

**UNIVERSIDAD ABIERTA INTERAMERICANA**

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Sede Regional Rosario

TESIS DE GRADO DE LA CARRERA DE ABOGACÍA

2007

Tutor: Dra. Claudia Francavilla

Alumno: Virginia María De Vita

Tema: Posibilidad de aplicar el procedimiento concursal al contrato de fideicomiso

Fecha de presentación: Junio 2007

**DEDICATORIA:**

Dedico este trabajo a mi familia, sin ellos no sería quien soy.

## **AGRADECIMIENTOS:**

Agradezco a mi tutora, Dra. Claudia Francavilla, por aceptar ser mi guía y acompañarme en el desarrollo de este trabajo.

Al cuerpo docente de la Universidad Abierta Interamericana por haberme recibido y ayudarme a conocer y entender el derecho.

A cuerpo administrativo de la Universidad Abierta Interamericana por “aguantarme”.

Al Escribano Eduardo Yanno, estudioso de tema que elegí y abuelo postizo.

## **DATOS DE LA TESIS:**

**AREA:** Derecho Comercial y Derecho Empresarial

**TITULO:** “Insolvencia del patrimonio fideicomitado”

**TEMA:** “Posibilidad de aplicar el procedimiento concursal al contrato de fideicomiso”.

**PROBLEMA:** ¿Cuales ventajas, desventajas y posibilidad legales existen de considerar sujeto concursable al patrimonio fideicomitado ante la imposibilidad de afrontar las obligaciones contraídas?

## **OBJETIVOS:**

### *\*Generales:*

Demostrar la conveniencia de facilitar el cobro de los acreedores del fideicomiso por medio de la aplicación del régimen concursal al contrato envuelto en estado de cesación de pagos ante la carencia de un procedimiento específico reglado por la ley que ha incorporado al ordenamiento jurídico argentino la figura del fideicomiso. Posibilidad de modificar la ley en vigencia o redacción de un nuevo texto.

Proponer condiciones legales para que el instituto del fideicomiso sea considerado sujeto concursable.

### *\*Específicos:*

Identificar los aspectos de la ley 24.522 que merezcan ser tenidos en cuenta de forma tal que pueda demostrarse la efectividad y seguridad que aportaría a la figura en estudio su inclusión en la ley concursal.

Recatalogar al instituto de fideicomiso como sujeto concursable.

**HIPOTESIS:** Considerar al fideicomiso como un sujeto concursable posibilita la aplicación del procedimiento regulado en la ley 24522 al encontrarse el patrimonio fideicomitado en estado falencial, imposibilitado de afrontar las obligaciones contraídas durante el curso de la administración de los bienes encargada al fiduciario.

-El patrimonio fideicomitado es un nuevo sujeto concursable fuera del art. 2 de la ley 24.522.

-Las dificultades económicas que afectan al conjunto de bienes fideicomitados, configuran estado de cesación de pagos.

- Los acreedores del fideicomiso tienen posibilidad de verificar sus créditos en el concurso preventivo abierto ante la insolvencia de los bienes.
- Liquidación extrajudicial de bienes fideicomitidos, por la aplicación de los art. 23 y 24 de la ley concursal.
- La eficacia de los actos realizados en el desarrollo del fideicomiso.

## **INTRODUCCION:**

La ley 24.441 que ha regulado el contrato de fideicomiso, prohíbe expresamente declarar la quiebra de este instituto en caso de imposibilidad de afrontar las obligaciones contraídas para llevar adelante la figura que analizaremos.

A partir de aquí se presentan interrogantes acerca de si se puede considerar concursable al patrimonio fideicomitado, si puede ser declarado judicialmente en estado de cesación de pagos, cual es la eficacia de los actos realizados en la ejecución del fideicomiso y cuales son los derechos de los acreedores para perseguir el cobro de sus créditos.

La doctrina imperante (Kiper, Lisoprawsky, Graziabile, entre otros) sostiene que no es aplicable el régimen concursal al instituto en estudio, sosteniendo que el art. 16 de la ley de rito ha vedado esa posibilidad.

En distinto sentido (Games y Esparza) notan la viabilidad de aplicar el régimen concursal a este contrato, entre otros fundamentos, equiparando la figura del patrimonio fideicomitado al patrimonio del fallecido, el cual esta expresamente contemplado en la ley 24.522, con la consecuente posibilidad de los acreedores del fideicomiso tienen de verificar sus créditos en el concurso preventivo abierto ante el estado de cesación de pagos por el cual se encontraría afectado el patrimonio fideicomitado.

Analizaremos la conveniencia de la postura adoptada por la doctrina minoritaria en razón de que, por agilizar la liquidación de los bienes en caso de insolvencia, el legislador no ha establecido un procedimiento específico con la consecuente aplicación supletoria de la ley concursal.

En sentido acorde con el planteo expuesto estimaremos la factibilidad o no de reformar las leyes 24.441 y 24.522 incluyendo entre los sujetos concursable al contrato de fideicomiso pasible de sufrir un desequilibrio entre los compromisos exigibles y los medios disponibles para enfrentarlos, a partir de lo cual será de aplicación a este nuevo sujeto concursal el procedimiento concursal con las consecuentes acciones de los acreedores para lograr el cobro de sus créditos como así también la oposición ante los actos realizados atacable por las acciones concursables, entre todos los pasos

necesario para declarar abierto el concurso preventivo y/o quiebra de la masa patrimonial compuesta por los bienes objeto del fideicomiso.

## **CAPITULO I:**

### **I.I. Concepto, origen y consideraciones generales:**

Podemos comenzar apuntando que la palabra fideicomiso proviene del latín “fideicommissum” de fides (fe) y commissus (confiado).<sup>1</sup>

Nuestra ley 24.441 que ha reglado este contrato al régimen legal argentino.

Art. 1º: *Habrá fideicomiso cuando una persona (fiduciante) transmita la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (fiduciario), 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.*

El fideicomiso es el acto jurídico por medio del cual una persona trasmite la propiedad de determinados bienes para que ejerza ese derecho de propiedad en beneficio de un tercero designado en el contrato por el cual se instrumenta este negocio.

Quien recibe los bienes (fiduciario), los mantendrá separados de su patrimonio y del de los demás sujetos que participan en el negocio. Será titular de un derecho de propiedad que carecerá de contenido económico, desde el punto de vista jurídico, ya que le pertenece al beneficiario o al fideicomisario, que puede ser el propio transmitente (fiduciante).

Encontramos su origen el derecho romano, en el cual se utilizaba para facilitar los actos de última voluntad buscando un medio de que dispusiesen los peregrinos o quienes por otras causas no pudiesen hacer el testamento romano, y para hacer las herencias a las personas incapacitadas por ley para ser herederas, pero que merecen ser remuneradas por los servicios que habían prestado a los testadores.

La forma utilizada fue el pactum fiduciae tomado de la fiducia cum creditore contracta y fiducia cum amico contracta. La primera de las señaladas se dirigió a garantizar al acreedor el cobro de su crédito por medio de la entrega de una cosa en propiedad, garantizando el pago y se le restituir  al ser pagado. El acreedor fiduciario recibí los bienes de parte de su deudor y era autorizado por este a mantener en propiedad definitivamente o vender los bienes para cobrarse su

crédito a pesar de que el valor fuera superior a la deuda que se garantizó; en interés del fiduciante se constituía la fiducia cum amico contracta, por la cual el fiduciario recibía la custodia o administración y era propietario del bien frente a terceros, sin ser conocida por estos el convenio que limitaba sus atribuciones.

En el derecho germánico encontramos la prenda inmobiliaria, el manusfidelis y el salman o treuhand como antecedentes de la figura en estudio.

El fiduciario tiene un poder limitado en función del fin del fideicomiso constituido. La transmisión se hace bajo condición resolutoria, fijando propiedad limitada en razón de la sujeción del bien a favor del fiduciante, a una retractación automática quedando restablecida su anterior condición de titular del derecho, teniendo la facultad de reivindicar el bien de los terceros que lo detentan.

En este derecho se encuentran divididos los derechos por lo cual se convierte al fiduciario en acreedor o propietario y la propiedad o el derecho creditorio corresponden al fiduciante fraccionando al derecho de propiedad en dominium legitimum y dominium material.

Es en el derecho inglés en donde se designa trust a grandes relaciones económico financieras, aunque jurídicamente conlleva un derecho de propiedad de cosas muebles e inmuebles que tiene una persona a favor de otras. Generalmente se considera que es un estado de relación fiduciaria respecto de bienes que sujeta a la persona por quien dichos bienes son poseídos a deberes en equidad y a manejar dichos bienes para beneficio de otra persona, la cual se origina como resultado de la manifestación de la intención de crearlo.<sup>2</sup>

Este negocio surge como resultado de un acto voluntario expreso de la persona que crea el trust (settlor), siendo caracterizado este contrato por existir dos propiedades sobre los mismos bienes como son el trustee, que es el propietario legal y el cestui que trust, quien es el beneficiario que recibe la protección como propietario en equidad. Esta es una de las principales diferencias con el fideicomiso romano.

El trust podrá ser constituido por el traspaso del título legal a determinada persona, condicionando el fideicomiso a favor de la persona que lo ha otorgado o de un tercero; también es

---

<sup>1</sup> “Tratado de Fideicomiso”, Kiper, Claudio y Lisoprawski, Silvio, ed. Depalma, Buenos Aires, 2003

<sup>2</sup> Domínguez Martínez, Jorge A., “El fideicomiso ante la teoría general del negocio jurídico”, 3ª ed., Porrúa, Méjico, 1982



posible constituirlo sin realizar el traspaso, separando el patrimonio equitativo, fundado en el derecho de equidad, del dominio legal que se convertirá en el propietario primitivo.<sup>3</sup>

Vélez Sarsfield trató en nuestro Código Civil la figura del fideicomiso. En el art. 2662 estableció que es aquél 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.

Nuestro codificador prohibió la sustitución fideicomisaria (arts. 3724 y 3731). Sólo admitió la subrogación de algún heredero testamentario, en el caso en el cual no pudiese o no quisiese aceptar lo legado.

Una de las fuentes que tomó en consideración fue el Esboço de Freitas, en donde se admitía la sustitución fideicomisaria. En su anteproyecto estableció que sólo podía llamarse al fiduciario al legado, siendo este el único que poseía la facultad de entregar la cosa al fideicomisario.<sup>4</sup>

En nuestro código se admitió al fideicomiso como una forma de dominio imperfecto, conjuntamente con el dominio revocable y el desmembrado en el art. 2507, diferenciándolo del dominio perfecto, que era el dominio no sujeto a condición ni plazo resolutorio alguno o también podía ser el caso de que no hubiera sufrido desmembramiento.

Doctrinarios de nuestro país afirman que la ley 24.441 fue la que estableció una regulación específica de los negocios fiduciarios, aunque hasta su sanción existían normas aisladas que los contemplaban (por ejemplo debentures en la ley 18.601 y la ley de entidades financieras 21.526; como así también la ley de reforma del Estado 23.696).<sup>5</sup>

En numerosos eventos académicos fue debatida su aplicación y sus conclusiones sirvieron de antecedentes para su regulación en nuestro país.<sup>6</sup>

---

<sup>3</sup> Moisset de Espanés, Luis, “Contrato de fideicomiso”, Revista del Notariado, número extraordinario, 1995.

<sup>4</sup> Vázquez, Humberto, “La institución del fideicomiso en el derecho romano”, *JA*, 1999-II, 1087.

