

DERECHO CIVIL

Capítulo 8

Alfredo Bullard
Gastón Fernández
(Editores)



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
FONDO EDITORIAL 1997
FACULTAD DE DERECHO



Primera edición: octubre de 1997

Diseño de Cubierta: AVA diseños

Derecho Civil Patrimonial

Copyright © 1997 por Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Av. Universitaria, cuadra 18 San Miguel. Lima, Perú. Telfs. 460-0872 y 460-2291 - 460-2870 anexos 220 y 356.

Derechos reservados

ISBN 9972-42-029-9

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

Impreso en el Perú - Printed in Peru

RELACIONES REALES EN LOS CONTRATOS DE LEASING Y FIDEICOMISO

Jorge Avendaño Valdés

El tema central de la presente exposición son las relaciones reales que se generan a partir de los contratos de fideicomiso y de leasing, y aunque no me voy a ocupar de los aspectos contractuales de estos dos contratos, haré una referencia simplemente superficial al contrato de fideicomiso y al contrato de leasing, sólo para ubicar el tema contractual.

La mayor parte de la explicación se centrará en la clase de relaciones reales que se generarán a partir de estos contratos, porque evidentemente hay que preguntarse en ambas figuras contractuales qué derechos reales hay en juego, hay propiedad, hay posesión, quién tiene posesión, qué efectos producen estas relaciones reales en caso de enajenaciones de los bienes por su legítimo titular o por quien no lo es, en fin, qué pasa tratándose de los bienes muebles, que pasa tratándose de los bienes registrados, que pasa tratándose de los bienes inmuebles.

También es pertinente preguntarse si con estas figuras contractuales se habrán creado nuevos derechos reales, con lo que habremos alterado o modificado lo dispuesto en el Art. 881 del Código Civil, que nos dice que solamente son derechos reales los regulados en este libro y en otras leyes, el famoso tema del numerus clausus en los derechos reales.

Tanto el fideicomiso como el leasing son contratos que no están regulados en el Código Civil, están regulados en leyes especiales. La exposición de hoy pretende dar una breve explicación de cada una de las figuras contractuales empezando por el fideicomiso y siguiendo luego por una serie de inquietudes de carácter real que se suscitan a propósito de estas figuras contractuales.

El fideicomiso está regulado en el Perú por la Ley de Instituciones Bancarias Financieras y de Seguros, Decreto Legislativo 770, de un modo detallado y con mucha prolijidad.

El fideicomiso es un negocio jurídico por el que una persona atribuye a otra una titularidad de derecho (después veremos si esa titularidad es derecho de propiedad o no) a nombre propio de esa persona, pero estableciendo esta titularidad del derecho en interés de un tercero o en interés del propio transmitente de la titularidad, de manera que hay tres personas involucradas en la relación jurídica, aunque ella es celebrada sólo por dos: un fideicomitente que es el instituyente del derecho, un fiduciario que es la persona que merece fe y al que se le llama también fideicomitente fiduciario. Finalmente hay un beneficiario de esta relación que es el fideicomisario. Como vemos esta no es la figura típica del negocio jurídico.

De este modo, si yo quiero establecer un fideicomiso acudo a un banco (porque conforme a la normatividad vigente sólo las instituciones bancarias, etc., pueden ser fiduciarios) y le encargo la realización de una actividad jurídica. Así, por ejemplo, transfiero al banco un inmueble en propiedad y establezco que dentro de diez años tiene que enajenar este inmueble a mis tres hijos mayores, estableciendo un usufructo en favor de uno de los hijos de ellos tres. Como puede verse, el fiduciario es la persona que merece mi fe y queda encargado del cumplimiento de esta actividad jurídica. Así el fiduciario tiene que realizar esta actividad jurídica en beneficio de un tercer que es el fideicomisario.

Nada impide (la doctrina lo admite universalmente y las legislaciones también) que el fideicomiso se establezca en favor del propio fideicomitente, en cuyo caso ya no hay tres partes involucradas en el asunto: fideicomitente, fiduciario y fideicomisario sino simplemente fideicomitente y fiduciario, de tal manera que el beneficiario del negocio jurídico resulta ser el propio fideicomitente, el que ha hecho el encargo al fiduciario.

En el fideicomiso hay un único negocio jurídico (esta unidad del negocio jurídico es muy destacada por la doctrina) que contiene dos relaciones: una de carácter real y otra de carácter obligatoria.

