

# **FIDEICOMISO DE GARANTIA**

**¿Una buena opción para garantizar obligaciones?**

**NICOLAS C. R. GIACOMELLO**

**Universidad Abierta Interamericana**

**Sede Regional Rosario**

**Facultad de Derecho**

**Diciembre 2003**

**INDICE GENERAL**

Páginas Resumen	1
.....	
Objetivo general	2
.....	
Objetivos específicos	3
.....	
Fundamentación.....	4
.....	

### **Capítulo I : “Nociones sobre fideicomiso”**

1. Introducción .....	5
2. Antecedentes históricos del fideicomiso .....	6
2.1. El fideicomiso en Roma .....	7
2.2. El fideicomiso en el Derecho Germano .....	10
2.3. El fideicomiso en el Derecho Anglosajón: “el trust” .....	11
2.4. El fideicomiso en Latinoamérica .....	12
3. Legislación Comparada .....	15
3.1. Legislación Mexicana .....	15
3.2. Legislación Colombiana .....	15
3.3. Legislación de Bolivia .....	16
4. El negocio Fiduciario .....	18
5. El Fideicomiso .....	20

5.1. Régimen legal del fideicomiso .....	20
5.2. ¿Qué es el fideicomiso?. Etimología. Definición de la ley 24.441.....	20
5.3. Caracteres del contrato.....	21
5.4. Fuentes del fideicomiso .....	22
5.5. Contenido del contrato .....	23
5.6. Sujetos intervinientes en el negocio fiduciario .....	23
5.6.1. Sujetos intervinientes .....	24
5.6.1.1. El fiduciante .....	24
5.6.1.2. El fiduciario .....	24
5.6.1.3. El beneficiario .....	25
5.6.1.4. El fideicomisario .....	26
5.6.2. Derechos y obligaciones .....	27
5.6.2.1. Del fiduciario .....	27
5.6.2.2. Del fiduciante .....	32
5.6.2.3. Del Beneficiario .....	35
5.6.2.4. Del fideicomisario .....	37
5.7. Objeto del fideicomiso. Patrimonio de afectación .....	38
5.8. Extinción del fideicomiso .....	40
5.8.1. Efectos de la extinción .....	41
5.8.2. Procedimientos voluntarios de liquidación .....	42
5.9. Algunos tipos de fideicomiso .....	42

## **Capítulo II: “ El fideicomiso de garantía”**

1. Introducción .....	45
2. Garantía .....	46
2.1. Concepto .....	46
2.2. Clases .....	46

3. Fideicomiso de garantía .....	48
3.1. Orígenes .....	48
3.1.1 Roma .....	48
3.1.2. Grecia .....	48
3.1.3. Alemania .....	48
3.2. Concepto .....	49
3.3. Clases .....	50
3.4. Alcances de la afectación .....	51
3.5. Análisis de la figura .....	53
3.5.1. Características .....	53
3.5.2. Posiciones contractuales de los sujetos intervinientes .....	53
3.5.2.1. ¿Quiénes de estos sujetos constituye la garantía? .....	60
3.5.2.2. ¿Quiénes de los sujetos es el titular? .....	61
3.5.3. Bienes que se pueden afectar al negocio de garantía .....	62
3.5.3.1. Patrimonio separado .....	62
4. Ejecución de la garantía .....	64
5. Naturaleza de la garantía .....	67
6. Constitucionalidad de ésta garantía .....	68
7. Comparación con otras figuras de garantía .....	70
7.1. Comparación con el derecho real de hipoteca .....	70
7.2. Comparación con el derecho real de prenda .....	71
7.3. Comparación con las garantías personales. La fianza .....	71
Conclusión final .....	74
Citas .....	76
Bibliografía.....	78

## **RESUMEN**

La presente tesina, por una cuestión práctica y de sistematización, se encuentra dividida en tres partes: “Capítulo I”, “Capítulo II” y “Conclusión final”.

En el Capítulo I de la misma, se hace un análisis objetivo de la figura del fideicomiso.

En cada uno de los puntos que conforman este capítulo, se tratan los aspectos más relevantes y necesarios que permiten al lector el entendimiento del instituto, y un conocimiento básico pero completo del mismo para poder con posterioridad entender de que se trata el fideicomiso de garantía. En cada uno de sus puntos se hace un desarrollo somero pero completo de los diferentes aspectos de la figura regulada por la ley 24.441, comenzando por sus antecedentes históricos, para luego continuar con su definición, características, partes que intervienen, obligaciones de las mismas, y todos los aspectos que hacen al funcionamiento del mismo.

En el segundo capítulo, se realiza un análisis del fideicomiso de garantía, abarcando al igual que en el capítulo que le precede, sus características, ventajas, críticas, constitucionalidad de la figura, etc...; para concluir luego con una comparación de la misma con otras figuras utilizadas en nuestro derecho para garantizar obligaciones.

Por último, la tercera parte del trabajo, se ve materializada en una conclusión final que tiende a dar una respuesta al interrogante planteado en el título de la presente tesina, a la que sólo se puede arribar habiendo transitado primero por los capítulos precedentes.

## **OBJETIVO GENERAL**

“Analizar al fideicomiso en su utilización  
como medio para garantizar obligaciones”.

## **OBJETIVOS ESPECÍFICOS**

- I. Analizar la estructura del fideicomiso de garantía en el marco de la ley 24.441 que regula el fideicomiso.
  
- II. Analizar las posiciones jurídicas que pueden ocupar el acreedor y el deudor de una obligación, al momento de garantizar la misma con un patrimonio fideicomitado.
  
- III. Analizar las ventajas y desventajas de la utilización del fideicomiso de garantía a la hora de asegurar obligaciones, en comparación con otros medios de garantía que prevé nuestro ordenamiento jurídico.

## FUNDAMENTACION

Lo que ha motivado la elección de este tema para formular mi tesina final, no ha sido más que el gran interés que la figura del fideicomiso, regulada en la actualidad por la ley 24.441, despertó en mí desde ya hace un tiempo, cuando tomé contacto con ella por cuestiones laborales.

Al comenzar a indagar sobre el fideicomiso, y al conocer su estructura y funcionamiento en el mundo de los actos jurídicos, pude observar la cantidad de variantes en su utilización que el mismo puede tener, para la cantidad de fines que se la puede utilizar.

Pero, luego de leer algunos libros que trataban el tema, en los cuales los autores hablaban de las diferentes clases de fideicomisos, despertó en mí un particular interés por uno ellos, el de garantía, dado que su mecánica a la hora de su utilización otorgaba opciones imposibles de imaginar al hablar de los medios clásicos de garantía.

Ahora bien, si tuviese que explicar en esta parte del trabajo el porque de mi interés por esta figura, no habría otra forma de hacerlo que comenzando a hablar, a mi parecer, de sus virtudes, con lo que le quitaría bastante contenido al desarrollo principal. Lo único que puedo decir, es que he aprovechado esta oportunidad para obligarme a continuar indagando sobre el fideicomiso de garantía, y de esta manera poder seguir aprendiendo sobre esta figura que, como he mencionado, tanto interés ha despertado en mí.

# DESARROLLO DEL TEMA

## Capítulo I

### **NOCIONES SOBRE EL FIDICOMISO**

#### 1. Introducción.

En primer lugar, y antes de adentrarnos en el análisis del fideicomiso como herramienta de garantía, tema que ha motivado este trabajo, consideramos conveniente, y a fin de facilitar la comprensión de los lectores, hablarles un poco acerca del contrato de fideicomiso, que se entiende por fideicomiso, cuales son sus antecedentes históricos, cuales sus características, que clases existen, quienes son sus partes y que obligaciones atañan a las mismas.

Es sumamente necesario conocer esta figura, regulada desde hace ya varios años en la ley 24.441, a fin de poder comprender con posterioridad uno de sus tipos o clases más utilizados en estos días como medio de garantía, y de sobre el cual muchas discusiones se han suscitado.

## 2. Antecedentes históricos del fideicomiso. Evolución.

Hablarles de los antecedentes históricos del fideicomiso no responde a un capricho de quien escribe, sino más bien a la necesidad de poner en evidencia algunas cuestiones que expliquen el porque del nacimiento de la figura y como fue evolucionando la misma. Estos conceptos previos, aunque someros, son de mucha utilidad para facilitar la comprensión de nuestro actual régimen jurídico y encontrar signos comunes, aún vigentes.

Esta figura, fue utilizada en sus orígenes como una forma para salvar impedimentos legales y lograr darle, a ciertos bienes, un destino que por leyes de esa época, estaba proscripto o, incluso, para poner determinados bienes a salvo de una posible confiscación por causas políticas.

Comenzó siendo un negocio basado únicamente en la confianza que el transmitente tenía en el adquirente. El primero le transmitía al segundo la propiedad de un bien, y le encomendaba que hiciera uso como dueño conforme sus instrucciones.

Con el tiempo, y como una suerte de reacción ante ciertos incumplimientos de los encargados fiduciarios, al adquirente se le fue recortando su primitiva facultad de abuso sobre los bienes adquiridos, para llegar a convertirse en un titular jurídico, pero con potestades sensiblemente limitadas, ya sea por las normas que se fueron dictando y/o por las decisiones de los tribunales que fueron priorizando la voluntad del constituyente y los derechos de los beneficiarios por sobre el derecho de propiedad del adquirente ( llamado fiduciario o trustee, según nos refiramos al derecho romano o al anglosajón respectivamente ).

En definitiva, podemos observar como, a lo largo de la historia, se optó por distinguir dos planos, el primero referido a las formas jurídicas y el segundo a la realidad económica, descubriendo cual fue la verdadera voluntad del legislador para brindarle protección legal a la persona en beneficio de quien se instituyó el fideicomiso. La forma de visualizar estos dos planos o aspectos inherentes a una misma operación, adoptó distintas explicaciones y formas a través del sistema romano y del anglosajón.

En el derecho anglosajón, las dos jurisdicciones que funcionaban paralelamente —una que recogía las acciones legales ( *action in law* ) y otra que amparaba reclamos en equidad para evitar injusticias ( *proceeding in equity* )- facilitaron el reconocimiento de los planos que coexistían en este tipo de negocios de confianza. Como consecuencia de ello, se plasmó una distinción fundamental entre la llamada propiedad legal protegida

conforme las leyes del derecho estricto ( *common law* ) y la propiedad en equidad, fundadas justamente en las normas de equidad ( *equity law* ).

Obviamente, el fideicomiso romano se estructuró sobre bases absolutamente distintas a las del *trust* anglosajón, pero, salvando las distancias entre ambos sistemas, encontramos puntos de contacto en la evolución de esos institutos: a) la necesidad de transferir bienes a otra persona en beneficio de alguien; b) la legítima pretensión del constituyente y del beneficiario de obtener la protección del Estado ante el incumplimiento de los fines para los cuales se ha transmitido la propiedad, y c) el reconocimiento, tanto en las leyes como en los tribunales, la primacía de los derechos del beneficiario sobre esos bienes y de la obligación del adquirente de respetar la voluntad del constituyente. Para ello, tanto los pretores romanos como las Cortes de Equidad inglesas protegieron el destino determinado por el transmitente para los bienes en cuestión o, en otros términos, la finalidad última del fideicomiso. Hoy en día, de forma más sofisticada, nuestro derecho recepta la teoría del patrimonio separado para asegurar, en definitiva, que ciertos bienes estarán afectados a un destino específico.

## 2.1. El fideicomiso en Roma.

En el Imperio, existieron dos instituciones que son antecedentes del fideicomiso actual: la *fiducia* y los fideicomisos testamentarios.

La *fiducia* consistía en la transmisión de un bien, originada en un acto entre vivos, en contraposición con el *fideicommissum*, que consistía en una transmisión por causa de muerte.

La figura romana era una transmisión de la propiedad, acompañada de un *pactum fiduciae*, por el cual quien recibía la propiedad del bien en cuestión se obligaba a su vez frente al transmitente, luego de realizados determinados fines, a devolverle la propiedad o a transmitirla a una tercera persona. Tenía dos formas: la *fiducia cum creditore* y la *fiducia cum amico*.

La primera fue utilizada para asegurar el cumplimiento de determinadas obligaciones y funcionaba así: para garantizar su deuda, el deudor transmitía determinados bienes a su acreedor que los recibía con tal fin y se obligaba a retransmitirlos al deudor, cuando este pagare su crédito.

De no cumplir este último con su obligación, el acreedor tenía el derecho implícito en el pacto de retener la cosa para sí o de enajenarla. Así, la propiedad se consolidaba en el acreedor fiduciario si no se pagaba la deuda fiduciariamente garantizada, aun si su valor excedía el importe de la obligación principal, y además el

acreedor no estaba obligado a devolver diferencia alguna al deudor, a diferencia de lo que sucedía en el contrato de prenda que nació después de la *fiducia*.

Sin embargo, con el tiempo fue necesario crear instrumentos que protegieran las posiciones de las partes, en especial la del transmitente o fiduciante.

La primera defensa fue llamada “acción directa a favor del fiduciante”, tendiente a resarcirlo cuando el fiduciario enajenaba el bien recibido antes del vencimiento del plazo previsto para que el deudor cancele su obligación, o cuando el fiduciario vendía el bien, aunque el fiduciante hubiera cumplido con todas sus obligaciones cancelando la deuda en tiempo y forma.

Con la evolución de la *fiducia cum creditore*, también se tomó conciencia de proteger al deudor cuando el monto de la deuda era inferior al valor del bien entregado en fideicomiso. Consecuentemente, se reconoció su derecho a recuperar la diferencia una vez que el acreedor había sido desinteresado.

Si bien puede reconocerse que el *pactum fiduciae cum creditore* cumplió un destacado papel antes de haberse conocido las formas modernas de contratos de garantía, presentaba dos serias desventajas: cuando el acreedor-fiduciario abusando de su posición enajenaba el bien, el deudor quedaba colocado en una difícil situación, pues careciendo de acción real, no podía perseguir el bien de manos de terceros y tenía que limitarse a ejercitar una acción personal contra su acreedor, quien podía insolventarse. Por otra parte el deudor no tenía la posibilidad de conservar el bien a título precario, pues si con el tiempo tal posibilidad fue consagrada, el acreedor siempre podía demandar la entrega del bien respectivo.

La otra forma de fideicomiso constituido por actos entre vivos fue la *fiducia cum amico*, que se empleaba para que aquel que recibía el bien transmitido pudiera usarlo y disfrutarlo gratuitamente en su propio provecho. Una vez realizados tales fines, el que había recibido los bienes debía transmitirlos al primitivo dueño. Generalmente, se recurría a ella cuando alguien tenía, por ejemplo, que ausentarse y decidía transferir el bien a una persona de su entera confianza. De esta forma, quien se ausentaba le otorgaba al adquirente facultades más amplias que las que podían lograr con otro tipo de contrato. El fiduciario podía enajenar el bien, administrarlo, celebrar contratos, y defenderlo del ataque de terceros. Claro que esta *fiducia* compartía el riesgo del abuso por parte del fiduciario y su posible insolvencia.

En la última etapa del derecho romano, cuando cayeron en desuso las formas tradicionales de transmitir la propiedad, su empleo se fue sustituyendo por otro

tipo de contratos, que adoptó formas más desarrolladas o perfeccionadas como, por ejemplo, el comodato, la prenda o la hipoteca.

Pese a ello, la *fiducia* constituye, sin dudas, el antecedente más remoto de nuestro fideicomiso.

Con respecto al fideicomiso testamentario, llamado *fideicomisum*, era utilizado cuando un testador quería favorecer a un apersona era incapaz de sucederlo por las proscripciones contenidas en las leyes de esa época. De este modo, el testador rogaba a un heredero capaz de sucederlo que fuese el ejecutor de un encargo o encomienda, cuyo objeto era darle al incapaz un bien particular o parte del acervo hereditario que, de otra manera, no tendría derecho a recibir.

El *fideicomisum* fue un medio para superar las múltiples incapacidades de heredar que regían en el derecho romano, y lograr hacer cumplir la última voluntad del testador. Así, sujetos incapaces para heredar –como los esclavos- podían llegar a adjudicarse la propiedad de ciertos bienes aunque, de acuerdo con las leyes de la época, no tuvieran derecho a heredar.

En definitiva, se trataba de un medio para beneficiar a alguna persona, instrumentado a través de un ruego hecho por el causante, por el cual se le encomendaba o suplicaba la heredo que instituía, y que naturalmente tenía derecho a sucederlo, que entregara a otra persona que carecía de tal derecho un bien determinado, la sucesión toda o parte de ella. El causante rogaba que su heredero cumpla con un encargo confiando en su lealtad y buena fe. Al heredero gravado se llamó “fiduciario”, y a la persona a quien éste debía transmitirle los bienes. “fideicomisario”.

Inicialmente, el cumplimiento quedó librado a la buena fe y a la conciencia del heredero fiduciario, pues este podía abusar de su posición negándose a transferir los bienes al fideicomisario, guardándose para sí los frutos producidos por ellos e incluso enajenándolos a un tercero, frustrando de esta forma la voluntad del causante. Es por eso que, es esta etapa, puede hablarse de un negocio fiduciario puro, en donde la confianza es absoluta y se traduce en la posibilidad de abuso por parte del fiduciario.

Ante la inejecución de ciertos fideicomisos, se fue deformando la figura del negocio fiduciario para lograr introducirle mecanismos de control que impidieran el abuso por parte del fiduciario y proteger así la voluntad del causante.

El emperador Augusto hizo ejecutar los *fideicommissum* con la intervención de los cónsules.

En alguno de los senadoconductos dictados se dispuso que, una vez hecha la transferencia de los bienes al fiduciario, los derechos y acciones correspondían al

fideicomisario, quien también debía soportar las cargas inherentes a su condición, eximiendo al fiduciario de toda responsabilidad originada en las deudas de la sucesión. También se reconoció una remuneración a favor del fiduciario, conocida con el nombre de *cuarta falcidia*, porque coincidía en la cuarta parte de la herencia o de los bienes transmitidos.

En la época de Justiniano, el heredero fideicomisario llegó a adquirir un derecho real, en lugar de un derecho de crédito, teniendo a su favor la acción reivindicatoria sobre los bienes materia del fideicomiso, aún contra terceros de buena fe. El heredero fideicomisario ejercía la *reivindicatio* el día en que la restitución debía tener lugar en su beneficio.

Esta institución del fideicomiso testamentario pasó a los regímenes jurídicos que tomaron sus bases en el derecho romano, donde se la conoció con el nombre de “sustitución fideicomisaria”.

La llamada “sustitución fideicomisaria consistía en la transferencia de una herencia al fiduciario, para que este la conservara y disfrutara hasta su fallecimiento, momento en el cual pasaba al fideicomisario. A diferencia de la sustitución vulgar, que tenía lugar cuando el primer instituido no quería o no podía aceptar la herencia, en la sustitución fideicomisaria la transferencia de los bienes al fideicomisario se producía a la muerte de la persona gravada con la sustitución.

Estas sustituciones llegaron a tener un auge sorprendente hasta que el Código de Napoleón las prohibió, porque eran utilizadas para conservar los bienes en una sola familia y, como consecuencia obvia, las grandes riquezas llegaron a concentrarse en unas pocas manos.

## 2.2. El fideicomiso en el Derecho Germano.

El fideicomiso en el antiguo derecho Germano se manifestó en dos institutos diferentes: la *prenda inmobiliaria* y la *manusfidelis*. La *prenda inmobiliaria* era parecida a la *fiducia cum creditore* del Derecho Romano, pero limitada a los inmuebles. La *manusfidelis*, semejante al fideicomiso testamentario de los romanos, se utilizaba para beneficiar a quien no hubiera podido obtener directamente la calidad de sucesor.

Lo que para nosotros es el fiduciario, en el derecho Germano recibía el nombre de *saldman* o *treuhand*, es decir, aquella persona que recibe un bien del propietario originario con la obligación de transmitirlo al adquirente definitivo.

El negocio fiduciario germano se diferencia en que en éste el fiduciario recibía la propiedad plena sobre los bienes fideicomitados, quedándole al beneficiario solamente

un derecho personal en su favor cuando la obligación se tornaba exigible. En cambio, en el fideicomiso germano, el *saldman* adquiere una propiedad limitada sobre la cosa recibida del fiduciante, puesto que su transmisión estaba sujeta a una condición resolutoria.

Suele decirse que el fiduciario germano adquiere la calidad de formal o legal de los bienes fideicomitados, en tanto que el fiduciante conserva la propiedad material.

### 2.3. El fideicomiso en el Derecho Anglosajón: el “*trust*”.

El “*trust*” es una institución de amplia difusión en los países anglosajones, utilizada con fines prácticamente limitados, en tanto que el fiduciante conserva la propiedad material.

El antecesor del *trust* es el *use*, primitiva figura jurídica del Derecho anglosajón, creada hacia el siglo XIII a efectos de eludir restricciones a la libre disposición y utilización de los bienes inmuebles derivadas de la colisión normativa entre el derecho vigente en la época de la conquista normanda y las nuevas reglas impuestas por los vencedores.