<sup>5</sup> Cita 4

<sup>6</sup> Congreso Internacional de Derecho Privado (Italia, 1950); VII Conferencia Interamericana de Abogados (Uruguay, 1951), V Reunión Jurídico Notarial (Rosario, 1972), XII Congreso Internacional del Notariado (Argentina, 1973), XIV Congreso Internacional del Notariado Latino (Guatemala, 1977), VII Convención Notarial del Colegio de Escribanos

Se establecieron como principios generales:

.-“Dada la naturaleza de derechos reales de los dominios imperfectos, su régimen jurídico queda sometido a la muy dominante incidencia del orden público (*numerus clausus*);

-los únicos supuestos de dominios imperfectos en el Código Civil argentino son el dominio desmembrado, el dominio revocable y el dominio fiduciario;

-no es un nuevo caso de dominio imperfecto el supuesto del art. 2355 in fine del Código Civil, acerca de la adquisición de buena fe de la posesión de inmuebles, mediando boleto de compraventa;

-el dominio fiduciario no sólo está permitido y definido por el Código Civil argentino, sino que existen directivas legales suficientes para poder aplicarlo;

-debe distinguirse el dominio fiduciario de los negocios fiduciarios en general, pues en estos últimos el pacto de fiducia sólo tiene alcances obligacionales sin trascendencia real;

-la tipicidad del dominio fiduciario en el Código Civil argentino impide que coincidan total o parcialmente las calidades del fideicomitente (constituyente), de fiduciario (titular de dominio imperfecto) y de fideicomisario (beneficiario final);

-el dominio fiduciario puede estar subordinado únicamente a condiciones resolutorias (explícitas) o a plazos resolutorios explícito;

-el dominio fiduciario puede recaer sobre cosas muebles o inmuebles el dueño fiduciario tiene las facultades materiales y jurídicas propias del dueño, salvo la prohibición de constituir usufructos o acaso usos y habitaciones, pero el ejercicio de esas facultades queda expuesto a los efectos de la revocación (arts. 2670 a 2672 del Código Civil);

-únicamente puede constituirse por voluntad de los particulares expresada en actos entre vivos a título oneroso o gratuito o en disposiciones de última voluntad y en ningún caso están permitidas las sustituciones fideicomisarias;

---

(Bs.As., 1978), I Congreso de Abogados del Banco de la Nación Argentina (Argentina, 1977), Seminario Latinoamericano sobre Fideicomiso (Méjico, 1978), XII Congreso Internacional de Derecho Registral (Brasil, 1987), IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Argentina, 1983), entre otros eventos.

-en materia de cosas inmuebles sólo es exigible la exteriorización registral de la existencia del dominio fiduciario, de su extinción, o de la aceptación del fideicomisario, con respecto a los terceros interesados de buena fe.

-carecen de buena fe quienes conocían o debían conocer la realidad extra-registral por los necesarios estudios de títulos que deben remontarse a un plazo no menor al de veinte años de la prescripción adquisitiva larga. Para proceder a la publicidad registral de la extinción del dominio fiduciario o de la aceptación del fideicomisario, es menester que esas situaciones jurídicas consten en algún documento inscribible; en materia de cosas muebles no registrables la imperfección del dominio fiduciario es inoponible a los terceros interesados de buena fe; de tratarse de subadquirentes se requiere además que la adquisición haya sido a título oneroso (arg. arts. 2671, 2767 y 2778 del Código Civil);

-el fideicomisario está legitimado para la promoción de acciones reales; la adquisición del dominio por el fideicomisario se configura a través de su aceptación acompañada por la tradición traslativa de dominio”.

Respecto a su naturaleza, acerca de si es un contrato unilateral o bilateral, la ley 24.441 define al fideicomiso celebrado entre vivos como un contrato (arts. 2 y 4) y al fideicomiso testamentario como un acto jurídico unilateral de última voluntad sin que la no aceptación de su nombramiento por parte del fiduciario afecte el nacimiento del fideicomiso (art. 3).

Para que el contrato tenga efectos jurídicos, entonces, se requiere la presencia del fiduciante y del fiduciario. Ello no impide que, en caso de cesación de éste último, se aplique el procedimiento de sustitución previsto en la ley (arts. 4, inc. e, y 10).

No es requisito necesario la aceptación del beneficiario para que se configure el contrato de fideicomiso pero, para que el acto sea válido, se exige que el beneficiario este determinado, pudiendo existir o no al momento de su celebración, figurando los datos que permitan su individualización en el futuro.

Encuadra dentro de la categoría de contrato consensual, según lo previsto por el art. 1140 del Código Civil, por quedar concluido desde que las partes manifiestan su consentimiento para

producir sus efectos. El contrato se encontrará perfeccionado con la sola manifestación de voluntad.<sup>7</sup>

Podemos decir que el negocio fiduciario posee los siguientes caracteres:

\* es un contrato típico y nominado (ley 24.441 y el art. 2662 y siguientes de nuestro Código Civil).

\* es consensual, por lo cual basta con el consentimiento de los contrayentes para su celebración y para la consecuente producción de efectos jurídicos. Conforme lo dispone el art. 1140 del Código Civil, que establece: *“Los contratos consensuales...quedan concluidos para producir sus efectos propios, desde que las partes hubiesen recíprocamente manifestado su consentimiento”*.

Este contrato produce sus efectos desde momento en el cual el fiduciante y el fiduciario manifiestan recíprocamente su consentimiento. La entrega de los bienes en propiedad es un acto de ejecución del contrato; ante el incumplimiento de la transmisión, el fiduciario se encuentra legitimado para reclamar la entrega y el otorgamiento de las formalidades que deban cumplirse, conforme la naturaleza misma de los bienes<sup>8</sup>.

El fideicomiso únicamente podrá tener origen en un acto unilateral cuando sea constituido en un testamento.

\* es bilateral ya que al celebrarse el contrato tanto fiduciante como fiduciario, se obligan recíprocamente el uno al otro.

Para su formación es necesaria, por lo menos, la concurrencia de dos partes. Decimos también, que su principal efecto es generar obligaciones recíprocas para el constituyente y el fiduciario.

Al analizar el carácter bilateral del negocio fiduciario se ha expresado: *“El fiduciario asume la obligación de ejercer el derecho transmitido según determinados cánones, y de restituirlo al fiduciante o transferirlo a un tercero; y el fiduciante asume la obligación de efectuar la transmisión del bien cumpliendo todas las formalidades”*<sup>9</sup>.

\* es unitario, ya que se establece a través de un único negocio jurídico, *“Es unitario en el sentido de no constituir un complejo ni una yuxtaposición de negocios jurídicos de diferente*

---

<sup>7</sup> “El fideicomiso y la insolvencia”; 28/02/2007; Seminario dictado por Kiper, Claudio y Heredia, Pablo; Asociación Pur Sang; Buenos Aires.

<sup>8</sup> “Contratos civiles y comerciales. Parte general y...”; Ghersi, Carlos; t. II.

<sup>9</sup> Iturbide, Gabriela A., “El contrato de fideicomiso en el marco de los negocios fiduciarios”, *JA*, 1998-III-814.

naturaleza. Se trata de un solo acto jurídico, aunque determine complejas modificaciones en la relación jurídica. Además, tiene una causa propia, la causa fiduciae”<sup>10</sup>.

\* sucede un sólo acto en el cual se encuentra unidos el acto real de transferencia de los bienes con la relación obligacional de hacer un determinado uso de ese derecho.

\* es oneroso, el art. 8° de la ley 24.441 lo presume oneroso, salvo estipulación en contrario. El fiduciario tiene derecho a una retribución, si esta no se encontrara establecida en el contrato, será el juez quién fijará su monto teniendo en cuenta los deberes a cumplir y la índole de la encomienda. “El beneficio que procura a una de las partes no le es concedido sino por una prestación que ella le ha hecho o se obliga a hacerle”<sup>11</sup>.

Expuesta la característica de oneroso del contrato de fideicomiso, vemos la consecuente prestación de una de las partes en razón de la contraprestación que promete o ejecuta la otra.

En sentido contrario, los contratos son a título gratuito cuando aseguran a una u otra de las partes alguna ventaja independiente de toda prestación de su parte. La ventaja que recibe una de las partes no reconoce como antecedente jurídico una prestación efectuada o a efectuar por ese contratante.

La doctrina mayoritaria <sup>12</sup> opina que el contrato de fideicomiso es bilateral por lo que debería ser oneroso, ya que existen prestaciones de ambas partes.

Se ha planteado<sup>13</sup> si la calificación de oneroso o gratuito del contrato en estudio es suficiente y si no es posible que exista una tercera categoría. Denomina a esta nueva categoría como contratos incoloros o indiferentes.

En el mismo sentido, el citado autor Spota, nos habla de actos o contratos de destinación en los cuales el acuerdo de voluntades tiene por efecto destinar un bien a un fin amparado por la ley sin que medie atribución patrimonial para alguna o ambas partes.

Si tenemos en cuenta esta tercera categoría, tanto la acción pauliana del art. 968 del Código Civil como la acción concursal, concluimos que se requeriría para su procedencia las exigencias de concilio fraudulento y el conocimiento del estado de cesación de pagos.

Para llevar adelante la acción pauliana se deberá probar el perjuicio a los acreedores, que el deudor se encontraba en estado de insolvencia patrimonial al realizar el acto, que el perjuicio

---

<sup>10</sup> Kiper, Claudio M., “Régimen jurídico del dominio fiduciario”, ps. 92 a 96, cit. por .Iturbide, Gabriela A., “El contrato de fideicomiso...”, cit., p. 814.

<sup>11</sup> Ghersi, Carlos A., *Contratos civiles y comerciales. Parte general y ...*, t. 2, cit., p. 192.

<sup>12</sup> “Instituciones de derecho civil. Contratos”; Spota, Alberto; 4° reimpresión; ed. Depalma; 1984; volumen I.

sufrido por los acreedores es consecuencia directa del acto atacado, que el crédito del acreedor es anterior a la celebración del acto que se ataca y que hubo fraude si el acto es oneroso.

\* es formal, encontramos enumerados en el art. 4º de la citada ley lo que deberá contener el contrato constitutivo. Debe ser por lo tanto, en forma escrita y cumplir con las formalidades propias estipuladas para los bienes respectivos conforme art. 12 de la misma norma, con la consecuente inscripción registral de los bienes con esa característica.

\* temporalidad del derecho fiduciario, en razón de que su existencia se encuentra al cumplimiento de una condición o un plazo resolutorios.

Ventajas sobre la hipoteca:

- nace un patrimonio de afectación que protege a los bienes
- reduce los riesgos del crédito garantizado
- limita la responsabilidad objetiva del fiduciario al valor del bien fideicomitido
- exime de la acción singular o colectiva de los acreedores del fiduciario o del fiduciante
- aísla el bien objeto del fideicomiso
- es más económica la faz de cumplimiento
- evita el proceso judicial
- se considera garantía autoloquidable por excelencia<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> Cariota – Ferrara; “El negocio jurídico”.

## **I. II. Elementos del Contrato de Fideicomiso:**

La mayoría de la doctrina que considera que existen en el negocio fiduciario los siguientes elementos:

Un sujeto activo que se obliga, y es quien constituye el fideicomiso, “fiduciante”.

Un sujeto pasivo que es quién se obliga a administrar el fideicomiso, “fiduciario”.

Existencia de una obligación de transmisión del dominio de los bienes objeto de fideicomiso al fiduciario supeditada esa transmisión al cumplimiento del lapso de tiempo que durará el contrato. Un bien o varios que compondrán el patrimonio de afectación sobre los cuales se constituirá el fideicomiso.

Elección (por parte del fiduciante) de un beneficiario que gozará de las ganancias que surgen de la administración del fideicomiso y podrá ser el destinatario final de los bienes.

Elección (por parte del fiduciante) de un fideicomisario, quién podrá ser el destinatario final de los bienes fideicomitados.

El plazo de vigencia del contrato que no podrá ser mayor a treinta años, salvo que hubiera que el beneficiario del fideicomiso fuera un sujeto incapaz por lo cual el contrato durará hasta que desaparezca la incapacidad o hasta la muerte de este.

También debemos enumerar otros dos elementos que se encuentran presentes en el negocio fiduciario y por ello consideramos que deben señalarse conjuntamente a los elementos ya nombrados.