La relación de carácter real hace posible la transmisión de derechos del fideicomitente al fiduciario, que puede ser una transmisión de derechos de propiedad, de derechos de crédito, un usufructo o lo que fuere, pero hay una transmisión de derechos.

Por la relación de carácter obligatoria, el fiduciario queda obligado frente al fideicomitente a retransmitirle el bien de derecho a él o transmitírselo a un tercero.

La doctrina insiste mucho en la unidad de la relación jurídica y en los dos aspectos o las relaciones jurídicas involucradas dentro de ella: la de carácter real y la de carácter obligacional o personal. Evidentemente, en esto hay un fin; la actividad jurídica que realiza el fiduciario siguiendo las instrucciones del fideicomitente, que en el ejemplo citado consiste en enajenar el bien al cabo de diez años a tales personas, estableciendo un usufructo en favor de una cuarta persona.

El fideicomiso recae sobre toda clase de bienes. Así, puede recaer sobre bienes inmuebles, sobre bienes muebles, sobre derechos, sobre un patrimonio. De hecho, el fideicomiso va a dar lugar a la formación de un patrimonio autónomo, pues aunque se transmita la propiedad al fiduciario, (al encargado del cumplimiento de esta actividad de la cual hablamos), esa propiedad no va a integrar su patrimonio, pues la insolvencia del fiduciario no va a afectar al inmueble en cuestión, punto que se analizará más adelante.

De este modo, el fideicomiso puede consistir en un bien inmueble que se transmite con determinado encargo, puede consistir también en bien mueble o un conjunto de bienes muebles, o en derechos de cualquier naturaleza: derechos de carácter administrativo, derechos de propiedad intelectual, derechos de crédito, y puede, finalmente, consistir en un patrimonio, pues nada impide que, de acuerdo a las teorías patrimoniales nuevas que conocemos derivadas del Derecho alemán, que se afecte un patrimonio como si se tratara analógicamente del establecimiento de una fundación, así por ejemplo, el fideicomitente puede ser dueño de una farmacia constituida como empresa individual de responsabilidad limitada y tener activos y pasivos. El Fideicomiso puede versar sobre la farmacia como conjunto de derechos y obligaciones, en cuyo caso no son bienes singulares sino una universalidad jurídica, un patrimonio.

¿Cuál es la naturaleza jurídica del fideicomiso?

Sobre este tema hay infinidad de teorías que no es el caso analizar hoy. Simplemente, para efectos normativos, cabe señalar que algunos lo conciben como un mandato, porque hay un encargo de por medio; otros como una derivación de la doctrina del patrimonio -afectación de origen alemán de la cual se habló brevemente; otros hablan del desdoblamiento del derecho de propiedad, y otros finalmente hablan de aceptar la propiedad fiduciaria, o negarla. En fin, hay muchas teorías, pero corresponden a los aspectos contractuales de la figura, que son ajenos a la presente exposición, circunscrita a los aspectos reales.

El tema principal consiste en lo siguiente: ¿Hay una verdadera traslación de dominio al fiduciario? este es el tema. En el ejemplo citado, he encargado a un banco establecido en el Perú que reciba en propiedad una casa mía durante diez años, incluyendo los frutos, y le doy las instrucciones correspondientes de lo que debe hacer con los mismos durante esos diez años. De este modo, ese banco queda instruido para transmitir la propiedad de esa casa a mis tres hijos mayores dentro de diez años, y establecer un usufructo en favor del menor tal o cual; el banco se convierte en propietario de este inmueble durante estos diez años, ¿hay transmisión de propiedad?. La mayoría dice que sí, nuestra ley también dice que sí, el artículo 326 del Decreto Legislativo 770, de ahora en adelante Ley de Bancos, dice textualmente “el fiduciario adquiere la propiedad de los bienes y la titularidad de los derechos -pero precisa- sujeto todo eso al cargo de atender con ellos al cumplimiento de las finalidades señaladas en el instrumento constitutivo”. Sin embargo, tendríamos que hacer aquí una pequeña digresión, ¿qué clase de propiedad es ésta?

Todos sabemos que la propiedad confiere a su titular tres derechos que conocemos desde siempre: el derecho a usar, el derecho a disfrutar, el derecho a disponer, y tiene determinadas características como dice la doctrina: se trata de un derecho real, absoluto, exclusivo, perpetuo.

