuo con garantía prendaria, sin el peligro de que el pacto que especialmente les interesa sea declarado nulo. Luego de analizar algunas posibilidades, las partes deciden, en lugar de celebrar un mutuo con garantía prendaria, celebrar una compraventa y insertarle una opción de rescate. De este modo, en virtud de la compraventa el Banco adquiere la propiedad de las acciones, pagando un monto igual al que hubiera tenido que pagar en mutuo. En virtud de la opción de rescate, exigible al vencimiento de un plazo igual al que iba a tener el mutuo, el Banco le otorga a la empresa el derecho de readquirir las acciones al mismo precio. Sin embargo, por el otorgamiento de la opción el Banco cobra a la empresa una retribución, cuyo monto es (igual a los intereses que hubiese tenido que pagar la empresa por el mutuo). El resultado final (desde el punto de vista práctico, material, económico) que produce la celebración de la venta de las acciones con opción de rescate es que el Banco será propietario de las acciones en caso que la empresa no "rescata" la suma que previamente recibió de aquel.

Imaginemos que una persona recibe de herencia un inmueble y unos bonos. Imaginemos que esta persona tiene un hijo al cual quiere donar el inmueble. En este contexto, las partes están a punto de celebrar una donación del inmueble, cuando de pronto alguien les informa que esa operación está gravada y que más bien no lo está la transferencia de los bonos, esa es gratuita o onerosa. Ante ello, las partes se preguntan qué pueden hacer para lograr el resultado que produciría la donación sin la carga de tener que pagar el impuesto. Luego de analizar algunas posibilidades, deciden, en lugar de celebrar una donación, celebrar una donación y una permuta. En virtud de la donación, el padre transfiere al hijo, no el inmueble, sino los bonos. En virtud de la permuta, el hijo reintroduce al padre los bonos a cambio del inmueble. El resultado final (desde el punto de vista práctico, material, económico) que produce la celebración de la donación de los bonos y de la permuta de estos por el inmueble es que el hijo adquiere gratuitamente este último bien sin tener que pagar impuestos.

Imaginemos que los administradores de una sociedad están interesados en frustrar la posibilidad de que un grupo de accionistas los muestre de sus cargos. Imaginemos, además, que los administradores se enteran de que un importante accionista de la sociedad está interesado en vender sus acciones. En este contexto, los administradores de la sociedad deciden que una subsidiaria de la misma adquiriera las acciones en coacción, para que dicha subsidiaria participe, sobre la base de las instrucciones que esos administradores dieron, en las juntas de accionistas en las cuales se aprobará su gestión. Asimismo, sin embargo, les advierten los referidos administradores que la Ley General de Sociedades establece que las acciones de propiedad de una sociedad que es controlada por la sociedad emisora de tales acciones, no dan derecho a voto ni se computan para formar quórum. Ante ello, los administradores se preguntan qué pueden hacer para conseguir, a través de medios indirectos, participación en las juntas de la sociedad a la cual administran. Luego de analizar algunas posibilidades, los administradores deciden que la subsidiaria de la sociedad adquiera, no la propiedad de las acciones del capital de esta, sino el usufructo de los derechos políticos de las mismas. El resultado final (desde el punto de vista práctico, material, económico) que produce la celebración del usufructo de los derechos políticos, es que los administradores de la sociedad van a estar indirectamente representados en las juntas que van a evaluar su gestión.

Como se advierte, en los tres casos descritos los negocios tienen respaldo en ciertas normas (la que permite celebrar la venta con opción de rescate / la que permite celebrar la donación y la permuta / la que permite celebrar el usufructo de los derechos políticos de las acciones), pero también buscando otras (de carácter imperativo) que habrían sido aplicables en caso que las partes hubiesen recurrido a los negocios típicos para lograr el resultado económico que les interesa (mutuo con garantía prendaria / donación y permuta / venta).

²⁵ ATIENZA, Manuel y Juan RUIZ MANERO, *Revisión Arjonesa*, Editorial Trotta S.A., Madrid, 2006, p. 67.

²⁶ Según ATIENZA y RUIZ MANERO, las reglas son tanto las pautas específicas de conducta que establecen mandatos o permisiones, como las disposiciones que consagran la posibilidad de acceder a cierto estado de cosas. A los primeros se les denomina "reglas de acción", mientras que a las segundas "reglas de fin". Por su parte, los principios son tanto las justificativas valorativas que fundamentan las reglas como las pautas de creación e interpretación de las mismas (ver ATIENZA, Manuel y Juan RUIZ MANERO, *Op. Cit.*, pp. 16 a 18).