Mediante el *use*, una persona (*settlor*) transmitía la propiedad sobre tierras a otra (*feoffe of use*), para que ésta permitiera el pleno goce de aquellas a un tercero (*cestui que use*), que podía ser el propio *settlor*.

Cuando en el derecho anglosajón sólo existía el *common law*, el *cestui* se veía absolutamente desprotegido frente los abusos del *feoffe*, a quien el Derecho le reconocía plenas facultades de uso y goce de la propiedad fideicomitada.

En un comienzo, con el *use* ocurrió lo mismo que con la primitiva fiducia romana: el *cestui* no tenía ninguna posibilidad de exigir al *feoffe* el cumplimiento de la voluntad encomendada por el *settlor*. Por ello es que la injusticia derivada de la rigidez del *common law* o Derecho común fue corregida por el *equity* o Derecho de la equidad, reconociéndole al *cestui* el derecho de acudir ante la Chancillería para lograr el cumplimiento de las prestaciones debidas por el *feoffee*.

Durante varios siglos convivieron dos niveles u órdenes jurídicos, el *comon law* y el *equity*. Más tarde, hacia el siglo XVI, surgió un nuevo orden jurídico o fuente del Derecho: los *statutes* o leyes escritas con la sanción de la ley de usos de Enrique VIII.

El *common law* es el consagrado por los tribunales, por eso es que también se conoce como derecho consuetudinario. Debido a la rigidez y a la formalidad que lo caracterizaba, tuvo origen la *equity*, un nuevo orden jurídico que era aplicado por el canciller, un representante del rey que juzgaba conforme a las reglas de la equidad<sup>1</sup>. De

esa forma se fue desarrollando una jurisprudencia de la equidad, distinta y paralela a la del *common law*.

El *trustee* se convierte en propietario legal de los bienes fideicomitidos. El *common law* le reconoce la propiedad plena o “legal” sobre los mismos, por lo cual en el caso de que el *settlor* permaneciese en la posesión de éstos, para el *common law* es un simple tenedor en nombre del *trustee*, único dueño legal de dichos bienes.

Para exigir el cumplimiento de las deudas por el *trustee*, el beneficiario o el *settlor* pueden acudir a los tribunales de la equidad. También pueden accionar por esta misma vía de la equidad en contra de terceros adquirentes de los bienes fideicomitidos, siempre y cuando no sean de buena fe.

En síntesis, para el Derecho anglosajón, el fideicomiso implica la concurrencia de dos clases de derechos de propiedad diferentes: uno legal en cabeza del *trustee* y otro equitativo en cabeza del *settlor*. Para que la propiedad sea plena es necesario que ambos títulos coincidan en la misma persona.

Una particularidad de esta figura, adoptada especialmente por la ley 24.441 para el fideicomiso, es que los bienes afectados al *trust* no se confunden con el patrimonio del *trustee*. Esto implica que la insolvencia de éste no afecta al patrimonio fiduciario; los acreedores personales del *trustee* no pueden pretender el cobro de sus créditos mediante la ejecución de los bienes del *trust*. Estos componen una suerte de “patrimonio de afectación” para el cumplimiento de los fines previstos por el *settlor*, y el *trustee* viene a cumplir el rol de administrador del mismo.

El beneficiario o *cestui que trust* no necesariamente no necesariamente debe ser una persona determinada, o un grupo más o menos definido de individuos, puede ser también un propósito o finalidad como la protección del medio ambiente o la fauna. Esto diferencia el instituto en análisis de nuestro fideicomiso, en el que el beneficiario debe ser una o varias personas determinadas o determinables.

En el Derecho angloamericano existen dos clases de *trust*: el *express trust* y el *implied trust*, según se constituyan por manifestaciones expresas en ese sentido o por expresiones de las que se deduce tal propósito.

En la actualidad, el *trust* se halla regulado por un cuerpo de jurisprudencia altamente sofisticado y eficiente en su capacidad de adaptarse para llevar a cabo los objetivos deseados por quienes participan en este tipo de negocios<sup>ii</sup>.

#### 2.4. El fideicomiso en Latinoamérica.

El fideicomiso se ha manifestado en las diversas legislaciones de los países latinoamericanos con una serie de rasgos esenciales en común, que denotan una directa influencia del *trust* anglosajón, aunque por la denominación más bien pareciera derivar de la fiducia romana.

El *trust* desembarcó en México junto con la pacífica penetración económica de inversiones de capitales norteamericanos a principios de este siglo, fundamentalmente en los rubros ferroviario y de explotación petrolera. El contacto entre hombres de negocios y profesionales del Derecho de Estados Unidos y de México, hizo interesar a éstos últimos en los aspectos técnicos del *trust*, hasta entonces pacíficamente ignorado fuera de las fronteras de los países anglosajones<sup>iii</sup>.

En cierta medida, se podría decir que, el *trust* fue impuesto por los empresarios del país del norte que, acostumbrados a este instrumento de crédito, presionaron a los operadores del Derecho mexicano a buscar la forma de adaptar esta institución anglosajona al sistema jurídico local.

El principal obstáculo que los juristas mexicanos debieron sortear fue el régimen de doble propiedad característico del *trust*, que distingue la propiedad legal de la material, que es incompatible con el principio de exclusividad de los sistemas jurídicos de raíz latina. Si bien no era posible importar el *trust* anglosajón, el empeño de los juristas mexicanos condujo a la creación de una figura con rasgos particulares: *el fideicomiso*.

El *fideicomiso latinoamericano* se trata entonces, de una figura jurídica nueva, no derivada del *trust anglosajón* sino inspirada en él.

El fideicomiso fue incorporado por varios países latinoamericanos mediante leyes específicas o bien asignándoles un capítulo especial en sus Códigos Civiles. Así, el primero fue el legislador mexicano, quien en 1924 lo instituyó dentro de la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios. Actualmente el fideicomiso se encuentra regulado en México en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, dictada en 1932.

Con un mayor o menor alcance, el fideicomiso se encuentra regulado en la legislación de Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, El Salvador, Panamá, Perú, Puerto Rico, Venezuela, Paraguay y Argentina, aunque solamente es de utilización más difundida en Panamá –en donde en 1984 se dictó una ley que introdujo interesantes novedades –, México, Puerto Rico y Argentina. También lo regula el Código Civil de Québec, Canadá.

Al margen de las diferencias que pueden existir entre las diversas variantes del fideicomiso latinoamericano, existen rasgos característicos que lo distinguen del trust en primer lugar, y del clásico negocio fiduciario en segundo término. Del trust, como ya he mencionado, por cuanto éste se estructura sobre la base de una doble propiedad, incompatible con la exclusividad que nuestro Derecho Civil reconoce al dominio. Y del negocio fiduciario, debido a que la ley prevé los mecanismos para que el cumplimiento del objeto de la fiducia no quede librado a la sola voluntad y buena fe del fiduciario.

Esos rasgos esenciales, que son comunes en las distintas versiones del fideicomiso latinoamericano, pueden resumirse en los siguientes: la afectación de un patrimonio especial a un propósito determinado; un sujeto ajeno a la finalidad perseguida encargado de los actos tendientes a su cumplimiento, y un beneficiario de tal actividad.

### **3. Legislación comparada.**

#### **3.1. Legislación Mexicana.**

Como hemos mencionado precedentemente, es en la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito de México en donde encontramos regulado el “fideicomiso”, y más precisamente, en su Capítulo V, del artículo 346 de tal ordenamiento al 359.

Allí se establece que sólo pueden ser fiduciarias las instituciones expresamente autorizadas para ello de conformidad con las normas de la Ley General de Instituciones de Crédito (art.350).

Pueden ser objeto de fideicomiso toda clase de bienes y derechos, salvo aquellos que, conforme a la ley, sean estrictamente personales su titular.

Los bienes que se dan en fideicomiso se consideran afectados al fin que se destinan y, en consecuencia, sólo podrán ejercitarse respecto a ellos los derechos y acciones que al mencionado fin se refieran ( art.351).

El fideicomiso puede ser constituido por acto entre vivos o por testamento (art.352).

Siempre debe constar por escrito. El fideicomiso sobre inmuebles debe inscribirse en el Registro de la Propiedad y surte efecto respecto a terceros desde su inscripción (art.353).

El fideicomiso cuyo objeto recae sobre bienes muebles es eficaz respecto de terceros desde la fecha en que se cumplen los siguientes actos:

- El fideicomiso sobre créditos, desde que sea notificado al deudor;
- Si se trata de títulos nominativos, desde que sea inscripto en el Registro del emisor;
- Si se trata de títulos al portador o bienes muebles corpóreos, desde que los bienes estén en poder del fiduciario (art. 354).

#### **3.2. Legislación colombiana.**

En Colombia, la fiducia está regulada como una institución mercantil, en el Título XI del Código de Comercio (art. 1226 al 1244).

El artículo 1226 nos suministra el concepto de fiducia mercantil. Dice que: “La fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes específicos a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad

determinada por el constituyente en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario”.

En el segundo y tercer párrafos de ésta norma se agrega que, una persona, puede ser al mismo tiempo fiduciante y beneficiario –tal como ocurre en el ordenamiento legal vigente en nuestro país -, y que sólo los establecimientos de crédito y sociedades fiduciarias, especialmente autorizadas por la Superintendencia Bancaria, podrán tener la calidad de fiduciarios. Aquí si encontramos una diferencia con nuestro ordenamiento jurídico, dado que no es esto último un requisito para la valides del negocio fiduciario en nuestro derecho.

Según reza el art. 1227, “los bienes objeto de la fiducia no forman parte de la garantía general de los acreedores del fiduciario y sólo garantizan las obligaciones contraídas en el cumplimiento de la finalidad perseguida”. Es decir que se consagra la autonomía del patrimonio fiduciario.

Para ello, el artículos 1233, establece la obligación del fiduciario de mantener separados los bienes fideicomitidos del resto del activo del fiduciario y de los correspondientes a otros negocios fiduciarios.

Para completar la regla del artículo 1227, el artículo 1238 prescribe que los bienes objeto del negocio fiduciario no podrán ser perseguidos por los acreedores del fiduciante, a menos que sus acreencias sean anteriores a la constitución del mismo, y que los acreedores del beneficiario solamente podrán perseguir los rendimientos que le reporten dichos bienes.

### 3.3. Legislación de Bolivia.

El cuerpo legal Boliviano en el cual se encuentra regulado el fideicomiso es el Código de Comercio, en su Sección III, del artículo 1409 al 1427.

En esta legislación sólo pueden ser fiduciarios los bancos. El artículo 1409 nos da un concepto muy similar a los citados anteriormente y el artículo 1410 consagra la autonomía del patrimonio fideicomitado al rezar lo siguiente: “Los bienes objeto de fideicomiso constituyen un patrimonio autónomo; no forman parte de la garantía general con relación a los acreedores del fiduciario y sólo garantizan las obligaciones derivadas del fideicomiso o de su ejecución”.

El artículo 1423 consagra la nulidad de toda estipulación que disponga que el fiduciario adquirirá definitivamente, por causa del fideicomiso, el dominio de los bienes fideicomitados.

En todas estas legislaciones es posible constituir diversos tipos de fideicomisos, existiendo una gran variedad de negocios fiduciarios. Entre ellos es común el fideicomiso “como medio de garantía”. Existe sí, a la hora de llevar a cabo el negocio con fines de garantía, la prohibición de que el fideicomiso pueda ser constituido en beneficio del fiduciario –es una limitación común en la mayor parte de las legislaciones al respecto -, de modo que en este caso la transferencia en garantía tiene que efectuarse favor de un tercero.

#### **4. El negocio fiduciario.**

¿Qué son los negocios fiduciarios?

Antes de hablar en sí del contrato del fideicomiso, consideramos necesario, en primer lugar, conocer su ubicación dentro del amplio mundo de los actos jurídicos, donde habita este contrato.

La morada del fideicomiso dentro del mundo jurídico, no es otra que la de los negocios fiduciarios.

Por de negocios fiduciarios se entiende, todos aquellos supuestos en los que una persona transmite a otra derechos para que los ejerza en beneficio de sí misma o de un tercero, constituyendo la confianza depositada en el fiduciario –sujeto a quien se transmiten esos derechos- el elemento fundamental y tipificante.

Se ha dicho que los negocios fiduciarios se caracterizan por ser aquellos en los que una persona (fiduciario) recibe de otra (fiduciante), que confía en ella, una plena titularidad de derecho en nombre propio, comprometiéndose a usar de ella sólo en lo preciso para el fin restringido acordado y en interés suyo y también en el del transmitente o de un tercero.<sup>iv</sup>

La mayoría de los autores sostienen que los negocios fiduciarios son negocios de confianza, y que ello trae aparejada la potestad de abuso del fiduciario respecto del negocio encomendado, dado que existiría una desproporción entre el medio técnico empleado y la finalidad práctica que se persigue. En este sentido, Mosset Iturraspe opina que los negocios fiduciarios se caracterizan por la incongruencia o heterogeneidad entre lo querido por las partes y la vía elegida para lograrlo.<sup>v</sup>

Lo cierto es que no todos los negocios fiduciarios son desproporcionados e incongruentes como lo adjetiva parte de la doctrina, en sí, el contrato de fideicomiso es uno de los tipos de negocios fiduciarios que, como podremos apreciar al caracterizarlo con posterioridad, no lo es.

Es verdad que dentro de la clasificación de negocios fiduciarios podremos encontrar ejemplos de algunos que sí encuadran en tal carácter de desproporcionado, como ser el caso, por ejemplo, de la persona que como debe viajar por varias semanas al exterior, transfiere todos sus bienes a su hermano para que este pueda administrarlos sin impedimento alguno, cuando lo lógico sería que le otorgara un poder a tales fines, como se puede ver en el ejemplo, este sí peca de desproporcionado dado el objetivo que se persigue.

Ahora que entendemos lo que son los negocios fiduciarios, y el lugar que ocupa dentro de los mismos el contrato de fideicomiso, lo que nos toca es hablar de éste último, así de esta manera veremos construido el puente que nos permitirá el correcto entendimiento de una de sus variantes, y que es la que nos interesa analizar en este trabajo: el fideicomiso de garantía.

## 5. El fideicomiso.

### 5.1. Régimen legal del fideicomiso.

El contrato de fideicomiso no se encontraba regulado sino hasta la sanción de la ley 24.441 en diciembre de 1994. Hasta ese momento, y en relación al mismo, contábamos únicamente con un artículo del Código Civil, el 2662, que no hacía referencia al contrato de fideicomiso mismo, sino al dominio fiduciario, definiéndolo de la siguiente manera: “...*aquel que se adquiere en un fideicomiso singular, subordinado a durar solamente hasta el cumplimiento de una condición resolutive, o hasta el vencimiento de un plazo resolutive, para el efecto de restituir la cosa a un tercero*” . De todos modos, y al regir en nuestro ordenamiento el principio jurídico de libertad contractual, nada obstaba a que quienes quisiesen efectuar contratos de fideicomiso pudiesen hacerlo, sin encontrar para ello impedimento alguno, dado que todo aquello que por ley no está prohibido, está permitido.

Fue recién el 22 de diciembre de 1994, como mencioné precedentemente, que los legisladores dieron a esta figura un marco jurídico bastante amplio al sancionar la ley 24.441, denominada de “Financiamiento y Construcción”, regulando, entre otras figuras como el leasing y las letras hipotecarias, en su Título I al fideicomiso.

### 5.2. ¿Qué es el fideicomiso?. Etimología. Definición de la ley 24.441.

Cualquier sujeto que comienza a estudiar un tema determinado, lo primero que debe preguntarse, y no por curiosidad, sino por una cuestión de lógica pura, es ¿que estoy estudiando?. Ya en cualquier disciplina, ciencia , materia u objeto de estudio que sea, la respuesta a este interrogante no me lo da otra cosa que el concepto o definición de lo que tengo intenciones de conocer. En este caso el fideicomiso.

¿Qué significa fideicomiso?. Etimológicamente fideicomiso proviene de dos palabras latinas: *fides*: confianza, fe (que comprende además los términos de seguridad, honradez y lealtad, todos ellos involucrados en su configuración), y *comitio*: comisión o encargo<sup>vi</sup>.

De la conjunción de tales vocablos latinos deviene, pues, que es un encargo de confianza. Un encargo hecho por una persona a otra, en el que la primera deposita su confianza en la segunda, para que ésta ejecute una manda.

El Dr. Julio Cesar D. Fernández, define al fideicomiso como “la relación fiduciaria que se establece respecto de ciertos bienes y en virtud de la cual, quien tiene

la propiedad de ellos, se obliga por deberes de lealtad y confianza a utilizarla en beneficio del comitente u otra persona”<sup>vii</sup>.

Podríamos decir entonces que, el fideicomiso, es el encargo efectuado a alguien de nuestra confianza, para que tenga una cosa propia, y la destine o afecte a un fin determinado. Y sobre aquella confianza se basa su ejecución y cumplimiento cabal.

Por otro lado, la ley 24.441, denominada de Financiamiento de la Vivienda y Construcción, en su artículo 1º define al fideicomiso de la siguiente forma: “Habrá fideicomiso cuando una persona ( fiduciante o fideicomitente ) transmita la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra ( fiduciario o fideicomitado ), quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato ( beneficiario ), y a transmitirlo al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario”.

Como se puede apreciar en la definición legal, a lo que se está haciendo referencia es a la propiedad fiduciaria, siendo este un gran error, o más bien podría decirse una omisión. Por que digo esto, no es por otro motivo que el vocablo propiedad hace referencia a derechos, y no sólo estos pueden transmitirse en un contrato de fideicomiso, sino también bienes materiales, cosas, para lo que correspondería decir dominio fiduciario. Pero como he dicho, esto corresponde a un “olvido del legislador al definirlo”, dado que en el articulado de la ley posibilita la transmisión de ambos tipos de bienes. Pero esto lo dejo para más adelante, para cuando tratemos el objeto del fideicomiso.

### 5.3. Caracteres del contrato.

El fideicomiso, como todo contrato, tiene características que le son propias. Tales características son las siguientes:

- Es un contrato *típico y nominado* : si bien antes de la sanción de la ley 24.441 no había impedimento para perfeccionar un contrato de fideicomiso plenamente válido –por el principio de libertad contractual-, no fue hasta la sanción de la misma que encontró su regulación legal;

- Es *consensual*: el contrato se encuentra perfeccionado a partir de que las partes contratantes otorgan su consentimiento de contratar en tal sentido. En algún momento se dijo que era real, porque para que se encontrara perfeccionado se requería la entrega del bien objeto del contrato;

- Se presume *oneroso*: esto es porque la ley dice que el fiduciario tiene derecho a percibir una remuneración, pero nada obsta que las partes convengan la gratuidad de la labor del fiduciario;

- Es *bilateral*: genera derechos y obligaciones por los menos para dos partes, que son el fiduciante y el fiduciario;

- Es *temporario*: el contrato va a durar, hasta que se cumpla la condición que las partes estipulen, o bien por un tiempo de duración también pactado por las partes. Lo que hay que aclarar, es que ese tiempo estipulado por las partes no podrá exceder de treinta años (30) contados a partir de su constitución, salvo, reza el inciso “c” del artículo 4 de la ley, que el beneficiario fuere incapaz, caso en que tal término podrá extenderse de dicho plazo legal de duración hasta tanto éste fallezca o recupere la capacidad. Si las partes hubiesen convenido un plazo superior, se tendrá por reducido al de treinta años. Dado el supuesto de que la duración del contrato esté supeditada al acaecimiento de una condición resolutoria, y que ésta no haya sucedido habiendo transcurrido el plazo legal de treinta años, también se tendrá por concluido el contrato;

- Es *formal*: se requiere forma escrita según se desprende del artículo 4 de la ley 24.441, debiendo cumplirse los recaudos formales correspondientes a la naturaleza de los bienes transmitidos (art. 12 de dicha ley). Esto implica, escritura pública si se trata de inmuebles (art. 1184 del Código Civil), o instrumento privado para el caso de créditos (art. 1454 del Código Civil). También se requiere la registración a efectos de obtener oponibilidad frente a terceros en el caso de bienes registrables;

- Puede ser por acto *entre vivos* o *mortis causa*: puede constituirse por contrato –es la manera más habitual- o por testamento, posibilidad ésta última, que la ley en su artículo 3º nos da al decir que “el fideicomiso podrá constituirse por testamento, extendido por alguna de las formas previstas por el Código Civil...”;

- Por último, podemos decir que es *unitario*: dado que constituye un solo acto jurídico, con una causa propia, la causa fiduciaria.

#### 5.4. Fuentes del fideicomiso.

El fideicomiso puede encontrar su fuente en dos tipos de actos jurídicos diferentes: el contrato o el testamento. Por lo tanto, puede ser constituido por acto entre vivos o por disposiciones de última voluntad.