Claramente vamos viendo en el ejemplo citado, que este banco al que le he transferido la propiedad de un inmueble durante diez años indicándole la forma en que debe transferirlo después de ese lapso, va a tener un derecho que no es absoluto, pues el banco no puede hacer lo que quiere, tiene que cumplir con el encargo. Tampoco tiene un derecho per-

petuo, porque su derecho de propiedad está circunscrito a diez años, de manera que podríamos decir que se están violentando de alguna manera aspectos fundamentales del derecho de propiedad, es decir los atributos y caracteres del derecho de propiedad, en particular caracteres como la perpetuidad y lo absoluto de este derecho.

Todos sabemos que el derecho de propiedad ya no es lo absoluto que se dijo en el Código Napoleónico, todos sabemos que el derecho de propiedad tiene hoy una serie de limitaciones que derivan del interés social, de su función social, pero dentro de esas limitaciones y dentro de lo relativo que son todos los derechos, el derecho de propiedad sigue siendo absoluto, ya que comparativamente con relación a los demás derechos sobre las cosas, confiere a su titular todas las facultades posibles, por lo menos comparativamente. Es así como se entiende este carácter.

Sin embargo, ese banco fiduciario del cual estamos hablando en vía de ejemplo, no tiene un derecho absoluto, no puede hacer lo que le parezca con el inmueble, tiene que cumplir con las instrucciones que el fideicomitente le ha impartido. Tampoco tiene un derecho perpetuo, es un derecho que se va a extinguir el día en que se transmita este bien, por lo tanto, no se transmitió el derecho de modo absoluto, se transmitió relativamente para el titular. Además, un derecho es perpetuo en cuanto que se extingue sólo con la desaparición del bien o con la prescripción adquisitiva ganada por otro. De todo esto se puede concluir que el derecho del banco fiduciario no es perpetuo, es eminentemente temporal.

A pesar de lo anterior, la doctrina se inclina a creer que hay una modalidad del derecho de propiedad que puede concebirse como propiedad fiduciaria. Hay infinidad de tratados y obras escritas sobre los caracteres de la propiedad fiduciaria, hoy en cada vez más la doctrina abandona el criterio de la perpetuidad, ya hoy en día un importante sector de la doctrina (que no es precisamente francesa), admite que la propiedad puede perderse por el simple no uso, con lo cual el elemento de la temporalidad va ganando partido.

Ya no es, pues, un derecho perpetuo en los términos en los que fue concibió por la doctrina francesa posterior al Código de Napoleón, y aun que no se han respetado todos los caracteres clásicos, ahora podemos hablar de una modalidad de propiedad. Lo cierto es que en virtud del fidei-

comiso se procede a una transmisión de propiedad y el fideicomitente, como consecuencia deja de ser titular de ese derecho y ese derecho es adquirido por el fiduciario con el cargo correspondiente.

¿Qué derecho tiene el fideicomitente? El fiduciario es propietario con las características que hemos señalado. En el ejemplo propuesto, el fideicomitente soy yo, que le dí instrucciones al banco y que estoy a la espera de que transcurran los diez años durante los cuales los frutos se deben utilizar de la forma en los que establecí, y al cabo de los cuales se deben cumplir las tareas jurídicas que encomendé. La Ley de Bancos peruana establece que el fideicomitente y sus causahabientes (porque el fideicomitente puede fallecer) son titulares de un derecho de crédito personal contra el banco fiduciario. ¿Qué significa esto? Que en caso de incumplimiento tiene derecho a exigirle la reparación de los daños y perjuicios correspondientes pero no tiene verdadero derecho sobre la cosa, conforme a la ley peruana (similares criterios siguen la doctrina y las legislaciones extranjeras) tiene simplemente un derecho personal contra el fiduciario, pero no así un derecho real que recaiga sobre el bien o masa de bienes objeto del fideicomiso.

Evidentemente, el fiduciario tiene una disposición limitada decíamos de los tres atributos del derecho de propiedad: usar, disfrutar y disponer. El fiduciario, no puede hacer con esa casa lo que le parezca ya que no tiene un derecho absoluto, tiene que enajenar y a esos tres hijos míos del ejemplo y establecer el usufructo en favor de ese menor.