Las reglas y principios de naturaleza reguladora no agotan, empero, el espectro normativo del Derecho, ya que este sistema de control social usualmente concede a los particulares "poderes"²⁴ para provocar una modificación de la realidad jurídica existente. Las normas que confieren los poderes en cuestión establecen que, dadas ciertas circunstancias, alguien puede, realizando determinadas acciones, conseguir determinados resultados que alteran la realidad jurídica preexistente.²⁵ Es importante destacar que las normas en cuestión carecen de carácter deóntico, por lo que no pueden ser infringidas (o el sujeto actúa correctamente su contenido y obtiene el resultado esperado; o actúa incorrectamente su contenido -o simplemente omite realizar cualquier actividad- y no obtiene el resultado esperado).²⁶

Evidentemente, las normas ya indicadas, lejos de formar un universo autónomo, se insertan en el universo habitado por reglas y principios reguladores. De hecho, normas reguladoras establecen cómo y bajo qué circunstancias puede ejercerse un "poder". De esto se sigue que el resultado que se obtiene con el ejercicio del "poder", lejos de estar aislado, se encuentra vinculado o conectado con cierto "estado de cosas". A este respecto, se puede distinguir dos tipos de conexiones entre el resultado indicado y un estado de cosas concreto, a saber: la conexión convencional y la conexión causal. Se tiene una conexión convencional cuando el resultado obtenido con el ejercicio de un poder genera un nuevo estado de cosas como consecuencia de la aplicación de reglas o principios reguladores (si adquiero la propiedad de un inmueble, entonces tendré que pagar el impuesto predial -debido a que cierta norma así lo dispone-). Por su parte, se tiene una vinculación o conexión casual cuando el resultado obtenido con el ejercicio de un poder genera nuevas situaciones fácticas de orden económico, social, psicológico, etc., sin que medie aplicación alguna de reglas o principios (si pago el impuesto predial, ya no podré adquirir la colección de libros que me interesa).²⁷

Ahora bien, el fenómeno del fraude a la ley se presenta en el ámbito de la actuación de los poderes y básicamente consiste en provocar, al amparo de una norma de cobertura, la violación (injustificada), no de una regla, sino más bien de un principio.

En efecto, el negocio fraudulento no infringe, como lo indica la doctrina tradicional, indirecta u oblicuamente el contenido de una norma imperativa, pues ello es imposible. Así es, si un negocio cualquiera colisiona directa o indirectamente con una o más normas imperativas, entonces el mismo no despliega efecto alguno debido a que el ordenamiento lo condena con nulidad (por ilicitud de objeto o de causa, según el caso). Por consiguiente, sostener que el negocio en fraude a la ley infringe indirectamente la norma de cobertura implica equipararlo con el negocio ilícito.²⁸

El negocio fraudulento, en realidad, ataca un principio que no se encuentra protegido específicamente por una regla concreta, aunque sí por el conjunto del sistema jurídico. Es por ello que se afirma que dicho negocio supone la existencia de una "laguna axiológica" en el nivel de las reglas.²⁹

²⁴ Empleo el término "poder" en un sentido bastante lato, de modo que incluye cualquier facultad agencial capaz de provocar una modificación de la realidad jurídica objetiva. Por consiguiente, quedan comprendidos en el término en cuestión toda clase de poderes en sentido estricto así como toda clase de derechos subjetivos.

²⁵ Las normas que confieren poderes también regulan la conducta de los sujetos, sin embargo, a diferencia de las reglas y principios reguladores, que establecen prohibiciones o permisiones, aquellas contemplan la posibilidad de provocar un cambio normativo una vez cumplidos ciertos requisitos.

²⁶ ATIENZA, Manuel y Juan RUIZ MANERO, Op. Cit., p. 71.

²⁷ ATIENZA, Manuel y Juan RUIZ MANERO, Op. Cit., p. 73.

²⁸ ATIENZA, Manuel y Juan Ruiz MANTERO, Op. Cit., p. 75; ROSEMBUD, Tibbo, *El Fraude de Ley, la Simulación y el Abuso de los Foros en el Derecho Tributario*, Minial Pons, Madrid, 1989, p. 26.

²⁹ ATIENZA, Manuel y Juan Ruiz MANTERO, Op. Cit., p. 67.