La ley, en su art. 3º, admite la posibilidad de que el fideicomiso sea constituido por testamento, vale la pena aclarar que esto no implicaría que el mismo pueda llegar a

ser acto unilateral por constituirse por uno de tal característica, dado que para que adquiriera virtualidad jurídica, el fiduciario debe aceptar tal posición en el negocio aunque sea una vez acaecido el fallecimiento del fiduciante, ya que de no ser así no habrá fideicomiso alguno. No implica unilateralidad el hecho de que el fiduciario acepte serlo luego de transcurrido un tiempo desde que el fiduciante haya pronunciado su voluntad en sentido de constituir el fideicomiso.

En definitiva, si el fiduciario no acepta tal nombramiento, no hay fideicomiso, y de aceptarlo, será un acto bilateral por haber un acuerdo de voluntades que genera obligaciones para dos partes.

#### 5.5. Contenido del contrato.

Conforme lo establece el artículo 4 de la ley 24.441, el contenido del contrato debe ajustarse a los siguientes recaudos:

- individualización de los bienes;
- determinación del modo en que podrán ingresar otros bienes al patrimonio fideicomitado;
- plazo o condición al que se sujeta el dominio fiduciario, cuya duración no podrá exceder de treinta años, salvo el caso de beneficiario incapaz;
- destino de los bienes a la finalización del contrato;
- derechos y obligaciones del fiduciario y modo de sustituirlo si cesare;
- individualización del beneficiario (art. 2 de la ley)

Si bien es necesario el cumplimiento de estos requisitos legales, también hay que tener presente que redactar el contrato de fideicomiso de la manera más completa, podría decirse que otorga más seguridad a las partes intervinientes en la relación jurídica nacida del mismo, dado que, por un lado restringirá la posibilidad de abusos por parte del fiduciario en detrimento del fiduciante, y por el otro, dará más garantías al primero llegado el caso de que este último le efectúe reclamos infundados respecto a la ejecución de la manda entre otras cosas.

#### 5.6. Sujetos intervinientes en el negocio fiduciario.

Al analizar los caracteres del contrato, pudimos observar que uno de ellos es la bilateralidad, lo que implica la participación en el negocio de, al menos, dos partes: fiduciante y fiduciario. Pero a continuación, veremos que en el fideicomiso hay más de

dos posiciones jurídicas, que puede implicar o no, la participación de más de dos sujetos intervinientes.

En este punto conoceremos quienes son esos sujetos, y que derechos y obligaciones tienen.

#### 5.6.1. Sujetos intervinientes.

##### 5.6.1.1. *El fiduciante.*

Como veremos, no se presenta regulado exhaustivamente en la ley 24.441, y es el constituyente del fideicomiso, es decir, el sujeto que transmite la titularidad de bienes o derechos al fiduciario. Puede ser una persona física o jurídica.

Puede ser a su vez, beneficiario, cuando constituye el fideicomiso a su favor.

##### 5.6.1.2. *El fiduciario.*

La figura del fiduciario, al contrario del fiduciante, si encuentra en la ley una regulación más acabada.

Es el que adquiere los bienes y se compromete a cumplir con el encargo, y a darles el destino que determine el fiduciante en el contrato o testamento. Deberá administrar, enajenar o realizar los actos pertinentes respecto de los bienes fideicomitados para la consecución de la finalidad señalada en el acto constitutivo.

La ley ha adoptado un criterio amplio en cuanto a la posibilidad de que tanto las personas físicas como las jurídicas o de existencia ideal puedan ser fiduciarios, al así permitirlo en su artículo 5°.

La única restricción la encontramos en la misma norma, al establecer que sólo podrán ofrecerse al público como fiduciarios las entidades financieras autorizadas para funcionar por la Comisión Nacional de Valores.

La doctrina en general, ha coincidido en que no hay ningún impedimento en nombrar a más de un fiduciario, más allá de que la ley 24.441 no lo prevea expresamente, para que actúen en forma conjunta o alternada en la ejecución de la manda.<sup>viii</sup>

Ninguna norma lo prohíbe, por lo tanto, ningún impedimento habría al ahora de hacer un contrato y nombrar a más de un fiduciario, ya que nos estaríamos rigiendo por el principio de libertad contractual.

Si los fiduciarios actúan conjuntamente habrá sobre los bienes fideicomitados una copropiedad fiduciaria. Sin embargo, esta posibilidad casi no es utilizada, puesto

que no es práctico (en la mayoría de los casos) quedar sometido al régimen del condominio, aunque no se debe descartar su viabilidad en algún caso específico.

En canto a quien puede ser fiduciario, la ley descarta de plano la posibilidad de que el fiduciante sea a su vez fiduciario. En el art. 1º, prevé que el fiduciante debe transmitir los bienes en propiedad a otra persona (el fiduciario).

Tampoco el fiduciario podrá ser beneficiario, pues no sería normal aceptar que se beneficiase de los frutos o productos de los bienes recibidos, ni de la transmisión ulterior, por lo que tampoco podrá ser fideicomisario (sujeto a quien se transmiten los bienes una vez concluido el fideicomiso), ni de los bienes de los cuales es propietario fiduciario. En este sentido, el art. 7º de la ley 24.441 prohíbe adquirir para sí los bienes del fideicomiso, y el art. 8º establece cual será la única contraprestación a la que tendrá derecho el fiduciario (cobro de una retribución y el reembolso de los gastos en lo que hay incurrido).

La naturaleza misma del fideicomiso impone la necesidad de que el encargo se cumpla, por eso es una figura que prevé tanto la sustitución del fiduciario como la del beneficiario.

La sustitución del fiduciario se realiza de manera tal que unos se sucedan a otros en caso de ausencia o no aceptación. Y es el art. 4º, en su inciso “e”, el que exige el pacto expreso sobre el modo de sustituir al fiduciario si cesare por cualquier causa. Complementando esta disposición, el art. 10 de la ley establece: *“Producida una causa de cesación del fiduciario, será reemplazado por el sustituto designado en el contrato o de acuerdo al procedimiento previsto por él. Si no lo hubiere o no aceptare, el juez designará como fiduciario a una de las entidades autorizadas de acuerdo a lo previsto en el artículo 19. Los bienes fideicomitados serán transmitidos al nuevo fiduciario”*.

#### 5.6.1.3. *El beneficiario.*

Es la persona que, en virtud del negocio jurídico, debe recibir los beneficios derivados del cumplimiento del encargo y, eventualmente, los bienes fideicomitados al momento estipulado en el contrato (o testamento), o al vencimiento del plazo máximo legal.

El beneficiario puede ser el mismo fiduciante. También, pueden ser varios, caso en el cual, podrá disponerse en que proporción se beneficia cada uno, y de no ser así, la misma ley establece una norma supletoria para el supuesto de que se halla omitido la forma de distribuir entre ellos los beneficios. Esta norma se encuentra en el apartado 2º

del art. 2º, y establece: “*Podrá designarse más de un beneficiario, los que salvo disposición en contrario se beneficiarán por igual*”.

Aunque parezca confuso, puede suceder que el beneficiario pague un precio o tenga a su cargo alguna contraprestación para acceder al beneficio. Es un aspecto complejo en la determinación del beneficiario, que se presenta en aquellos fideicomisos celebrados por causas onerosas; en aquellos, podría decirse que ambas partes (fiduciante y fiduciario) obtienen un beneficio con el cumplimiento del encargo. En estos negocios, el beneficiario no adquiere su derecho como consecuencia de una gratuidad, sino en virtud de un acto oneroso. Pero la confusión es en verdad aparente y no real, pues, en el sentido en que la ley lo establece, el beneficiario es aquel a cuyo favor se ha establecido la prestación o prestaciones implícitas en el cumplimiento de la finalidad del fideicomiso.

Algo que debe quedar en claro, es que no hay que confundirse al beneficiario con un donatario o alguien que recibe necesariamente una liberalidad. Su característica es recibir durante la vigencia del fideicomiso y/o al tiempo de su extinción, la prestación o prestaciones que se determinen en el contrato.

También, nos permite la ley en el párrafo 2º de su art. 2, se pueden designar beneficiarios sustitutos para el caso de no aceptación, renuncia o muerte.

Si ningún beneficiario aceptare el beneficio otorgado a su favor en el fideicomiso, o si todos los beneficiarios no aceptaran o renunciaran, o por último si ninguno llegase a existir se entenderá que el beneficiario es el fideicomisario (párrafo 3º del art. 2). Y finalmente, para el supuesto de que el fideicomisario tampoco llegara a existir, renunciara o no aceptara, el art. 2º en su última parte, establece que el beneficiario será el fiduciante.

#### 5.6.1.4. *El fideicomisario.*

Acorde lo establece la ley en su art. 26, el fideicomisario es el destinatario final de los bienes, quien los recibe al extinguirse el fideicomiso. Los recibe a título de fideicomisario por así estar estipulado en el contrato de fideicomiso.

El fideicomisario, no es parte en el negocio jurídico, sino el destinatario natural de los bienes fideicomitados, y un beneficiario eventual llegado el caso de que ningún beneficiario aceptare serlo.

Éste, como lo vimos exponiendo al desarrollar los puntos precedentes, puede ser tanto el beneficiario o el fiduciante, (por lo tanto puede ser un apersona física como jurídica) no así el fiduciario por las razones ya expuesta. Siendo cualquiera de estos dos

sujetos, estaríamos hablando de una relación tripartita en el supuesto de que sea el beneficiario, o bipartita o bilateral si es el fiduciante. Hasta aquí todo bien, pero, ¿puede ser un tercero ajeno a estos sujetos?, la respuesta a este interrogante es sí, tranquilamente. En este caso sería un sujeto que se beneficiaría recién al finalizar el fideicomiso, a diferencia del beneficiario que lo hace durante su vigencia.

Podría también, llegado el caso de existir varios beneficiarios, que sólo uno de ellos sea nombrado fideicomisario para que reciba los bienes al concluir el fideicomiso. Otra posibilidad que no encuentra impedimento legal alguno, es que no sea sólo un fideicomisario sino varios.

Como se puede observar, son muchísimas las variantes que se pueden dar respecto a la posición jurídica que cada una de las partes puede ocupar en el contrato. Todo dependerá de lo que, sin violar la ley, las partes contratantes estipulen a la hora de perfeccionar el acto.

#### 5.6.2. Derechos y obligaciones.

En este punto del trabajo, hablaremos, como ya lo anticipa su título, de los derechos y obligaciones de los sujetos intervinientes en el fideicomiso, tratando de hacerlo de una forma sucinta y clara que permita un entendimiento fácil y lo más acabado posible del tema.

##### 5.6.2.1. Del fiduciario.

Partamos del principio de que el fiduciario tiene todas las facultades para cumplir la finalidad señalada por el fideicomiso, con todas las limitaciones que surjan de los términos del encargo o de las reservas hechas por el fiduciante en el momento de la constitución del acto.

Sabemos que el propietario de un bien puede gozar, usar y disponer del mismo. Pero surge, al analizar el tema, el siguiente interrogante: ¿en qué medida tiene el fiduciario idénticas facultades?

Veamos punto por punto las facultades y limitaciones respecto de cada tipo de acto y la responsabilidad del mismo por el incumplimiento de los mismos:

- *Actos de administración*: respecto de la administración de los bienes, generalmente estos producirán frutos o rendimientos, pues el simple mantenimiento del *statu quo* no sería, en la mayoría de los casos, suficiente para atender la voluntad del constituyente.

Ahora bien, la administración de estos bienes, y la inversión de los recursos líquidos, debe hacerse de conformidad con las instrucciones si las hay, y en caso contrario, tener siempre en cuenta la voluntad expresa o presunta del constituyente.

- *Actos de disposición*: en cuanto a la enajenación o disposición de los bienes, habrá que verificar el contenido del acto constitutivo, y dependerá del mismo el sustentar una eventual enajenación de los bienes y repudiar dicha posibilidad. En tal sentido el art. 17 de la ley reza: *“El fiduciario podrá disponer o gravar bienes fideicomitidos cuando lo requieran los fines del fideicomiso, sin que para ello sea necesario el consentimiento del fiduciante o del beneficiario, a menos que se hubiere pactado lo contrario”*. De allí, el principio general será que el fiduciario podrá disponer de los bienes a efectos de cumplir con los fines del fideicomiso, respetando las restricciones que el fiduciante haya impuesto en el acto constitutivo. Las facultades de disposición del fiduciario deberán siempre enderezadas a conseguir el objetivo antes señalado.

Si nada dice el acto constitutivo, será una facultad del fiduciario evaluar en cada caso si corresponde enajenar o gravar los bienes fideicomitidos para satisfacer el encargo, con el criterio de un buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza en él depositada.

Si el fiduciante no desea dejar librada al criterio del fiduciario tal decisión, deberá prever expresamente la prohibición de disponer de los bienes o, en su defecto, establecer la forma en que dicha facultad podrá ejercerse.

Cabe destacar que los beneficios de la enajenación nunca serán para el fiduciario. En todo caso, habrá que interpretar que el uso y disposición del bien fideicomitado siempre deberá procurar el logro del objetivo señalado por el fiduciante, y sus resultados beneficiarán al fideicomiso y no al fiduciario personalmente.

Concluyendo, si en el acto constitutivo se estableció la prohibición de enajenar o de gravar los bienes, el fiduciario, por más propietario que sea, no podrá realizar esos actos válidamente. El fiduciante le ha transferido la propiedad fiduciaria para que cumpla con un encargo. Si a modo de ejemplo, el fiduciante se ha reservado para sí o para el beneficiario la facultad de autorizar cualquier acto de enajenación o constitución de gravámenes, en el ejercicio legítimo del derecho de reserva conferido por el art. 17 de la ley 24.441, éstos podrían pedir la anulación o la declaración de inoponibilidad respecto del acto de enajenación o de gravamen constituido contra las expresas estipulaciones del acto constitutivo. Claro está que el tercero de buena fe, que obró con toda la diligencia del caso, podrá repeler las acciones

que se entablen tendientes a hacer volver el bien al patrimonio separado o para hacer caer el gravamen constituido (arts. 968, 1051 y 2412 del Cód. Civ.).

Además el fiduciario será pasible de acciones personales de responsabilidad y de la sanción prevista en art. 173. inc. 12 del Código Penal, según el art. 82 de la ley 24.441.

- *Responsabilidad*: el principio general en lo que hace a la responsabilidad del fiduciario está plasmado en el art. 16 de la ley 24.441, el que reza lo siguiente: “*Los bienes del fiduciario no responderán por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, las que sólo serán satisfechas con los bienes fideicomitidos*”. Esto quiere decir que el fiduciario no responde con su propio patrimonio cuando actúa efectuando el encargo conferido en el acto constitutivo, sino que, en definitiva, responde únicamente con los bienes afectados a ese fideicomiso, con el patrimonio separado.

Demás está decir que este principio general se aplica siempre y cuando el fiduciario actúe con la prudencia y diligencia de un buen hombre de negocios, sin defraudar la confianza en él depositada y respetando las obligaciones que le impone la ley y el acto constitutivo (art. 6 ley 24.441).

No será válido establecer la dispensa del dolo o culpa del fiduciario, prohibición ésta, que surge del art. 7 de la citada ley, el que tiene carácter de orden público y dispone lo siguiente: “*El contrato no podrá dispensar al fiduciario de [...] la culpa o dolo en que pudieran incurrir él o sus dependientes*”.

Además de la responsabilidad que pudiera corresponder al fiduciario por el derecho común, como consecuencia de no haber actuado con prudencia necesaria en el manejo de los bienes que le ha sido transmitidos, puede suceder que, incluso, incurra en un delito. Esta posibilidad, la encontramos en el art. 82 de la ley, que agrega al art. 88 del Código Penal los incisos 12, 13 y 14. El primero de ellos tipifica como un supuesto especial de defraudación el caso de que el fiduciario disponga, grave o perjudique, los bienes fideicomitidos en beneficio propio y de esta forma defraude los derechos de los contratantes.

- *Obligación de mantener los bienes separados del resto de sus activos*: aplicar la concepción, estampada en el art.14 de la ley, por la cual los bienes fideicomitidos forman un patrimonio separado, implica llevar a cabo su manutención en forma separada del resto de los activos, no solo como una obligación de contenido físico, sino, creando registros contables que, con nitidez, permitan identificar dentro de

la contabilidad del fiduciario la existencia de bienes vinculados con un determinado fideicomiso.

- *Obligación de proteger los bienes fideicomitidos*: las obligaciones del fiduciario, en cuanto a la custodia y conservación de los bienes, se traducen también, en la necesidad de ejercitar acciones judiciales y proponer defensas pertinentes para conservarlos en su integridad jurídica, y no solo ante perturbaciones de hecho y de derecho que puedan resultar de las pretensiones de terceros, sino de cualquier circunstancia que pueda afectar el patrimonio fideicomitado.

La obligación del fiduciario es de tal alcance, que comprende las defensas contra actos del beneficiario y aún del mismo constituyente, salvo que este último se haya reservado derechos específicos en el acto constitutivo y la disputa gire en torno a ellos. Ocurre que el fiduciario, como titular de los bienes o derechos transmitidos, tiene la obligación de protegerlos contra cualquier pretensión extraña. En este sentido, el art. 18 de la ley legitima al fiduciario para ejercer todas las acciones que correspondan para la defensa de los bienes fideicomitados, tanto contra terceros como contra el beneficiario.

Esta norma también prevé el derecho del fiduciante y del beneficiario de solicitar al juez autorización para ejercer esas acciones en defensa de los bienes si el fiduciario no lo hiciera.

- *Obligación de rendir cuentas de su gestión*: la rendición de cuentas supone un informe completo del resultado del encargo fiduciario, y la presentación de un balance del fideicomiso, acompañado de un estado de pérdidas y ganancias que registre ingresos y egresos, y muestre la existencia o no de un superávit obtenido por tal gestión, en caso de que corresponda.

Tal informe abarca diversas manifestaciones como ser: avisar dentro de un corto término la celebración de ciertas operaciones de inversión, o el recibo de frutos derivados de las mismas, presentación de informaciones completas y fidedignas sobre el movimiento contable de los bienes en su poder, etcétera.

Nuestra ley prevé expresamente que la rendición de cuentas debe hacerse, por lo menos, una vez al año, y que el fiduciario no puede ser dispensado de tal obligación. Se trata de una norma de orden público, que como tal no puede ser dejada de lado por voluntad de las partes.

Si bien la ley no lo prescribe, la violación del deber de rendir cuentas en el plazo establecido por la ley, es una causal de remoción del fiduciario. Esto es así porque su incumplimiento implica la pérdida de la confianza en él depositada, y

por consiguiente, se configura el incumplimiento del encargo, que constituye una causal suficientemente razonable para pedir su remoción.

- *Obligación de transferir los bienes a quien corresponda*: del art. 4º de la ley 24.441 deviene que, del contenido del documento constitutivo, debe deducirse a quien debe transferirse la propiedad plena de los bienes una vez concluido el fideicomiso, siendo obligatorio establecer en el contrato cual es su destino final. No es siempre obligatorio que el fiduciario deba transferir los bienes fideicomitados originariamente en el acto constitutivo, sino que puede pactarse que transfiera otros distintos, ya sea porque operó la llamada subrogación real (implica enajenar bienes y con el producido de tal enajenación adquirir otros), ya sea porque parte de los bienes fueron consumidos o se incorporaron otros nuevos.

- *Prohibición de adquirir para sí los bienes fideicomitados*: ésta prohibición se encuentra expresamente prevista en el art. 7º de la ley 24.441, y tiene carácter de norma de orden público. La misma reza lo siguiente: “*El contrato no podrá dispensar al fiduciario [...] de la prohibición de adquirir para sí los bienes fideicomitados*”. La de dicho norma refuerza la idea de imparcialidad de la función del fiduciario, quien debe actuar con prudencia y diligencia en beneficio del o los beneficiarios y nunca en el propio.

Hay una cuestión que hay que dejar bien en claro, y es que, la prohibición de adquirir para sí, abarca no sólo los bienes fideicomitados originariamente, sino también los incorporados por subrogación real. Tampoco el fiduciario podrá beneficiarse personalmente o adquirir los frutos, productos o cualquier tipo de renta o beneficio derivado del fideicomiso, excepto el derecho a cobrar una retribución y el reembolso de los gastos, así lo establece el art. 8º de la mencionada ley.

En síntesis, el único interés personal del fiduciario debe ser su derecho a cobrar la retribución y el reembolso de los gastos por él efectuados.

- *Derecho a remuneración y reembolso de gastos*: en principio, el encargo del fiduciario es remunerado. Nuestra ley de fideicomiso, en su art. 8º, establece la presunción legal de onerosidad de la función del fiduciario al prescribir: “*Salvo estipulación en contrario, el fiduciario tendrá derecho al reembolso de los gastos y a una retribución. Si esta no hubiese sido fijada en el contrato, la fijará el juez teniendo en consideración la índole de la encomienda y la importancia de los deberes a cumplir*”.

Cuando exista una estipulación expresa que determine que el fiduciario realizará sus tareas sin recibir remuneración alguna, estaremos frente a un

contrato de fideicomiso celebrado a título gratuito. Caso contrario, el fiduciario tendrá derecho al reembolso de los gastos y a una retribución, es decir, estaremos frente a un contrato de fideicomiso celebrado a título oneroso.