¿Qué ocurre si el fiduciario incumple el mandato y las instrucciones? ¿ Si por ejemplo practica un acto de enajenación al cabo de cinco años en favor de otro? En este punto hay todo un problema: se pasara a discutir si los bienes son muebles, y, si hubo tradición, si hubo adquisición de buena fe, y si los bienes eran inmuebles, si el cargo estaba inscrito (por lo tanto los terceros ya no podrán alegar buena fe), igual que si los bienes son muebles inscritos (como por ejemplo sería el caso de un automóvil).

A pesar de la complejidad del problema que se suscita ante el incumplimiento del fiduciario, nuestra ley dice simplemente que “los actos de disposición que efectúe el fiduciario en contravención de lo pactado son anulables -ojo no dice nulos- si el adquirente no actuó de buena fe,

salvo el caso de que la transferencia se hubiese efectuado en una bolsa de valores” poniéndose en el caso de que la fiducia, o sea el fideicomiso, haya versado sobre acciones cotizadas en bolsa y que el fiduciario en incumplimiento de las tareas asumidas las enajene en bolsa, con lo que el adquirente está siempre protegido.

Sin embargo hay otros casos en los que también hay una protección absoluta como es el caso contemplado en el Artículo 1542° del contrato de compra venta, según el cual las compras hechas en tienda son irrevindicables. Así, qué pasa si el bien fideicometido era un bien mueble que en primera o segunda transferencia se enajena a través de una tienda. Imaginemos que le he dado en fideicomiso una joya a este banco para que al cabo de “x” tiempo cumpla determinadas tareas, y este banco irresponsable e inescrupulosamente enajena esta joya a través de una tienda, en un establecimiento abierto al público. Obviamente, el tercero va a quedar amparado por la protección genérica que merecen todas las adquisiciones hechas en tienda, de manera que nuestra Ley de Bancos que regula la materia se queda corta al mencionar como única excepción, la de los valores cotizados y enajenados en bolsa, pues hay otros casos en los que cabe hacer la salvedad.

Cuando hablamos de buena fe, tropezamos con el problema que se produce siempre a propósito de la buena fe exigida para los adquirentes de inmuebles. Como sabemos, el Código Civil a propósito de la materia registral, concretamente el Art. 2014° y otros, exigen que el tercer comprador para tener la protección correspondiente, actúe de buena fe, ¿En qué consiste esta buena fe?, ¿Es buena fe registral?, o ¿Es buena fe civil?

Buena fe registral es simplemente creer lo que el registro dice. **Buena fe civil** es un concepto que va más allá, es ignorar el vicio aún cuando el registro lo anuncie bien en el título. Es decir, que puede darse un caso en el que puede haber una protección registral y que sin embargo no haya una auténtica protección civil por el conocimiento extraregistral del vicio que invalida el título de aquel con el que se está contratando. Esto no ha sido aclarado por nuestra ley ni por el Código Civil, la jurisprudencia se ha inclinado por amparar la buena fe civil, que es la buena fe que va más allá que la buena fe registral.

La Ley de Bancos, al legislar, ha omitido hacer referencias a toda clase de bienes. Supongo que como en el caso de los bienes enajenados en tienda, tratándose de los bienes muebles no identificables en los que tradición vale título y tratándose de los bienes inmuebles inscritos donde se exige una determinada buena fe, todas esas otras reglas relativas a los otros bienes tienen vigencia y aplicación aún cuando la ley del fideicomiso no haga referencia a esas otras disposiciones sino únicamente a la de los valores enajenados en bolsa, como si fuese la única excepción.

Puede ocurrir que el fideicomitente sea un depositario infiel. Volviendo al ejemplo de la joya que entrego al banco en fideicomiso, si la joya no es mía, si yo he robado la joya, sin duda no hay transmisión válida porque se trata de un bien robado, si me la encontré perdida lo mismo, pero si la joya me fue prestada y yo infiel en vez de devolver la joya a quien me la prestó la doy en fideicomiso a un banco con instrucciones de asignarla de determinada manera, pues evidentemente ese tercero que es el fiduciario, el banco encargado del cumplimiento del encargo, ha adquirido bien por mandato del Art. 948° del Código Civil, ha adquirido del depositario infiel que soy yo, que en vez de devolver enajenó. Y en caso que ese tercero (el banco) haya tenido buena fe (ha ignorado la situación que me vincula con quien me prestó y con el cual fui infiel), tendrá la protección correspondiente.