En términos esquemáticos,⁴² se puede sostener que la acción A realizada por el sujeto S en las circunstancias X es fraudulenta si:

1) Existe una regla regulativa que permite a S actuar un poder para producir el resultado R al realizar A en las circunstancias X.

2) Como consecuencia (convencional o casual) de R, se produce cierto estado de cosas E que, de acuerdo con el balance entre los principios que justifican la actuación de la regla que confiere el poder y otros principios del sistema, supone un daño injustificado o un beneficio indebido, y no existe una regla regulativa que impida producir R, aunque puede haber una regla dirigida a impedir E.

3) R es un medio para E, dado que R es objetivamente adecuado para E, aun cuando S no tuviera ese propósito al realizar A.

4) En balance entre los principios indicados en 2) tiene fuerza suficiente para generar una nueva regla que establece que en las circunstancias XI [X más alguna circunstancia que suponga la realización de 2) y de 3)] está prohibido ejercer la regla que confiere poder de forma tal que se alcance por medio de R, la consecuencia E. Por ello, el resultado R debe considerarse, en el caso concreto, inválido.

Como se podrá advertir, pues, el negocio fraudulento es aquel que (derivando de la actuación del poder normativo -autonomía privada-) provoca, al amparo de una norma de cobertura, un resultado determinado que (de forma convencional o casual) conduce a un estado de cosas reprochable en función de los principios que inspiran al ordenamiento. Ese estado de cosas puede suponer un daño injustificado o un beneficio indebido.⁴³⁻⁴⁴

⁴² ATIENZA, Manuel y Juan Ruiz MANTERO, Op. Cit., p. 78.

⁴³ Considerando el negocio en fraude en los términos expuestos, cabe preguntarse cuál es la norma aplicable a tal negocio. El Código Civil peruano (a diferencia, por ejemplo, del Código Civil italiano o del Código Civil español) no contiene disposición alguna que de manera expresa haga referencia al fraude a la ley. Ello no es extraño en legislación comparada. Cuenta FLUMM que los legisladores alemanes que redactaron el BGB simplemente a última hora una norma expresa sobre el fraude a la ley, temiendo que la misma pudiese ser objeto de aplicación abusiva e indiscriminada, y que sirviese para limitar injustificadamente la autonomía privada (ver: FLUMM, Werner, Op. Cit., p. 420).

La figura del fraude a la ley recibe, en legislación comparada, dos respuestas distintas. Por un lado está la española, que establece que el negocio en fraude a la ley no impide la aplicación de la norma defraudada, y por el otro está la italiana, que establece que el negocio en fraude a la ley es nulo por causa ilícita.

El Anteproyecto de la Ley de Reforma del Código Civil contiene una norma que acoge la solución española. En efecto, tal norma, que pasará a estar consignada en el artículo IX del Título Preliminar del Código Civil, establece que *"se declara nulo el fraude a la ley el acto que pretende su resultado contrario a una norma legal o a una norma dictada con distinta finalidad. El acto fraudulento es nulo y se impedirá la debida aplicación de la norma cuyo cumplimiento se hubiere tratado de eludir"*. Esta fórmula, al igual que la acogida por el Código Civil español, es desorientada. Y lo es por una sencilla razón: si el negocio fraudulento es nulo (como no puede ser de otra manera), ¿a qué relación jurídica se aplica la norma defraudada?

El negocio en fraude a la ley no es un negocio simulado, no cuando por las partes. Al contrario, el negocio en fraude a la ley es un negocio cuando por las partes, que desean asumir sus efectos justamente porque constituye el único medio que tienen para eludir la aplicación de una "norma" imperativa. Esto se observa claramente en el ejemplo de la compraventa con opción de rescate, como quiera que las partes pretenden eludir la aplicación del artículo 1066 del Código Civil, que declarando el pacto por el cual el accionar pretérito deviene en propietario del bien pretendido ante el incumplimiento de la obligación garantizada, las mismas celebran la compraventa de las acciones con opción de rescate y no el mismo con garantía prendaria. Si el negocio en fraude a la ley es nulo (como efectivamente tiene que ser), esto significa que el mismo no produce consecuencias alguna y que las partes no asumen los derechos, obligaciones y demás situaciones jurídicas subjetivas postulas. Ahora bien, si las partes no han asumido efecto alguno del negocio fraudulento, ¿por qué base se va a aplicar la norma defraudada? Si la compraventa de las acciones con opción de rescate es válida, ¿a qué relación contractual se va a aplicar el artículo 1066 del Código Civil? Evidentemente, no se puede pensar que la nulidad de la compraventa con opción de rescate determine el nacimiento de un mismo con garantía prendaria y que es precisamente a la