Si el fiduciario realiza gastos en el desempeño del encargo, es lógico que tenga derecho a ser reembolsado de los mismos, como ocurre en todas las actividades de gestión. Lo que no dice la ley, es a cargo de quien estará dicha retribución. Lo lógico es que frente a la duda, sea quien ha hecho el encargo, es decir, el fiduciante. Pero al omitir la ley dicha cuestión, libertad de las partes es total, pudiendo estar a cargo tanto del fiduciante como del beneficiario, o de quien las partes pacten al celebrar el acto, no hay prohibición alguna de que así sea.

- *Obligación de prestar caución*: la presta de caución, no es lo corriente en esta especie de negocios, pues el fideicomiso implica una enorme confianza del constituyente con el fiduciario. Esta es una obligación impuesta de en forma excepcional, a petición de parte o por decisión judicial, si por alguna razón se hace necesario este tipo de garantía.

#### 5.6.2.2. Del fiduciante.

Además de los derechos que por imperio de la ley tiene el fiduciante, puede mantener durante la subsistencia del fideicomiso otros derechos que resulten de la expresa reserva que haga a su favor al momento de la celebración del acto que da nacimiento al fideicomiso.

Es el objetivo de este punto del trabajo, hacer conocer los derechos de mayor relevancia para los cuales está facultado al ejercicio el fiduciante. Veamos:

- *Derecho a revocar el fideicomiso*: en principio el fideicomiso es irrevocable, pero el fiduciante puede reservarse en el acto constitutivo tal posibilidad, léase, revocar el fideicomiso, pudiendo así poner fin al cargo, en virtud de lo establecido en el inciso "b" del art. 25 de la ley. Lo importante a saber es, que tal revocación, no tiene efecto retroactivo, por lo tanto, los actos de disposición que hubiera realizado el fiduciario en cumplimiento del encargo quedarán firmes.

En definitiva, el fideicomiso puede ser revocado por voluntad expresa del fiduciante de reservarse tal opción al celebrar el contrato.

- *Derecho a exigir rendición de cuentas*: como hemos visto precedentemente en el punto respectivo, es obligación del fiduciario rendir cuentas, y es a su vez, acorde al art. 7 de la ley, derecho del beneficiario exigir tal obligación del mismo.

Es un gran error del legislador no haber previsto expresamente, algo tan lógico como la posibilidad de que quien constituye el acto, o sea, el fiduciante pueda solicitar tal rendición de cuentas. Pero, acorde la mayor parte de la doctrina entendida en el tema, esta omisión puede ser salvada con una interpretación integradora de la ley, dado que en el inc. “a” del art. 9º de la ley, está prevista la remoción del fiduciario por incumplimiento de sus obligaciones a instancia del fiduciante o del beneficiario. Pero sin embargo, podríamos decir que es preferible, a fin de evitar cualquier tipo de eventual cesión, pactar expresamente en los contratos este derecho a favor del fiduciante.

Nadie puede negar que la obligación de rendir cuentas es de gran importancia, y que su incumplimiento puede configurar una causa suficiente para la remoción del fiduciario. Siendo así, es evidente que el fiduciante podría exigir judicialmente la rendición de cuentas aunque en el art. 7º se haya omitido tal posibilidad a favor del mismo, y si el fiduciario no cumpliera, proceder conforme el art. 9º, inc. “a”, solicitando su remoción.

Resumiendo, podríamos concluir que, “como quien puede lo más, puede lo menos”, dado que el fiduciante está facultado para solicitar la remoción del fiduciario, tranquilamente podría solicitar la rendición de cuentas, siendo esto último mucho menos gravoso.

- *Derecho a ejercer la acción de responsabilidad contra el fiduciario*: partiendo del deber de actuar con la diligencia de un buen hombre de negocios, y de la prohibición de dispensa del dolo o culpa (arts. 6º y 7º), se desprende la facultad del fiduciante de ejercer acciones de responsabilidad contra el fiduciario si, como resultado de su actuación, se han producido perjuicios al patrimonio especial constituido con los bienes, o para el beneficiario o el mismo fiduciante. Es sabido que, si por acción u omisión, alguien ocasiona un perjuicio, debe resarcirlo, entonces, ¿porque este caso debería ser la excepción?, no hay razón para que la sea. Frente al perjuicio ocasionado, hay que responder.

- *Derecho a pedir la remoción del fiduciario y designar uno nuevo*: esta facultad está dirigida a preservar los bienes fideicomitidos, apartando al fiduciario que incumple sus obligaciones como tal. En definitiva, lo que se tiende a preservar es la continuidad del contrato y el cumplimiento de los fines perseguidos por el constituyente del contrato.

Los arts. 9º, inc. “a”, y 10º, establecen respectivamente: a) *“Remoción judicial por incumplimiento de sus obligaciones, a instancia del fiduciante;*

*o a pedido del beneficiario con citación del fiduciante”; “producida una causa de cesación del fiduciario, será reemplazado por el sustituto designado en el contrato o de acuerdo al procedimiento previsto por él. Si no lo hubiere o no aceptare, el juez designará como fiduciario a una de las entidades autorizadas de acuerdo a lo previsto en el art. 19. Los bienes fideicomitidos serán transmitidos al nuevo fiduciario”.*

- *Saneamiento por evicción*: muchos autores sostienen que el fiduciante debe salir al saneamiento por evicción, debiendo distinguirse entre el fideicomiso que tiene por objeto la transmisión al beneficiario de la propiedad a título gratuito (por aplicación analógica de las normas sobre donación), y el fideicomiso que encierra una transmisión al beneficiario de la propiedad a título oneroso. Cuando al beneficiario se le exige una contraprestación o cuando el fideicomiso es de garantía, el saneamiento por evicción se instituye siempre como una obligación del fiduciante. Esta es la solución que se adecua a nuestro derecho por aplicación analógica de las normas de la compraventa.

En cambio, cuando al beneficiario no se le exige ninguna contraprestación o recibe el beneficio como una liberalidad, deberá estarse a las normas que sobre evicción se aplican a la donación ( arts. 2145 a 2154 y 2157, Cód. Civ.)

- *Derecho a ejercer acciones para la defensa de los bienes fideicomitidos*: el art. 18, párrafo 2º de la ley 24.441, establece expresamente el derecho del fiduciante para pedir al juez autorización, con el objeto de ejercer acciones en sustitución del fiduciario: *“El fiduciante se halla legitimado para ejercer todas las acciones que correspondan para la defensa de los bienes fideicomitidos, tanto contra terceros como contra el beneficiario. El juez podrá autorizar al fiduciante o al beneficiario a ejercer acciones en sustitución del fiduciario, cuando este no lo hiciera sin motivo suficiente”.*

El fiduciante debe alegar que el fiduciario ha omitido ejercer las acciones necesarias para la defensa de los bienes fideicomitidos sin motivo suficiente. Es una actuación que únicamente se permite cuando el fiduciario no cumple con su obligación de proteger los bienes tanto física como jurídicamente. Todo ello significa que, previa autorización judicial, el fiduciante participará en el proceso no como tercero extraño, sino como persona legitimada en derecho, legitimación que proviene de la misma ley.

Se trataría, por ponerle un nombre, de una acción subrogatoria, aunque con la especialidad prevista por la ley 24.441 que requiere la autorización judicial previa.

- *Derecho a impugnar los actos anulables o a solicitar la declaración de inoponibilidad*: esta facultad está dirigida a impugnar los actos que por haberse realizado en determinadas condiciones, puedan ser declarados nulos, anulables o inoponibles.

Estos actos son, en general, los celebrados por el fiduciario contra las instrucciones expresas del fiduciante, o contra los fines del fideicomiso, o en exceso de sus atribuciones, en desmedro evidente del patrimonio fideicomitado o de los derechos de los interesados. Estos últimos supuestos podrían presentarse cuando el fiduciante disponga de todo o parte de los bienes a título gratuito o realice negocios con terceras personas que, por conocer los términos del fideicomiso, puedan presumirse de mala fe, por cuanto han actuado contra la evidencia surgida de aquellos.

### 5.6.2.3. Del beneficiario

El análisis de los derechos del beneficiario, debe hacerse considerando que en nuestros regímenes jurídicos, él, es un especial acreedor del fideicomiso, o, más exactamente, es un acreedor del fiduciario, ya que el fideicomiso no tiene personalidad jurídica, por lo que no es capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones. Sin embargo, el crédito del beneficiario tiene un límite o un ámbito sobre el cual podrá ser exigido: el patrimonio separado formado por los bienes fideicomitados conforme los términos del acto constitutivo.

Como veremos posteriormente, en otro punto del trabajo, los bienes fideicomitados no forman parte del patrimonio del beneficiario, aunque a este último estuvieran destinados, sino que forman parte de un patrimonio separado (art. 14 de la ley 24.441) cuyo titular es el fiduciario.

Lo que sí ingresa al patrimonio del beneficiario es un crédito contra el fiduciario, limitado al “patrimonio separado” relativo al fideicomiso, y no al de éste último (fiduciario), en el cual ha sido designado beneficiario.

El grado de determinación del objeto debido y el grado de certeza o de madurez de éste crédito, dependerá del tipo, finalidad y contenido del fideicomiso. Será, según los casos, de objeto o monto determinado, indeterminado, hipotético, eventual, revocable, condicional, y en otros solo sujeto a plazo. El acreedor puede ser beneficiario de los frutos que produzcan los bienes fideicomitados o del bien principal, pero no es más que un mero acreedor.

Veamos ahora algunos de los derechos que le asisten al beneficiario en virtud de la posición jurídica que ocupa en el negocio:

- *Derecho de exigir al fiduciario el cumplimiento*: este derecho surge en forma más que obvia de la estructura del fideicomiso, y está emparentado con la posibilidad de ejercer las acciones de responsabilidad derivadas de un eventual incumplimiento. Podría incluirse, dentro de esta facultad, la de solicitar algunas acciones conservatorias para evitar que los bienes sufran pérdidas o menoscabo e poder del fiduciario.

- *Derecho de ejercer acciones tendientes a la defensa de los bienes fideicomitidos*: esta actuación se le permite al fiduciario por vía supletoria, cuando el fiduciario no cumple con su obligación de proteger los bienes tanto física como jurídicamente. Tal posibilidad, deviene del párrafo 2º del art. 18 de la ley, el cual otorga derecho al beneficiario de solicitarle al juez autorización, con el objeto de ejercer acciones en sustitución del fiduciario cuando este no las ejerciera, y no tuviere para tal omisión motivo suficiente. Esto implica que, previa autorización judicial, el beneficiario participará en el proceso no como tercero extraño, sino como persona legitimada en derecho acorde proviene del texto legal.

- *Derecho a impugnar los actos anulables o solicitar la declaración de inoponibilidad*: al igual que en el caso del fiduciante, esta facultad está dirigida a impugnar los actos que, por haberse realizado en determinadas condiciones, pueden ser declarados nulos, anulables o inoponibles. Estos actos son, en general, los celebrados por el fiduciario contra las instrucciones expresas del fiduciante, contra los fines del fideicomiso o en exceso de sus atribuciones, en desmedro evidente del patrimonio fideicomitado o de los derechos de los interesados. Estos últimos supuestos podrían presentarse cuando el fiduciario disponga de todo o parte de los bienes a título gratuito, o realice negocios con terceras personas que, por conocer los términos del fideicomiso, puedan presumirse de mala fe.

Habrá que analizar en cada caso en concreto, si el acto está realizado de tal forma que se encuentre afectada su validez (acción revocatoria pauliana, arts. 961 y cons. Del Cód. Civ.). será de suma importancia en que supuesto está encuadrado el accionar del fiduciario, ya que los supuestos de procedencia u los efectos de las diversas acciones son diferentes.

Hay legislaciones que consagran la posibilidad del beneficiario de reivindicar los bienes que se encuentran en manos de terceros, pero tal posibilidad no ha sido prevista en la ley 24.441, dejando firme el criterio de que el beneficiario es sólo un acreedor especial, si ningún derecho real.

- *Derecho de pedir la remoción del fiduciario*: tal facultad, constituye un medio para proteger el fideicomiso y sus intereses. Antes de la solicitud de la remoción, puede pedirse, a título de medida cautelar, la designación de un administrador interino, cuando las circunstancias indiquen que la permanencia del fiduciario al frente de los negocios resultaría muy grave, incluso durante el simple lapso del proceso<sup>ix</sup>.

Este derecho del beneficiario se encuentra reglado en el inc. “a” del art. 9º de la ley. Lo que no hay que olvidar, es que la ley establece la citación obligatoria del fiduciario para su ejercicio por parte del beneficiario.

- *Derecho de solicitar rendición de cuentas*: como ya lo hemos visto precedentemente, un a de las obligaciones más importantes del fiduciario, y tal como lo establece el art. 7º de la ley, es la de rendir cuentas de su gestión. El beneficiario estará facultado para, de acuerdo con dicha norma, exigir el cumplimiento de esta obligación que recae en cabeza del fiduciario, y que su periodicidad no podrá ser superior a un año.

- *Derecho de “ceder su derecho”*: el beneficiario podrá, salvo pacto en contrario en el acto constitutivo, ceder su derecho tanto, por actos entre vivos como *mortis causa*, acorde lo dispone el art. 2º en su último párrafo: “*El derecho del beneficiario puede transmitirse por actos entre vivos o por causa de muerte, salvo disposición en contrario del fiduciante*”. Por lo tanto, el fiduciante, si quisiera cercenar tal posibilidad al beneficiario, deberá preverlo de manera expresa en el contrato.

En cuanto a las obligaciones de éste sujeto, de la sola lectura de la ley, surge que nos están impuestas, por lo que al carecer las mismas de una regulación supletoria, no quedará remedio que, apoyándonos en el principio de libertad contractual, establecerlas el acto constitutivo.

#### 5.6.2.4. Del fideicomisario.

La ley 24.441, a dejado mucho que desear a la hora de regular participación de éste sujeto en la relación jurídica, no así el proyecto de reforma del Código Civil de 1998, el que en su art. 1467, establece los derechos del mismo al, posibilitándole fundamentalmente dos cosas: la primera, y muy lógica por cierto, es el derecho de exigir el debido cumplimiento del contrato, pero cabría aclarar que, como este sujeto, al no ser parte del contrato sino destinatario natural de los bienes, toma relevancia recién al finalizar el fideicomiso, por lo tanto, este derecho se limitaría a solicitar la entrega de los bienes fideicomitidos; la segunda de las facultades que le otorga al fideicomisario,

solicitar la revocación de los realizados por el fiduciario en fraude a sus intereses, si perjuicio de los derechos de los terceros interesados de buena fe. Si bien sólo es una norma contemplada en su ordenamiento jurídico no vigente, no cabrían dudas de que expresa lo que la actual normativa vigente ha omitido expresar, pero que de la lectura de todo su articulado podría deducirse que se encuentra implícito.

#### 5.7. Objeto del fideicomiso. Patrimonio de afectación.

¿Qué podemos transmitir a título fiduciario?

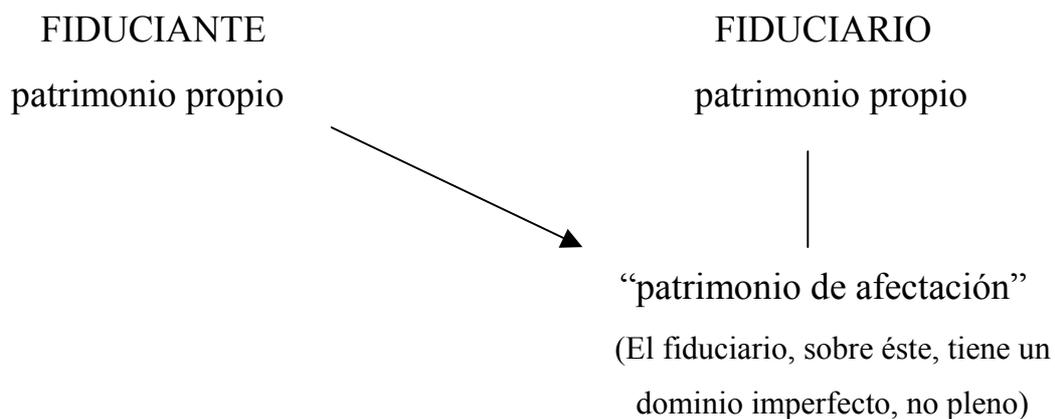
En un fideicomiso podemos transmitir, podríamos decir, toda clase de bienes. Y digo “podríamos decir”, porque hay ciertas cosas que no son susceptibles de ser transmitidas a título fiduciario, por ejemplo los derechos estrictamente personales, léase, los derechos personalísimos, en virtud de que los mismos, no pueden encuadrarse en la clasificación de bienes por carecer de apreciación pecuniaria, por encontrarse fuera del comercio.

Pero, dejando de lado a los mencionados derechos de carácter personal, y como veníamos diciendo, podemos transmitir toda clases de bienes, tanto materiales, como ser cosas, como inmateriales, como ser derechos.

En definitiva, se pueden transmitir cosas (muebles o inmuebles), derechos, créditos, etcétera. Toda clase de derechos que puedan tener apreciación pecuniaria, y que pueda ser objeto de los contratos. En el supuesto de transmisión de cosa, será cuando hablemos de “dominio fiduciario”, dado que el dominio es un derecho real que versa sobre tales bienes de carácter material. Por el contrario, si lo transmitido son derechos, estaremos hablando de “propiedad fiduciaria”.

Ahora, transmitamos el dominio o la propiedad fiduciaria, lo importante es que se transmita a título fiduciario, sino no estaremos hablando de contrato fideicomiso sino de otra cosa. Es de la esencia de este contrato desprenderse de la propiedad de lo que transmitamos y que pase al fiduciario, obviamente, sin que ingrese a su patrimonio personal, sino a un patrimonio nuevo que se forma, un patrimonio autónomo llamado “patrimonio de afectación”.

La mejor forma de entender lo que es el patrimonio de afectación es valiéndonos de un gráfico:



En el gráfico podemos observar claramente como el fiduciante, propietario de los bienes a fideicomitir, los transmite a un patrimonio que, estando en la esfera de alcance del fiduciario, no ingresa al patrimonio de este último, sino que se mantiene separado. Lo que tenemos entonces son tres patrimonios diferentes y separados uno del otro: a- el patrimonio del fiduciante; b- el patrimonio del fiduciario y c- el patrimonio de afectación (en el cual se encuentran los bienes fideicomitados).

La nota distintiva de este contrato, y más específicamente de la autonomía e independencia de los patrimonios, y de la no confusión del patrimonio del fiduciario con el fideicomitado, es nada más ni nada menos que la intangibilidad por parte de los acreedores de cada patrimonio, de cualquiera de los bienes de los otros patrimonios. Veamos un ejemplo: si yo como propietario de un inmueble lo transfiero en fideicomiso a un tercero (fiduciario), y a su vez tengo una deuda con otra persona, esta última no podrá, en el caso de que no cancele mi deuda, cobrarse ejecutando ese inmueble, dado que ya no se encuentra en mi patrimonio; en el supuesto de ser la deuda del fiduciario, y este no cumplir con su acreedor, tampoco podrá este último ejecutar el inmueble, dado que no se encuentra en el patrimonio de su deudor. El patrimonio fiduciario responderá únicamente por deudas generadas por incumplimiento de las obligaciones relacionadas con tal patrimonio o a la ejecución del fideicomiso, como ser, y a mero título ejemplificativo, el no pago de los impuestos de tal inmueble, o en el supuesto de que se transmita un campo con el fin de que el fiduciario lo administre, y este compra semillas para sembrarlo y no las paga, aquí sí, quien le vendió las semillas podrá embargarlo y ejecutarlo para cobrarse su acreencia.

Luego de ver los ejemplos, se ve de una forma más que clara la posición del patrimonio fiduciario frente a los acreedores de las partes del contrato. Es intangible.

Otro punto a tomar en cuenta respecto de los bienes fideicomitados, es su individualización y la posibilidad de incorporar nuevos bienes al fideicomiso. En cuanto

a la individualización, el art. 4º de la ley, en su inc. “a”, es muy claro al prescribir: *“El contrato también deberá contener: a) La individualización de los bienes objeto del contrato. en caso de no resultar posible tal individualización a la fecha de la celebración del fideicomiso, constará la descripción de los requisitos y características que deberán reunir los bienes”*.

Ya hemos explicado que el fideicomiso es un contrato consensual, puesto que su perfeccionamiento no depende de la entrega de los bienes prometidos en fideicomiso, por lo cual resulta de aplicación el régimen de las obligaciones de dar cosas ciertas (art. 574 a 600 del Cód. Civ.).

Como hemos visto, la ley permite la individualización futura de los bienes fideicomitados, es decir que no es necesario que los mismos estén determinados en el contrato, pudiendo indicarse los requisitos y características que deberán reunir dichos bienes. Con ello se admite la posibilidad de que sean objeto del fideicomiso bienes futuros (arts. 1173, 1447 y 1148 del Cód. Civ.) o ajenos (art. 1177 Cód. Civ.). En caso de que esto no llegaren a existir, o que las cosas ajenas no fueren entregadas, será de aplicación lo previsto por el Código Civil en los artículos mencionados.