¿Qué sucede si afirmamos que el fiduciario es poseedor del bien y no propietario? En principio todo propietario es poseedor, ¿pero que es la posesión entre nosotros? Nosotros hemos seguido principalmente la doctrina de Ihering recogida en el Código Alemán de 1900, por consiguiente ya no hacemos la distinción entre poseedor y tenedor y al poseedor no se le exigen pues los dos elementos que reclama Savigni: el corpus y el animus domini. Simplemente, consideramos que es poseedor todo aquel que ejerce de hecho uno o más poderes inherentes a la propiedad, eso es todo, de manera que no hay duda que el fiduciario en el ejemplo tantas veces propuesto, el banco, durante estos diez años que tiene para el cumplimiento de las instrucciones es poseedor a título de propietario.

Nuestro derecho distingue entre poseedor mediato y poseedor inmediato. Ese concepto tan amplio de la posesión según el cual es poseedor todo aquel que ejerce cualquier poder inherente a la propiedad, de alguna manera tenía que limitarse y circunscribirse. Entonces, ¿quién ese el

poseedor inmediato? Es aquel que reconoce la propiedad del otro, el inmediato es el arrendatario, el depositario, el retenedor, el administrador, el acreedor prendario, esos son los inmediatos que han recibido temporalmente la posesión y en virtud de un título. ¿Y quién es el mediato? Es aquel que ha conferido ese título, en una relación jurídica normal. Si una persona da en alquiler una casa, el arrendatario es el poseedor inmediato y el propietario es el mediato.

En el ejemplo propuesto, durante los diez años en los que el banco tiene la propiedad de la casa con cargo a cumplir lo que corresponda, será poseedor sí, pero ¿poseedor pleno, completo, poseedor a título de propietario? o ¿será una suerte de poseedor mediato o inmediato? Parecería que es este último, porque es temporal por diez años y en virtud de un título cual es el fideicomiso. ¿Es esto similar a que se le hubiese dado en arrendamiento por diez años?. No es lo mismo porque en el arrendamiento no hay transmisión de propiedad y en el fideicomiso sí, pero ese fiduciario (el banco en el ejemplo) reconoce no sólo mi propiedad sino la propiedad del que tiene un título de fideicomiso, sin que por ello se niegue que tiene un derecho de propiedad con las características ya expuestas.

Pero la pregunta es si el fiduciario es poseedor inmediato, pues entonces el mediato sería el fideicomitente y ya hemos visto que el fideicomitente no es titular de derecho real alguno, es titular simplemente de un derecho personal, el exigirle al fiduciario que cumpla con el cargo. Además, llegaríamos por esta vía al contrasentido de que el propietario de un bien puede ser al mismo tiempo poseedor inmediato de ese bien, lo que es la negación de la propiedad porque el poseedor inmediato reconoce la propiedad de otro.

En conclusión, tenemos entonces que descartar esta tesis y adherirnos a la tesis de que es propietario y poseedor pleno, que no es poseedor mediato ni inmediato.

Otra pregunta es, ¿qué derecho tiene el fideicomisario o sea el tercero, que en el ejemplo tantas veces propuesto son mis tres hijos que van a ser los adquirentes del dominio y el menor aquél que va a ser el adquirente del usufructo dentro de diez años, qué derecho tiene durante estos tres años? Aparentemente tienen una expectativa, tienen un derecho

personal de exigirle al fiduciario que realice estos actos de carácter jurídico al cabo de diez años. Pero ¿qué derecho tienen sobre los bienes ahora?, ¿Tienen algún derecho real?. Ya hemos visto que el fiduciario si lo tiene: derecho de propiedad. Ya hemos visto que el fideicomitente no lo tiene, tiene un derecho personal según lo define la ley peruana y la mayoría de la doctrina.

¿Qué derecho tiene el fideicomisario, es decir el tercero beneficiario?. A eso se refiere el Art. 321° de nuestra ley que dice “si el fideicomisario interviene como parte en el contrato -que es una hipótesis- adquiere a título propio los derechos que en él se establezcan a su favor, los que no pueden ser alterados sin su consentimiento” y por otra parte “en los demás casos -dice la ley (o sea si no interviene en el contrato)- el fideicomitente puede convenir con el banco fiduciario las modificaciones que estime adecuadas y aún en la solución del fideicomiso salvo que con eso se lesionen derechos adquiridos”.