Sentados los alcances del fraude a la ley, es claro que los negocios fiduciarios, al emplear esquemas típicos para alcanzar finalidades distintas de las que positivamente informan a tales esquemas, pueden eventualmente afectar principios tutelados por normas imperativas y, por ende, cumplir una función fraudulenta.⁴⁰ El juicio de la ilicitud de tales negocios, sin embargo, no puede realizarse en abstracto, ya que la consideración de la existencia de un dolo injustificado o de un beneficio indebido depende generalmente del tipo de circunstancias que rodean al caso y particularmente de la realidad económica de cada operación concreta (p. e. solo si el precio de la compraventa con opción de recompra es igual al monto materia del mutuo se podrá considerar que aquella es un medio fraudulento que busca evadir la aplicación de la prohibición del pacto comisorio). Por consiguiente, si bien es cierto que los negocios fiduciarios pueden, al margen de la voluntad de las partes, afectar principios inderogables del sistema, también lo es que resulta imposible adoptar una solución abstracta y generalizada, que ignore un análisis *in concreto* de cada figura indirecta.

VII. ESTRUCTURA

Se ha discutido acerca de la composición de los negocios fiduciarios, más concretamente acerca de si los mismos son o no negocios singulares.

Para una primera corriente de opinión,⁴¹ todo negocio fiduciario encierra dos negocios de índole y efectos bastante diferentes, a saber: un negocio de carácter "real" y otro de carácter "obligacional". Por el primero, el fiduciante transferiría la titularidad de cierto derecho (propiedad, crédito, etc.) al fiduciario. Por el segundo, el fiduciario asumiría la obligación de ejercer de determinado modo el derecho adquirido, para luego retransmitirlo. El negocio de carácter "real" sería eficaz *erga omnes*, mientras que el de carácter obligacional sería eficaz solo *inter partes*. Ambos negocios, sin embargo, tendrían una vinculación muy especial, en tanto que el obligacional

relación que surge de dicho mutuo a la que se le aplica el artículo 1066 del Código Civil, pues ello implicaría imponer a las partes un negocio que ellas no han celebrado, lo cual es imposible. En efecto, las partes no acuden a la compraventa de acciones con opción de recompra para evadir el mutuo con garantía prendaria. Si hicieran tal cosa, se estarían ante un supuesto de fraude a la ley sino ante un supuesto de simulación; y ante tal supuesto sería perfectamente factible aplicar el artículo 1066 del Código Civil a la relación que causa del mutuo. Las partes en realidad acuden a la compraventa con opción de recompra no para evadir el mutuo con garantía prendaria sino para reemplazarlo, por lo que no resulta posible aplicar el artículo en cuestión, toda vez que este presupone la existencia de una relación que en este caso las partes no han asumido por no haberlo pactado. En consecuencia, resulta contradictorio declarar, por un lado, la nulidad del negocio fraudulento, y, por el otro, que el mismo no impedirá la aplicación de la norma que se trató de eludir.

La solución italiana es más coherente. Si el negocio es fraudulento, el ordenamiento debe sancionar determinando que el intento voluntario de las partes contra de valor y, por tanto, que el resultado que espantaban obtener no se produce en el plano jurídico. De este modo, se impide que se concrete la violación y se mantiene el *status* preexistente al del intento transgresor.

⁴⁰ La cabal comprensión de la estructura del fraude a la ley y de la sanción aplicable al mismo es algo fundamental para evitar la indebida afectación de la libertad contractual constitucionalmente garantizada. En nuestro país ya se ha producido un caso de estándar, en el que los miembros del Tribunal Administrativo de la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores recalificamos contratos aparentemente fraudulentos basados para ello en la doctrina de Polerius De Castro y Bravo (véase la Resolución 041-2002-EP/94-12). Como resulta evidente, ninguna autoridad es nuestro país puede, a la hora de enfrentar un problema de fraude a la ley, aplicar los dictados de la doctrina española, ya que la solución que la misma brinda se basa en el particular (y curioso) tratamiento que el Código Civil español dispensa al negocio fraudulento. Por consiguiente, si alguna autoridad administrativa considera que determinado negocio es fraudulento, aquella tendrá que solucionar judicialmente la nulidad del mismo por ilicitud de causa. Y ello porque, a diferencia del Código Civil español, nuestro Código Civil no confunde fraude con simulación, de modo que ante la constatación de la existencia de un negocio fraudulento únicamente cabe aplicar la sanción de la nulidad. Si la autoridad administrativa (o judicial) decide recalificar el negocio fraudulento, entonces estará imponiendo a las partes una relación no querida por las mismas, lo que evidentemente resulta ilegal e inconstitucional.

