

CAPITULO IV: FIDEICOMISO PANAMEÑO

1. Definición y concepto

El concepto de fideicomiso en Panamá gira en torno al aspecto de la transmisión de la propiedad con el objeto de cumplir con ella una determinada finalidad previamente señalada por el constituyente del fideicomiso o fideicomitente.

Una definición comúnmente aceptada en América Latina define al fideicomiso como “el negocio jurídico en virtud del cual se transfieren uno o más bienes a una persona, con el encargo de que lo administre o enajene, y que con el producto de su actividad cumpla una finalidad establecida por el constituyente, en su favor o en beneficio de un tercero”.

Nuestra Ley de Fideicomiso lo define como “un acto jurídico en virtud del cual una persona llamada fideicomitente transfiere bienes a una persona llamada fiduciario para que los administre o disponga de ellos a favor de un fideicomisario o beneficiario, que puede ser el propio fideicomitente”.

Nosotros definimos el fideicomiso como “un acto jurídico que conlleva la manifestación expresa y por escrito de la voluntad de un sujeto llamado fideicomitente, mediante la cual éste transmite la titularidad de un bien a otro sujeto denominado fiduciario, quedando este último obligado a administrar o disponer de dicho bien en la forma convenida y de acuerdo con los términos del encargo, en interés o beneficio, ya sea del mismo fideicomitente o de una tercera persona, denominada fideicomisario o beneficiario”.

El contrato de fideicomiso está conformado por una cesión de derechos y un pacto de fiducia, en el que el fiduciario es el destinatario de un mandato para cumplir con una determinada finalidad prevista en el contrato. Como resultado de este conjunto de contratos, el fideicomiso es considerado un contrato híbrido en lugar de un contrato típico.

El fideicomiso viene a resolver el problema fundamental que significa conciliar los derechos del fiduciario con los del fideicomitente y el beneficiario, ante la imposibilidad de estructurar, conceptualmente, una doble titularidad como la que existe en el derecho inglés. De allí que se hayan creado cláusulas en el documento constitutivo del fideicomiso que imponen limitaciones al fiduciario, precisando que, si bien es propietario frente a terceros, carece de facultades dispositivas, a excepción de aquellas que le haya concedido dicho acto constitutivo o que le conceda la ley.

2. Objeto

En general, el objeto principal del fideicomiso es que los bienes, cuya titularidad se ha traspasado, pasen a formar un patrimonio autónomo, que será administrado o dispuesto por el fiduciario, de conformidad con las instrucciones que haya recibido del fideicomitente.

Nuestra legislación permite que bienes de toda clase y naturaleza, presentes o futuros, sean susceptibles de constituirse en fideicomiso. Ejemplos de bienes que pueden ser traspasados bajo contrato de fideicomiso son: dinero en efectivo, franquicias, acciones con o sin derecho a voto, bonos, bienes muebles e inmuebles o derechos sobre éstos, pólizas de seguro, pagarés, letras de cambio y certificados de almacenes generales de depósito, entre otros. Es además permitido añadir bienes con posterioridad a la constitución del fideicomiso, siempre y cuando se cuente con la aceptación del fiduciario.

La noción de que los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio autónomo, separado del activo propio del fiduciario, implica su exclusión de la garantía general de los acreedores del fiduciario, en vista de que esos bienes se registran contablemente de manera separada, de forma que no puedan confundirse con los demás bienes que tenga o maneje el fiduciario. Esta situación se traduce en una serie de ventajas desde el punto de vista fiscal y de protección de activos ante posibles secuestros o embargos por parte de terceros. Así, por ejemplo, el fiduciario que quiere obtener un crédito para sí mismo no puede ofrecer como garantía el bien o bienes que tiene o guarda en fiducia.

El patrimonio fideicomitado también queda excluido de los acreedores del beneficiario, ya que no es el propietario de los bienes y únicamente tiene una expectativa sobre la transmisión de los bienes, o parte de ellos, o recibe sus frutos periódicamente, por lo que sus acreedores no tienen derecho alguno sobre tales bienes, excepto por el secuestro o embargo de los frutos que efectivamente deba recibir el beneficiario afectado.