---

<sup>14</sup> “Fideicomiso de Garantía. Hacia un sistema de garantías alternativas”; esc. Finkelberg, Mariana; XXVIII Convención Notarial ; Colegio de escribanos de la ciudad de Buenos Aires; 2001

La “confianza”, que debe depositar el fiduciante, en la persona del fiduciario, y además el “riesgo”, que esa confianza le genera, en virtud de que el fiduciante pone en juego bienes de su patrimonio para transmitírselo al fiduciario<sup>15</sup>

### **Sujetos:**

La ley estipula los sujetos que intervienen en el negocio fiduciario, quienes hemos dicho que son el fiduciante, fiduciario, beneficiario y fideicomisario.

\* *Fiduciante*: también es llamado, fideicomitente o constituyente.

El fiduciante es la persona física o jurídica que trasmite un bien de su propiedad en fideicomiso. Podrá constituir un negocio fiduciario quién sea el representante legal de una persona jurídica.

Quien quiera constituir un fideicomiso debe ser capaz para contratar.

Debe indicar cual será el fin a cumplirse con el contrato de fideicomiso y determinará a quién se le entregarán los bienes fideicomitados al concluir el fideicomiso.

\* *Fiduciario*: llamado también fideicomitado es aquél que recibe los bienes en fideicomiso. Es a quien se le transmite la propiedad fiduciaria y debe dar cumplimiento con el fin que a ella se ha consignado en el contrato.

Podrá serlo tanto una persona física como una jurídica. El art. 5° de la ley determina: “*El fiduciario podrá ser cualquier persona física o jurídica. Sólo podrán ofrecerse al público para actuar como fiduciarios las entidades financieras autorizadas a funcionar como tales sujetas a las disposiciones de la ley respectiva y las personas jurídicas que autorice la Comisión Nacional de Valores quien establecerá los requisitos que deban cumplir*”.

Según lo normado por el art. 6° el fiduciario, sea una persona física o jurídica, deberá cumplir con las obligaciones legales y convencionales con la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios. En el mismo sentido, el art. 1300 del Código Civil establece que: “El

---

<sup>15</sup> “Tratado de Fideicomiso”, Kiper, Claudio y Lisoprawski, Silvio, ed. Depalma, Buenos Aires, 2003



fiduciario deberá cumplir las obligaciones impuestas por la ley o la convención con la prudencia y diligencia de quien actúa sobre la base de la confianza y de la buena fe”.

Si el rol de fiduciario es desempeñado en el contrato de fideicomiso por una persona jurídica, será el representante de ésta quien adquirirá a nombre del ente tal carácter. En el caso de las entidades financieras deberán solicitar autorización para desempeñar el cargo ante la Comisión Nacional de Valores.

La capacidad requerida para ser fiduciario es, del mismo modo que para ser fiduciante, la capacidad para contratar

\* *Beneficiario*: El beneficiario es quien recibe la utilidad del fideicomiso a lo largo de la vigencia y desarrollo del contrato de fideicomiso.

En el art. 2° de la ley de rito encontramos establecidas pautas en relación con el beneficiario. Entre ellas citamos que en el contrato deberá individualizarse al beneficiario, pudiendo este ser una persona física o jurídica, que exista o no al tiempo de celebrarse el contrato, constando los datos necesarios que permitan su individualización al momento de entregarse los beneficios.

El fiduciante puede designar uno o más beneficiarios, quienes se beneficiarán por igual: también podrán designarse beneficiarios sustitutos para el caso en que los nombrados no acepten, renuncien o fallezcan. Las partes pueden estipular que los beneficiarios gocen en distintas proporciones los productos del fideicomiso.

Continúa el art. 2° de la ley que si ningún beneficiario aceptare, todos renunciaren o no llegaren a existir, se entenderá que el beneficiario es el fideicomisario. Si tampoco existiera en el futuro el fideicomisario, renunciare o no aceptare, el beneficiario será el fiduciante.

Se reconoce a o a los beneficiarios la facultad de transmitir por actos entre vivos o por causa de muerte sus derechos sobre el fideicomiso, excepto que el fiduciante dispusiera en sentido contrario.

\* *Fideicomisario*: al definirse el instituto en estudio en el art.1° se enuncia esta figura como uno de los posibles destinos de los bienes al fin del negocio. Según el art. 26° de la ley 24.441 al vencer el contrato o una vez cumplida la condición a la cual se encontraba subordinado el contrato de fideicomiso, si el fiduciante no ha nombrado beneficiario o este no ha aceptado o ha renunciado a los beneficios, recibirá los bienes fideicomitados esta figura denominada “Fideicomisario” el régimen actual en el art.1°, ha efectuado una distinción entre estos dos últimos sujetos, pues anteriormente fideicomisario y beneficiario eran consideradas la misma figura. (“*Producida la*

*extinción del fideicomiso, el fiduciario estará obligado a entregar los bienes fideicomitados al fideicomisario o a sus sucesores, otorgando los instrumentos y contribuyendo a las inscripciones registrales que correspondan”).*

Vemos que según lo normado en nuestra ley no es obligatoria la existencia de esta figura en el contrato constitutivo del fideicomiso ya que permite que los bienes fideicomitados sean transferidos al beneficiario al extinguirse el negocio fiduciario.

Las partes que conforman el contrato de fideicomiso, tienen obligaciones establecidas en la ley.

- Obligaciones del fiduciario: el fiduciario debe dar cumplimiento con sus obligaciones con la diligencia del buen hombre de negocios (art. 6º, ley 24.441 y art. 1300, Código Civil). Lo cual le implicará una conducta de responsabilidad profesional, basada en los conocimientos, la técnica y la experiencia que todo hombre de negocios debe ostentar. Debe utilizar toda su capacidad y conocimiento para poder obtener el fin que le ha sido encomendado.

“El patrón de apreciación de conducta que brinda el artículo 59 de la LSC “diligencia del buen hombre de negocios” impone la previsión de acontecimientos que no resultan absolutamente desacostumbrados en el ámbito de la actividad de la que se trata según la experiencia común”<sup>16</sup>.

Podemos decir que la diligencia debida por parte del fiduciario, deberá efectivizarse a través del fiel cumplimiento con lo pactado, para actuar de este modo con la lealtad que le corresponde por la confianza que en él se ha depositado, y con la diligencia ordenada al hombre de negocios.

Por la falta de obrar sin la debida diligencia de un buen hombre de negocios en un fallo de la justicia Nacional se ha decidido: “La omisión de tal diligencia hace responsable al administrador por los daños y perjuicios generados, y ello lo obliga a responder por aquellos causados por la omisión de cuidados elementales, configurando responsabilidad por culpa grave y, obviamente, el dolo”<sup>17</sup>.

Ante el incumplimiento el fiduciario será pasible de responder por el incumplimiento de las responsabilidades establecidas por nuestro ordenamiento jurídico en materia de incumplimiento contractual.

---

<sup>16</sup> CNCom., Sala D, 9/11/95, “Estancia Procreo Vacunos S.A. c. Lenzi Carlos, y otros”, cit. por Res. N° 15.256, de la Comisión Nacional de Valores, Buenos Aires, 01/12/2005.

<sup>17</sup> CNCom., Sala B, "Paramio, Juan c/ Paramio, Pascual s/ sum.. 05/11/1993, in re. Citado por autos: “Franke Carballo Facundo Nahuel c/ Expoyer S.A. y OTRO s/ despido”, CNTrab., Sala 2da., 05/02/2007.

“La pauta de conducta del fiduciario a través de una directiva general reconoce como antecedentes doctrinales y jurisprudenciales los referidos al artículo 59 de la ley 19.550, sobre administradores y representantes societarios, con cuya gestión guarda afinidad. El artículo 6° de la ley 24.441 debe integrarse en un todo armonioso con la directiva de buena fe del art. 1198 del Código Civil, el sistema de responsabilidad de los artículos 902 y 909 del mismo Código y la concepción de culpa del artículo 512”<sup>18</sup>.

*Son obligaciones del fiduciario:*

1) El ejercicio del negocio fiduciario.

El Art. 1 le exige al fiduciario ejercer la propiedad de los bienes del fideicomiso en beneficio de quien se designe en el contrato.

2) Rendición de cuentas:

El art. 7 establece la obligación del fiduciario de rendir cuentas por haber realizado la manda.

La ley 24441 no determina el modo en que debe practicarse la rendición de cuentas. Por lo tanto por analogía deberá efectivizarse, según lo indicado en el Código de Comercio, arts. 68 a 74, en el cual se trata de modo general esta obligación.

El deber de rendir cuentas debe ser realizado de forma precisa, clara, por escrito, a través de un informe y contener una gráfica. Debiendo constar todas las operaciones realizadas durante la gestión y realizar un detalle de todas ellas.

“Rendir cuentas es pues presentar al *dominus negotii* la descripción gráfica de las operaciones efectuadas acompañada de las informaciones aclaratorias y necesarias y de los respectivos comprobantes”<sup>19</sup>

Debe la rendición de cuentas contener tres elementos:

1) una parte gráfica,

2) una relación cuantitativa de los efectos de las operaciones y los saldos, y

3) una relación que involucre todo que no es numérico de la operación (concepto, fecha, referencia de los comprobantes, etc.)<sup>20</sup>

---

<sup>18</sup>“Las obligaciones...”; Gregorini Clusellas, Eduardo

<sup>19</sup>“Derecho Comercial argentino, 1: Parte general”; Fontanarrosa, Rodolfo; 1995; Zavalía citado por Molina Sandoval, Carlos A., “La rendición de cuentas en el fideicomiso”, *JA*, 2004-I-957 - *SJA*, 18/2/2004, p. 4.

<sup>20</sup> “Análisis de los estados contables”; Fowler Newton, Enrique: p. 117, citado por Molina Sandoval, Carlos A., “La rendición de...”, cit, p. 4.

La rendición contendrá su correspondiente respaldo en los comprobantes debidamente emitidos. Es decir que debe ser documentada.

El fiduciario debe llevar los libros de comercio. Es obligatorio para el fiduciario guardar la documentación y los libros por el período de diez años después del cese del negocio según lo establece el art. 67 del Código de Comercio

Deberá realizar la rendición, al menos una vez a año (art. 7 de la ley 24441). Las partes al celebrar el contrato pueden establecer un plazo de tiempo inferior.

La que no podrá las partes, es liberar de esta obligación en el contrato constitutivo..

Si podría el beneficiario con posterioridad a la constitución del fideicomiso dispensar al fiduciario de la obligación de rendir cuentas. Se trata de una obligación que favorece al beneficiario, por lo cual este podría renunciar a su derecho, una vez que lo está ejerciendo, es decir durante la ejecución del fideicomiso.

Surge del art. 7 de la ley 24.441, que la obligación del fiduciario de rendir cuentas es ante el beneficiario. Sin embargo, existen situaciones, en las cuales el fiduciante es el mismo sujeto que el beneficiario, o el fideicomisario, es también el beneficiario; para esos supuestos, es claro que a esa persona que reúne los dos caracteres (ya sea de fiduciante o fideicomisario), es a quién se le debe rendir cuentas.

También existe la posibilidad de que el fiduciante al momento de constitución del contrato de fideicomiso, exija, a través de una cláusula contractual, el deber del fiduciario de rendir cuentas sea no sólo ante el beneficiario, sino también frente el mismo fiduciante, ante el fideicomisario o ante ambos.

Coincidimos con la doctrina que estima que a pesar de no existir la cláusula que le confiere al fiduciante la facultad de solicitar que le rindan cuentas, de todos modos, podría exigírsele, en razón de que es un sujeto esencial del contrato, es quién a depositado su confianza en el fiduciario. En el mismo sentido, es el fiduciante quién deberá, en caso de escasez de fondos en el fideicomiso, decidir quién deba aportar el dinero faltante, según lo normado por el art. 16 de la ley 24441. También decimos que es el fiduciante quién puede demandar la remoción del fiduciario, por ello, resulta implícita su facultad de poder solicitarle la rendición de su gestión<sup>21</sup>.