En cuanto a la posibilidad de incorporar nuevos bienes al fideicomiso, el inc. “b” del art. 4º de la ley, establece que el contrato deberá contener la *“...determinación del modo en que otros bienes podrán ser incorporados al fideicomiso”*.

Esto nos da la posibilidad de incrementar el patrimonio fiduciario aportando el fiduciante o un tercero nuevos bienes, para lo que habría que estipular la manera en que dichos bienes serán aportados.

## 5.8. Extinción del fideicomiso.

En el art. 25, la ley 24.441, en una enumeración no taxativa, dispone que el fideicomiso se extingue por:

- *Cumplimiento del plazo o condición a que se hubiera sometido, o vencimiento del plazo máximo legal:* debido a que el fideicomiso se constituye para un fin determinado, una vez que este se cumple, el encargo llega a su fin. El art. 25 inc. “a” establece que el fideicomiso se extingue por el cumplimiento de del plazo a que se hubiere sometido o por el vencimiento del plazo máximo establecido en el art. 4º inc. “c”. Esta norma (art. 4º) fija como tope legal para la duración del fideicomiso treinta años desde su constitución, salvo que el beneficiario fuese incapaz. En este supuesto

(incapacidad del beneficiario), el fideicomiso podrá durar hasta la muerte del incapaz o hasta que el cese de tal incapacidad.

En segundo lugar, el art. 25 establece que el cumplimiento de la condición resolutoria a que se hubiese subordinado el contrato produce su extinción, es decir que depende del acaecimiento de un hecho futuro e incierto y éste se produce, extinguiéndose de esta manera el fideicomiso.

- *La revocación del fiduciante si se hubiese reservado expresamente esa facultad; la revocación no tendrá efecto retroactivo:* como ya hemos visto, la regla es la irrevocabilidad del fideicomiso, pero como toda regla tiene su excepción, la de ésta es que, si el fiduciante constituyente del acto se reserva la facultad de revocarlo, podrá hacerlo bajo las condiciones que surjan del contrato.

Cabría analizar el caso de que, en el fideicomiso, el beneficiario tuviera carácter oneroso, situación en que no podría concebirse, por una cuestión lógica, que el constituyente del fideicomiso que ha recibido o recibirá una contraprestación pueda revocar unilateralmente el negocio. En este supuesto, solo se concibe la facultad de revocación si el beneficiario no cumpliera con las prestaciones a su cargo, o si se verificaran ciertas causas de revocación convenidas en el acto constitutivo.

- *Cualquier otra causal prevista en el contrato:* las partes podrán pactar en el contrato, haciendo uso del principio de libertad contractual, otras causales, además de las legales, dado que el legislador del '94 no a vedado esta posibilidad en norma alguna.

#### 5.8.1. Efectos de la extinción.

El art. 26 de la ley de fideicomiso trata los efectos al rezar lo siguiente: *“Producida la extinción del fideicomiso, el fiduciario está obligado a entregar los bienes fideicomitados al fideicomisario o a sus sucesores, otorgando los instrumentos y contribuyendo a las inscripciones registrales que correspondan”*.

De tal artículo deviene entonces que, el efecto de la extinción, no es más que la entrega en propiedad de los bienes fideicomitados al fideicomisario, obviamente con todas las formalidades necesarias para que tal sujeto adquiera dichos bienes plenamente. Y de haber fallecido el fideicomisario, la entrega de los bienes se hará a los sucesores de éste.

### 5.8.2. Procedimientos voluntarios de liquidación.

El legislador ha decidido dar un campo amplio a la autonomía privada en materia de liquidaciones de patrimonios, para conferirles agilidad, evitando las demoras del procedimiento judicial y para maximizar el rendimiento económico de los capitales.<sup>x</sup>

Siguiendo estos lineamientos, la ley 24.441, en su art. 16, estableció un sistema que regla la liquidación de patrimonios en el que predomina la extrajudicialidad y la autonomía de la voluntad. Ello es así porque, aunque la ley pareciera poner límites en dicha norma, al señalar que la liquidación estará a cargo del fiduciario, quien deberá enajenar los bienes, nada impediría pactar lo contrario. En efecto, las partes pueden celebrar un convenio de liquidación que contenga, entre otros elementos: a) causales de liquidación, b) formas de liquidación, c) encargado de realizar la liquidación, etcétera.

El art. en cuestión reza lo siguiente: *“Los bienes del fiduciario no responderán por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, las que sólo serán satisfechas con los bienes fideicomitados. La insuficiencia de estos bienes para atender a éstas obligaciones, no dará lugar a la declaración de su quiebra. En tal supuesto y a falta de otros recursos previstos por el fiduciante o el beneficiario según visiones contractuales, procederá a su liquidación, la que estará a cargo del fiduciario, quien deberá enajenar los bienes que lo integren y entregará el producido a los acreedores conforme el orden de privilegios previstos para la quiebra...”*. Considero que no vale hacer aclaración alguna dado lo claro de su redacción.

### 5.9. Algunos tipos de fideicomiso.

El objetivo en éste punto del presente trabajo, no es hacer un análisis exhaustivo de los diferentes tipos de fideicomiso, o mejor dicho, de las utilidades que a este instituto puede darse según la intención de cada constituyente al momento de perfeccionar el acto constitutivo, sino, definir algunas de las variantes que la figura en cuestión puede tener. Y decimos utilidades y no tipos de fideicomisos, porque en sí, y salvo en el caso del fideicomiso financiero que encuentra una regulación especial en nuestra legislación, el resto no son más, como hemos mencionado precedentemente, que variantes del fideicomiso ordinario o común que se encuentra definido en el art. 1º de la ley 24.441.

Podría decirse que, del fin perseguido por el constituyente al perfeccionar el acto va surgir el tipo de fideicomiso, dejando a salvo por supuesto la excepción mencionada (fideicomiso financiero).

Ahora bien, ¿cuáles son esas variantes que el instituto conceptuado en el art. 1º de la ley 24.441 puede tener?; podríamos decir que, haciendo jugar la autonomía de la voluntad y la libertad contractual no serían pocas tales variantes, nos daremos un brevísimo pantallazo sólo por sobre algunas de ellas para tener una pequeña noción de lo que estamos hablando:

- Fideicomiso de administración: podríamos decir que es aquel en el que la única y principal finalidad del negocio radica en la transferencia del patrimonio fideicomitado para que el fiduciario lo administre hasta tanto se cumpla el plazo o condición pactada, momento en el que los bienes pasarán al fiduciante.

Ningún problema habría en que el fiduciario administrara en beneficio de otro que no sea el fiduciante. Pero el fideicomiso con finalidad de administración puro, por decirlo así, nos es otro que el definido ut supra, en el que el único que se beneficia directamente es el constituyente.

- Fideicomiso testamentario: es en el cual, mediante el testamento, el causante expresa su voluntad de constituir un fideicomiso sobre los bienes de la herencia o sólo sobre alguno o algunos de ellos. El mismo funcionaría de la siguiente manera: una vez abierta la sucesión, el juez o el albacea disponen lo necesario para celebrar el contrato de fideicomiso con el fiduciario designado en el testamento; los bienes pasan al fiduciario para ser destinados al fin previsto y vencido el plazo, se transmitirán al designado. El fiduciario es aquí, el tercero con el que contrata la sucesión, pero no adquiere carácter de legatario.

La salvedad que no podemos olvidarnos de hacer es que, si bien no está prohibido por la ley, no puede afectar la legítima si existen herederos forzosos.

- Fideicomiso Financiero: no es nada más ni nada menos que el definido en el art. 19 de la ley 24.441. El mismo reza lo siguiente: *“Fideicomiso financiero es aquel contrato de fideicomiso sujeto a las reglas precedentes, en el cual el fiduciario es una entidad financiera o una sociedad especialmente autorizada por Comisión Nacional de Valores para actuar como fiduciario financiero, y beneficiarios son los titulares de certificados de participación en el dominio fiduciario o de títulos representativos de deuda garantizados con los bienes así transmitidos.*

*Dichos certificados de participación y títulos de deuda serán considerados títulos valores y podrán ser objeto de oferta pública.*

*La Comisión Nacional de Valores será autoridad de aplicación respecto de los fideicomisos financieros, pudiendo dictar normas reglamentarias”.*

Ahora, si bien no ha sido un análisis exhaustivo del instituto del fideicomiso, sí considero que nos ha dado suficientes herramientas para poder ingresar en lo que sí es objeto de este trabajo y, para lo que hasta ahora, nos hemos estado preparando: “el fideicomiso” .

Este, al igual que los anteriores, es un subtipo del fideicomiso ordinario o común, por lo que se le aplican las normas generales del mismo. Pero a diferencia de los otros, tiene los siguientes elementos característicos:

1) El fiduciario debe ser una entidad financiera o una sociedad especialmente autorizada por la Comisión Nacional de Valores -las entidades autorizadas son bancos comerciales, de inversión y compañías financieras (arts. 21, 22 y 24 de la ley 21.526 de entidades financieras)-, a diferencia de los otros tipos en los que el fiduciario puede ser tanto una persona física como jurídica.

2) Los beneficiarios, son los titulares de certificados de participación en el dominio fiduciario o de títulos representativos de deuda garantizada con los bienes así transmitidos. En el resto de los fideicomisos, los beneficiarios son los nombrados a tal efecto por el fiduciante al momento de la constitución del acto.

3) La autoridad de aplicación será la Comisión Nacional de Valores. No existiendo en los otros tipos de fideicomiso autoridad de aplicación alguna.

4) Podrán ser objeto, según reza el artículo, de oferta pública.

Estas, podría decirse que son las notas características que resaltan mayor diferencia con los otros tipos de fideicomisos.

- Fideicomiso de garantía. No es por capricho no hablar del mismo en este punto, sino que responde a la simple y lógica cuestión de que el capítulo siguiente está dedicado pura y exclusivamente a él.

## EL FIDEICOMISO DE GARANTÍA

### **1. Introducción.**

Ahora que sabemos de que se trata la apasionante figura del fideicomiso, podemos decir que ya estamos en condiciones de ahondar en uno de sus hijos, una de sus variantes más utilizadas en estos días. Y al decirles hijo o variante, se habrán dado cuenta de que no me estoy refiriendo a otra cosa que al objeto de este trabajo, “el fideicomiso de garantía”.

Intentaré, en éste capítulo, describir la estructura del contrato de fideicomiso de garantía, con el fin de resaltar las ventajas e inconvenientes –a mi parecer más ventajas que inconvenientes- que la figura presenta a la luz de la regulación de ley 24.441, como instrumento legal para asegurar lograr el cumplimiento de las obligaciones.

Esta figura, podría decirse que es una consecuencia de que el hombre ha agudizado su ingenio en la búsqueda de nuevas formas jurídicas, o el perfeccionamiento de las ya existentes, a la hora de garantizar sus créditos de una mejor manera, una manera que le asegure el recupero del capital otorgado frente al incumplimiento del deudor.

Hasta la fecha se han utilizado principalmente dos figuras que podríamos llamar clásicas en cuanto a garantías reales se refiere, como son la prenda y la hipoteca, no obstante ofrecernos el ordenamiento jurídico otras, pero que han resultado de escasa o nula utilización (por ejemplo anticresis), y en ámbito de las garantías personales se han destacado por su utilización la fianza y el aval.

Al concluir la lectura de este trabajo, estoy seguro de que esta figura será una herramienta que tendrán muy presente llegado el momento de elegir un medio para garantizar sus créditos.

## 2. Garantía.

### 2.1. Concepto.

Dado que de lo que estamos tratando no es otra cosa que un medio de garantía, sería incorrecto seguir avanzando sin dar un concepto de tal vocablo.

Se ha sostenido que la garantía, es “una relación que se establece entre el acreedor y el patrimonio del deudor”, a lo que podría agregarse para dar una definición más acabada, que no sólo la relación del acreedor puede ser con el patrimonio del deudor, sino también con el de un tercero, quien podría tranquilamente garantizar la obligación del deudor principal con su propio patrimonio, y aún más, el patrimonio podría, como veremos no ser ni de un ni propio del deudor, sino, un patrimonio autónomo, sí, autónomo. Este agregado al concepto de garantía lo entenderemos cuando vayamos avanzando en el trabajo.

De ahí que se defina al patrimonio como prenda común de los acreedores, entendiendo el concepto de prenda como sinónimo de garantía.

Pero vemos que la insuficiencia del patrimonio del deudor para hacer frente a sus obligaciones trae como inmediata consecuencia la aplicación de la vieja máxima del derecho falencial, la *pars conditio creditorum*, lo que ha llevado en determinadas ocasiones, con el fin de evitar la aplicación dicha máxima a ciertos créditos, a la necesidad de afectar bienes determinados del deudor al cumplimiento de una obligación en particular -por ejemplo garantizándola con prenda o hipoteca-, creando de manera contractual una excepción a la mencionada máxima.

La figura del fideicomiso, a partir de la sanción de la ley 24.441, permite, no sólo afectar determinados bienes al pago de una deuda en concreto, sino también excluir dichos bienes del patrimonio del deudor, evitando así, entre otros perjuicios, los embargos de terceros acreedores del fiduciante sobre los mismos.

Frente a lo expuesto, y citando al Dr. Fernando Pérez Hualde, podríamos decir que, “mayor seguridad que un patrimonio, son dos”<sup>xi</sup>.

### 2.2. Clases.

La clásica distinción que de garantías existe, es la que la divide en reales (prenda, hipoteca) y personales (fianza, aval). Pero a la hora intentar ubicar al fideicomiso de garantía dentro de una u otra categoría es cuando se plantea el siguiente interrogante: ¿ es una garantía de carácter real o personal?. Es un interrogante cuya respuesta

analizaremos al punto respectivo en el cual tratemos la naturaleza jurídica del fideicomiso de garantía.

### 3. Fideicomiso de garantía.

#### 3.1. Orígenes.

##### 3.1.1. Roma.

El instituto en estudio, no es una figura que pueda ser calificada como "nueva", por lo menos no en la historia del Derecho.

El fideicomiso de garantía, se trata en realidad de una de las instituciones de garantía que registren los juristas historiadores, sus reminiscencias se remontan a la antigua Roma, en la cual la *fiducia cum creditore* constituía una de las formas más antiguas de garantía real del *ius civile*. Consistía en la entrega en propiedad al acreedor, de una cosa que pertenecía al deudor, lo cual se lograba mediante la *emancipatio* o la *in iure cesio*, celebrándose simultáneamente un pacto que era denominado *pactum fiduciae*, pacto por el cual el acreedor, fiduciario, se obligaba restituir al fiduciante el bien dado en garantía cuando fuera cumplida la obligación principal. El fiduciante disponía de una acción meramente personal para lograr la devolución del bien una vez satisfecha la obligación con el fiduciario –era la llamada *actio fiducia-*, que en realidad no constituía un remedio jurídicamente idóneo para salvaguardar el derecho que tenía el fiduciante cumplidor, pero significaba una sólida garantía para el acreedor fiduciario. Esta figura fue la base del contrato de *pinguis* –prenda- , el cual desplazó a la fiducia, dejando a ésta última como el antecedente más remoto de las garantías del Derecho Romano.

##### 3.1.2. Grecia.

En el Derecho griego también existió una institución de garantía de similares características que la *fiducia cum creditore*, se trataba de una venta con pacto de retroventa que era utilizada en la práctica para asegurar el cumplimiento de las obligaciones, y que, tal como ocurría en Roma, también entró en desuso frente a la prenda y, finalmente, con la implementación de la hipoteca.

##### 3.1.3. Alemania.

En el derecho Germánico también se registra una garantía real similar a la *fiducia* del Derecho Romano, era la *Satzung*, pero con algunas diferencias con la *fiducia cum creditore*, ya que el acreedor tenía el derecho incluso a enajenar la cosa para cobrarse el crédito, siempre dejando a salvo la preferencia de la que gozaba el deudor para rescatar el objeto dado en garantía.

Como se pudo advertir, en la mayoría de los pueblos de la antigüedad se reguló una institución destinada a la garantía de las obligaciones, con grandes similitudes a lo que hoy conocemos como fideicomiso de garantía. Pero luego, éstas instituciones, fueron reemplazadas por otras modalidades que representaron un menor riesgo para el deudor, tales como la prenda y la hipoteca. Pero ello no debe conducirnos a pensar que el negocio fiduciario actual pueda llegar a configurar la problemática que existió en la antigüedad, porque en nuestros tiempos el fiduciante cuenta con los mismos recursos jurídicos que cualquier deudor prendario, para perseguir del fiduciario la devolución de la cosa y, eventualmente, una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados sobre el objeto dado en fiducia.

Conociendo en estas instancias lo que podríamos llamar “la cuna” del fideicomiso de garantía, no queda más que adentrarnos en el análisis de la figura en cuestión, y de esta forma poder conocerla en todos sus aspectos.

### 3.2. Concepto.

En principio, podemos decir que todo fideicomiso tiene una función de garantía, incluso aquellos denominados de administración<sup>xii</sup>. Esta observación puede explicarse a la luz del funcionamiento natural de la figura: para el buen fin del negocio que el fiduciante encarga al fiduciario, el primero transmite al segundo la propiedad fiduciaria de ciertos bienes y se constituye con estos un patrimonio especial o de afectación (art. 14 a 16 de la ley 24.441). A través de la constitución de este patrimonio, de alguna manera se asegura que los bienes se mantendrán afectados exclusivamente al cumplimiento del encargo hecho al fiduciario, pues los mismos resultan inmunes a las acciones de los acreedores personales tanto del fiduciante como del fiduciario. Así la seguridad, la garantía que da esta operatoria, es un medio para alcanzar el fin querido por las partes.

Ahora bien, puede ser que la garantía sea querida como fin en sí mismo y no como un mero instrumento. Cuando la seguridad constituye la razón de ser de la figura, podemos decir que se está ante un verdadero “fideicomiso de garantía”. En estos casos los bienes fideicomitados tienen por finalidad específica asegurar el cumplimiento de ciertas obligaciones del deudor fiduciante, o de un tercero por quien éste transfiere el bien para garantizar esa obligación ajena. De manera que, si el fiduciante, o el tercero en su caso, incumple la obligación, el fiduciario podrá ejecutar la garantía que constituyen los bienes para pagar al acreedor (beneficiario o fideicomisario), y devolver el remanente al fiduciante; en el caso contrario –si el deudor cumple–, el fiduciario devuelve los bienes al fiduciante o los transmite a la persona que éste designe.

En este orden de ideas, podemos definir a la figura de la siguiente manera: “Es el contrato por el cual el fiduciante se obliga a transferir la propiedad fiduciaria de un bien al fiduciario, con el encargo de que en el supuesto de incumplimiento de la obligación que se pretende garantizar, el fiduciario proceda a la venta del bien y entregue el producido obtenido hasta la concurrencia del crédito al acreedor en cuyo favor se ha constituido, cancelando así total o parcialmente la deuda impaga.

Por lo tanto, este tipo de fideicomiso, implica el cargo para el fiduciario de una vez verificado el cumplimiento de la obligación garantizada, restituya, el dominio de los bienes o la propiedad de los derechos transmitidos, al fiduciante<sup>xiii</sup>; excepto que tal cumplimiento obligacional no se efectivice, frente a lo cual el fiduciario tendrá dos opciones: la primera es destinar los frutos de los bienes fideicomitidos al pago del crédito garantizado; la segunda consiste en proceder a la liquidación de los bienes entregados en fiducia, para cancelar la deuda con su producido. Obviamente, estas opciones no son discrecionales del fiduciario, sino que deben, cualquiera de las dos, estar estipuladas en el contrato constitutivo para, de ese modo, evitar ciertos abusos por parte de este sujeto.

La nota tipificante de esta figura, será la expresión clara de que los bienes son transmitidos (o que el fideicomiso es constituido) con fines de garantía de una obligación concreta y determinada.

Al introducirnos en el análisis de la figura, podremos observar que el rol del fiduciario podrá variar en función de la naturaleza de los bienes que se afecten o de la actuación que del mismo se requiera. Estas variaciones deberán estar plasmadas en el contrato o manda, aspecto que ha sido considerado por destacada doctrina como harto relevante<sup>xiv</sup>. Así, la actividad o conducta a desarrollar, puede consistir en desempeñar solamente una función de vigilancia o guarda de los bienes fideicomitidos (función que variará según la naturaleza de los mismos), debiendo éste, una vez producida la mora o incumplimiento del deudor, proceder a la realización de los bienes para así cancelar el saldo impago, y entregar, si existiere, el remanente al fiduciante (como veremos a continuación, esta figura es el fideicomiso de garantía puro).

### 3.3. Clases

En estas instancias, ya sabemos que el fideicomiso de garantía es una de las posibilidades o tipos dentro de lo que son los negocios fiduciarios, pero éste a su vez presenta dos variantes.