⁴¹ En tal sentido: CARNEVALI, Ugo, *La Simulazione, Imitazione di Diritto Privato*, a cura di Mario Bessone, G. Giappichelli Editore, Torino, 1999, p. 716.

⁴² Sobre esta tesis, véase entre otros: SCHONY, GIORGIANNI, BERTINI, CARBOTA-FERRARA y FERRARA (ver. ABRIX-FILIBO), José, *O Negócio Jurídico e sua Teoria Geral*, Saraiva, São Paulo, 1997, p. 151).

funcionaría como límite externo al real, impidiendo que, de modo lícito, el fiduciario ejerza el derecho adquirido para fines diversos de aquellos previstos por el fiduciante. Por lo tanto, ambos negocios presentarían una coligación bilateral voluntaria.

Para una segunda corriente de opinión,⁴⁵ todo negocio fiduciario constituye un único acto de autonomía, que se sustenta en una sola finalidad, aunque compleja. El efecto real y el obligacional, aun cuando cumplirían funciones diversas, serían susceptibles de reconducción a una misma fuente.

Frente a este problema, cuyas consecuencias prácticas no son de cuidado,⁴⁶ la solución que debe adoptarse es, indudablemente, la segunda. En efecto, en primer lugar resulta ya arbitrario sostener que las partes concluyen aquí dos negocios, esto es, que manifiestan dos voluntades dirigidas cada una de ellas a una finalidad diversa (aunque coligada). Pero en segundo lugar resulta errado sostener que el aspecto "real" y el aspecto "obligacional" pueden dar lugar a dos negocios coligados. En efecto, tomando en consideración el hecho que la coligación negocial supone la existencia de dos o más negocios autónomos que dan lugar a una regulación unitaria de intereses,⁴⁷ no es posible explicar válidamente al negocio fiduciario sobre la base de dos negocios (uno "real" y otro "obligacional") coligados, desde que por lo menos uno de ellos no puede ser considerado como negocio autónomo. Así es, mientras que el denominado negocio "real" puede ser considerado, en función de su tipo (compraventa, permuta, donación, etc.), como negocio autónomo; el denominado negocio "obligacional" no, habida cuenta que su contenido (que se agota en la necesidad de que el adquirente ejerza su derecho en cierto modo) es claramente insuficiente para dar lugar a un negocio autárquico susceptible de ser reconocido por el ordenamiento como tal.

En verdad, como bien se ha señalado⁴⁸ solo mediante un artificio se puede desconocer que la operación concluida presenta una unidad inescindible que, por lo demás, le otorga autonomía a la figura. Todo negocio fiduciario constituye en realidad un único acto de autonomía, destinado a alcanzar una única finalidad, cuya complejidad, sin embargo, en nada afecta su singularidad.⁴⁹

VIII. EFECTOS

Se ha discutido también acerca del alcance de los efectos que los negocios fiduciarios provocan. Para una gran mayoría,⁵⁰ estos negocios transfieren plenamente la propiedad (u otro derecho); el efecto obligacional está dirigido simplemente a evitar que el fiduciario, en la relación existente con el fiduciante, actúe al margen de los parámetros impuestos por este último.

⁴⁵ Sostienen esta tesis, entre otros: ASCARELLI, GRASSETTI, DE MARTINI y PUCLIAZZI (ver JORDANO BAREÁ, Juan, *Naturaleza...*, Op. Cit., p. 929).

⁴⁶ Como lo ha notado CARUSI, las consecuencias prácticas de la disputa entre las dos posiciones no deben ser sobrevaloradas, puesto que la construcción "dualista" no pone en duda la interdependencia de los efectos de los dos negocios que conforman la "operación" fiduciaria (ver CARUSI, Donato, Op. Cit., p. 589 y 590).

⁴⁷ En tal sentido: LENER, Giorgio, *Profilo del Collegamento Negocial*, Giuffrè Editore, Milano, 1959, p. 166.

⁴⁸ GRASSETTI, citado por JORDANO BAREÁ, Juan, *Naturaleza...*, Op. Cit., p. 830.