3) Prohibición de adquirir los bienes del fideicomiso, para sí. (art. 7)

4) En los casos de fideicomisos financieros deberá emitir los títulos de valores.

Y también dar cumplimiento con lo requisitos que exija la Comisión Nacional de Valores (para los fideicomisos financiero y ordinario público). (art. 5 de la ley )

5) Mantener la separación de los patrimonios, esto es: sus bienes, de los bienes de propiedad fiduciaria (art. 14).

Por ello, es que los bienes del fiduciario no responden por las obligaciones contraídas por ejercer el negocio fiduciario (art. 16).

Así se evitará que los acreedores particulares del fiduciario intenten su cobro sobre los bienes fideicomitidos, y se preserva a los acreedores del fideicomiso, “el patrimonio separado es prenda común de los acreedores del fideicomiso. Su fundamento estriba en reservar a cierto grupo de acreedores un determinado núcleo de bienes sobre los cuales puedan ellos cobrarse, con exclusión de otros”<sup>22</sup>

La justicia comercial ha fallado: “Es improcedente la medida cautelar solicitada por el concursado tendiente a que cese el fiduciario en la administración y disposición de los fondos ingresados en virtud del contrato que los unía, en tanto los activos objeto del fideicomiso conforman un patrimonio separado que no puede ser agredido por los acreedores de ninguna de las partes”<sup>23</sup> .

6) Responder por los daños causados por su accionar en ocasión del fideicomiso.

Al respecto en un fallo de la justicia nacional se decidió: “El incumplimiento por parte del titular fiduciario del inmueble objeto de un emprendimiento inmobiliario, respecto de su deber de controlar la calidad de la obra, constituye un obrar contractual culposo que compromete su responsabilidad por las consecuencias inmediatas de tal incumplimiento en los términos del art. 520 del Código Civil”<sup>24</sup>.

7) Entregar los bienes (al cumplimiento del plazo o la condición) fideicomitidos al fideicomisario o sus sucesores y a otorgar los instrumentos y contribuir con las inscripciones registrales. (art. 26)

8) Liquidar los bienes fideicomitidos en el supuesto de liquidación de fideicomiso. (art. 16, 23 y 24 de la ley 24441).

---

<sup>21</sup> Molina Sandoval, Carlos A., “La rendición de...”, cit., p.13.

<sup>22</sup> Joulia, Emilio C., "Consecuencias y caminos ante la insolvencia del patrimonio fiduciario", *ED*, 201-688, con cita Missineo, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, 1971, p. 263, cit. por Guerrero, Agustín A. A. - Labonia, Pablo A., “Contrato de fideicomiso: frente a los créditos laborales”, *RDLSS*, 2005-2-85.

<sup>23</sup> CNCom., Sala C, 12/07/2002, “Litoral Citrus S.A. s/conc. prev.”, *LL*, 2002-E, 683- *IMP*, 2002-19, 137.

<sup>24</sup> CNCiv., Sala G, 09/08/2006, “Ortiz, Pablo D. c. T.G.R. Hipotecaria S.A. ”, *LL*, 2006/10/25, p. 10.

### *Facultades del fiduciario:*

1) Tiene legitimación para ejercer todas las acciones necesarias en defensa de los bienes fideicomitidos, contra los terceros o el beneficiario. Se trata igualmente de una obligación del fiduciario, el ejercer dichas acciones, para poder preservar los bienes fideicomitidos, y cumplir con el fin encomendado (art. 18, ley 24.441).

2) La posibilidad de ser reembolsado por aquellos gastos efectuados a causa del fideicomiso (art. 8º, ley 24.441).

3) Tiene derecho a una retribución que debe ser pactada en el contrato y en el caso de no estarlo, es el juez quién deberá fijarla según las tareas y al importancia de los deberes a cumplir según lo normado en el art.8º.

4) Goza de los derechos de administración, disposición y gravamen, sobre los bienes objeto del fideicomiso debiéndose sujetar a las limitaciones que se encuentren establecidas en el contrato o testamento. Consideramos la conveniencia de que las limitaciones surjan de la inscripción registral, para su oponibilidad. El art. 17 le permite al fiduciario disponer o gravar los bienes fideicomitidos cuando lo requieran los fines del fideicomiso. Sin exigir el consentimiento del fiduciante o beneficiario, salvo pacto en contrario.

*Cesación del fiduciario:* cesará en su cargo si se presentara alguno de los siguientes supuestos:

\*La remoción judicial demandada por incumplimiento de lo convenido (podrá ser solicitada tanto por el fiduciante como por el beneficiario).

\*Muerte.

\*Incapacidad judicialmente declarada.

\*Disolución de la persona jurídica.

\*Quiebra o liquidación.

\*Renuncia (surtirá efectos una vez que haya sido transferido el bien fideicomitido al beneficiario sustituto. En el caso de personas jurídicas, si no existiese ningún sustituto designado, será el juez quien nombrará al sucesor según lo establecido en el art. 19).

### *-Obligaciones del fiduciante:*

Son obligaciones del fiduciante:

1) Entregar los bienes en fideicomiso,

- 2) Abonar al fiduciario los gastos realizados en ocasión del fideicomiso.
- 3) Si se ha pactado retribución para el fiduciario, deberá abonarla.
- 4) Facilitarle al fiduciario que pueda dar cumplimiento con el fideicomiso.

#### *Facultades del fiduciante:*

Son facultades del fiduciante:

1) Exigirle al fiduciario el fiel cumplimiento del fideicomiso. Ante el incumplimiento está facultado de exigir la rescisión del mismo.

2) Si bien el art. 7° de la ley 24.441 sólo establece la rendición de cuentas frente al beneficiario, consideramos, que es también facultad del fiduciante la exigencia de que el fiduciario le rinda cuentas por la gestión efectuada.

- Beneficiario: tendrá derecho a: obtener el beneficio pactado por el fiduciante, y con la periodicidad allí estipulada; a que el fiduciante le rinda cuentas por su gestión, podrá renunciar a este derecho una vez que el negocio fiduciario esté en ejecución.

- Fideicomisario: tiene la facultad de recibir los bienes fideicomitidos, una vez que se ha concluido el plazo o la condición del negocio fiduciario.

#### **Objeto:**

El objeto del dominio fiduciario sólo pueden ser cosas ciertas determinadas que estén en el comercio.

Respecto de la determinación señalamos que, en un contrato de fideicomiso en el cual se transmite la propiedad de una cosa, esta será individualizada al momento de celebrarse.

Si no ha sido individualizada, según lo normado en el art. 4° inc. a) deberá ser determinable, es decir que deben describirse las características del o de los objetos con el fin de que pueda ser correctamente individualizada. (Artículo 4°: “*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;...*”).

En cuanto a los créditos, cabe observar que pueden ser objeto de este tipo de contrato si se encuentren debidamente documentados.

También nos establece la ley que el contrato constitutivo deberá contener: art. 4º inc. b) *“...la determinación del modo en que otros bienes podrán ser incorporados al fideicomiso;...”*, como así también en el inc. d) del mismo artículo *“...el destino de los bienes a la finalización del fideicomiso;...”*

Estos bienes objeto del fideicomiso, conformarán un patrimonio separado de los patrimonios de fiduciario y fiduciante, conforme lo normado por el art. 14, a la vez que quedarán exentos de la acción singular o colectiva de los acreedores (art. 15).

Los bienes que integran este patrimonio de afectación, salvo pacto en contrario, podrán ser gravados por el fiduciario como garantía de las obligaciones que deba contraer para llevar adelante el fideicomiso. (Art. 17: *“ El fiduciario podrá disponer o gravar los bienes fideicomitados 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.”*)

### **Causa**

Entendiéndose la causa como uno de los elementos que debe necesariamente contener todo acto jurídico, debemos decir que el fideicomiso debe contener una causa para ser válido como acto jurídico.

Los arts. 499 y siguientes de nuestro Código regulan el tema.

Art. 499: *“No hay obligación sin causa, es decir, sin que sea derivada de uno de los hechos, o de uno de los actos lícitos o ilícitos, de las relaciones de familia, o de las relaciones civiles.”*, art. 500: *“Aunque la causa no esté expresada en la obligación, se presume que existe, mientras el deudor no pruebe lo contrario.”*, art. 501: *“La obligación será válida aunque la causa expresada en ella sea falsa, si se funda en otra causa verdadera.”*, art. 502: *“La obligación fundada en una causa ilícita, es de ningún efecto. La causa es ilícita, cuando es contraria a las leyes o al orden público.”*

La causa que puede dar origen a la constitución de un fideicomiso, ya sea por actos entre vivos o por disposiciones de última voluntad, puede ser una sola o varias.

Los móviles que tendrá en cuenta el fiduciante al elegir este tipo de contrato tiene relación directa con los fines propuestos.



### **Forma:**

De acuerdo con la ley 24.441, el fideicomiso puede ser constituido por dos medios:

- el contrato
- el testamento.

La ley regula en gran parte la constitución contractual del fideicomiso. Vemos que al definir la figura en el art. 1º se limita a enunciarlo como figura de base contractual (art. 1º: "*Habrá fideicomiso cuando una persona (fiduciante) transmita la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (fiduciario), 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*").

En el caso de constituirlo por medio de un contrato no exige la ley formalidad alguna.

Podemos decir que por ser un contrato en el cual, al celebrarse, se transmiten bienes que pueden ser inmuebles es necesaria su instrumentación por medio de escritura pública, basándonos en los incisos 1º y 8º del art. 1184 de nuestro Código Civil los cuales establecen la necesidad de consignar en escritura pública las operaciones jurídicas relativas a transmisión de bienes inmuebles. (Art. 1184: "*Deben ser hechos en escritura pública, con excepción de los que fuesen celebrados en subasta pública: inc 1º: los contratos que tuvieren por objeto la transmisión de bienes inmuebles, en propiedad o usufructo, o alguna obligación o gravamen, sobre los mismos, o traspaso de derechos reales sobre inmuebles de otro; inc. 8º: las transacciones sobre inmuebles; ...*").

En el art. art. 3º la ley establece la posibilidad de constituir un contrato de fideicomiso por testamento. En tal caso, el testamento, deberá contener todas las formalidades propias de este tipo de acto que acarrear n su validez o no. (Art. 3º "*El fideicomiso también podrá constituirse por testamento, extendido en alguna de las formas previstas por el Código Civil, el que contendrá al menos las enunciaciones requeridas por el artículo 4. En caso de que el fiduciario designado por testamento no aceptare se aplicará lo dispuesto en el artículo 10 de la presente ley.*")

### **Duración:**

El art. 4º, inc. c), de la ley 24.441 determina que el contrato de fideicomiso deberá contener el plazo o la condición resolutoria. A la vez, ese cuerpo normativo estipula que el plazo nunca podrá ser superior a los treinta años, salvo que el beneficiario fuera un incapaz.

En este caso, durará hasta su muerte o hasta que haya cesado su incapacidad. Art. 4º: “...*El contrato también deberá contener:*

*c) El plazo o condición a que se sujeta el dominio fiduciario, el que nunca podrá durar más de treinta (30) años desde su constitución, salvo que el beneficiario fuere un incapaz, caso en el que podrá durar hasta su muerte o el cese de su incapacidad; ...”*

En el caso de que no se cumpliesen ni la condición ni el plazo fijado antes del cumplimiento de los treinta años establecidos como tope por la ley 24.441, éste será el tiempo de finalización del contrato. Ello, salvo lo previsto respecto de los incapaces.

