

Uso indebido del fideicomiso de garantía

MARÍA FERNANDA KRIENERT^Ψ

*Autor para Correspondencia. E-mail: mafekrienert@gmail.com

Recibido: 4 de abril de 2023
Aceptado: 29 de junio de 2023

Resumen

En el mercado fiduciario panameño, los fideicomisos de garantía son utilizados recurrentemente por bancos e instituciones financieras. Sin embargo, en los últimos años se han presentado anomalías que desvirtúan completamente el fideicomiso y cuyas consecuencias podrían desestabilizar el mercado debido a su mala utilización. Estas anomalías son: (1) la inexistente transferencia de los bienes al fiduciario y (2) la falta de identificación del fideicomitente como beneficiario del fideicomiso.

En la primera parte del artículo se trata con la desnaturalización del fideicomiso que ocurre suele cuando se constituye –el fideicomiso– como garantía para préstamos de vehículos a motor. El deudor celebra un contrato de préstamo con un banco local y, para garantizar dicho derecho de acreencia, el acreedor (usualmente una institución bancaria) celebra con el deudor un fideicomiso de garantía. Por tanto, las figuras en el contrato de fideicomiso son: el deudor como fideicomitente y beneficiario, el banco como beneficiario y la fiduciaria como tercero independiente. Y el bien transferido a la masa patrimonial, para fungir como garantía de lo adeudado, es el vehículo a motor.

En la segunda parte se analiza la condición del beneficiario. En un fideicomiso de garantía, el incumplimiento del contrato determina quién será el beneficiario, lo que permite calificar al beneficiario como condicional y alternativo. Si el deudor cumple con las obligaciones, se convierte en el beneficiario del fideicomiso, mientras que, si no lo hace, el acreedor se convierte en el beneficiario de los bienes en el patrimonio fiduciario. La identificación del beneficiario es necesaria, y en el contrato de fiducia, se debe detallar quiénes son los beneficiarios y cómo se adquiere la condición de beneficiario.

Palabras clave: fideicomiso de garantía, contratos, derecho mercantil, beneficiarios.

Abstract

In the Panamanian fiduciary market, guarantee trusts are commonly used by banks and financial institutions. However, in recent years, anomalies have arisen that completely distort the trust and whose consequences could destabilize the market due to their misuse. These anomalies are: (1) the non-transfer of assets to the trustee and (2) the lack of identification of the settlor as a beneficiary of the trust.

^Ψ Licenciada en Derecho y Ciencias Políticas [Universidad Santa María La Antigua, *Magna Cum Laude*, Panamá], maestría en Derecho e investigación jurídica [Universidad de Virginia, Estados Unidos].

The first part of the article deals with the distortion of the trust that usually occurs when it is established as collateral for motor vehicle loans. The debtor enters into a loan agreement with a local bank, and to guarantee this right of recourse, the creditor (usually a banking institution) enters into a guarantee trust with the debtor. Therefore, the figures in the trust agreement are: the debtor as settlor and beneficiary, the bank as beneficiary, and the trustee as an independent third party. And the asset transferred to the trust estate to serve as collateral for the debt is the motor vehicle.

The second part analyzes the condition of the beneficiary. In a guarantee trust, the breach of the contract determines who will be the beneficiary, which allows the beneficiary to be qualified as conditional and alternative. If the debtor fulfills the obligations, they become the beneficiary of the trust, while if they do not, the creditor becomes the beneficiary of the assets in the trust estate. Identification of the beneficiary is necessary, and the trust agreement should detail who the beneficiaries are and how the condition of beneficiary is acquired

Keywords: trusts as warranties, contracts, commercial law, beneficiaries.

Transferencia del derecho de propiedad del fideicomitente al fiduciario para la existencia del contrato de fideicomiso

Desde un enfoque normativo y textualista, la Ley 01 de 1984 con sus modificaciones (en adelante "Ley 01 de 1984"), en su artículo 1 establece que en el contrato de fideicomiso, el fideicomitente **transfiere** bienes o derechos a una persona llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o disponer de ellos para una finalidad determinada por el fideicomitente. En ese sentido, la doctrina resalta la importancia de la transferencia del bien, y reitera que el traspaso del derecho de propiedad se encuentra limitado a las obligaciones y facultades estipuladas en el contrato fiduciario, "*...al darse la transmisión plena de derecho, como la propiedad o personales... en forma de constituirse frente a terceros como dueño a titular sin limitación alguna y frente a sí mismo, apenas con las que surgen del pacto | obligatorio*"¹.