De la norma citada parece emanar la siguiente conclusión: si el tercero fideicomisario, el beneficiario con todo este negocio jurídico, no ha intervenido en el contrato, pues entonces no tiene sino una expectativa, no tiene un verdadero derecho real sobre la cosa objeto del fideicomiso, tiene simplemente un derecho personal contra el fiduciario para exigirle el cumplimiento de las instrucciones recibidas al fideicomitente.

En cambio, si hubiese participado en la relación jurídica generadora de todo esto adquiere, dice, a título propio, los derechos que de ella emanen. Ahora ¿qué es eso que adquieren a título propio?, ¿quiere decir que adquiere un derecho real? Me niego a creerlo, porque derecho real sólo puede haber cuando hay desmembraciones de la propiedad y en este caso no hay desmembración, la propiedad está consolidada en el fiduciario durante los diez años del plazo dado para el encargo. Tengo entonces la impresión que si bien la ley peruana y otras leyes (por ejemplo la mexicana), le reconocen al tercero fideicomisario un derecho que no puede ser alterado porque ha formado parte del negocio jurídico inicial y por consiguiente ya no es una mera expectativa sino un derecho adquirido, sin embargo, no tiene un verdadero derecho real sobre la cosa objeto del encargo o fideicomitida. Simplemente tiene un derecho que en caso de incumplimiento no le dará derecho a reivindicación. En la hipótesis en que el fiduciario enajenara el bien de manera indebida a un ter-

cero, no tendría acción reivindicatoria, acción persecutoria contra ese tercero, a lo único que tendría derecho -creo yo a la luz de estas normas- es a exigir la indemnización de daños y perjuicios que se le haya irrogado.

Dos o tres comentarios más con relación a las responsabilidades del patrimonio fideicometido. Ese inmueble que le ha dado al banco, ¿qué suerte puede correr durante estos diez años?. En primer lugar, si yo, el fideicomitente, debo dinero, ¿es posible que se me embargue ese inmueble que está en manos del banco fiduciario? En segundo lugar, ¿puede esa posibilidad de embargo verificarse por las obligaciones del fideicomisario. En tercer lugar ¿puede darse dicho embargo por obligaciones del fiduciario? Si el banco debe dinero, si entra en una situación de falencia, si entra en liquidación, ¿el inmueble fideicometido sale de la masa o ese inmueble queda afectado por el pasivo del banco?

Esos tres puntos están resueltos en nuestra ley. El artículo 327° es muy claro al establecer que el patrimonio del fideicomiso no responde por las obligaciones del fideicomitente, con lo que queda descartado este caso. Por otra parte, el bien había salido ya de mi patrimonio, por consiguiente lo que yo adeude no puede hacerse efectivo con cargo al bien entregado en fideicomiso. Tratándose de las obligaciones del fideicomisario, sólo podrían hacerse efectivas sobre los frutos, es decir, que los acreedores de mis tres hijos, (que son los beneficiarios) sólo podrían hacer efectivos sus créditos sobre los frutos que produzca ese bien.

Con todo lo anterior se invierte un poco el sentido de la teoría de la propiedad: Si el fiduciario es propietario, pues entonces tiene derecho a los frutos y en este caso, la ley da una solución que contraría esa tesis. Adicionalmente, las responsabilidades del fideicomisario pueden hacerse valer con cargo a los frutos del objeto del fideicomiso, y finalmente, con relación al fideicomisario, las únicas responsabilidades del banco fiduciario que pueden hacerse efectivas con cargo al patrimonio fideicometido, son las de los gastos contraídos para el ejercicio del encargo y para el cumplimiento de las finalidades que le fueron encomendadas.

De manera que si este banco incurre en gastos de mantenimiento y tiene que hacer mejoras, las obligaciones nacidas de esos actos podrían hacerse efectivas con carga al bien fiduciario, pero de ninguna manera sucedería lo mismo con las obligaciones resultantes del contrato y pro-

pías del banco. El bien fideicometido resulta inafectable, porque no responde por las deudas del fideicomitente, ni tampoco por las del fiduciario.

El bien fideicometido tampoco responde por las deudas del fideicomisario o tercero beneficiario, porque sus obligaciones sólo pueden afectar a los frutos de ley. Es una suerte de patrimonio sin titular, aunque no sea así porque el verdadero propietario es el fiduciario.

EL LEASING

El leasing, entre nosotros, tampoco está regulado en el Código Civil, a él se refiere el Decreto Legislativo 299, además de algunas normas complementarias. En este caso hablaremos en términos genéricos de la Ley del Leasing.