El supuesto contemplado por el art. 4º, inc. c), de la ley 24.441 establece que el plazo legal establecido por la ley no rige para los supuestos en los cuales el beneficiario sea incapaz. Fija como límite en estos casos la cesación de su incapacidad o su muerte. Por lo tanto en el supuesto en el cual el beneficiario sea un incapaz, la fiducia durará hasta su muerte o hasta que recupere su capacidad.

Si el fiduciante designara varios beneficiarios y alguno, varios o todos ellos fuesen incapaces, interpretamos que el art. 4º de la ley 24.441 establece que en este caso el fideicomiso durará hasta que haya cesado la incapacidad del último de ellos o hasta la muerte del último que fuera incapaz.

El fideicomiso dejará de existir en el caso de remoción judicial del fiduciario por incumplimiento de las obligaciones a su cargo o por su muerte, incapacidad, renuncia, quiebra o liquidación sin que haya sido previsto en el contrato la persona que lo sustituirá. Igualmente si se produce la disolución de la persona jurídica que desempeñaba el rol de fiduciario.

Por último decimos que el fideicomiso se extingue también por tornarse ilícito su fin o por haberse tornado imposible su cumplimiento.

El art. 9º de la ley 24.441 además de las causales enumeradas dispone que el dominio fiduciario puede extinguirse por “*cualquier otra causal prevista en el contrato*”.

### **I. III. Clases de fideicomiso:**

#### **a) Fideicomiso de garantía:**

Podemos entender al contrato de fideicomiso de garantía como aquél en el que mediante una parte identificada como fiduciante, se obliga a transferir la propiedad fiduciaria de uno o más bienes a un fiduciario con el objeto de garantizar con ellos, o con su producido, el cumplimiento de ciertas obligaciones a cargo de aquél o de un tercero, designando beneficiario al acreedor, a quien, en caso de incumplimiento, se pagará la obligación garantizada, según lo previsto en la convención fiduciaria, o restituyendo los bienes remanentes, o su totalidad en caso de cumplimiento, al fiduciante en su carácter de fideicomisario.

Podemos enumerar distintos fideicomisos de garantía, cuya clasificación depende del fin perseguido por el constituyente. Entre ellos encontramos:

- fideicomiso de garantía con bienes muebles.
- fideicomiso de garantía con derechos y créditos quirografarios.
- fideicomiso de garantía con bienes inmuebles.
- fideicomiso de garantía con acciones societarias y títulos valores.
- fideicomiso de garantía con cartera (facturas, títulos de crédito, créditos quirografarios, flujos de fondos de peajes, etc.).

Suele utilizarse en reemplazo de la hipoteca y la prenda como función de garantía de una deuda.

En contrato constitutivo del fideicomiso se establecerán todas las previsiones necesarias, inclusive la forma de acreditar la mora del fiduciante deudor hacia su acreedor, beneficiario de la garantía.

No se genera un derecho real a favor del beneficiario o fideicomisario acreedor, como sucede con la prenda o la hipoteca, teniendo aquél un derecho personal de exigir al fiduciario, en caso de incumplimiento del fiduciante deudor, que proceda a la venta o realización de los bienes o derechos fideicomitados y con su producido le pague su crédito.

Podemos decir que este tipo de fideicomiso es un sustituto del tradicional sistema de garantías reales con la diferencia de que en éstas, en caso de incumplimiento, la venta fiduciaria no es una ejecución forzada sino el cumplimiento de una obligación alternativa.

Es decir, se le transmiten al fiduciario los bienes puestos en garantía de la obligación contraída para que proceda a su venta en caso de incumplimiento de dicha obligación o entregue los bienes en propiedad al beneficiario o a un tercer acreedor, según hubiera establecido en el contrato constitutivo,.

#### b) Fideicomiso de administración:

Es el contrato en el cual el fiduciante entrega en propiedad al fiduciario uno o más bienes determinados para que los administre y con el fin de que al cumplimiento de un plazo o de una condición resolutoria, le sean entregados a un tercero o al fideicomisario.

La característica de este tipo contractual es que el fiduciante puede convenir que los réditos que se perciban de esa administración puedan ser dados a un beneficiario.

En el fideicomiso de administración el objeto del negocio es administrar los bienes fideicomitados, proceder a su cobro, sustituirlos, transformarlos o disponer de ellos, con el objeto de obtener un resultado económico que se imputará a los beneficiarios.

#### c) Fideicomiso inmobiliario:

Es el contrato por el cual se transfiere un bien inmueble y recursos financieros a una sociedad para que esta los administre con la finalidad de desarrollar un proyecto inmobiliario, de acuerdo con las instrucciones señaladas en el contrato, transfiriendo al final del proceso los bienes inmuebles construidos a quienes resulten beneficiarios.

La característica común a todos los fideicomisos inmobiliarios es la transferencia de un terreno con el fin principal de desarrollar sobre el mismo un proyecto construcción que puede ser de uso comercial, oficinas, vivienda o infraestructura en general.

En este tipo de fideicomiso confluyen intereses diversos, conectados entre sí, como pueden ser las entidades que concedan créditos, constructores y arquitectos que realicen trabajos en estos emprendimientos inmobiliarios, ingenieros y calculistas, entidades municipales que conceden los

permisos y autorizaciones necesarias, entidades de control ambiental, el o los propietarios del terreno donde se hará la construcción, escribanos que otorguen los instrumentos legales pertinentes, y su inscripción en los registros de ley, etc

d) Fideicomiso testamentario:

Fideicomiso en el cual es aquél el fiduciante constituyente estipula en su testamento quien será beneficiario de sus bienes cuando se produzca su fallecimiento. La persona indicada recibirá todo o parte de sus bienes, con el objeto de destinarlo a ciertas finalidades, en beneficio de otro u otros.

El fideicomiso testamentario está expresamente admitido por el art. 3° de la ley 24.441. (*“El fideicomiso también podrá constituirse por testamento, extendido en alguna de las formas previstas por el Código Civil, el que contendrá al menos las enunciaciones requeridas por el artículo 4. En caso de que el fiduciario designado por testamento no aceptare se aplicará lo dispuesto en el artículo 10 de la presente ley.”*)

Debe diferenciarse el fideicomiso testamentario de la sustitución fideicomisaria.

Una de las diferencias más importantes es que este tipo de fideicomiso es que en el testamento la condición a la cual se subordina el fideicomiso es la muerte de aquel que ha sido instituido como beneficiario, en razón de que éste es quien recibe la remuneración pero no la propiedad de los bienes cuya titularidad estará en cabeza del designado como fideicomisario.

f) El fideicomiso financiero:

El art. 19 de la ley 24.441 lo define como al contrato “en el cual el fiduciario es una entidad financiera o una sociedad especialmente autorizada por la Comisión Nacional de Valores para actuar como fiduciario financiero, y beneficiario son los titulares de certificados de participación en el dominio fiduciario o de títulos representativos de una deuda garantizados con los bienes así transmitidos”.

El artículo precedentemente mencionado aclara que dichos certificados de participación y títulos de deuda serán considerados títulos valores y podrán ser objeto de oferta pública, señalando además que la autoridad de aplicación será de la Comisión Nacional de Valores, pudiendo esta última dictar normas regulatorias del tema.

El objetivo de un fideicomiso financiero es emitir o garantizar con bienes fideicomitados, títulos representativos de deuda o certificados de participación en el dominio fiduciario de los bienes.

En este tipo de fideicomiso el fiduciario debe ser una entidad financiera o una sociedad especialmente autorizada por la Comisión Nacional de Valores para desempeñarse como fiduciario financiero.

Los certificados de participación en el dominio fiduciario y los títulos representativos de deuda garantizados con bienes fideicomitados a los cuales alude el artículo, deberán contar con dos calificaciones de riesgo independientes por medio de las sociedades que con tal objeto se hallan registradas en la Comisión Nacional de Valores.

Podrá hacerse la colocación de estos tanto por oferta pública o privada.

La ley continúa la normativa del fideicomiso financiero aclarando que los certificados de participación serán emitidos por el fiduciario. Los títulos de deuda garantizada por los bienes fideicomitados podrán ser emitidos por el fiduciario o por terceros, según fuere el caso.

Tanto los certificados como los títulos podrán ser al portador o nominativos, endosables o no o escriturales de acuerdo con el art. 8 de la ley 23.576.

Serán emitidos sobre la base de un prospecto en el que constarán las condiciones de emisión y enumerará lo necesario para identificar el fideicomiso al que pertenecen, con descripción detallada de los derechos que confieren. La ley permite que puedan emitirse certificados globales de los certificados de participación para su inscripción en regímenes de depósito colectivo, los que se considerarán definitivos, negociables y divisibles.

Se admite la emisión de distintas clases de certificados de participación con distintos derechos aclarando en todo momento que dentro de cada especie se otorgarán los mismos derechos.

### *g) Fideicomiso de seguros*

Modalidad del fideicomiso por la cual quien contrata un seguro de vida nombra como beneficiario a un banco o a otra entidad financiera con la cual celebra un contrato de fideicomiso designándolo fiduciario del importe a percibir de la aseguradora, fijando su plazo y especificando todas las condiciones a las que debe ajustarse aquél en cumplimiento de los fines instruidos (inversiones a efectuar, beneficiarios de las rentas, destino final de los bienes, etc., etc.).

Se trata de una variedad de fideicomiso que puede ser útil en especial para las entidades fiduciarias por las comisiones u otros ingresos que por su gestión convengan y perciban. Esta modalidad de constitución de contrato de fideicomiso ha sido desarrollada en México.

h) Fideicomiso de inversión:

Es aquel por el cual los constituyentes aportan sumas de dinero al fideicomiso Mercantil, con la finalidad de que sean invertidos en provecho de beneficiarios o de terceros.

El fiduciante transmite bienes al fiduciario, para que este los administre, ya sea en beneficio del instituyente o de un tercero. Aún cuando no lleven la denominación de tal, no son sino fideicomisos de administración los que ejercen las entidades gerentes de fondos comunes de inversión y las administradoras de fondos de jubilaciones y pensiones.

En los Fondos Voluntarios de Pensiones, se constituyen como complemento de los aportes previsionales obligatorios y pueden constituirse con recursos de los propios interesados o de empresas patrocinadoras, a favor de su personal.

En cambio, reciben los fondos en dominio pleno y no fiduciario las compañías de seguros de retiro que actúan en la República Argentina.

## **I. IV: Fideicomiso Público:**

### **Concepto y características:**

Podemos definir al fideicomiso público como un contrato por medio del cual la Administración, por intermedio de alguna de sus dependencias facultadas y en su carácter de fideicomitente, transmite la propiedad de bienes del dominio público o privado del Estado, o afecta fondos públicos, a un fiduciario, para realizar un fin lícito, de interés públicos.<sup>25</sup>

A pesar de que este tipo de fideicomiso tiene como base la estructura convencional que caracteriza el tipo contractual, la relación bilateral fiduciante-fiduciario, hay una gran diferencia de naturaleza en el proceso de formación que lo diferencia del fideicomiso privado.

En el fideicomiso público, la celebración del contrato es una etapa dentro de un proceso ya que se produce un procedimiento jurídico distinto, sui generis, que comienza en la ley o decreto que le da vida, fija sus objetivos y características, determinando condiciones y términos a los cuales se sujetará la contratación. A la vez que regula la constitución, modificación, organización, funcionamiento y extinción de los fideicomisos.

Hacemos notar las diferencias con el fideicomiso privado:

- la constitución, modificación y extinción del fideicomiso público tienen origen en el derecho Administrativo, sin dejar de lado la aplicación de la ley 24.441 en todo lo que normativamente no se oponga.
- la Administración necesariamente debe intervenir en su constitución.
- el patrimonio separado se conforma con bienes o derechos del Estado y la finalidad del fideicomiso que lo genera es de interés público.

---

<sup>25</sup> “Tratado de Fideicomiso”, Kiper, Claudio y Lisoprawski, Silvio, ed. Depalma, Buenos Aires, 2003



### Naturaleza jurídica y justificación económico social:

Surge la pregunta acerca de si nos encontramos ante un contrato o ante una nueva estructura administrativa que involucra un fideicomiso o una deformación de este. En el mismo sentido si ese ente estatal es una persona jurídica de carácter estatal o público.