Varios autores<sup>xv</sup> han creído pertinente subclasificar la presente figura fiduciaria en dos clases, según cuales sean las facultades del fiduciario en el caso concreto: en el *fideicomiso de garantía puro o simple*, en el cual el fiduciario no puede tomar para sí los frutos derivados de la explotación del bien fideicomitado, debe conservarlos para restituirlos al fiduciante –que será en este caso el beneficiario-, y sólo frente al incumplimiento de la obligación el fiduciario podrá servirse de los frutos del bien para cancelar la obligación garantida; y el *fideicomiso de garantía y pago*, en el cual el fiduciario procederá a servirse de los frutos que se perciban de los bienes entregados en fiducia, para de ese modo ir cancelando progresivamente la deuda.

Respecto de esta clasificación, y con el mayor de los respetos hacia quienes la propugnan, no considero que sea de gran trascendencia a la hora del estudio de este instituto, dado que por ser tan amplia la gama de posibilidades a la hora de constituir el mismo, y en cuanto a la forma de perfeccionar la garantía, que su clasificación respondería únicamente a una casuística en la aplicación de este medio de garantía.

El fideicomiso de garantía es uno sólo, claro sí, con las variantes que derivan de la posición jurídica que ocupe cada parte en el caso en particular y de las obligaciones que por el contrato tenga el fiduciario respecto a la forma de cancelar la obligación frente al incumplimiento del deudor, ya sea saldando la deuda con los frutos de los bienes o derechos fideicomitados, ya sea con la entrega tales bienes o derechos al acreedor, o bien con la realización de tal patrimonio para cancelar la acreencia. Como se ve, las variantes no se limitan a dos, sino que podría perfeccionarse de varias maneras, dependiendo éstas, únicamente de la voluntad de las partes al momento de llevar a cabo el negocio fiduciario de garantía.

#### 3.4. Alcances de la afectación.

El hecho de afectarse bienes con fines de garantía, delinearé la forma y el modo en que el fiduciario ejercerá la propiedad sobre los mismos. Pero hay que aclarar que no será suficiente la mera enunciación de que dichos bienes de afectan en garantía de un crédito, además deberá especificarse en el contrato la forma en que deberá proceder el fiduciario una vez acreditado el incumplimiento. Esto último, que se ha dado a llamar la *manda o mandato* (plasmado en el pacto fiducia), establecerá cuales son los límites que tiene el fiduciario en el ejercicio de su propiedad.

Del artículo 17 de la Ley 24.441 se desprende, por contrario imperio, que el fiduciario no podrá gravar o disponer los bienes fideicomitados cuando así no lo requieran los fines del fideicomiso, por lo que, si se trata de un fideicomiso constituido

con fines de garantía, deberá especificarse en el contrato con total claridad y precisión en que momento el fin del fideicomiso permite, o exige, disponer o gravar los bienes transferidos en garantía.

Las precisiones referidas en el párrafo precedente, ayudarán a definir como se deberá desempeñar el fiduciario en su tarea, de forma tal que la manda se convertirá en el límite de la capacidad del fiduciario en la administración o ejercicio de la propiedad sobre el patrimonio fideicomitado.

En cuanto al criterio con que se debe apreciar para saber si el acto en cuestión se encuentra dentro o fuera de lo permitido al fiduciario, parte de la doctrina, con la que humildemente adherimos por una cuestión de pura lógica de tal razonamiento, considera que, en la medida que existan, y siempre las habrá, zonas oscuras o dudosas, la manda jugará un papel similar al del objeto en las sociedades comerciales (artículo 58 Ley de Sociedades Comerciales, primer párrafo), por lo que deberán entenderse como comprendidos, y por lo tanto, oponibles al patrimonio, aquellos actos que no sean notoriamente extraños al fin con que se ha constituido el fideicomiso, haciéndose de esta manera una interpretación extensiva del mismo.<sup>xvi</sup>

Jugaría un papel primordial, en este caso, la publicidad de la constitución de dicho fideicomiso frente a terceros. Por lo que consideramos, al igual que no pocos entendidos en el tema<sup>xvii</sup>, que debería barajarse la posibilidad de inscribir, en un futuro no muy lejano, todos los fideicomisos que se constituyan, con el fin de su oponibilidad frente a terceros, sin importar la naturaleza de los bienes sobre los que el mismo recae. Obviamente, esto no implicaría dejar de cumplir con lo ordenado por el art. 13 de la Ley 24.441 respecto de las inscripciones correspondientes a los bienes registrables.

De igual manera que se exige la inscripción de las sociedades comerciales para poder los socios adquirir los beneficios del tipo (por ej. limitación de la responsabilidad en las sociedades anónimas), sería sano para el comercio en general y para los terceros que contraten con dicho patrimonio fiduciario, exigir la inscripción del contrato de fideicomiso para así poder el fiduciario (y por que no el fiduciante) gozar de la limitación establecida por el primer párrafo del art. 16 de la L.F., el que reza lo siguiente: *“Los bienes del fiduciario no responderán por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, las que sólo serán satisfechas con los bienes fideicomitados. La insuficiencia de los bienes fideicomitados para atender a éstas obligaciones, no dará lugar a la declaración de su quiebra...”*.

### 3.5. Análisis de la figura.

En este punto del trabajo nos abocaremos a un sintético análisis del contrato de garantía, el cual, en esencia, y por ser una de las variantes en la utilización del fideicomiso regulado en la ley 24.441, comparte sus características.

#### 3.5.1. Características.

Sus características son:

- Es un contrato consensual, dado que se perfecciona con el solo consentimiento entre el fiduciante y el fiduciario.
- Es un contrato bilateralmente perfecto, ya que la momento de perfeccionar el consentimiento ambas partes asumen determinadas obligaciones.
- Se trata, en principio, de un contrato oneroso, ya que como hemos mencionado en el capítulo anterior, la ley si bien sienta el principio de la onerosidad, no prohíbe que las partes pacten la gratuidad de la actuación del fiduciario.
- Es un contrato formal, dado que debe celebrarse por escrito, y según la naturaleza de los bienes fideicomitidos, deberá hacerse por escritura pública o no.

La forma a observarse para la constitución de ésta garantía, esta en directa relación con los bienes que serán objeto de ella. Si se trata de bienes muebles, deberán ser entregados materialmente al fiduciario, pudiendo hacerse el contrato por instrumento privado. A fin de evitar cualquier agresión por parte de terceros acreedores, es conveniente darle fecha cierta al instrumento.

Si se trata de un fideicomiso de garantía sobre un bien inmueble, es indudable que deberá ser constituido por escritura pública e inscripto en el Registro de la Propiedad Inmueble.

El fideicomiso de garantía se constituirá siempre por contrato, que suscribirán tanto el fiduciante, como el acreedor beneficiario, y que el fiduciario podrá aceptar tanto en el mismo acto o por separado.

#### 3.5.2. Posiciones contractuales de los sujetos intervinientes.

Dijimos que este contrato comparte las mismas bases, a nivel de su estructura, que el fideicomiso en general, pues así es. Pero lo que lo diferencia del mismo y lo individualiza, son sus propias características, las que están relacionadas directamente con los sujetos intervinientes en este negocio de garantía, o sea las partes, y más específicamente con las posiciones contractuales que ellos puedan ocupar, ya que como

mencionamos en la primera parte de este trabajo, un mismo sujeto puede ocupar simultáneamente más de una posición contractual.

Veamos quienes ocupan tales posiciones:

a) *El fiduciante*: es el constituyente del negocio fiduciario. Es el propietario pleno de los bienes que entrega en fiducia para asegurar el cumplimiento de una obligación que puede ser propia o ajena. Por lo que puede ser el deudor de la obligación o no.

b) *El fiduciario*: es quien recibe el dominio fiduciario de los bienes entregados en garantía, asumiendo la obligación de restituirlos al fideicomisario (fiduciante para el caso de que se estipule que deben volver a él) cuando la obligación principal sea fielmente cumplida. Podría ser ocupada esta posición, tanto por el acreedor como por un tercero. Esto último, me refiero a la posibilidad de que el acreedor ocupe en el negocio la posición fiduciario, ha encontrado alguna resistencia al respecto en algunos sectores de la doctrina. ¿Cuál es el fundamento que esbozan para negarle esta posibilidad al acreedor? ; es, nada más ni nada menos que, la apropiación del bien objeto de la garantía está vedada expresamente por el art. 7° de la ley 24.441, razón por la cual el acreedor fiduciario no podría quedarse para sí con el bien fideicomitado ante el incumplimiento del deudor. Tal norma dispone: “*El contrato de fideicomiso no podrá dispensar al fiduciario [...] de la prohibición de adquirir para sí los bienes fideicomitados*”. Esto no es novedad en nuestro derecho, ya que el mismo principio se aplica para el caso de la prenda en el art. 3222 del Cód. Civ., el cual prohíbe toda cláusula que autorice al acreedor prendario a apropiarse de la prenda.

Cabría preguntarse si el fideicomiso de garantía es una excepción a tales prohibiciones impuestas por las citadas normas. Analicémoslo.

La razón de esta transmisión fiduciaria, es asegurar un crédito constituyendo una propiedad transitoria, ya que el bien no está destinado a ingresar definitivamente al patrimonio del fiduciario. Cuando el deudor no cancela su deuda, la propiedad fiduciaria, que es por definición imperfecta, no se transforma en plena o perfecta por el mero hecho del incumplimiento, dado que no hay una norma que así lo establezca. Mediante el fideicomiso, el deudor confirió al fiduciario un encargo, que es, vender en caso de incumplimiento y así cobrar su crédito. En conclusión, el fiduciario deberá enajenar el bien, o llevar a cabo lo que se haya convenido en el contrato para hacer efectiva la garantía. Por lo tanto, permitir la apropiación para sí del bien fideicomitado estaría en contradicción con lo establecido por el art. 7° de la ley. De lo contrario, en lugar de un negocio fiduciario de garantía, lo que se habría concertado no

sería más que una simple dación en pago<sup>xviii</sup>. El deudor tiene el derecho de exigir la venta del bien transmitido en fiducia y evitar que el mismo quede en el patrimonio del fiduciario, dado que es propio del pacto de fiducia que, una vez satisfecho el monto de la deuda, el remanente corresponda al deudor (fiduciante).

En el acto constitutivo se preverá todo lo inherente a la forma, condiciones y modalidades de la ejecución. Asimismo, se deberá facultar al fiduciario para que disponga de esa garantía para así cobrarse su crédito, en los términos del art. 13 de la ley 24.441, norma que reza lo siguiente: *“Cuando así resulte del contrato, el fiduciario adquirirá la propiedad fiduciaria de otros bienes que adquiera con los frutos de los bienes fideicomitidos o con el producto de actos de disposición sobre los mismos”*. No podemos negar que la redacción de ésta artículo es más que clara. Por lo que es evidente que las partes tienen plena libertad para apartarse expresamente del principio de la subrogación real, comentado en la primera parte del trabajo, pudiendo convenir expresamente que, en caso de mora del deudor, el producido de la enajenación de la garantía hasta su concurrencia con el crédito del fiduciario acreedor podrá ingresar al patrimonio personal de este último, porque las partes lo han desafectado expresamente del fideicomiso, ya que a ese producido no se le adjudicaría la calidad de propiedad fiduciaria.

En términos más breves y resumiendo, sería perfectamente válido convenir que ese producido no integre ese patrimonio separado y sea destinado a cancelar la obligación que se pretendió garantizar, en consecuencia, el acreedor fiduciario adquirirá su propiedad plena hasta la concurrencia de su crédito sin violar de esta manera el art. 7° de la ley 24.441, dado que no estaría adquiriendo para sí los bienes fideicomitidos, sino que simplemente adquiriría el resultado obtenido después de someterlos a un proceso previamente establecido. Por lo tanto, ese resultado no tendría la calidad de bien fideicomitado por expresa voluntad de las partes.

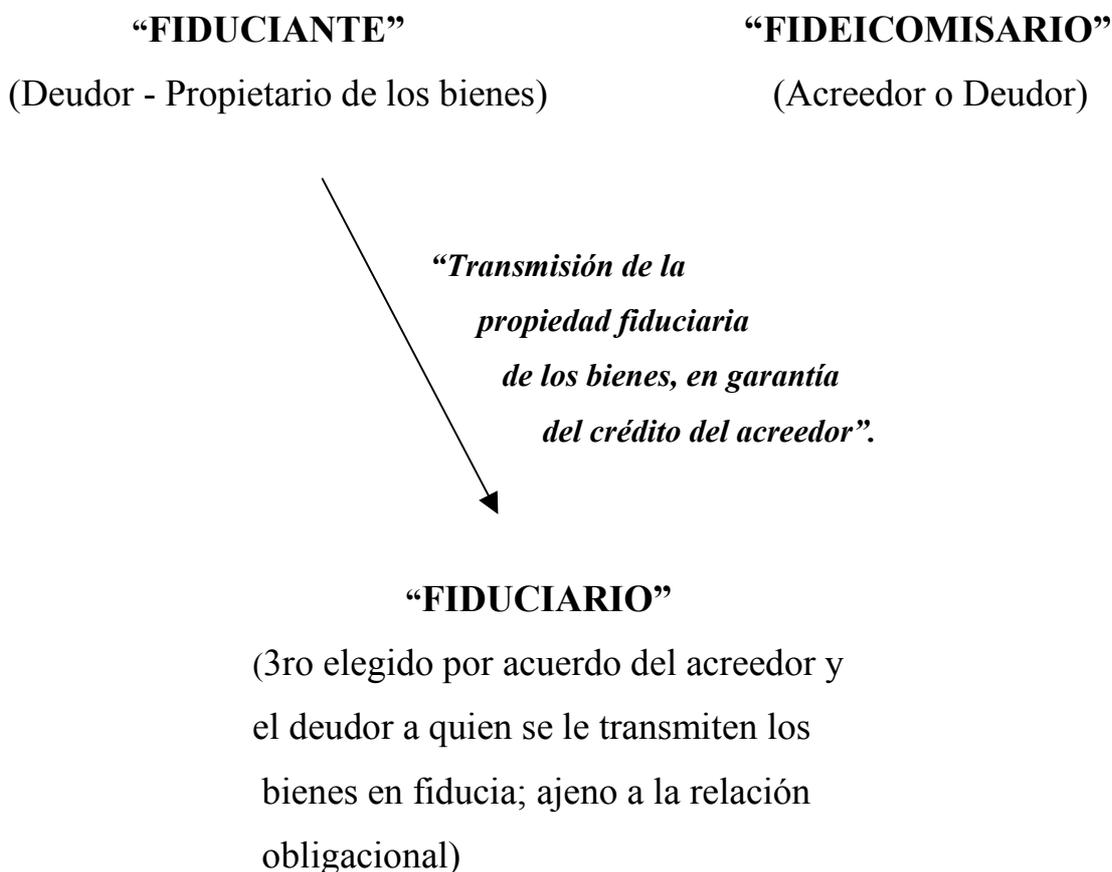
Distinto sería el caso si las partes hubiesen pactado que, frente al incumplimiento del deudor, el acreedor debiese tuviese la facultad de quedarse con el o los bienes fideicomitidos. En este supuesto, no cabrá otra alternativa que nombrar a un tercero, ajeno a la relación obligacional, como fiduciario, dado que aquí, de nombrarse fiduciario al acreedor sí se estaría violando el precepto contenido en el art. 7° de la ley 24.441, puesto que este último se estaría quedando con los bienes que conforman la propiedad fiduciaria para hacerse de su acreencia.

En este supuesto, en el que el acreedor puede quedarse con los bienes fideicomitados, la posición que debería ocupar el mismo, no puede ser otra que la de fideicomisario.

¿Cómo sería el rol de este?: sería un fideicomisario sujeto a la condición resolutoria de que el deudor fiduciante no cumpla en término con su obligación, de esta manera, extinguido el fideicomiso por el cumplimiento de la condición resolutoria de que el deudor no saldó su obligación, el fideicomisario acreedor se quedará con los bienes objeto del fideicomiso. En este supuesto, la extinción del fideicomiso estaría sujeta a dos condiciones resolutorias totalmente opuestas: la primera, que el deudor cumpla con la obligación en término, caso en el que el fideicomiso se vería extinguido y los bienes fideicomitados volverían al fiduciante; la segunda, que el deudor no cumpla en término con su obligación, supuesto en que al extinguirse el fideicomiso los bienes pasarán al acreedor fideicomisario.

Veamos, para una mejor comprensión de los ejemplos, un esquema gráfico de cada uno de los mismos:

- **Esquema básico:**



• **1er Ejemplo. Supueso de “incumplimiento” por parte del deudor:**

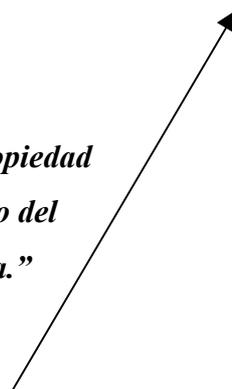
**“FIDUCIANTE”**

(Deudor, que transmitió la propiedad fiduciaria de sus bienes para garantizar su deuda, incumple con su obligación)

**“FIDEICOMISARIO”**

(Adquiere la propiedad plena de los bienes fideicomitidos por haberse extinguido el fideicomiso como consecuencia incumplimiento del deudor)

*“Transmite la plena propiedad de los bienes, que eran objeto del fideicomiso, en forma plena.”*

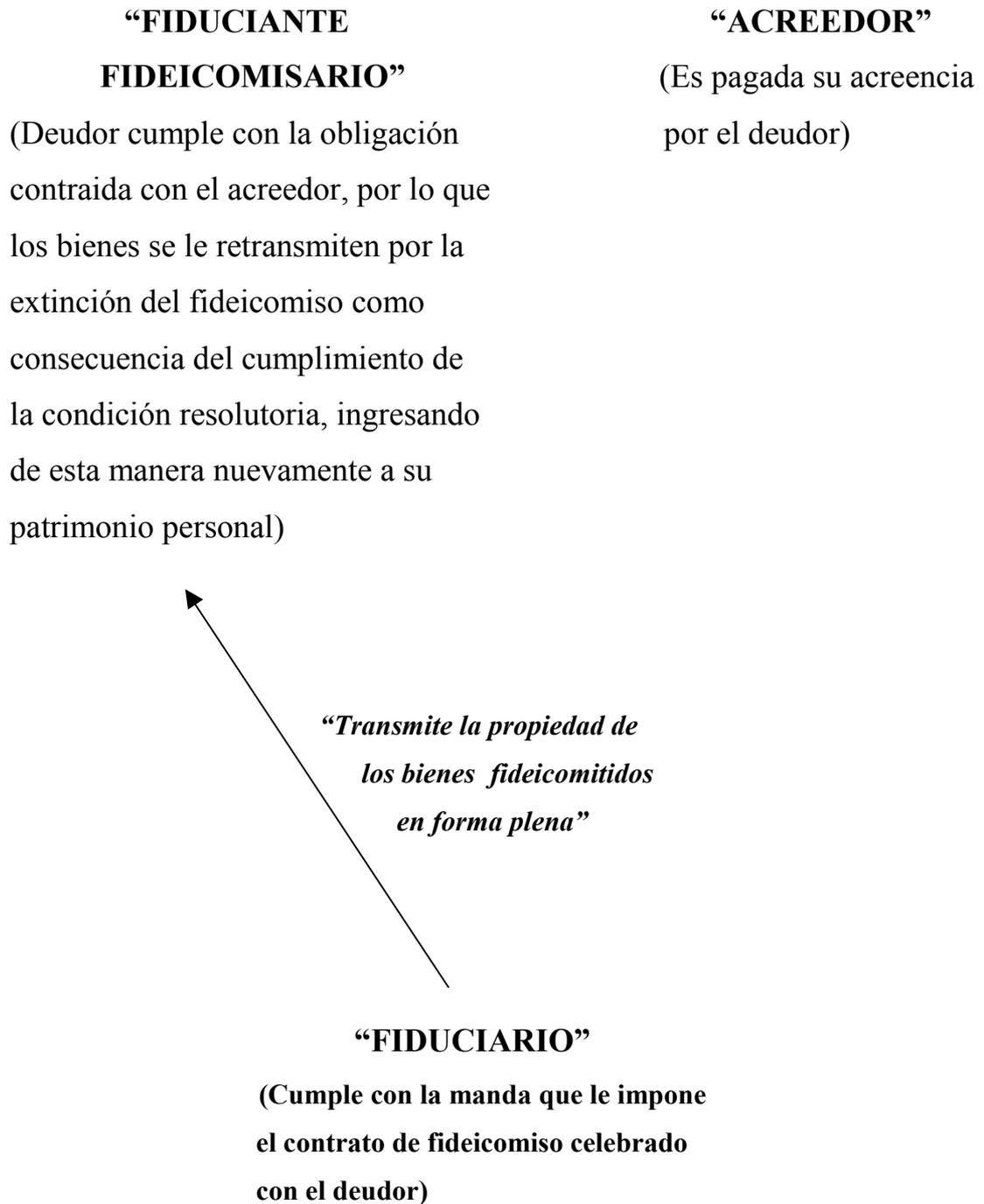


**“FIDUCIARIO”**

**(Cumple con la manda que le impone el contrato de fideicomiso celebrado con el deudor)**

En éste gráfico, podemos observar claramente como, ante el acaecimiento de la condición resolutoria que pone fin al fideicomiso, o sea, el incumplimiento de la obligación por parte del deudor, el fiduciario cumple con su manda y transmite los bienes al fideicomisario acreedor, extinguiéndose de esta manera la obligación entre los contratantes del crédito.