Adicionalmente, bajo la teoría general del contrato, el objeto² en el contrato de fideicomiso es el patrimonio o la parte del patrimonio que se transfiere a propiedad fiduciaria. La ley exige ciertas formalidades dependiendo del bien a transferir, además, exige que el patrimonio sobre el cual se constituye el fideicomiso sea identificado y descrito³. Entonces, sobre los bienes que requieren registro, "*la tradición de los bienes sujetos a registro que se hayan dado en fideicomiso se hará mediante su inscripción en el registro respectivo a nombre del fiduciario, con indicación del fideicomiso al cual corresponde*"⁴. Es decir, para los bienes como propiedades se entenderá que la *traditio* ocurre cuando se inscribe en el Registro Público la propiedad a nombre del fiduciario, por ejemplo.

La masa patrimonial fiduciaria pertenece a la finalidad del fideicomiso⁵ y, al carecer este de personalidad jurídica, el fiduciario es el propietario por un tiempo definido. El derecho de propiedad

¹ RODRÍGUEZ, Sergio (2017): *Negocios Fiduciarios: su significado en América Latina* (Legis, segunda edición) p. 169.

² Es decir, sin objeto no hay contrato, sin patrimonio fiduciario no hay fideicomiso.

³ PANAMA, Ley N.º 1 (05/01/1984): *Por la cual se regula el Fideicomiso en Panamá y se adoptan obras disposiciones*, art. 9 (con la identificación exacta de los bienes se permite el aislamiento específico de dichos bienes).

⁴ *Ibíd.*

⁵ *Ibíd.*, en art. 15.

está limitado a las finalidades del contrato, por lo que es un derecho de propiedad débil⁶. La característica del derecho de la propiedad que ostenta el fiduciario es que es *sui generis*⁷, por las siguientes razones: (1) es temporal⁸: el fiduciario no puede quedarse con el bien y al extinguirse el fideicomiso debe trasladarlo a cualquiera de los dos posibles beneficiarios. (2) Es especial: se encuentra limitado el uso, goce y disposición de la propiedad fiduciaria⁹ a lo pactado en el contrato.

La normativa panameña, mediante la Ley 15 de 1995 con sus modificaciones (en adelante "Ley 15 de 1995"), en su artículo 3 determina que "la inscripción de un vehículo en la Sección Nacional de Registro de Vehículos Motorizados confiere al titular la constancia de propiedad del vehículo y el poder de oponerse y ejercer cualquier acción para hacer valer su derecho". De la normativa previamente citada se infiere que los traspasos de los vehículos a motor requieren registro y, además, debe constar en el Registro Único Vehicular el propietario actual del vehículo a motor.

Adicionalmente, uniendo lo que la normativa vehicular establece con la normativa fiduciaria¹⁰, se determina que al celebrar un contrato de fideicomiso en el cual el patrimonio fiduciario o parte del patrimonio fiduciario es un vehículo a motor, es el fiduciario¹¹ quien debe constar como propietario del vehículo a motor en el Registro Único Vehicular y no el fideicomitente/deudor/beneficiario ni el acreedor/beneficiario, e igual, señalar a qué fideicomiso pertenece dicho vehículo.

En ese sentido, la naturaleza del fideicomiso exige la transferencia del derecho de la propiedad, de lo contrario, no existiría fideicomiso, pues no habría objeto dentro del contrato. El fiduciario es libre de disponer de los bienes dados en fideicomiso, siempre y cuando sea para cumplir el fin de lo pactado. El fiduciario responde legalmente por el patrimonio dado en fideicomiso, pero su condición de propietario se encuentra limitada. La condición de propietario del patrimonio recae sobre lo pactado en el contrato de fideicomiso. Contrariamente, si no se ha formalizado el traspaso o transferencia de un bien, el contrato carece de objeto y, por tanto, no hay bienes fideicomitados pertenecientes a la masa fiduciaria, siendo así, no hay fideicomiso, ya que no existen bienes que puedan ser administrados por el fiduciario.

Lo anterior nos introduce al primer uso indebido del fideicomiso en la práctica panameña, *la inexistente transferencia del vehículo a motor al patrimonio fiduciario*. En la práctica¹², se está dando que en el Registro

⁶ CHALBOUB, Luis Artículo: "*Algunas consideraciones en torno a los efectos jurídicos del fideicomiso de garantía en la legislación panameña*" p. 3 (manuscrito no publicado, en archivo con la autora).