⁴⁹ Así DOMÍNGUEZ, Jorge Alfredo, Op. Cit., p. 171.

⁵⁰ CARUTA-FERRARA, citado por JORDANO BAREÁ, Juan, *Naturaleza...*, Op. Cit., p. 834; PUCLIAZZI, Salvatore, *Introducción al Estudio del Derecho Civil*, Introducción a la segunda edición italiana, Porrúa Hermanos y Cía., México D. F., 1943, p. 269; GALGANO, Francesco, Op. Cit., p. 448; CARUSI, Donato, Op. Cit., p. 585; CARNEVALI, Ugo, Op. Cit. p. 715; BIDLIJAZZI GERL LINA, BRECCIA, Umberto, BUSNELLI, Francesco D. y NATOLI, Ugo, Op. Cit. tomo I, volumen II, p. 939; GARCÍA AMIGÓ, Manuel, *Teoría General de las Obligaciones y Contratos*, Mc Graw-Hill, Madrid, 1993, p. 325; RODRÍGUEZ-ROSA DO, Bruno, Op. Cit., p. 177; DOMÍNGUEZ, José Alfredo, Op. Cit., p. 173; GOMES, Orlando, *Contratos*, Companhia Editora Forense, Rio de Janeiro, 1975, p. 567.

A esta posición, sin embargo, se ha opuesto una corriente de opinión²⁸ para la cual estos negocios no hacen sino transferir una titularidad meramente aparente o formal, de suerte que la propiedad (u otro derecho) permanece realmente en cabeza del fiduciante. Los argumentos esgrimidos por quienes sostienen semejante postura son esencialmente dos, a saber: (i) la injusticia innata de la teoría criticada (esto es, de la teoría según la cual existe transferencia plena del derecho materia del negocio fiduciario); y, (ii) el rechazo de la ley a la misma.

Como sustento del primer argumento se utiliza el siguiente caso: *Primus*, deudor de *Secundus*, no pudiendo pagar en el plazo establecido, le pide a este último una extensión de dicho plazo. *Secundus* accede bajo la condición de que *Primus* le venda una finca al solo efecto de garantizar el pago de la obligación. Conforme a ello, *Primus* otorga escritura de compraventa en favor de *Secundus*, confesando haber recibido el precio. En documento privado, convienen en que *Primus* quedará de arrendatario del bien, pagando una renta equivalente al interés aplicable a la deuda original, y que podrá recuperar la finca al pago de dicha deuda. Posteriormente, muere *Secundus* y su hijo *Tercius* entabla juicio de desalojo contra *Primus* por subarriendo no consentido. Alegado por *Primus* el carácter fiduciario de la venta hecha a *Secundus*, *Tercius* opone haberla comprado antes del fallecimiento. Ahora bien, de acuerdo con la teoría de la transferencia plena de la propiedad debería admitirse que *Tercius* ha adquirido legítimamente la finca, pese a conocer con detalle los pactos existentes entre *Primus* y *Secundus*, no respondiendo además de las obligaciones paternas, por haber repudiado su herencia. Sin embargo, indican sus detractores²⁹, el Derecho no puede sino rechazar las consecuencias anotadas, en tanto que las mismas vienen condenadas por el natural y espontáneo sentimiento de justicia.

Como sustento del segundo argumento se recurre a lo dispuesto por normas como la Ley Concursal alemana de 1879 o el Código de Comercio español de 1885, que, según el parecer de los detractores de la teoría de la transferencia plena de la propiedad, establecen que en caso que el fiduciario se encuentre en una situación de quiebra, el fiduciante tiene un *ius separationis* que le permite recuperar, de la masa del primero, los bienes entregados al mismo.

Ahora bien, ¿cuál de estas posiciones debe ser considerada como correcta? A mi modo de ver, la respuesta pasa necesariamente por un análisis del sistema normativo en el que nos encontremos. En tal sentido, no son necesarios los esfuerzos de aquellos que, sin no poco fundamento, han sostenido que el *ius separationis* contemplado por los cuerpos legales citados no alcanza al fiduciante,³⁰ en tanto que en nuestro ordenamiento no existe norma alguna a partir de la cual se pueda sostener que la transferencia fiduciaria de propiedad (o de otro derecho) solo ocurre a nivel "formal". Y no se diga que la norma de marras es la contenida en el artículo 241 de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, que establece que el fiduciario no adquiere la propiedad de los bienes fideicometidos, ya que este artículo se refiere a uno de los efectos del negocio de fideicomiso: negocio que no puede informar el régimen legal aplicable al instituto estudiado, desde que su tipificación legal excluye toda posibilidad de que constituya un negocio fiduciario, pues sea que se concéptue a este último como aquel negocio que presenta una desproporción entre medio y fin, o como aquel negocio que desvía la finalidad legal de una figura típica (posición esta que he asumido), lo cierto es que cualquiera de estas nociones resulta incompatible con la tipicidad negocial, en tanto que la misma, por un lado, reconoce la existencia de proporcionalidad entre medio y fin (ya que de lo contrario el negocio no habría sido tipificado) y, por el otro, impide