Se habla de leasing financiero, de arrendamiento financiero, o de locación financiera. El leasing financiero viene de la palabra “leasing”, “to lease”, en inglés quiere decir arrendar, de manera que este leasing financiero es exactamente un arrendamiento financiero.

El que otorga el leasing, el dador del leasing que es como se llama, no puede ser un particular, no puede ser una compañía anónima cualquiera, tiene que ser una institución bancaria o financiera sujeta al control de la Superintendencia de Banca y Seguros, según dice la ley de Leasing. Este es un tema para los contractualistas, pues cabe preguntarse hasta qué punto la libertad de contratar se ve afectada cuando la posibilidad de contratación está limitada a ciertas instituciones (como es el caso del leasing y el fideicomiso). Aunque se pueda decir que esta situación es característica cuando hay dinero del público, el leasing también se puede hacer con dinero propio, pero este es un tema a tratar en otra oportunidad.

La figura es la siguiente: una institución financiera, por ejemplo un banco, adquiere un bien mueble o inmueble de un proveedor a instancias de un interesado y luego le concede a éste, al interesado, el uso y goce de dicho bien mediante un contrato de locación especial, en el cual se determina el plazo y la renta a pagarse. Un ejemplo facilita la comprensión

de esta figura: una fábrica de zapatos requiere adquirir cinco máquinas especiales para la fabricación de las suelas y de los zapatos, adicionalmente tiene identificada su maquinaria en la importadora tal y dice al banco: “Señor, compre usted esas cinco máquinas para mi. Usted contratando con el proveedor las paga directamente, y me las da a mí en uso y explotación durante cinco años. Dentro de estos cinco años yo le voy a pagar a usted tanto por mes, con lo cual se supone que usted va a recuperar su inversión con los intereses correspondientes y al cabo de cinco años o en cualquier momento durante la vigencia del contrato (eso depende de lo que se pacte) yo tengo el derecho de ejercer una acción de compra con respecto de las cinco máquinas.

El leasing, es desde el punto de vista económico una operación de financiamiento que involucra desde luego un negocio jurídico. El verdadero contrato de leasing es celebrado por el industrial de los zapatos y el banco que se eligió; entre el banco y el proveedor de las máquinas existe otro contrato, un contrato de compraventa de maquinaria.

El contrato de leasing o financiamiento tiene como partes sólo al banco, que se denomina dador o locador, que es la compañía de leasing, y al industrial que en definitiva quiere hacerse propietario (si ejerce la acción de compra). Mientras tanto será beneficiario de cinco máquinas que resultan necesarias para su actividad industrial. A éste se le denomina tomador o locatario. El tercer elemento es el vendedor del bien que celebra un contrato de compraventa con el dador del leasing, en este caso el banco.

¿Qué elementos existen?. En primer lugar los sujetos que acabamos de mencionar. Existe además un precio del contrato: las máquinas tienen un costo al cual se agregan los intereses de la inversión realizada por el banco, ese será el precio del contrato que se dividirá entre los pagos que realice el fabricante de zapatos, y constituyen la renta del leasing. Se debe tener en cuenta, también, la duración prevista. Se debe hacer coincidir el plazo de amortización del bien con el plazo necesario para pagarle al banco su inversión más su rentabilidad. El locatario tomador en el ejemplo propuesto, asume los riesgos y los vicios de la cosa. Otro elemento indispensable es la opción de compra en favor del tomador. En otras legislaciones no es un elemento esencial, pero en el Derecho peruano si lo es y así lo establece en la ley del leasing expresamente. Final-

mente, en relación a los bienes, éstos pueden ser tanto muebles como inmuebles. La doctrina se refiere a “bienes de capital”, porque lo que se le está proporcionando al tomador es un bien que le rendirá, y que no lo adquiere en función de una operación crediticia cualquiera, sino mediante esta operación de financiamiento que tiene esta modalidad especial de leasing.