Hay quienes han sostenido que el contrato de la Administración es un especie dentro de la categoría jurídica de los contratos.<sup>26</sup> No puede negarse que en los contratos del Estado existe una sujeción de la relación convencional al derecho público, aun en los casos en que el vínculo entre el particular y la Administración se rija básicamente por el derecho privado, porque la singularidad o presencia del Estado habrá de dejar de lado lo puramente privado, la paridad y equilibrio entre las partes que supone un contrato privado.

En ocasión del contrato de obra pública se ha preguntado<sup>27</sup> acerca de si no obstante que una de las partes sea la Administración Pública, se puede estimar que se está ante una convención en el sentido del art. 1137 de nuestro Código Civil.

Se observa que las atribuciones de la Administración para innovar en todo lo que sea inherente al fin de interés general le otorgan una nota especial que lo distingue del contrato de derecho privado. Aún en el caso en que se tienda a resarcir la lesión patrimonial que el Estado le infiere al particular al prevalecer su superioridad, no nos encontramos con la igualdad jurídica de las partes advirtiéndose la nota caracterizando, el interés general en primer lugar y posteriormente el interés privado.

Al interrogante acerca de si nos encontramos ante una nueva estructura administrativa, debemos decir que suscita la existencia un ente jurídico que trasciende la mera clasificación de contrato que supondría el fideicomiso público, si estamos frente a una entidad diversa de las partes que lo conforman.

Consideramos que el análisis del fideicomiso público debería realizarse desde distintos puntos:

---

<sup>26</sup> “Derecho Administrativo”; Dormí, Roberto; 6º edición; editorial Ciudad Argentina; 1997

<sup>27</sup> “Instituciones de Derecho Civil. Contratos”; Vol. 1; Spota, Alberto; Depalma; 1984

- como negocio fiduciario (implicando las relaciones jurídicas que se dan en el fideicomiso en general pero con las notas de que el fideicomitente es siempre la Administración pública y los fines que perseguirá serán consecuentemente de interés público).
- como estructura administrativa (no tiene personalidad jurídica, debe estarse a la ley, decreto o acto administrativo que autoriza la constitución del fideicomiso público).
- como empresa (es una unidad jurídico económica constituida total o parcialmente con bienes del Estado o fondos públicos orientada a la prestación de servicios de interés público, cuya organización y funcionamiento se encarga a una institución fiduciaria sujeta al control y vigilancia de la Administración pública).
- como contrato (es el celebrado entre la Administración pública por medio de alguno de sus órganos con un fiduciario con el propósito de transmitirle la propiedad de ciertos bienes, con la encomienda de realizar fines de interés público en beneficio del fideicomisario. Será el instrumento por el cual se concreta el fideicomiso y se hacen viables los derechos y obligaciones de las partes).
- dominio de los bienes (los bienes a transmitir son los bienes del dominio del Estado, pero únicamente lo de su dominio privado en virtud que los del dominio público son inalienables e imprescriptibles. Para todo propósito de inversión o garantía, la intangibilidad de los bienes privados del Estado queda asegurada por la puesta de estos en fideicomisos).

Vemos a este tipo de fideicomiso como un medio que sirve al Estado para conformar en un solo centro de imputación diferentes recursos monetarios provenientes de diversas fuentes para destinarlos a varios o miles de beneficiarios, limitando la aplicación de los recursos en un contrato.

La justificación económico social del fideicomiso público, como soporte de la actividad del Estado, se materializa cuando algunas necesidades económicas o sociales necesitan un tipo de solución o apoyo que reúna ciertas notas caracterizantes.

Entre ellas podemos enunciar que por la naturaleza del fideicomiso, se utiliza en forma temporal, en actividades de fácil identificación y con la posibilidad de aislar de cualquier otro tipo de relación administrativa. También por la misma razón, el fideicomiso permite concentrar e independizar los bienes que la administración pública dispone y afecta a la realización de un objetivo que es temporal.

Por el carácter de patrimonio separado sujeto a reglas diferentes que adquiere la masa de bienes fideicomitidos y, por lo mismo, su fácil consideración en un presupuesto de egresos o ingresos, los fines de los fideicomisos públicos son principalmente de financiamiento y en algunos casos de asesoría respecto a la aplicación que se debe dar a dicho funcionamiento.

Por último lugar, debido a la estructura del fideicomiso, la responsabilidad del cumplimiento del objetivo que tuvo la administración pública al crearlo es exclusivamente de la fiduciaria y no de aquella.

### Estructura del fideicomiso público:

El fideicomiso de la administración es integrado por fiduciante, fiduciario, comité técnico, objeto fiduciario, finalidad fiduciaria y los beneficiarios.

\*El Estado nacional, provincial o municipal directamente o alguna persona jurídica pública será el fideicomitente. Fiduciario será alguna entidad pública o privada, generalmente una institución de crédito nacional o provincial.

\*Fiduciario será alguna entidad pública o privada, usualmente una institución de crédito nacional o provincial.

\*Comité técnico, consejo de dirección, delegado fiduciario de cuya existencia y entidad jurídica como órgano del Estado o integrante de un ente con personalidad jurídica propia que aprovecha el contrato de fideicomiso, dependerá de la configuración que la ley o el acto administrativo le otorgue en el act de creación de aquel.

\*Dinero en efectivo, aportes financieros de organismos internacionales de créditos, acciones, títulos de deuda, inmuebles, etc..

\*La finalidad fiduciaria será el fomento de los intereses y la satisfacción de las necesidades generales, fomento económico y social.

\*En este fideicomiso el beneficiario o los beneficiarios son los destinatarios mediatos o inmediatos de la acción de fomento, los agentes económicos personalizados o sectores económicos a los que el Estado entiende que es necesario apoyar por diversos motivos. También puede serlo el propio Estado.

### Fondos fiduciarios:

Con la sanción de la ley 24.441, en la Administración central y las provincias comenzaron a surgir fondos fiduciarios por medio de leyes o decretos.

A partir de la sanción de la ley 24.855 creadora del Fondo Fiduciario Federal de Infraestructura Regional se ha creado un fondo para ayudar a las provincias y al Estado nacional en la financiación de obras de infraestructura económica social con carácter extrapresupuestario, el cual será administrado por un Consejo de Administración compuesto por representantes del poder ejecutivo nacional.

El fiduciario es el Banco de la Nación Argentina, pero no se menciona la existencia de un contrato de fideicomiso entre el fondo y el fiduciario designado.

En el decreto reglamentario de la citada ley se han establecido grandes restricciones al desempeño de las tareas del fiduciario por lo cual parece un mandatario del fondo que funge como soporte jurídico de un dominio imperfecto, fiduciario, sin tener poder económico como propietario.

La anteriormente citada ley, junto con decretos varios han creado en forma indiscriminada estos denominados “fondos fiduciarios” sin un sustento de legislación que los contemple.

Puede señalarse, además, que las normas creadoras utilizan en forma indistinta los términos fideicomiso y fondo fiduciario.

La constitución, modificación y extinción del fideicomiso público tiene origen en el derecho administrativo sin perjuicio de la aplicación de la ley 24.441, a pesar de que en algunos casos hay coincidencia entre este tipo de fideicomisos y los privado y en otras ocasiones no.

En lo referido a los aportes realizados por el Estado nacional en calidad de fiduciante, estos se componen de partidas presupuestarias de la Tesorería General de la Nación, recaudación y tasas específicamente creadas, acciones de empresas privatizadas, otros bienes o derechos del Estado nacional, etc..

Entre los principales beneficiarios, además del Estado nacional, se encuentran las provincias, los contratistas de obras, los concesionarios y las empresas de un determinado sector.

Por último diremos que se han observado discrepancias en los criterios utilizados para la preparación de la información contable de los fideicomisos analizados aún cuando en mayoría de los casos es el Banco de la Nación Argentina, el cual cumple esa función.

Creemos que la situación expuesta genera contradicciones, riesgos, inconsistencias severas, que atentan contra las características que supuestamente debería tener esta figura especial de la administración de fondos público: confianza, solvencia, seguridad y transparencia.

Según palabras del doctor Silvio Lisoprawski, lo mejor que puede suceder es que se comience a trabajar para lograr contar con una legislación específica para el fideicomiso público para que la ley 24.441 no deba soportar el peso de una regulación que escapa a su ámbito natural o lo que puede ser peor, que la figura del fideicomiso sea el “chivo expiatorio” en el imaginario de la gente.

Referimos a la necesidad de una regulación urgente que contemple una definición del Fideicomiso Público, su mecanismo de generación, la afectación específica y la intangibilidad de los recursos, los requerimientos mínimos de los contratos, la selección del fiduciario y el ámbito de su responsabilidad entre otras cuestiones no menos importantes.<sup>28</sup>

---

<sup>28</sup> “Los fondos fiduciarios públicos. Necesidad de una legislación específica”; Lisoprawski, Silvio; La Ley; 24/05/2007; Año LXXI; N° 100

## **I. V. Tratamiento impositivo de los fideicomisos:**

La ley 24.441) estableció específicamente el tratamiento a darle figura del fideicomiso en lo que respecta a las obligaciones impositivas.

Mediante el decreto 780/95 se reglamentó esta particular forma de afectar una porción de un patrimonio a una finalidad determinada.

Haremos algunas consideraciones con relación al tratamiento impositivo de este instituto legal, fundamentalmente en lo que se refiere a la condición o no de sujeto de los distintos impuestos.

Comenzamos diciendo que tanto la ley como el decreto citados no abundan demasiado en cuanto a la manera de tratar tributariamente este tipo de contratos.

El decreto, sin embargo, señala que el fiduciario es responsable de abonar los impuestos por cuenta ajena en los términos de la ley de procedimiento fiscal. Le asigna una responsabilidad como administrador.

En el impuesto a las ganancias, el fideicomiso se encuentra incluido dentro del artículo 69 de la ley de dicho impuesto, alcanzado por la tasa general del 35% como cualquier sociedad de capital y por lo tanto debe ser inscripto en la AFIP bajo la denominación que tuviere como “fideicomiso” y presentar declaraciones juradas como cualquier sociedad del rubro.

Cuando el fiduciante adquiera la calidad de beneficiario, el fideicomiso no es sujeto de este impuesto, y las rentas que pudieran obtenerse quedan enmarcadas en la tercera categoría en cabeza, precisamente, del fiduciante.

Esto sucederá si el fideicomiso no es financiero, porque en este caso siempre es contribuyente del impuesto a las ganancias como una sociedad de capital.

También será sujeto de dicho impuesto cuando el beneficiario sea residente en el exterior, sea o no la misma persona.

El fideicomiso es sujeto del IVA siempre.

Únicamente habrá que definir si la actividad del mismo está alcanzada por dicho impuesto para que sea necesario inscribirlo en el mismo.

En el impuesto a los bienes personales también correspondería la figura del responsable por deuda ajena en cabeza del fiduciario. Por lo que, éste debería determinar e ingresar el impuesto resultante.

Sin embargo, en razón de que el fideicomiso ha sido literalmente soslayado en la ley de este impuesto, parte de la doctrina sostiene que ha quedado fuera del ámbito del mismo.

La ley de creación del impuesto a la ganancia mínima presunta dice que todos los fideicomisos no financieros son responsables de dicho impuesto, sin importar si el fiduciante y el beneficiario coinciden o no.

En el impuesto a los ingresos brutos el fideicomiso es sujeto, deberá ser inscripto en la Dirección de Rentas y tributar dicho impuesto sujeto a las normas generales aplicables.

En el caso del impuesto de sellos se han planteado dudas, en virtud de que este impuesto grava los contratos a título oneroso.