Las únicas excepciones a este principio de separación se producen cuando los secuestros o embargos se originan en obligaciones incurridas por daños causados en el proceso de ejecución del fideicomiso, o por parte de terceros cuando se hubieran traspasado o retenido los bienes con fraude y en perjuicio de sus derechos.

3. Elementos esenciales del documento de fideicomiso

- Designación completa y clara del fideicomitente, del fiduciario y del beneficiario.
- Designación de fiduciarios o beneficiarios sustitutos, si los hubiere.
- Descripción de bienes o patrimonio sobre el cual se constituye el fideicomiso.
- Declaración expresa de la voluntad de constituir el fideicomiso.
- Facultades y obligaciones del fiduciario.
- Prohibiciones y limitaciones impuestas al fiduciario en el ejercicio de su cargo.
- Reglas de acumulación, distribución o disposición de los bienes, rentas y productos de los bienes del fideicomiso.
- Lugar y fecha de constitución del fideicomiso.
- Designación del agente residente en Panamá (un abogado o una firma forense panameña que debe refrendar el instrumento de fideicomiso).
- Domicilio del fideicomiso en Panamá.
- Declaración expresa de que el fideicomiso se constituye de conformidad con las leyes de la República de Panamá.

Además, el instrumento de fideicomiso puede contener las cláusulas que el fideicomitente o el fiduciario tengan a bien incluir mientras no sean contrarias a la moral, las leyes o al orden público.

4. Fines prácticos y aplicaciones del fideicomiso

- Manejo, conservación o administración de los bienes.
- Inversión de los bienes.
- Protección de los beneficiarios.
- Ventajas fiscales.
- Mantenimiento de confidencialidad o secreto sobre la propiedad de los bienes.

- Flexibilidad en los procedimientos de cambio de jurisdicción.
- Garantía de obligaciones

5. Manejo y administración

El fideicomitente podrá transferir a un fiduciario desde un edificio de departamentos hasta una determinada suma de dinero depositada en un banco para que sean administrados por dicho fiduciario, de acuerdo a la forma establecida, realizando los actos necesarios para la consecución de la finalidad definida, como puede ser: El pago de impuestos, reparaciones, cobro de rentas, entre otros durante un período determinado de tiempo, o hasta que tenga lugar algún acontecimiento específico, después del cual todos los bienes deben ser entregados a los beneficiarios.

6. Inversión

Consiste en el manejo de los bienes mediante la inversión, con el fin de que los mismos produzcan frutos a favor del beneficiario. Por lo general, los fideicomisos destinados a este tipo de actividad requieren de una destreza profesional especializada de parte del fiduciario, en la medida en que su función es la de tratar de acrecentar su valor y producir el mayor rendimiento posible, y para lo cual se le otorgan al fiduciario poderes discrecionales.

En este tipo de fideicomisos es común el del manejo de cartera, en el que entre las facultades del fiduciario está la de comprar y vender acciones en un determinado mercado de valores, con miras a incrementar el valor de los activos, pero sin que éstos dejen de producir una renta determinada.

1. Protección de los beneficiarios

La legislación de la República de Panamá en materia de fideicomisos no fija limitaciones en cuanto a la duración de los mismos, por lo que se mantienen vigentes por el tiempo que dicte el fideicomitente, lo que permite, por ejemplo, que el fiduciario administre los bienes fideicomitados a favor de los beneficiarios aún después de su muerte.

Esta continuidad permite ofrecer un mayor grado de protección a los beneficiarios, en especial en el caso de los fideicomisos testamentarios, en los que se produce transferencia de bienes por medio de un documento que tiene el efecto de un testamento, que se hace efectivo en la fecha de la defunción del fideicomitente, y cuya duración cubre el lapso establecido en la escritura de fideicomiso.