²⁸ RESCIGNO, *Bein, Introducción al Codice Civile*, Edizon Laterza, Roma, 1999, p. 177. DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *El Negocio Fiduciario* ..., Op. Cit., pp. 8 y ss.; DE LOS MUZOS, José Luis, Op. Cit., p. 476.

²⁹ Cuius testatamentum: DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *El Negocio Fiduciario* ..., Op. Cit., p. 10.

³⁰ Ver: JORDANO BAREA, Juan, *Naturalis* ..., p. 831 y ss.

toda referencia a un procedimiento indirecto (ya que este supone la atipicidad del acto). En consecuencia, no puede sino concluirse que al no existir norma alguna que le otorgue un derecho (con alcance "real") al fiduciante sobre los bienes transferidos al fiduciario, en nuestro sistema los negocios fiduciarios transfieren de manera plena la propiedad (o cualquier otro derecho).²⁴

Que la solución considerada adecuada pueda, eventualmente, conllevar situaciones injustas es algo que evidentemente no puede determinar la adopción de una postura contraria que desconozca la transferencia realmente operada, en tanto que ello significaría colisionar con el diseño normativo efectuado por las partes y admitido como válido por el Derecho.

IX. LOS NEGOCIOS FIDUCIARIOS EN EL ORDENAMIENTO PERUANO

A lo largo de estas líneas, he afirmado que los negocios fiduciarios son admisibles en ordenamientos causalistas como el nuestro. Esta conclusión no puede, sin embargo, desconocer algunas particularidades de nuestro sistema.

En primer lugar es preciso determinar si alguna de las principales manifestaciones del negocio fiduciario ha devenido en una figura del Derecho (positivo). Y en segundo lugar es preciso determinar si alguna de las principales manifestaciones del negocio fiduciario podría colisionar con normas imperativas y, por ende, padecer las consecuencias de la invalidez.

Respecto de lo primero, es necesario indicar que eventualmente podría considerarse que la fiducia *cum amico* ha quedado tipificada por el artículo 241 de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, en tanto que el mismo regula al negocio de fideicomiso, que es aquel que determina que una parte ("fideicomitente") transfiera uno o más bienes a la otra ("fiduciario"), a fin de que esta última los utilice de cierta forma.

Semejante postura, sin embargo, no tendría un sustento válido. En efecto, de acuerdo con el artículo citado, el fiduciario no llega a ser propietario de los bienes fideicometidos, ya que los mismos pasan a conformar un "patrimonio autónomo". Ahora bien, tomando en cuenta el hecho que la fiducia *cum amico* presupone una efectiva transferencia de propiedad (o de otro derecho) en favor del fiduciario, es claro que la misma no puede ser asimilada al negocio de fideicomiso tipificado por el artículo ya indicado. Esto determina que las restricciones subjetivas previstas en la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros para la celebración de negocios de fideicomiso (según las cuales solo ciertas personas, bajo determinadas condiciones, pueden realizar "actividades fiduciarias") no impiden la celebración de negocios fiduciarios destinados a lograr los fines propios de la fiducia *cum amico*. Por lo tanto, en nuestro sistema es perfectamente posible que los particulares celebren negocios fiduciarios en virtud de los cuales transfieran la titularidad de un derecho con fines de administración.

²⁴ El que adquiere un derecho de propiedad (u otro derecho) con la obligación de ejercerlo de cierta manera (y, por tanto, con el deseo de crear, en términos económicos y jurídicos, una relación -ajena- de ganancia o de mandato) no se convierte en un simple propietario (o titular) "formal". En efecto, dicho adquirente es el único que puede realizar actos reales sobre el bien. Dichos actos, además, son siempre válidos, con independencia de si se encuentran o no arreglados a la finalidad prevista por las partes. Por consiguiente, el fiduciario es un propietario (titular) formal y material (el hecho que se haya obligado a ejercer su derecho de cierto modo para beneficiar al fiduciante no le otorga a este legitimidad real alguna sobre el bien, de modo que no puede ser considerado como titular de una propiedad "material").