Pero la cesión de los bienes a un fiduciario para que cumpla determinadas funciones no tiene un costo, excepto en todo caso los honorarios que pudiera llegar a percibir esta persona por su labor.

La manda fiduciaria es onerosa, pero no el valor de transmisión de los bienes fideicomitados.

La transmisión de los bienes suele ser, como en las donaciones, gratuita. Sin embargo, se han dado casos en que la jurisprudencia se ha volcado por considerar onerosa tal transmisión de bienes, gravándola con el impuesto de sellos en caso de corresponder jurisdiccionalmente.

Por último, nos referimos al tratamiento impositivo de los títulos valores representativos de deuda y los certificados de participación en los fideicomisos financieros.

Las operaciones financieras y prestaciones están exentas de IVA en lo relativo a su emisión, suscripción, colocación, transferencia, amortización, intereses y cancelación así como también las correspondientes a sus garantías.

Para gozar de esta exención es requisito que tales títulos sean colocados por oferta pública.

También se encontrarán exentos del impuesto a las ganancias, los resultados provenientes de la compraventa, cambio, permuta, conversión y disposición, así como también sus intereses, actualizaciones y ajustes de capital, en el caso de que se trate de personas físicas o sucesiones indivisas.

Podemos concluir diciendo que, el fideicomiso no es sujeto de impuestos en un único caso, que es el del impuesto a las ganancias cuando el fiduciante y el beneficiario son la misma persona, el fideicomiso es no financiero, y el beneficiario no es residente en el exterior.<sup>29</sup>

---

<sup>29</sup> “Tratamiento impositivo y aspectos jurídicos de los fideicomisos”; Trillo, Héctor; Ecotributaria, boletín de actualidad económica y fiscal; junio 2006



## **II. VI. Responsabilidad del fiduciario frente al derecho tributario:**

Como consecuencia de la exteriorización del hecho imponible, que emana de la relación jurídica que nace entre el sujeto activo (Estado), facultado a exigir el cumplimiento de la obligación tributaria, y el sujeto pasivo, que debe cumplir con la prestación exigida, constituye la denominada relación jurídica tributaria, cuyo objeto es la prestación, usualmente dineraria, denominada tributo.

A la par del sujeto pasivo que asume la condición de contribuyente por haber realizado el hecho imponible previsto en la ley fiscal, existen otros sujetos en los que la ley, sin excluir de la relación tributaria al contribuyente, coloca a su lado a un tercero ajeno al hecho imponible (régimen de solidaridad tributaria).

Estos terceros, extraños a la relación jurídico-tributaria se encuentran obligados al pago por una disposición legal, denominándose los responsables del cumplimiento de la deuda ajena.

Encontramos en esta categoría de al cónyuge que percibe y dispone de todos los réditos propios del otro, los padres, tutores y curadores de los incapaces, los síndicos y liquidadores de las quiebras y concursos civiles, los agentes de retención y de percepción, y los administradores de patrimonios, empresas o bienes.

Luego describir el ámbito jurídico-tributario en el que habrá de actuar el fiduciario quien, en ejercicio de la propiedad fiduciaria administra los bienes en beneficio de terceros, de conformidad con el encargo recibido al constituirse el fideicomiso señalamos que por las particulares características del fiduciario dificulta su encuadramiento frente a las normas tributarias.

De acuerdo con el régimen que adopta la ley 24.441 el fiduciario es el titular de la propiedad fiduciaria de los bienes que recibe a título de confianza.

En tal carácter, es similar al contribuyente que realiza los hechos imposables previstos en las leyes fiscales en tanto y en cuanto, por ostentar la propiedad fiduciaria de los bienes fideicomitados, dispone de ellos cuando lo requieran los fines del fideicomiso.

Tiene similares facultades propias del carácter absoluto del dominio.

Sin embargo, el fiduciario adquiere la propiedad jurídica de los bienes pero vaciados de contenido económico, ya que él no goza del valor patrimonial o económico de los mismos.

Mientras el fiduciario es el titular jurídico del derecho sobre los bienes, el beneficiario o el fideicomisario tienen un derecho personal creditorio contra el fiduciario, que al hacerse efectivo cuando el fiduciario les transfiera los bienes los convertirá en propietarios plenos de los mismos y, en tal virtud, podrán disponer de ellos.

En razón de que el patrimonio fideicomitido no tiene en sí mismo personalidad jurídica, requiere de una persona que en ejercicio de las facultades atribuibles al propietario de un bien, realice los actos encomendados por el fiduciante.

Lo dicho nos permite encuadrar al fiduciario dentro de la categoría de los responsables del cumplimiento de la deuda ajena, en su carácter de administrador de los bienes fideicomitados por los actos que realice en función del encargo.

El Poder Ejecutivo a través del decreto Nro. 780 del año 1995, dispuso (art. 10) que "quienes con arreglo a la ley 24.441 asuman la calidad de fiduciarios, quedarán comprendidos en las disposiciones del art. 16, inc, e) de la ley 11.683 actualmente inc. e) del art. 6 - por lo que en su carácter de administradores de patrimonios ajenos, deberán ingresar como pago único y definitivo del impuesto (a las ganancias) que se devengue con motivo del ejercicio de la propiedad fiduciaria.

El contenido sustancial del art. 10 del decreto 780/95 fue más tarde incorporado a la ley del impuesto a las ganancias y a la del impuesto a la ganancia mínima presunta, por la ley 25063, al incluir expresamente a los fiduciarios entre los responsables por deuda ajena.

La norma fiscal bajo comentario conduce a la consecuencia de que el titular de las obligaciones fiscales es el fiduciario quien, en su carácter de administrador de un patrimonio, está obligado a pagar el tributo al fisco con los recursos que administra (art. 6, inc, e) de la ley 11.683,

Aunque la ley 24.441 nada dice al respecto, la doctrina que ha abordado el tema se ha pronunciado por aceptar la coexistencia de dos o más fiduciarios para actuar en forma conjunta o alternada.

La concurrencia fiduciaria debe quedar claramente establecida en el contrato de fideicomiso, dado que el fiduciario (cualquiera sea su número) es parte del contrato junto con el fiduciante.

Distinta es la alternativa de sustitución del fiduciario pues en esta hipótesis no habría concurrencia.

Si los cofiduciarios actúan conjuntamente, serán copropietarios fiduciarios de los bienes fideicomitados, sin dejar de tener en cuenta lo dispuesto por el artículo 2674 del Código Civil., aplicándose en este supuesto las reglas generales que veremos en los puntos siguientes en materia de responsabilidad del fiduciario, dentro del marco de la solidaridad de las obligaciones con sujeto múltiple.

El contrato puede prever que la actuación conjunta de los cofiduciarios se desarrolle por especialidad, es decir, que a cada uno le corresponda atender una parte diferenciada del encargo.

Si así fuera, nos encontraríamos frente a una situación ajena al sistema de la solidaridad, pues a cada uno cabría imputarle responsabilidad por aquello a lo que se ha comprometido, siempre dentro del concepto de la responsabilidad subjetiva, debiendo responder personalmente y con sus propios bienes sólo por las secuelas que se deriven por su actuar culposo o doloso.

En el caso de que el contrato de fideicomiso prevea la actuación de un fiduciario y, además, de un cofiduciario, puede establecerse en el mismo que el primero se reserva la facultad de designar al cofiduciario para transferirle la realización de alguna de las tareas que le han sido encomendadas.

Si esto sucede, el convenio celebrado entre ambos formará parte integrante del fideicomiso, y dependerá del contrato la responsabilidad que le corresponde a cada uno.

Si se asignase al cofiduciario la función de liquidación y pago de los tributos, recaerá sobre éste la responsabilidad tributaria inherente, salvo que el fiduciario mantuviera con aquél una responsabilidad compartida, aunque sea subsidiaria o de mero control de gestión, en cuyo caso también le cabría al fiduciario responsabilidad por el cumplimiento de las obligaciones tributarias a cargo del fideicomiso, sin perjuicio de la cláusula de indemnidad que habitualmente se suele convenir en estas circunstancias, las que sólo tienen virtualidad entre las partes.

De lo expresado concluimos que le son de aplicación al fiduciario en el orden nacional, las prescripciones de los arts. 7 y 8 inc. a) de la ley 11.683, que en armonía con el art. 6 inc. e) precitado, le imponen responsabilidad personal y solidaria por los incumplimientos en que pudieren incurrir, sin perjuicio de las sanciones correspondientes a las infracciones cometidas, que pudieren derivarse de la administración del fideicomiso, salvo que acredite ante el organismo fiscal que el o los fiduciantes lo han colocado ante la imposibilidad de cumplir correcta y oportunamente con sus deberes fiscales.

El art. 55 de la ley 11.683 establece que son personalmente responsables de las penas de multa, como infractores de los deberes fiscales de carácter material o formal que les incumben en la administración, representación, liquidación, mandato o gestión de entidades, patrimonios y empresas, los responsables enumerados en los primeros cinco incisos del art. 6, entre quienes se encuentran los administradores de patrimonios ajenos (dentro de los cuales ha quedado incluido, según se ha visto, el fiduciario).

La responsabilidad proclamada por las normas precitadas está referida tanto al cumplimiento de obligaciones sustanciales (pago de tributos) cuanto a los deberes formales (presentación de

declaraciones juradas, etc.) que, para el eficaz cumplimiento del objetivo recaudatorio imponen las normas fiscales.

La falta de pago del tributo importa para dichos sujetos, en principio, la consecuencia de responder con sus propios bienes por la omisión sustancial, salvo que pudieren demostrar debidamente que se los ha colocado en la imposibilidad de cumplir. En punto a las sanciones pecuniarias derivadas de las infracciones incurridas, son personalmente responsables de las mismas.

En ambos casos (afectación de bienes propios por el tributo omitido, o por la multa) la AFIP-DGI ha pretendido darle a la responsabilidad un mero carácter objetivo, sin tomar en cuenta el elemento subjetivo de la acción u omisión.

Si el responsable demostrase que no ha existido de su parte culpabilidad, la solidaridad presumida queda soslayada atendiendo, precisamente, a que la existencia del elemento subjetivo constituye un presupuesto implícitamente reconocido por la norma citada en último término.

Corresponde, asimismo, diferenciar la situación frente a las disposiciones tributarias en la que se encuentran los fiduciarios a la de otros responsables por la deuda ajena de la ley 11.683.

El art. 16 de la ley 24.441, establece que los bienes del fiduciario no responderán por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, las que sólo serán satisfechas con los bienes fideicomitidos.

Vemos entre ambas leyes, que por la ley 24.441 el legislador ha querido dotar al fiduciario de mayores garantías, protegiéndolo de los riesgos propios de la ejecución del fideicomiso.

Dichas garantías se verían seriamente afectadas si las normas del art. 8, inc. a) de la ley 11.683 se aplicaran a los fiduciarios pues siempre se encontrarían obligados ante el fisco, a pesar de un actuar diligente, a acreditar que el fiduciante los ha colocado ante la imposibilidad de cumplir con sus obligaciones fiscales.

Por imperio de la ley 24.441, la insuficiencia de los bienes fideicomitidos para atender a esas obligaciones no le acarrea al fiduciario la amenaza de afectar su patrimonio personal para atender a eventuales agresiones del fisco, en tanto no se haya verificado culpa o dolo en perjuicio de éste último.

Deja la ley 24.441, abierta la vía para que la AFIP-DGI o cualquier tercero pudiera reclamar los daños y perjuicios que el fiduciario les hubiere irrogado, en tanto y en cuanto haya mediado una conducta culpable.

Dicha norma ratifica expresamente, por otra parte, que la restricción de la responsabilidad a la que alude su artículo 16 no ampara la actuación irregular culpable o dolosa en la ejecución del encargo, al imponerle al fiduciario (arts. 6 y 7) el deber de actuar respetando la ley y con la prudencia y diligencia del "buen hombre de negocios", eliminando, además, toda posibilidad de dispensarlo contractualmente por su culpa o dolo.