Con fideicomisos como el testamentario se trata de proteger a los hijos y esposa, por ejemplo, del fideicomitente, procurando que mantengan su nivel de vida y ocupándose de factores como educación, alimentación, salud, habitación, entre otros, de manera que se le faciliten las cosas a los sobrevivientes tras el fallecimiento del fideicomitente. Sin embargo, puede establecerse un fideicomiso para que surta sus efectos durante la vida del fideicomitente y, al mismo tiempo, estipularse o incluirse instrucciones de lo que debe hacer el fiduciario en caso de fallecimiento del fideicomitente.

Igualmente pueden constituirse estos fideicomisos en conjunto con una póliza de vida del fideicomitente.

8 Ventajas fiscales

La ley panameña sobre fideicomisos establece que los actos de constitución, modificación o extinción del fideicomiso, así como los actos de transferencia, transmisión o gravamen de los bienes dados en fideicomiso, y la renta proveniente de

dichos bienes, o cualquier otro acto sobre los mismos está exento de todo impuesto, contribución, tasa o gravamen en la República de Panamá, siempre que se cumplan los requisitos siguientes:

- Los bienes objeto de fideicomiso estén situados en el extranjero;
- El dinero depositado en calidad de fideicomiso no provenga de renta de fuente panameña o gravable en Panamá, o que;
- Las acciones o valores de cualquier clase, hayan sido emitidos por sociedades cuya renta no provenga de fuente panameña, aún cuando tales dineros, acciones o valores hayan sido depositados en la República de Panamá.

Las exenciones anteriores no aplican en caso de que los bienes, dinero, acciones o valores mencionados en los puntos anteriores sean utilizados en operaciones no exentas de impuestos, contribuciones, tasas o gravámenes en la República de Panamá.

Por otra parte, cabe destacar que, en vista de que los bienes del fideicomiso constituyen un patrimonio aparte o separado de los bienes personales del fiduciario (aunque siempre es aconsejable dejar este hecho debidamente consignado en el instrumento de fideicomiso), los impuestos, tasas u otros gravámenes que dichos bienes causen no son atribuibles al fideicomitente sino que son una carga propia del fideicomiso que normalmente es pagada aparte por el fiduciario.

Por consiguiente, es muy probable que con la transferencia a un fiduciario de determinados activos generadores de ingreso, aún cuando se encuentre en la misma jurisdicción que el fideicomitente, se logre una reducción en la escala del impuesto sobre la renta aplicable a los activos dados en fideicomiso, lo cual podría resultar en beneficio del fideicomitente, del beneficiario o de ambos.

9. Carácter confidencial o secreto de los bienes

Nuestra ley de fideicomisos contiene disposiciones que obligan al fiduciario a mantener confidencialidad sobre las operaciones fiduciarias de su cliente.

Además, los fideicomisos constituidos de acuerdo con las leyes de la República de Panamá, con excepción de los que tratan sobre disposición de bienes inmuebles situados en Panamá, no tienen que ser inscritos en el Registro Público de Panamá, por lo que en estos casos la identidad del fideicomitente y de los beneficiarios se mantiene confidencial ya que no hay necesidad de divulgarla.

Procede recordar aquí que las sociedades anónimas pueden actuar como fideicomitentes o beneficiarios con lo cual, si se desea, se protege todavía más la identidad del fideicomitente o del beneficiario.

También pueden constituirse fideicomisos para poseer acciones de una sociedad anónima (acciones que podrán ser emitidas al portador o en forma nominativa), en cuyo caso el propietario se despoja legalmente del título de propiedad sobre dichas acciones (en forma revocable o irrevocable), sin necesidad de perder el control de los activos pertenecientes a la sociedad, ya sea actuando como signatario de las cuentas pertenecientes a la sociedad, o por medio de un poder legal que se le otorgue para representar a la sociedad, y limitando los poderes del fiduciario al de un simple tenedor de acciones, pudiendo dicho fideicomiso contener disposiciones testamentarias, ofreciendo así al fideicomitente la ventaja adicional de una disposición ordenada y predeterminada de sus activos en caso de fallecimiento, al tiempo que le evita la necesidad de designar otros firmantes en las cuentas bancarias de la sociedad.