⁷ *Ibid.*

⁸ *Ibid.*

⁹ *Ibid.*

¹⁰ PANAMA, Ley N.º 1 (05/01/1984), art 14.

¹¹ Como se detalló anteriormente, es condición esencial para la constitución de un fideicomiso el traspaso de los bienes al patrimonio fiduciario (ya que es el objeto del contrato) y el fiduciario ostenta un derecho de propiedad débil sobre dicho patrimonio, es propietario, sin embargo, sus actuaciones están limitadas a las facultades pactadas en el contrato de fideicomiso.

¹² Luego del análisis y transcripciones de varios fallos de la Corte Suprema de Justicia; (1) Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, Proceso Cobro Coactivo, Caja de Seguro Social vd. Beyra Ortega de Cano 08 de agosto de 2017, Exp. 354-16. (2) Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, Proceso de Cobro Coactivo, Autoridad del Tránsito y Transporte Terrestre vs. Lelis Giovanni Vega, 20 de junio de 2019, Exp. 1472-18. (3) Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, Proceso Cobro Coactivo, Municipio de Panamá vs. Juan Carlos Carrera, 22 de junio de 2020, Exp. 400-19. (4) Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, Proceso Cobro Coactivo, Banco Nacional de Panamá vs. Isaac Ahmed Díaz y

Único Vehicular consta como propietario el fideicomitente (recordemos que es el deudor) y bajo el reglón de “acreedor hipotecario¹³” consta una anotación estableciendo que dicho vehículo a motor está “en fideicomiso con la Fiduciaria ABC”.

Dicha anotación no es suficiente para constatar el aislamiento de los bienes dados en fideicomiso, ni para establecer que forman parte de una masa de bienes que se encuentran en fideicomiso. Tampoco es suficiente para determinar que existe un traspaso del vehículo a motor al fideicomiso, ya que la normativa establece que el traspaso se produce al registrar al fiduciario como propietario del bien y al indicar a qué fideicomiso pertenece, algo que no se certifica ni consta en el Registro Único Vehicular.

En ese sentido, se está confundiendo el fideicomiso con una hipoteca, lo que genera una gran confusión entre las figuras. En la hipoteca no se produce la transferencia de la propiedad, sino que se coloca una limitación a dicho derecho de propiedad, tal como se constata en los registros únicos vehiculares. En cambio, el fideicomiso exige la transferencia de la propiedad al fideicomiso, lo cual es más beneficioso al momento de incumplimiento del contrato¹⁴. En el caso actual, teniendo en cuenta que el fiduciario no es titular de los bienes (pues no se han seguido las formalidades), no puede liquidar la masa fiduciaria. Surge, entonces, la siguiente interrogante: ¿bajo qué facultad actúa el fiduciario para liquidar el bien dado en fideicomiso si no consta en el registro como propietario, sino como un acreedor?

Lamentablemente, en varios casos la Corte Suprema de Justicia ha aceptado el uso incorrecto del fideicomiso y ha reconocido a la fiduciaria como propietaria del vehículo, ignorando la normativa y doctrina fiduciaria. En su análisis, la Corte simplemente señala que "el bien está a nombre del fideicomitente", pero que existe una anotación de que el bien se encuentra en fideicomiso. Esta situación va en contra de la normativa, ya que no hay una transferencia efectiva de la propiedad, tal como lo exige el artículo 14 de la Ley 01 de 1984, y el bien sigue siendo propiedad del fideicomitente/deudor. Ya que, la normativa exige que se conste en los registros el fideicomiso al que pertenece y evidentemente el fiduciario como propietario.

En línea con este pensamiento, el último párrafo del artículo 14 de la Ley 01 de 1984¹⁵ pretende obviar el registro al nombre del fiduciario, cuestión que sería analizar el texto de la normativa de manera muy amplia. Aunque la entidad encargada del registro, en este caso la Autoridad de Transporte y Tránsito Terrestre (en adelante “ATTT”), aún no ha adaptado los procedimientos y reglamentos necesarios (a la fecha), el artículo en cuestión establece claramente que el objetivo de dichas regulaciones es "cumplir con los requisitos exigidos en esta Ley". Por lo tanto, la norma no sugiere ni pretende eximir a los fiduciarios de los fideicomisos de garantía de vehículos a motor de realizar las anotaciones requeridas ni crearles condiciones especiales fuera de lo que es un fideicomiso. Al contrario, establece que los procedimientos deben ser adaptados para cumplir adecuadamente con la *traditio*.