- 2º Ejemplo. Supuesto de “cumplimiento” por parte del deudor:



En este último gráfico observamos la situación inversa a la del gráfico anterior. El fideicomiso se extingue, pero ya la causa de tal extinción no es el incumplimiento por

parte del deudor, sino su cumplimiento, condición resolutoria que permite la retransmisión de los bienes a su propietario originario.

Aquí el acreedor ya no juega un rol como sujeto del fideicomiso (fideicomisario), sino que se mantiene ajeno a tal figura, dado que ha vista satisfecha su acreencia por el deudor.

c) *El beneficiario*: es el que obtiene los frutos de la administración de los bienes fideicomitados, durante el lapso en que el fiduciario se encuentra en ejercicio del fideicomiso. En el *fideicomiso de garantía puro o simple*, se pueden presentar dos hipótesis: la primera de ellas se refiere al supuesto en que el deudor principal cumpla debidamente con el crédito garantizado, en cuyo caso el fiduciario deberá restituir al fiduciante la propiedad de los bienes entregados en garantía, junto con los frutos que se hubieren percibido como consecuencia de una racional explotación de los mismos –en el caso de que ello ocurriera -, con lo cual en definitiva se comportará más como un administrador de bienes ajenos que como un propietario, siendo el fiduciante quien cupe la posición contractual de beneficiario; la segunda de hipótesis que puede presentarse en el fideicomiso de garantía puro es que el deudor no cumpla con su deber de pagar oportunamente en tiempo y forma, con lo que el fiduciario estará habilitado para servirse de los frutos que se obtengan, o se hayan obtenido, del bien fideicomitado, para de ese modo cobrarse el crédito (en este supuesto el fiduciario ocupara la posición de beneficiario).

En el supuesto del fideicomiso de garantía y pago, el beneficiario es el mismo sujeto que ocupa la posición contractual de fiduciario, ya que es él quien recibe los frutos de la explotación del bien entregado en fiducia para proceder a la cancelación progresiva de la deuda garantizada con el fideicomiso.

En todas las hipótesis antes planteadas –ambos tipos de fideicomiso de garantía-, hay que tener en cuenta que puede ocurrir que el fiduciario sea un sujeto distinto al acreedor de la obligación garantizada, caso en el cual, la posición contractual de beneficiario nunca sería ocupada por el fiduciario, sino por el acreedor.

d) *El fideicomisario*: como hemos visto anteriormente, es el destinatario final de los bienes fideicomitados. En el fideicomiso de garantía, esta posición contractual, y salvando el caso excepcional de que el acreedor se quede con el bien fideicomitado frente al incumplimiento del deudor (analizada al ver al fiduciario), siempre será ocupada por el fiduciante. Lo anteriormente expuesto encuentra asidero en

cualquiera de las hipótesis que se puedan prever, tanto en el supuesto de que el deudor de la obligación cumpla con ella, como en el caso de que no lo haga. En el primer caso –cuando cumpla- el fiduciario asume la obligación de restituir los bienes entregados en garantía al fiduciante, una vez verificado el cumplimiento obligacional, excepto que expresamente se haya acordado otro plazo o forma de restitución de los objetos, y en la segunda hipótesis –cuando el deudor no cumple – no hay que olvidar que sobre el fiduciario pesa la prohibición impuesta por el art. 7º de la ley 24.441, que le impide convertirse en propietario pleno de los bienes entregados en fiducia, por lo que lo único que puede hacer es cobrar el crédito garantizado con los frutos que se deriven de la explotación de los bienes fideicomitidos, o ejecutarlos y cobrarse del producido de los mismos, según como se hayas convenido en el contrato. Hay, como lo hemos mencionado anteriormente, quienes niegan esta última posibilidad, fundando su opinión en lo prescripto por el art. 7º de la ley 24.441, pero no parece ello una consecuencia necesaria de la interpretación de dicha norma, la cual solo veda la posibilidad al fiduciario de adquirir el dominio pleno de los bienes entregados en fiducia, pero nada le impide a este sujeto que los ejecute y proceda a cancelar la deuda con el producido de ellos, más aún cuando ello ha sido libremente acordado por las partes al momento de perfeccionar el consentimiento contractual y en ejercicio de la autonomía de la voluntad. En definitiva, esto no viola la norma imperativa del art. 7º, sino que se trata de un supuesto diferentes no alcanzados por tal prohibición.

#### 3.5.2.1. ¿Quién de estos sujetos constituye la garantía?

Quien constituye la garantía es el fiduciante, es este sujeto quien impone el destino que ha de darse a los bienes fideicomitidos, esto es, asegurar una obligación.

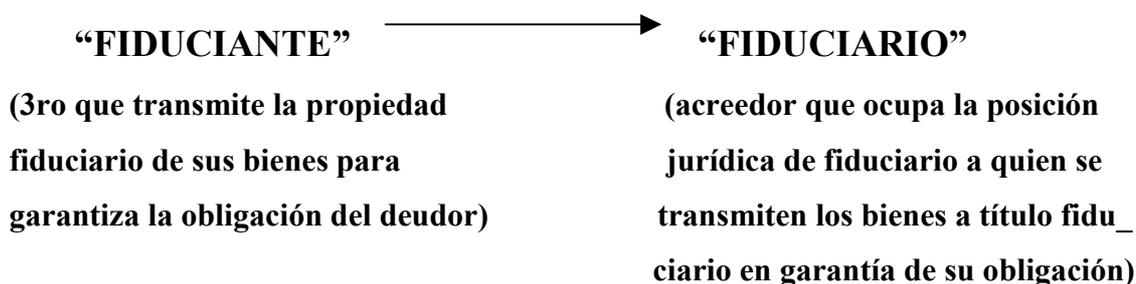
El fiduciante puede ser tanto el deudor como un tercero, por cuanto la deuda puede ser propia o ajena. Nada impide que, por ejemplo, un sujeto quiera garantizar la obligación de un amigo con sus propios bienes, como podría suceder en el caso de la hipoteca o la prenda. El fideicomiso de garantía no es la excepción a esta posibilidad, y dado este supuesto, el deudor sería ajeno al pacto de fiducia.

Veamos en un gráfico como podría ser un ejemplo de lo que estamos hablando:  
(página siguiente)

## **“DEUDOR”**

**(ajeno al pacto de fiducia  
en garantía, y quien deberá cumplir  
con la obligación, y cuya deuda es  
garantizada con bienes del tercero)**

*“Transmite, en garantía,  
la propiedad fiduciaria  
de sus bienes.”*



Al observar el gráfico, podemos apreciar como el deudor se mantiene ajeno a la relación fiduciaria entre el fiduciante, tercero que transmite sus bienes, y el fiduciario, que en este supuesto es el acreedor. El caso del gráfico, es solo a título ejemplificativo, dado que podrían ser otras las variantes en cuanto a la posición que ocupa el acreedor en el negocio fiduciario.

### 3.5.2.2. ¿Quién de los sujetos es el titular de la garantía?

Es claro que el fiduciario será el titular de la propiedad fiduciaria como consecuencia de la transmisión de los bienes operada hacia él, y como tal, la persona que va a conducir los bienes fideicomitidos para que alcancen el cometido propuesto, para lo cual cuenta con facultades de disposición (art. 17 de ley 24.441) y todas las

acciones que correspondan para la defensa de los bienes (primer párrafo del art. 18 de la ley 24.441).

Sin embargo, ello no implica que sea el titular de la garantía, dado que, como lo hemos analizado precedentemente, el acreedor no necesariamente debe ocupar la posición de fiduciario en el negocio- puede ser fiduciario, beneficiario o fideicomisario-, sino que, la posición que este ocupe dependerá de cómo se acuerde entre el acreedor y el deudor la forma de pago de la acreencia del primero, y como se cobrará el primero llegado el caso de que su deudor no cumpla con la obligación.

En definitiva, el titular de la garantía será el acreedor, ocupe la posición jurídica que ocupe en el negocio. En cuanto a la posición del acreedor del acreedor, creemos que sería más conveniente, si bien no hay impedimento legal para que ocupe la posición de fiduciario, que fuera la de beneficiario o la de fideicomisario, dado que diferirían de esta manera la titularidad de la propiedad fiduciaria y la del carácter de acreedor, no habiendo así intereses encontrados. Esto es solo un consejo, pero como dijimos, nada obsta para que el fiduciario sea el acreedor.

### 3.5.3. Bienes que se pueden afectar al negocio de garantía.

El principio general, y como ya hemos visto en el Capítulo I de este trabajo al analizar la estructura “básica” del fideicomiso, es que todos los bienes pueden ser objeto del referido contrato, al igual que en cualquier fideicomiso, excepto aquellos que no puedan ser objeto de los contratos, o que estén prohibidos por leyes especiales, bajo pena de nulidad del acto jurídico contractual. Por bienes debemos entender comprendidos a los objetos materiales e inmateriales susceptibles de apreciación pecuniaria.

Nada impediría que fuesen bienes futuros determinables (por ejemplo una cosecha), pero sería más riesgoso para el acreedor, dado que al momento de celebrarse el acto no tendría la seguridad de que esos bienes lleguen a existir. Por lo tanto, consideramos que siempre sería conveniente que el pacto de fideicomiso sea realizado sobre bienes determinados y existentes al momento de la constitución del acto.

#### 3.5.3.1. Patrimonio separado.

Para que la propiedad fiduciaria –compuestas por los bienes fideicomitidos- logre su cometido, la ley la configura como patrimonio separado del patrimonio del fiduciario, del fiduciante y del beneficiario (art. 14 de la ley 24.441). Este patrimonio se encuentra exento de la acción singular o colectiva de los acreedores tanto del fiduciario

como del fiduciante. Los acreedores del beneficiario solo pueden ejercer sus derechos sobre los frutos de los bienes fideicomitidos y subrogarse en sus derechos (art.15 ley citada). Como habíamos visto en el Capítulo I, únicamente responde por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso (art. 16 ley 24.441) y las aseguradas por el fideicomiso. Algunos autores han comparado al patrimonio separado con una “campana de cristal” que aísla los bienes y los compromete únicamente a los fines del fideicomiso. No hay mejor ejemplo que este para graficar lo que es el patrimonio separado

Por ello, si su fin es asegurar obligaciones, se transforma en una garantía óptima para las partes contratantes, dado que está destinada única y exclusivamente al pago de las mismas. Para el acreedor es la máxima seguridad, puesto que no se encuentra expuesto a la agresión de ningún acreedor concurrente que no sea el instituido beneficiario, salvo aquellos que resulten de la gestión patrimonial del patrimonio separado.

Refuerza la garantía la inexistencia de ese bien en el patrimonio del deudor. Los bienes fideicomitidos salen del patrimonio del fiduciante (deudor o tercero), quien no puede disponer material ni jurídicamente de ellos, ni pueden ser embargados ni ejecutados por sus acreedores personales. Por tal razón aventaja notoriamente a las garantías reales, en cuanto acota las posibles situaciones de conflicto con otros terceros interesados.

#### **4. Ejecución de la garantía.**

Es quizás el tema más relevante respecto de la figura en cuestión, y podría decirse también muy abstracto, esto último por formas en que se puede acordare la ejecución de la garantía frente al supuesto de incumplimiento por parte del deudor.

Deberá estipularse a tal efecto cuales serán las obligaciones del fiduciario, comenzando por determinar bajo que recaudos se entiende incumplida la obligación y cual es la forma de constatar dicho hecho por parte del fiduciario.

Asimismo, como ya lo hemos enunciado en puntos anteriores, deberá estipularse la conducta del fiduciario a los efectos de la ejecución de la garantía. Ello será de suma importancia a la hora de evaluar su responsabilidad. Podría determinarse que el mismo proceda a la realización de los bienes necesarios hasta obtener el precio en dinero que permita cancelar la obligación no cumplida por el deudor (para los supuestos de que se trate tan solo de un saldo impago).

Pero nada impide que se estipule que una vez producido el incumplimiento y acreditado esto por el fiduciario, se produzca la extinción del fideicomiso, con la consiguiente entrega de la totalidad de los bienes al acreedor (en este caso, y como ya lo habíamos visto anteriormente en un ejemplo, el fideicomisario), en los términos del art. 26 de la ley 24.441.

El hecho de poder evitar la ejecución o realización de los bienes hasta reducirlos a una suma de dinero, permite marcar una importante distinción respecto de otras garantías, como lo son la prenda y la hipoteca, por lo que no seña necesario en este caso tener que atribuir a la obligación principal un valor consistente en una suma de dinero. No sólo podrá garantizarse obligaciones sin determinar su monto en dinero, sino que además, y no obstante tener un monto determinado, podrá estipularse su cancelación a través de la entrega de un bien o conjunto de bienes determinados.

Estas facultades de disposición del fiduciario, autorizadas por la ley en su art. 17, y detalladas rigurosamente en el contrato constitutivo lo que permiten que sea llamada una garantía autoliquidable. Esta autoliquidabilidad, es la que evita que haya que acudir a la justicia con el fin de ejecutar la garantía.

En relación a la autoliquidación, hay que superar algunas objeciones. La figura ha sido rechazada por varios aspectos, y éste, es uno de ellos.

Uno de los blancos de crítica lo constituye precisamente la apertura del procedimiento extrajudicial de ejecución. Se considera que si el deudor fiduciante

quiere detener la ejecución alegando el pago de la deuda, el fiduciario (acreedor, beneficiario o fideicomisario) al expedirse sobre la admisibilidad del planteamiento, asumiría una función del poder judicial, la que no puede ser ejercida por un particular. Si por cualquier motivo, el acreedor fiduciario desatiende el reclamo, y procede a la ejecución de los bienes, se menoscabaría el derecho de defensa en juicio y se violaría el derecho de propiedad. Los críticos del fideicomiso de garantía advierten, así, considerables vicios de ilicitud a lo largo de toda la tramitación del proceso de ejecución.

Para superar esta crítica, hay que dejar bien en claro que, el acreedor fiduciario, no resuelve controversia jurídica alguna, sino que se limita a comprobar una mera situación de hecho: “la falta de pago del deudor fiduciante”.

A fin de evita que este fiduciario actúe abusivamente llevando adelante la ejecución pese al cumplimiento regular de la obligación garantizada, las partes deben pactar en el acto constitutivo todo lo que tiene que ver con la verificación del incumplimiento, la intervención del deudor, el procedimiento de ejecución, tasaciones a entidades específicas, etcétera<sup>xix</sup>.

Si aún la regulación fuera insuficiente o inexistente, la prevención de conductas abusivas surge del espíritu de la ley 24.441. A tal efecto, es preciso no olvidar el criterio del art. 6 de la ley para ponderar la conducta del acreedor fiduciario, conforme el cual éste deberá actuar con la prudencia y diligencia de un buen hombre de negocios sobre la base de la confianza depositada en él: *“El fiduciario deberá cumplir las obligaciones impuestas por la ley o la convención con la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él”* (art.6 ley de la 24.441).

A su vez, el art. 7º del mismo texto legal, dispone que el fiduciario no puede ser dispensado de la obligación de rendir cuentas ni del dolo ni de la culpa en que incurra él o sus dependientes: *“El contrato no podrá dispensar al fiduciario de la obligación de rendir cuentas, la que podrá ser solicitada por el beneficiario conforme las previsiones contractuales ni de la culpa o dolo en que pudieren incurrir él o sus dependientes, ni de la prohibición de adquirir para sí los bienes fideicomitidos. En todos los casos los fiduciario deberán rendir cuentas a los beneficiarios con una periodicidad no mayor a un (1) año”* (art. 7º, ley 24.441).

Estas disposiciones, sumadas a las sanciones penales previstas en el Título XI (*“Modificaciones al Código Penal”*) de la ley, art. 82, el cual incorpora al art. 173 del Código Penal las disposiciones 12, 13, 14, contribuyen a acortar la discrecionalidad del

fiduciario y configuran un mecanismo de protección a favor del deudor. Tales incisos rezan lo siguiente: *inc. 12: “El titular fiduciario, el administrador de fondos comunes de inversión o el dador de un contrato de leasing, que en beneficio propio o de un tercero dispusiere, gravare o perjudicare los bienes y de esta manera defraudare los derechos de los contratantes”*; *inc. 13: “El que encontrándose autorizado para ejecutar extrajudicialmente un inmueble lo ejecutara en perjuicio del deudor, a sabiendas de que el mismo no se encuentra en mora, o maliciosamente omitiera cumplir los recaudos establecidos para la subasta mediante dicho procedimiento especial”*; y el *inc. 14: “el tenedor de letras hipotecarias que en perjuicio del deudor o de terceros omitiera consignar en el título los pagos recibidos”*.

Si bien la ley no contempla expresamente el fideicomiso de garantía, es posible interpretar dinámica y extensivamente sus disposiciones y trasladar su espíritu a la figura en cuestión.

Por último, en la perspectiva de previsión, se inscriben también los artículos del Cód. Civ. respectivos al abuso del derecho y a la buena fe (1071 y 1198 respectivamente).

Superadas las dudas respecto a la objeción planteada, podemos decir que queda de pie una de sus principales ventajas: la autoliquidabilidad.

## **5. Naturaleza de la garantía.**

Analizadas las posiciones jurídicas en las que puede actuar el acreedor, estamos en mejores condiciones que al comenzar el trabajo para enmarcar la naturaleza de la figura.

Tratándose de la afectación de bienes (art.11 ley 24.441), la primera idea que surge es la encontrarnos frente a una garantía de carácter real, pero vemos a poco de analizar lo desarrollado hasta ahora, que no se puede ignorar que la existencia y conservación de los mismos depende de la actividad que desarrolle el fiduciario (que debe desempeñarla con prudencia y diligencia de un buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él), “propietario” de los mismos y quien deberá llevar a cabo los actos tendientes con el fin de ejecutar la garantía en la forma que se hubiere previsto.

Así por ejemplo, planteado el supuesto en que el fiduciario designado, una vez producida la mora, no cumple con su manda de desinteresar al acreedor (sin importar la manera en que se hubiese estipulado), la acción con que contará el tercero acreedor, será de naturaleza personal y no contra los bienes en forma directa. Tan sólo podría intimarlo a cumplir. Pero, a su vez, vemos que este acreedor cuenta con la posibilidad de sustituir la persona del fiduciario (previa citación del fiduciante), a través de una acción judicial de remoción (art. 9º ley 24.441). La que deberá ser acompañada de una medida precautoria de intervención que asegure su éxito (enmarcada en el Código de Procedimiento respectivo).<sup>xx</sup>

Es por estas características de la ley 24.441 que, entiende gran parte de la doctrina, y a la cual adherimos por ser un razonamiento coherente y acabado, se determinaría la naturaleza mixta de la figura, con notas de garantía real y personal.

En aquellos casos en que el acreedor fuere fiduciario, no cabe duda de que estaremos frente a una garantía con características de real, en tanto el derecho será ejercido directamente respecto de la cosa, aún con las limitaciones propias de la figura y las que surjan de lo convenido entre las partes. En definitiva, podría decirse que estamos frente a una figura de naturaleza mixta o compleja.

## **6. Constitucionalidad de esta garantía.**

Al comentar este tipo de fideicomiso, nos dice Suayfeta que: “Este tipo de fideicomiso ha sustituido con ventaja a la prenda y a la hipoteca como forma de garantizar créditos u obligaciones, pues ante la demostración del incumplimiento, no se está obligado como en esas formas de gravamen a promover ningún juicio, que muchas veces pueden ser muy prolongados y costosos, ni a solicitar la autorización ni la intervención judicial para la venta de los bienes fideicomitados, sino que basta con la demostración del incumplimiento ante el fiduciario para que éste proceda sin más trámite conforme a las facultades que al efecto se le dan en el contrato, a la venta de los bienes mediante el procedimiento que hayan establecido convencionalmente las partes”<sup>xxi</sup>.

Nos dice el citado autor, que en algunas oportunidades se había puesto de en tela de juicio la constitucionalidad de las facultades que en estos contratos se confieren a la institución fiduciaria, para proceder a la venta de los bienes, sin que medie un juicio previo en el que el deudor hay sido oído y vencido, o sin que haya, cuando menos, un mandamiento o autorización judicial que disponga la venta, y nos dice que todas esas objeciones han sido consideradas improcedentes por la Suprema Corte de Justicia de México en un fallo.