He aquí la gran diferencia que existe entre la propiedad adquirida en función de un negocio fiduciario y el dominio adquirido en función de un negocio fideicomisivo: mientras aquella puede ser ejercida sin más limitaciones que la impuesta por la cláusula general que prohíbe el abuso del derecho, esta última solo puede ser ejercida en función de la finalidad prevista en el negocio. Por tal razón, únicamente los actos reales efectuados por el titular del dominio fiduciario resultan inválidos en caso que los mismos no se encuentren arreglados a la finalidad prevista en el negocio correspondiente.

Respecto de lo segundo, es preciso indicar que la fiducia *cum creditore* no ha sido recogida ni por la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, ni por la Ley de Mercado de Valores. Por lo tanto, en principio no existiría impedimento alguno para que los particulares celebren negocios fiduciarios destinados a lograr los fines propios de la fiducia *cum creditore*.

No se puede olvidar, sin embargo, que la fiducia *cum creditore* supone la transferencia de un derecho al solo efecto de garantizar el pago de una deuda. Si esta no es oportunamente cancelada, el fiduciario deviene en legitimado para conservar el derecho recibido. Por lo tanto, en virtud de esta clase de fiducia el acreedor termina en buena cuenta por "apropiarse" de un bien del deudor al incumplimiento de la obligación.

Ahora bien, esta situación es repudiada por los artículos 1066 y 1111 el Código Civil, que establecen que aunque no se cumpla la obligación el acreedor no adquiere el bien prendado e hipotecado, respectivamente. Por lo tanto, al estar dirigida a que el acreedor conserve en su patrimonio el bien del deudor solamente en tanto y en cuanto no se cumpla la obligación, la fiducia *cum creditore* constituye claramente un instrumento cuya finalidad resulta comprendida dentro de aquello que el ordenamiento no permite, de lo que se deduce su nulidad en aplicación del inciso 4 del artículo 219 del referido código.²⁵

Ante este panorama, esto es, ante la constatación de que solo la fiducia *cum amico* resulta válida en nuestro ordenamiento, es oportuno preguntar si los negocios fiduciarios constituyen instrumentos con alcances prácticos relevantes. La respuesta a tan importante cuestión debe ser afirmativa. En efecto, los negocios fiduciarios no se agotan en los dos tipos de fiducia ya citados (fiducia *cum amico* y fiducia *cum creditore*). La realidad nos demuestra que existen casos como la venta con fines de arrendamiento, por ejemplo, que no se encuadran en ninguno de esos tipos. En todos estos casos, entonces, tendremos negocios fiduciarios que, salvo que intenten burlar alguna prohibición, tendrán plena validez.

X. A MODO DE CONCLUSIÓN

El estudio de toda la problemática relativa a los negocios fiduciarios es algo que por razones de espacio no ha podido agotarse en este lugar. He querido tan solo llamar la atención sobre algunos de los aspectos más importantes de la figura, los que paradójicamente han sido poco tratados en el medio. Las conclusiones a las que he arribado en este afán no necesitan ser reproducidas aquí. Sin embargo, atendiendo a la crítica inicialmente planteada con relación a la manera tradicional de entender la esencia de los negocios estudiados, considero que cabe resaltar que estos no son otra cosa que instrumentos que, sirviéndose de esquemas típicos, desvían la finalidad legal de los mismos mediante la inserción de pactos especiales, de manera que resultan aptos para satisfacer necesidades -particulares- que el ordenamiento jurídico no ha tomado en cuenta de forma específica. Estos negocios, atípicos en esencia, tienen una causa suficientemente idónea para producir un efecto denominado real, que consiste en la transferencia o constitución de un derecho subjetivo (propiedad, etc.); y un efecto obligacional, que consiste, por un lado, en la necesidad de ejercer el derecho recibido de cierto modo y, por el otro, en la necesidad de restituirlo o transferirlo a un tercero al cabo de cierto tiempo o a la ocurrencia de determinado hecho.

²⁵ Confronte con el ordenamiento: CARNEVALLI, Ugo, Op. Cit., pp. 715 y 716; BIGNAZZI GERI, Lina, BRECCIA, Umberto, BUSNELLI, Francesco D. y NATOLI, Ugo, Op. Cit., tomo I, volumen II, p. 936.