Alex Antonio Vargas, 17 de febrero de 2016, Exp. 694-15. (5) Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, Proceso Cobro Coactivo, Caja de Seguro Social vs. Germán Elías de Hoyos, 16 de enero de 2018, Exp. 424-1711.

¹³ En el formato del Registro Vehicular Único.

¹⁴ Facilita el proceso de liquidación, es más eficiente ya que no requiere intervención judicial.

¹⁵ “... Las entidades registradoras deberán adecuar sus reglamentos internos y procedimientos para cumplir con los requerimientos exigidos en esta Ley. Mientras se reglamente lo relativo a dicho procedimiento, podrán mantenerse los mecanismos utilizados a la fecha.”

Además, el fideicomiso, desde su origen en la época romana, tiene como función principal separar los bienes del alcance de los acreedores del fideicomitente y beneficiarios. Como se mencionó anteriormente, el fideicomiso responde a las obligaciones contractuales pactadas. Si el bien se encuentra a nombre del fideicomitente, se deduce que los acreedores del fideicomitente y/o beneficiario pueden perseguir el bien. En la práctica, esto es lo que está sucediendo, ya que los acreedores van en contra del vehículo porque así consta en el Registro Único Vehicular. La fiduciaria incide ante la Corte, pero la Corte ha aceptado erróneamente la posición de la fiduciaria, aceptando que el bien está en fideicomiso, cuando desde un punto de vista doctrinal y normativo, no hay una transferencia efectiva de la propiedad, por lo que no se puede considerar que exista una propiedad fiduciaria válidamente constituida.

Beneficiarios del fideicomiso

En un fideicomiso de garantía, el fiduciario tiene la obligación de transferir el bien al final del contrato de fideicomiso, y esta obligación es inmutable. Sin embargo, a quién el fiduciario debe transferir los bienes al final del contrato puede variar. El fiduciario debe transferir los bienes fideicomitados al acreedor o al deudor, por lo que el beneficiario no está determinado en el momento de la firma del contrato¹⁶.

En un fideicomiso de garantía, el incumplimiento del contrato determina a quién el fiduciario debe transferir la propiedad fiduciaria. Es decir, la ocurrencia de un incumplimiento del contrato de fideicomiso de garantía determina quién será el beneficiario, lo que permite calificar al beneficiario como condicional y alternativo. Para ejemplificar lo anterior, supongamos que el contrato de fideicomiso de garantía sigue su curso y se extingue debido al pago de la deuda, según los términos y condiciones acordados. En este caso, el deudor se convierte en el beneficiario del fideicomiso (beneficiario 1). Por el contrario, si el deudor no cumple con el pago de la deuda o no cumple con lo establecido en el contrato, el acreedor se convierte en el beneficiario de los bienes en el patrimonio fiduciario (beneficiario 2). Cabe destacar que los beneficiarios no son sucesivos ni suplentes uno del otro, sino que son alternos porque dependen de un hecho incierto¹⁷.

A. Si el contrato sigue su curso y el fideicomitente/deudor cumple con las obligaciones pactadas



B. En caso de incumplimiento por parte del fideicomitente/acreedor



¹⁶ La indeterminación del beneficiario no significa que no sea individualizado. La identidad del beneficiario (ambos) debe constar en las cláusulas del fideicomiso según lo estipulado en el artículo 9 de la Ley 1 de 1984 con su modificación.

¹⁷ El incumplimiento de lo acordado en el contrato fiduciario.

Se clasifica el incumplimiento del contrato como una condición necesaria para adquirir el cargo de beneficiario, ya que es “*el requisito necesario para la existencia de cierta relación jurídica*”¹⁸. Sin esta condición, no se podría definir quién es el beneficiario del fideicomiso de garantía. La existencia del vínculo jurídico ya sea fiduciario-beneficiario 1 o fiduciario-beneficiario 2, depende estrictamente de lo que se pactó en el contrato de garantía fiduciaria como un incumplimiento. Esto convierte al beneficiario en condicional, pues depende de una condición específica que determina si uno u otro beneficiario recibe los bienes fideicomitados. En nuestro caso, para que el deudor sea el beneficiario del fideicomiso de garantía, la condición –principal– estipulada en el contrato es el pago de la deuda, de ahí el cumplimiento del contrato y extinción de este. Por otro lado, para que el acreedor sea beneficiario, la condición es el incumplimiento de lo pactado.