En cuanto a la naturaleza jurídica de esta figura, no la analizaremos en esta oportunidad, pero algunos se refieren a ella como locación con promesa de venta, otros de alquiler venta, otros de venta con reserva de dominio, etc. Sin embargo sí señalaremos algunos aspectos de carácter real con los cuales terminaremos:

- En el caso del arrendatario, se trata de un poseedor inmediato, porque es poseedor temporal en virtud de un título (el de arrendatario financiero), y es temporal porque sólo dura por cinco años y porque si no ejerce la opción de compra deberá devolver al banco, dador del leasing, las máquinas al término del plazo.
- El tomador o locatario tiene como derecho real la posesión, de acuerdo al artículo 5° : “El contrato de arrendamiento financiero otorga a la arrendataria el derecho al uso de los bienes, en el lugar, forma y demás condiciones estipuladas en el mismo”. Ya dijimos que en el Derecho peruano, la posesión es simplemente el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad, y el uso es uno de los poderes, de manera que en este caso el tomador del leasing, no sólo usa de hecho sino también de derecho.
- En el caso del arrendatario, se trata de un poseedor inmediato, porque es poseedor temporal en virtud de un título (el de arrendatario financiero), y es temporal porque sólo dura por cinco años y porque si no ejerce la opción de compra deberá devolver al banco, dador del leasin, las máquinas al término del plazo.

Esto plantea otros temas, que omití analizar a propósito del fideicomiso, y que ahora sólo menciono: se cuestiona si estos poseedores tienen acciones reales para defender su posesión, porque es perfectamente posible que sean despojados.

Según la ley del leasing en el Perú, las obligaciones y derechos y por lo tanto la vigencia del contrato, se inician en el momento en que la locadora efectúa el desembolso total o parcial para la adquisición, o a partir de la entrega total o parcial de dichos bienes a la arrendataria, lo que ocurra primero. En el ejemplo propuesto, serían dos momentos: el momento en que el banco paga al proveedor por las cinco máquinas, o el momento en que entrega las cinco máquinas a la fábrica productora de zapatos, beneficiaria del leasing; lo que ocurra primero. Aquí se nos presenta una complicación con la norma del Código Civil peruano que establece que la propiedad de los bienes muebles se transmite necesariamente por la tradición, que es el artículo 947°, ya que desde el momento en que la ley está haciendo posible que el leasing surta efectos desde antes, desde el momento del pago (es decir, antes de que se produzca la entrega de los bienes), está alterando lo dispuesto con carácter general en el Código Civil:

Con respecto a la opción de compra, para algunas legislaciones no es un elemento esencial en el contrato de leasing, pero en el Derecho peruano si. Se plantea entonces, como lograr que esta opción de compra tenga efectos frente a terceros, aquellos que no han intervenido en la relación producto del contrato de leasing. Podría suceder que el banco en forma indebida, y saliéndose de lo pactado, al cabo del cuarto año enajena la maquinaria. Esta sería una enajenación cuestionable, desde el punto de vista jurídico, porque no se habría producido la entrega, y este es un elemento esencial en la transmisión de la propiedad de los bienes muebles, según lo establece el Código Civil peruano (artículo 947°).

Pero imaginemos que este banco celebrara un contrato con un tercero que alega desconocer el leasing y desconocer la posibilidad de que el tomador del leasing haga ejercicio de la opción de compra. En este caso, se cuestiona en qué caso podrá hacerse valer la opción de compra, frente a esos terceros que no fueron parte del contrato de leasing. En el caso de los bienes inmuebles, si está inscrita la opción, no hay la menor duda porque forma parte de la publicidad que el registro da a los terceros. En el caso de los bienes muebles inscritos (como por ejemplo un automóvil u otros semejantes), también hay seguridad, pese a que nuestros registros como todos saben se encuentran en una situación lamentable, y no es posible ofrecer una verdadera publicidad; y, en el caso de un bien mueble no identificable (como podría ser una joya valiosa), no hay modo de hacer valer esta opción porque no hay modo de hacerla pública.

Estos son temas que no están tratados en la ley de leasing. Un comentario interesante y final, es que los bienes objetos de leasing, conforme a nuestra ley, resultan inembargables. De manera que llegamos a una suerte de patrimonio autónomo, nuevamente, parecido al caso del fideicomiso. El artículo 11° de la Ley de leasing, establece que los bienes dados en arrendamiento no son susceptibles de embargo, afectación ni gravámen, por mandato administrativo o judicial, en contra del arrendatario. En el caso de que el arrendatario fuera deudor, el acreedor de ese arrendatario de ninguna manera puede actuar en contra de esos bienes sujetos a arrendamiento, pues estos están principalmente afectos en favor del propietario de esos bienes y para el pago de la renta convenido. Hemos llegado al final y les agradezco la atención de esta tarde.