Tal autor cita el mencionado fallo, el que me permito transcribir: “No es exacta la observación de la quejosa, en el sentido de que la institución fiduciaria, al rematar los bienes fideicomitados realiza un acto de autoridad, mediante el cual se introduce en el patrimonio del deudor y dispone de sus bienes para hacerlo cumplir, coercitivamente, sus obligaciones; toda vez que, en el fideicomiso de garantía es el propio deudor quien, como fideicomitente (fiduciante), hace la afectación de sus bienes, transmitiendo su propiedad a la institución fiduciaria a la que encomienda la realización del fin a que los bienes son destinados, o sea, a ser vendidos o rematados y con su producto hacer el pago debido al fideicomisario acreedor; por lo que si la institución fiduciaria, ajustándose a lo expresamente pactado, vende o remata los bienes del deudor, en los casos, forma, términos, convenidos con éste, no hace sino cumplir, conforme al contrato y a la ley, las obligaciones que su parte contrajo en el acto constitutivo del fideicomiso, sin que para hacerlo requiera de la intervención judicial, porque, se repite, en ello no hay controversia que ventilar y decidir [...]”.

Las consideraciones anteriores ponen de manifiesto la constitucionalidad, tanto del remate de los bienes dados en fideicomiso de garantía, sin la intervención del órgano jurisdiccional, como de la sentencia reclamada que en definitiva declaró infundada la oposición de la fideicomitente deudora a dicho remate, por parte de la institución a la que expresamente le encomendó su realización, para que con el producto de los bienes pagara la suma debida al fideicomisario acreedor. Doctrina perfectamente aplicable a nuestra legislación sobre el fideicomiso.<sup>xxii</sup>

¿Por que el fideicomiso de garantía, cuando se ejecuta por incumplimiento, no viola el derecho de defensa en juicio?.

En primer término, el deudor opta libremente por suministrar al acreedor una garantía de este tipo, dentro del ámbito de libertad que consagra el art. 1197 del Cód. Civil. Es sabido que, si alguien se aprovecha de la inexperiencia o necesidad de otra persona para hacerle constituir una garantía de este tipo, o padece un abuso de derecho, tendrá siempre los remedios que otorgan los arts. 954, 1071, 1198 y ss del Cód Civil, igual que si se hubiese celebrado una compraventa ruinosa, o hubiese entregado un poder en condiciones abusivas, o hubiese celebrado cualquier otro acto jurídico en un contexto similar.

Si el fiduciante, abusando de su facultades, que deben estar claramente regladas en el contrato, vendiere los bienes afectados en condiciones que no son las pactadas, entonces el deudor podrá y deberá ejercer todas las acciones legales en defensa de sus derechos. Además, cuando se trata de cosas, el fiduciario puede pedir al juez el secuestro respectivo, ya que no puede actuar haciendo justicia por mano propia, y la intervención del juez en estos casos es ineludible.

## **7. Comparación con otras figuras de garantía.**

Las garantías, son instrumentos regulados por la ley para brindar a un acreedor cierta seguridad de cobro, y también suelen otorgarle al deudor cierta ventaja a la hora de obtener un crédito, ya que de contar con una garantía las posibilidades de obtenerlo serán mayores que si ella falta.

Se las puede clasificar, como vimos en el punto dos del presente capítulo, en reales o personales: son personales cuando en virtud de ellas una persona asume la obligación subsidiaria de pagar si el obligado principal no lo hiciera, es el caso de la fianza, el aval y la solidaridad en las obligaciones; y son reales cuando lo afectado ya al pago de una deuda no es la totalidad del patrimonio de una persona, sino uno o varios bienes determinados, como ocurre con la hipoteca, prenda y la anticresis.

### **7.1. Comparación con el derecho real de hipoteca.**

La hipoteca puede ser definida como aquel derecho real de garantía que recae sobre un bien inmueble, para garantizar con él la efectividad del cumplimiento de una obligación dineraria contraída por el constituyente o por un tercero. En cualquier supuesto, la característica esencial de esta garantía estriba en el hecho de que el bien hipotecado no se desplaza del poder de disponibilidad del constituyente, hasta el momento del vencimiento de la deuda (que puede no ser el del vencimiento de la hipoteca).

Las diferencias con el fideicomiso de garantía son de considerable importancia:

- la hipoteca solo puede recaer sobre determinados bienes inmuebles, en cambio el fideicomiso puede recaer también sobre bienes muebles;
- el acreedor hipotecario no adquiere el dominio del bien inmueble, y la consecuencia de ello es que ese bien sigue en el patrimonio del constituyente, por lo que sigue siendo prenda común de todos sus acreedores, por lo que cualquier otro acreedor podría solicitar que se liquidara dicho bien para cobrar su acreencia, sin perjuicio del derecho de preferencia del que va a gozar el acreedor hipotecario;
- el constituyente sigue ejerciendo la posesión del bien hipotecado,

- para la ejecución de la garantía hay que acudir a la justicia en el supuesto de incumplimiento del deudor hipotecario, ocasionándose de esta manera gastos que disminuirán el valor del bien a rematar, perjudicándose de esta manera tanto al deudor, porque no siempre verá extinguida su deuda, etc.

## 7.2. Comparación con el derecho real de prenda.

Podría definirse como el derecho real que afecta una cosa mueble para garantizar el cumplimiento de un determinado crédito. Según surge del mismo art. 3204 del Cód. Civ., solo puede recaer sobre bienes muebles, y a diferencia de lo que ocurre con la hipoteca, el objeto prendado se desplaza hacia el acreedor prendario, convirtiéndose éste en poseedor legítimo y viéndose privado de su uso y goce al constituyente de la prenda.

Si bien el fiduciario también detenta el carácter de poseedor del bien entregado en fiducia, la diferencia radica en que los bienes fideicomitidos forman un patrimonio separado del personal del fiduciario, por lo que ni sus acreedores, ni los del fiduciante, podrían atacarlo; en cambio el bien prendado sigue formando parte del patrimonio del constituyente de la prenda, por lo que sus acreedores personales podrían solicitar la ejecución forzada del mismo, al igual que en la hipoteca, sin perjuicio del derecho de preferencia del acreedor prendario.

## 7.3. Comparación con las garantías personales. La fianza.

El art. 1986 del Cód. Civ. la define como un contrato por el cual una de las partes –el fiador- se hubiere obligado accesoriamente por un tercero –el deudor de la obligación afianzada- , y el acreedor de ese tercero aceptase su obligación accesoria.

Se trata de un contrato consensual por el cual una persona tomará a su cargo el pago de la obligación, en el su puesto de que el deudor originario no cumpliera con la obligación convenida.

En este caso, las diferencias con el negocio fiduciario de garantía son más claras. En el fideicomiso de garantía, generalmente la obligación esta respaldada por un objeto determinado –más parecido a la prenda o a la hipoteca -, en cambio en la fianza la obligación está garantizada por todos los bienes que integran el patrimonio del fiador, aunque nada impediría que en el fideicomiso de garantía se transmitiera todo el patrimonio del sujeto para respaldar la obligación, pero esa universalidad de bienes quedaría petrificada a la fecha de operada dicha transmisión, cosa que en la fianza no sucede, dado que el patrimonio del fiador se encuentra en una situación más dinámica (puede crecer o disminuir) sin petrificarse por así decirlo.

La fianza es un riesgo tanto para el fiador como para el acreedor, para el primero porque se puede llegar a encontrar frente a una situación de incertidumbre con respecto al monto total por el cual deberá responder, finalmente, frente al incumplimiento de la obligación principal, y para el segundo (acreedor), porque el hecho de que la garantía sea de carácter personal y afecte la totalidad del patrimonio no le confiere ningún privilegio, ni prelación, frente a los demás acreedores del fiador, de lo que se deriva que, frente a la quiebra de éste último, concurrirá con los demás acreedores comunes o quirografarios, con lo cual su expectativa de satisfacer su acreencia se verá potencialmente disminuida, sin perjuicio del derecho que tiene de solicitarle al deudor la sustitución por otro fiador solvente, conforme a lo establecido en el art. 2001 del Cód. Civ., pero hasta que ello no ocurra, el acreedor quedará ligado al fiador insolvente.

Los problemas reseñados en los párrafos precedentes, no se observan no se observan en el desenvolvimiento del fideicomiso de garantía, ya que como lo hemos mencionado, se afectan al cumplimiento obligacional determinados bienes sobre los cuales, como consecuencia del principio de separación de patrimonios (arts. 14, 15 y 16 de la ley 24.441), los acreedores del fiduciario o del fiduciante no podrán agredir.

Como hemos podido observar, existen ciertas diferencias entre cada una de las especies que hemos mencionado, y lo que debe quedar claro, es como esta comparación no se hemos intentado jerarquizar los diferentes medios de garantía, calificar a uno de mejor que otro para asegurar el cumplimiento de las obligaciones, y menos aún pretender que el fideicomiso de garantía sea catalogado como la mejor opción.

Lo que hemos querido resaltar son solamente algunas de las características principales de los institutos de garantía más usuales que recepta nuestro ordenamiento jurídico, para de ese modo advertir que cada uno de ellos desempeñará un papel más importante en determinados casos concretos. Por ejemplo, en el supuesto de que se pretenda asegurar el cumplimiento de obligaciones a cargo de un locatario, sería absurdo recurrir al fideicomiso de garantía, demasiado engorroso para este supuesto, por lo que lo más lógico sería recurrir a la fianza de un tercero.

Es frente a ciertos contratos, como la venta en cuotas de un determinado bien, o un mutuo dinerario, que las garantías reales o el fideicomiso de garantía serían la opción más idónea. En estos casos podría recurrirse a la prenda con registro sobre muebles registrables, o a la hipoteca en el caso de un inmueble; pero debemos recordar que, en cualquiera de estos supuestos, pueden presentarse las dificultades precedentemente enunciadas, como por ejemplo, la ejecución de un bien que constituye la garantía de un determinado acreedor al cual no se le ha hecho efectivo el derecho al cobro, porque otro

acreedor no vio satisfecha su obligación, obviamente que el privilegio se mantiene para el acreedor hipotecario, pero igualmente se ve obligado a tolerar dicha ejecución, la que podría llegar a ser perjudicial en cuanto al valor que por el bien objeto de la garantía se puede conseguir en dicha ejecución. No pasaría esto en el fideicomiso de garantía, en virtud de que, por encontrarse el bien en un patrimonio separado, no podría ser agredido por acreedores de ninguna de las partes.

Pero como hemos mencionado precedentemente, no hay mejores ni peores, sino, quizás, más convenientes. Todo queda librado a la libre voluntad de las partes contratantes en cada operación.

## CONCLUSION FINAL

Luego de un prolongado camino, hemos llegado al final de este trabajo, lo que no implica que sea, el fideicomiso de garantía, un tema totalmente agotado, dado que por ser una figura que no se encuentra regulada expresamente, con periodicidad surgirán interrogantes acerca de la misma.

El que no sea una figura expresamente regulada, pero que a su vez cuente con un marco legal que la sustente, como lo es la ley 24.441, considero que es una ventaja a la hora de su utilización, dado que no encuentra excesivas limitaciones en normas que restrinjan su funcionamiento cada vez que sea escogida como medio para garantizar una obligación.

Es cierto que la falta de un marco legal específico y exhaustivo que la regule, pueda provocar que sea observada de reojo y con desconfianza a la hora de elegirla como herramienta para garantizar una obligación, pero esa misma falta de regulación específica, es la que a su vez la hace tan interesante por la versatilidad que concede a la hora de su implementación, permitiendo a las partes garantizar los negocios más diversos y de la manera más convenientes para ellas en base a la autonomía de la voluntad.

Ese resquemor a la hora de elegirla para respaldar una obligación, se debe más al desconocimiento de la misma que a cualquier otra causa. Por lo que esta barrera podría sortearse de una manera simple: tomándose uno la pequeña molestia de conocerla.

Por lo que hemos podido observar al recorrer el presente trabajo, es evidente que es un medio que supera en cuanto a seguridad y eficacia a otras herramientas de garantía utilizadas de manera cotidiana en el mundo de las obligaciones, como ser la prenda, la hipoteca y la fianza, dado que:

a) Evade los costosos procesos judiciales de ejecución de la garantía en el supuesto de incumplimiento por parte del deudor, beneficiando de esta manera tanto a este último como al acreedor. Al deudor, en virtud de que, por ejemplo, en el caso de que se haya estipulado la venta del bien para hacer frente a la deuda impaga, es casi indiscutible que el precio que se perciba por el bien en una venta, será superior al que arrojará una ejecución judicial, en la que hay que deducir del precio, que generalmente es muy inferior al valor del bien ejecutado, las sumas pertinentes para hacer frente a los gastos de justicia. Y al acreedor, porque no verá disminuido el valor del bien por una ejecución, pudiendo de esta manera ver satisfecho su crédito de manera íntegra;

b) Pueden utilizarse todo tipo de bienes para garantizar la obligación;

c) Los bienes con los que el acreedor ve garantizado su crédito no se encuentran en el patrimonio del deudor, evitándose de esta manera, ataques a los mismos por parte de otros acreedores del constituyente, dado que se crea un patrimonio separado del patrimonio de éste último;

d) Pueden convenirse las más diversas formas de ejecución de la garantía, yendo desde el pago con los frutos o la venta de los bienes fideicomitidos, y hasta la posibilidad de que el acreedor se cobre con los mismos bienes en el caso de que sea designado fideicomisario en el contrato;

e) Las condiciones y procedimientos para el ejercicio de los derechos de las partes son convenidos libremente por las mismas, sin que para esto se encuentren acotados por ordenamiento legal alguno, por supuesto que deben respetarse, como en todo tipo de contratos, las normas de carácter imperativo que contiene nuestro ordenamiento jurídico, etc.

Los expuestos precedentemente, son suficientes argumentos para afirmar que es un medio sumamente idóneo y eficaz a la hora de elegir una herramienta de garantía. Por lo que, conociéndose el funcionamiento del fideicomiso de garantía, la forma de operar del mismo, no caven dudas de que es una buena opción a la hora de garantizar una obligación; dando con esta última reflexión la respuesta al interrogante que da título al presente trabajo.

## CITAS

- 
- <sup>i</sup> “La justicia era entera emanación del soberano y el rey, como *pater patrice*, creía su deber no privar de justicia a ninguno de sus súbditos. Cuando la rigidez del *common law* llevaba a una decisión irrazonable, el perjudicado podía recurrir al rey, quien ejercía su potestad por medio del canciller, considerado guardián de la conciencia real. Tal fue el origen de la Corte de la Cancillería (*Court of Chancery*), la que si bien estaba formalmente obligada a dictar sentencias fundadas en *common law*, en la realidad, bajo la presión de los hachos, creaba –como efecto de sus decisiones- nuevas formas jurídicas ajustadas a cada caso en particular según la “razón y la conciencia”. A la solución legal se le oponía la resolución equitativa por la gracia del rey. Se distinguía entre acciones legales (*actions in law*) y procedimiento en equidad (*proceeding in equity*), caracterizándose este último por la ausencia de jurados, seguir reglas rituales mas flexibles y proporcionar mayores posibilidades de recurrir las decisiones”. (FARNSWORTH, Allan, *An introduction to the legal system of the United States*, New York, 1987, p.82, citado por Pedro Urrets Zabala en Colección de Estudios de Derecho Privado, “*Responsabilidad Civil del Fiduciario*”, Rubinzal-Culzoni, 1ª ed., Buenos Aires, 2002, p. 16)
- <sup>ii</sup> FUNES, Saturnino Jorge, *El fiduciario en la ley 24.441*, en *Cuadernos de la Universidad Austral*, N° 2, *Fideicomiso*, Depalma, Buenos Aires, 1996, p. 15.
- <sup>iii</sup> LISOPRAWKI, Silvio V. y KIPER, Claudio M., “*Fideicomiso. Dominio fiduciario. Securitización*”, 2ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1996, p. 93.
- <sup>iv</sup> TAIANA de BRANDI, Nelly, y LLORENS, Luis, “*El fideicomiso y la relación jurídica subyacente*”, L.L., 26/02/1996, p.1.
- <sup>v</sup> MOSSET ITURRASPE, Jorge, “*Contratos*”, ed. Actualizada, reimpresión, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, p. 88.
- <sup>vi</sup> OSSORIO, M., “*Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*”, “voz: fideicomisario”, p. 433.
- <sup>vii</sup> FERNÁNDEZ, Julio Cesar D., en “*Tratado teórico práctico de fideicomiso*”, 2ª ed., Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, p. 34.
- <sup>viii</sup> FREIRE, Bettina V., “*El fideicomiso. Sus proyecciones en los negocios inmobiliarios*”, ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1997, p.111.
- <sup>ix</sup> KIPER, Claudio M., “*Régimen jurídico del dominio fiduciario*”, 1ª ed., La Ley, 1995, p. 297.
- <sup>x</sup> LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., “*Fideicomiso. Leasing. Letras hipotecarias. Ejecución hipotecaria. Contratos de consumición.*”, Zavala, Buenos Aires, 1996, p. 88.
- <sup>xi</sup> PEREZ HUALDE, Fernando, en “*Tratado teórico práctico de fideicomiso*”, 2ª ed., Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, p. 217.
- <sup>xii</sup> CARREGAL, Mario A., “*Fideicomiso de garantía: licito y necesario*”, en L.L., T. 2000-E, p. 948.
- <sup>xiii</sup> El sujeto que se desenvuelva como fiduciante, como veremos con posterioridad, ocupará la posición contractual de “fideicomisario”.
- <sup>xiv</sup> MOSSET ITURRASPE, Jorge en “*Negocio fiduciario con fines de garantía*”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario, Garantías*, Rubinzal-Culzoni, 1993, Buenos Aires, p. 69.
- <sup>xv</sup> MÁRQUEZ, José, *Notas sobre el fideicomiso con fines de garantía*, en J.A. 2000-IV-1226.
- <sup>xvi</sup> FUNES, Saturnino J., “*El fiduciario en la ley 24.441*”, en *Cuadernos de la Universidad Austral*, N° 2, ed. Depalma, Buenos Aires, 1996, p.26.

---

<sup>xvii</sup>PEREZ HUALDE, Fernando, en *“Tratado teórico práctico de fideicomiso”*, 2º ed., Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, p.221.

<sup>xviii</sup>FREIRE, Bettina V., “El fideicomiso. Sus proyecciones en los negocios inmobiliarios”, ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1997, p. 152.

<sup>xix</sup>FREIRE, Bettina V., “El fideicomiso. Sus Proyecciones en los negocios inmobiliarios”, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1997, p. 154. La autora considera que en principio, el fiduciario no está obligado a realizar consultas previas, ni al fiduciante ni al beneficiario, para realizar los actos de disposición que sean necesarios para concretar los fines del fideicomiso; sin embargo, las partes, basadas en la autonomía de la voluntad podrían pactar algo distinto.

<sup>xx</sup>VILLAGORDOA LOZANO, citado por PEREZ HUELDE, Fernando, en *“Tratado teórico Practico de Fideicomiso”*, 2ª ed., Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, p. 244.

<sup>xxi</sup>SUAYFETA, Juan o., “El fideicomiso al servicio del individuo y de la familia”, en *Revista del Banco de la Nación Argentina*, Nº 50, p. 36, citado por VILLEGAS, Carlos Gilberto, en *“Las garantías del crédito”*, T. II, 2ª ed. actualizada, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, p. 38.

<sup>xxii</sup>VILLEGAS, Carlos Gilberto, *“Las garantías del crédito”*, T. II, 2ª ed. actualizada, Rubinzal- Culzoni, Santa Fe, 1998, p. 38.

---

## BIBLIOGRAFIA

- ◆ URRETS ZAVALIA, Pedro, “Responsabilidad civil del fiduciario”, 1ª ed., Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2002.
- ◆ Cuadernos de la Universidad Austral N° 2, “Fideicomiso”, Depalma, Buenos Aires, 1996.
- ◆ LISOPRAWSKI, Silvio V. y KIPER, Claudio M., “Fideicomiso. Dominio fiduciario. Securitización.”, 2ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1996.
- ◆ L.L., 26/02/1996.
- ◆ “Tratado teórico práctico de fideicomiso”, 2ª ed., dirigido por MAURY DE GONZALES, Beatriz, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000.
- ◆ FREIRE, Bettina V., “El fideicomiso. Sus proyecciones en los negocios inmobiliarios”, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1997.
- ◆ KIPER, Claudio M., “Régimen jurídico del fiduciario”, La Ley, 1995.
- ◆ LOPEZ DE ZAVALIA, Fernando J., “Fideicomiso. Leasing. Letras hipotecarias. Ejecución hipotecaria. Contratos de consumición.”, Zavalía, Buenos Aires, 1996.
- ◆ L.L., Tomo 2000-E.
- ◆ Revista de Derecho Privado y Comunitario, “Garantías”, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1993.
- ◆ J.A., Tomo 2000-IV.
- ◆ VILLEGAS, Carlos G., “Las garantías del crédito”, T. II, 2ª ed. actualizada, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998.
- ◆ Revista de Derecho Privado y Comunitario, “Fideicomiso”, Rubinzal-Culzoni, 2001.
- ◆ MOSSET ITURRAESPE, Jorge, “Contratos”, ed. actualizada, reimpresión, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003.