En otras palabras, la alternabilidad del beneficio en el contrato de fideicomiso de garantía es definida y dependiente de la ocurrencia de un hecho incierto. Al establecer que el beneficiario es alterno, no nos referimos a que posee o es producto de una obligación alternativa mencionada en nuestro Código Civil¹⁹, sino al concepto común del término “uno sí y otro no”²⁰. Esta alternabilidad es a la que nos referimos. La alternabilidad del beneficiario del fideicomiso de garantía no tiene relación con las obligaciones que tiene el fiduciario, sino en definir a quién el fiduciario debe entregar el bien.

En nuestro caso, para que el deudor sea el beneficiario del fideicomiso de garantía, la condición –principal– estipulada en el contrato es el pago de la deuda, de ahí el cumplimiento del contrato y extinción de este. Por otro lado, para que el acreedor sea beneficiario, la condición es el incumplimiento de lo pactado. O es el deudor o es el acreedor y esto está condicionado al pago (o no pago) de la deuda.

Si bien existe una indeterminación sobre quién es el beneficiario al momento de pactar el fideicomiso, la identificación del beneficiario es necesaria. En el contrato de fiducia, se debe detallar quienes son los beneficiarios y cómo se adquiere la condición de beneficiario. En nuestro caso, en el escenario A: para que el deudor sea el beneficiario del fideicomiso de garantía, la condición –principal– estipulada en el contrato es el pago de la deuda, de ahí el cumplimiento del contrato y extinción de este. En cuanto al escenario B: para que el acreedor sea beneficiario, la condición es el incumplimiento de lo pactado. Aquí, se refleja la condicionalidad de los beneficiarios y su alternabilidad.

Por último y situándonos en el escenario B, una vez ocurra el incumplimiento del contrato por falta de pago, el fiduciario (según lo pactado) procede a liquidar la masa fiduciaria y saldar lo adeudado al acreedor. Siendo esto una de las ventajas de los fideicomisos, la eficiente liquidación del patrimonio.

Sin embargo, en el segundo uso indebido del fideicomiso, los abogados, en la práctica panameña, suelen omitir esta distinción. Se ignora la posibilidad de restitución del bien al deudor-fideicomitente. Los contratos no mencionan en sus cláusulas la restitución del bien en caso de cumplimiento del pago y definen “beneficiario” como el acreedor, obviando el claro derecho de devolución del bien en caso del pago. Es una mera desnaturalización doctrinal del fideicomiso. Lo cual pudiese afectar al fideicomitente/deudor, pues no consta en el documento la devolución del bien.

¹⁸ RODRÍGUEZ ARIAS, Lino (1963): *Derecho de Obligaciones* (Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado), p. 175.

¹⁹ Panamá, Código Civil (22/08/1916), art. 1018 (*el obligado alternativamente a diversas prestaciones debe cumplir por completo una de éstas. El acreedor no puede ser compelido a recibir parte de una y parte de otra*).

²⁰ Según el Diccionario de la Real Academia Española.

Conclusión

Si bien se describieron dos usos indebidos del fideicomiso, principalmente en su modalidad de garantía en la plaza panameña, una impacta más que la otra. Siendo la falsa o falta de transferencia del vehículo a motor a la patrimonio fiduciario, simplemente por el hecho que el fideicomiso no tendría objeto alguno de ser, y la normativa es clara en establecer la necesidad del traspaso del derecho de propiedad y el cómo se debe realizar este. Por otro lado, en cuánto a los beneficiarios, es más un uso indebido doctrinal, pues se obvia en la práctica la existencia del acreedor como beneficiario y se infiere la restitución del bien.

La utilización doctrinal y normativa correcta del fideicomiso permite ampliar su uso y la capacidad de facilitar a los acreedores su derecho de acreencia, ya que, un tercero ajeno al deudor es quién garantiza los bienes, por tanto, la capacidad de saldar lo adeudado en caso de incumplimiento por falta de pago. El hecho que el fideicomiso esté siendo desvirtuado permite, incluso, que se permita argumentar que no existe un contrato válido celebrado entre las partes.