En el fideicomiso de acciones, el fideicomitente puede ser el mismo propietario o tenedor de las acciones, o puede ser una sociedad madre (“holding”) que sea dueña de las acciones de la otra sociedad. Por otra parte, el beneficiario puede ser la misma sociedad **holding**, o el tenedor de las acciones de una sociedad anónima diferente.

10. Flexibilidad en los procedimientos de cambio de jurisdicción

Nuestra ley permite que los fideicomisos, lo mismo que sus bienes, puedan trasladarse o someterse a las leyes o a la jurisdicción de otro país, según se convenga en el instrumento de fideicomiso.

Esta disposición busca asegurar al fideicomitente, al fiduciario y al beneficiario de un fideicomiso panameño que, si fuera necesario o conveniente, el fideicomiso y sus activos puedan trasladarse a otro país (si no estuviesen ya en el exterior), en cuyo caso el país sede perdería potestad jurisdiccional para ejecutar cualquier acto contra dicho fideicomiso o sus activos.

En cuanto al mismo acto de transferencia, dado que el fideicomiso panameño es un instrumento privado que no requiere de una inscripción constitutiva en el Registro Público, su transferencia a otra jurisdicción es normalmente un procedimiento mucho más sencillo y expedito que el de la transferencia de una sociedad anónima.

11. Garantía de obligaciones

En la actualidad los bancos e instituciones financieras utilizan el fideicomiso, cada vez con más frecuencia, como un instrumento para garantizar las obligaciones de sus clientes. Esto se hace primordialmente para separar el activo que garantiza una obligación de la propiedad de quien lo usa y/o asume dicha obligación, de forma que si se incumple en el pago de las obligaciones resulte más fácil para la institución rescatar el bien, sin necesidad de preocuparse por otros acreedores del deudor.

La preferencia por este instrumento como forma de garantizar la obligación del deudor con respecto al establecimiento de un gravamen prendario o hipotecario estriba en que, de esa manera, se actúa con mayor celeridad y economía, evitando costosos, y algunas veces lentos trámites judiciales de remate del bien hipotecado o dado en prenda. En este tipo de fideicomisos se establecen instrucciones específicas para que, en caso de incumplimiento, el fiduciario pueda proceder directamente a vender los bienes fideicomitidos para recuperar su crédito. No debe perderse de vista, además, que el bien fideicomitado queda fuera de la acción de otros acreedores y de los del fiduciario por constituir un patrimonio separado.

12. Causas de extinción del fideicomiso

- Cumplimiento de los fines para los que fue constituido.
- Imposibilidad de cumplir los fines para los cuales fue constituido.
- Renuncia o muerte del beneficiario sin tener sustituto.
- Pérdida o extinción total de los bienes del fideicomiso.
- Confusión en una sola persona con respecto a la calidad de único beneficiario con la de único fiduciario.
- Cualquier otra causa establecida en el instrumento de fideicomiso o en la ley.

13. Gastos de constitución

Con el propósito de incentivar el fideicomiso internacional sujeto a la ley panameña, nuestras normas en la materia exoneran de impuestos a todos los fideicomisos que hayan sido constituidos con activos que se encuentren en el exterior, siempre y cuando dichos fideicomisos no produzcan o generen rentas de fuente panameña.

Los fideicomisos que se acogen a la ley panameña no están sujetos al pago de tasa anual alguna al gobierno panameño, a diferencia de las sociedades anónimas panameñas o las fundaciones de interés privado.

Los honorarios por la constitución de fideicomisos varían dependiendo del tipo de fideicomiso y de las necesidades específicas del cliente. Del mismo modo, los honorarios por las funciones propias de agente residente en Panamá consisten en un cargo anual que percibe el abogado o la firma forense panameña que las desempeña y que usualmente son moderados.

Los cargos del fiduciario dependerán, entre otras cosas, del prestigio, la experiencia y la competencia del fiduciario, del tiempo dedicado al cargo y la responsabilidad, la importancia y el tipo de servicio que deba efectivamente prestar.