El distingo señalado en punto al particular tratamiento que le da la ley especial al fiduciario, adquiere relevancia en materia probatoria, dado que consideramos que al no aplicársele a éste las disposiciones de la primera parte del inciso a) del art. 8, de la ley 11.683, en cuanto a que la demostración de la ausencia de culpa o dolo está a cargo del responsable, será la AFIP-DGI quien tenga siempre a su cargo su probanza para justificar la solidaridad mentada. Se evita, de tal modo, entrar en ríspidas discusiones con el organismo fiscal a los fines de acreditar la ocurrencia de la fuerza mayor como eximente de responsabilidad.

El artículo 7 de la ley 24.441 preceptúa que el contrato de fideicomiso no podrá dispensar al fiduciario de la "culpa" o "dolo" en que pudiere incurrir él o sus dependientes. Esta disposición parecería agravar la situación del fiduciario si se la compara con la de cualquier otro deudor en el campo de las obligaciones contractuales.

En efecto, el art. 507 del Código Civil establece que sólo el "dolo" del deudor no podrá ser dispensado al contraerse la obligación, de lo cual se deduce que tal exención de responsabilidad, en cambio, sí puede otorgarse si mediere "culpa".

De cualquier modo, en el campo tributario, la inserción de una cláusula en el fideicomiso con pretendido efecto dispensatorio de la culpa a favor del fiduciario, además de nula sería irrelevante, en razón de que la misma no le sería oponible al fisco (art. 37, D.R. de la ley 11.683).

Para que el error sea eximente es menester que sea esencial e inculpable.

Es esencial, cuando impide al autor conocer la antijuridicidad del acto pudiendo consistir en una falsa apreciación de los hechos o de las circunstancias que modifican la valoración que se haga de los mismos.

Es inculpable, cuando se ha incurrido en él a pesar de haber puesto en la acción la normal diligencia requerida en la conducta de un buen hombre de negocios.

El derecho sustantivo distingue al error de hecho del error de derecho y el derecho penal común sólo concede expresamente poder de eximición al error de hecho.

El derecho tributario, en cambio, cuando prevé como causa de exculpación al error excusable, no distingue si éste debe ser de hecho o de derecho.

No existe duda de que el error de hecho, cuando es excusable (art. 929, Código Civil), es causa excluyente de culpabilidad.

Los conflictos en los que puede verse involucrado el fideicomiso con los organismos fiscales pueden tener origen en diferentes causas.

La interpretación de las normas fiscales en muchos casos es de difícil dilucidación, más aún frente a cuestiones novedosas que no se encuentran respaldadas técnicamente por doctrina o jurisprudencia que arroje luz sobre el asunto bajo análisis.

En tales supuestos, una interpretación de la norma, en el respeto los métodos de análisis aceptados por la técnica jurídica y en la que se tenga en cuenta prudentemente los elementos objetivos, conduciría a la configuración de un error excusable en la hipótesis de que el fisco o la justicia no convalidase en definitiva el criterio utilizado.

La culpa del deudor en el cumplimiento de la obligación consiste en la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación (art.512, Código Civil).

El deudor no será responsable de los daños e intereses que se originen al acreedor por falta de cumplimiento de la obligación, cuando éstos resultaren de caso fortuito o fuerza mayor, a no ser que el deudor hubiera tomado a su cargo las consecuencias del caso fortuito, o éste hubiere ocurrido por su culpa, o hubiese ya sido aquél constituido en mora, que no fuese motivada por caso fortuito o fuerza mayor (art. 513, Código Civil).

Caso fortuito es el que no ha podido preverse, o que previsto, no ha podido evitarse (art. 514, Código Civil).

Para la graduación de la culpa del fiduciario el standard a aplicar es el del buen hombre de negocios, debiéndose tomar este parámetro para juzgar si aquél pudo haber evitado el daño por el caso fortuito actuando con la diligencia esperada en dicho standard.

En este aspecto, la ley 24.441 equipara al fiduciario, con razón, a los representantes y administradores de las sociedades comerciales al seguir el standard para ellos establecido por el art. 59 de la ley de sociedades 19.550 (que reemplazó al tradicional que imponía actuar como un buen padre de familia).

En materia tributaria, el art. 8, inc. a), última parte de la ley 11.683 exime de toda responsabilidad personal y solidaria "...a quienes demuestren debidamente a la AFIP que sus

representados, mandantes, etc., los han colocado en la imposibilidad de cumplir correcta y oportunamente con sus deberes fiscales". Esta norma resulta igualmente aplicable a los fiduciarios por haber sido incluidos dentro del elenco de responsables por cuenta de terceros consagrando, de tal modo, una causal autónoma eximente de responsabilidad por fuerza mayor.

De tal modo, frente a una concreta imputación de un actuar culposo o doloso por parte del Fisco, el fiduciario podrá acudir a esta causal de exculpabilidad a fin de desvirtuar los cargos que aquél le pudiere formular.

Concluimos que la actuación profesional del fiduciario le impone el deber de actuar respetando la ley y con la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios, quedando descartada toda posibilidad de dispensa contractual por culpa o dolo.

La diligencia en su accionar debe estar presente desde el inicio mismo del negocio, a partir del acto que le da virtualidad jurídica al contrato.

Cuando mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos.

En los contratos que suponen una confianza especial entre las partes, se estimará el grado de responsabilidad por la condición especial de los agentes.

Las responsabilidades potenciales del fiduciario, pues, van más allá de las inherentes al ejercicio de la propiedad fiduciaria sobre los bienes fideicomitidos, conforme al encargo recibido.

En efecto, el acto mismo de la celebración del contrato con el fiduciante lo coloca frente a riesgos derivados de la especial situación en la que su contraparte puede hallarse en relación con terceros acreedores.

Si el Fisco pudiere demostrar que el contrato celebrado le hubo ocasionado un perjuicio económico y además, que el fiduciario estuvo o pudo haber estado en conocimiento de tal circunstancia, cabe la posibilidad de que se le imputase culpa o dolo en su actuación.

## **CAPITULO II:**

Luego de enunciar los rasgos distintivos del contrato de fideicomiso, analizamos ciertos tópicos que nos conducirán a encontrar los fundamentos para aplicar el proceso concursal a la figura en estudio.

### **II. I. El patrimonio fideicomitado es sujeto concursable:**

Ante el análisis de la posibilidad de aplicar el procedimiento concursal al contrato de fideicomiso, nos planteamos en primer lugar si el “Patrimonio Fideicomitado” es sujeto concursable.

La ley que ha reglado en nuestro derecho el funcionamiento de la figura en estudio establece en su artículo 15 que no se podrá concursar el patrimonio fideicomitado, (*“Art. 15: — Los bienes fideicomitados quedarán exentos de la acción singular o colectiva de los acreedores del fiduciario. Tampoco podrán agredir los bienes fideicomitados los acreedores del fiduciante, quedando a salvo la acción de fraude. Los acreedores del beneficiario podrán ejercer sus derechos sobre los frutos de los bienes fideicomitados y subrogarse en sus derechos.”*).

Nuestra ley de Concursos y Quiebras 24.522 y sus reformas, han establecido que son susceptibles de ser declarados en concurso:

*“Art. 2: - Sujetos comprendidos. Pueden ser declaradas en concurso las personas de existencia visible, las de existencia ideal de carácter privado y aquellas sociedades en las que el Estado Nacional, Provincial o municipal sea parte, cualquiera sea el porcentaje de su participación.*

*Se consideran comprendidos:*

*1) El patrimonio del fallecido, mientras se mantenga separado del patrimonio de sucesores.*

*2) Los deudores domiciliados en el extranjero respecto de bienes existentes en el país.*

*No son susceptibles de ser declaradas en concurso, las personas reguladas por Leyes Nros. 20.091 y 24.241, así como las excluidas por leyes especiales.*

Tanto la legislación argentina como los fallos de nuestros tribunales han mostrado avances en cuanto a los sujetos pasivos de concursamiento. Es así como se ha aceptado la concursabilidad del comerciante individual, distinguiéndolo de las sociedades comerciales, personal de existencia visible no comerciantes y de sociedades no comerciales entre otros sujetos de derecho.<sup>30</sup>

---

<sup>30</sup> Cuasi concursabilidad de los bienes fideicomitados”; Figueroa, Tomás Ise; LL T. 1999 A, Secc. Doctrina.



Sabemos que las únicas exclusiones que presenta la ley 24.522 respecto a su aplicación son determinadas personas jurídicas (Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones, Aseguradoras y Entidades Financieras, estas últimas pueden ser declaradas en quiebra).

Consideramos que en razón de que el fideicomiso no es una persona jurídica no se encontraría alcanzado por el régimen de excepción establecido en la ley concursal. La fiducia carece de personalidad jurídica y tiene su origen en actos entre vivos o en disposiciones de última voluntad razón por la cual no puede atribuírsele la categoría de ente jurídico.

En lo que respecta a la posibilidad de concursar el patrimonio del fallecido en tanto permanezca separado del patrimonio de los sucesores (ley 24.522, art. 2º. inc. 1º), vemos que se encuentra en similar situación el conjunto de bienes que integran el patrimonio afectado a llevar adelante el fideicomiso. La universalidad de bienes afectados constituyen un patrimonio separado de los patrimonios del fiduciante, del fiduciario y del beneficiario y se dirige a cumplir con el fin del contrato para lo cual deben contraerse obligaciones ante las cuales, creemos, deberá responderse con estos bienes en el mismo sentido en el cual se hace frente a las obligaciones contraídas por el causante. (*Art. 14. – “Los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario y del fiduciante. ...”*).

Al utilizar la ley 24.441 en su artículo 1º la palabra “bienes, debe entenderse como derechos personales o reales, ya se ha dicho “En realidad el patrimonio no se compone de objetos de derecho sino de derechos”.

Si nos ajustamos a un significado técnico jurídico, el patrimonio fiduciario se compondrá de derechos reales o personales de contenido económico, no debiendo entenderse con esto que se crea un nuevo derecho real ni se viola la disposición del art. 2502 del Código Civil ya que el pacto fiduciario es un modo de regular derechos y obligaciones entre las partes, y uno de ellos será la transferencia de bienes en propiedad al fiduciario como condición de existencia del Fideicomiso.

Con la utilización en nuestro derecho positivo de la figura del Fideicomiso se ha producido un gran avance en la concepción de dos o más patrimonios separados de titularidad de una misma persona. Como sabemos “el patrimonio de una persona es la universalidad jurídica de sus derechos reales y de sus derechos personales bajo la relación de un valor pecuniario, es decir como bienes” (Nota al art. 2312 del Código Civil).

Desde el punto de vista del incumplimiento contractual de un deudor, ese conjunto de derechos subjetivos reales y personales es la “prenda común de los acreedores”, la base económica

de valor pasible de ser agredida por las personas con quienes se han contraído deudas en el concepto de obligación del art. 496 del Código Civil.

En este sentido debemos decir que esta ley ha producido una importante evolución en el concepto de patrimonio consagrado por Vélez Sarsfield, ya que importa la posibilidad de que una persona tenga dos o más patrimonios que no se confundan entre sí: el propio y el o los patrimonios fiduciarios. La figura en estudio genera un patrimonio separado y con ello protege la evolución de las relaciones jurídicas.<sup>31</sup>

Pensamos que al hablar de “bienes excluidos” el art. 108 de la ley citada, no hace distinción entre bienes, derechos y patrimonios como universalidad..<sup>32</sup> El art. 16 de la ley que regula el instituto del Fideicomiso establece:

*Art. 16. — Los bienes del fiduciario no responderán por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, las que sólo serán satisfechas con los bienes fideicomitidos. La insuficiencia de los bienes fideicomitidos para atender a estas obligaciones, no dará lugar a la declaración de su quiebra. En tal supuesto y a falta de otros recursos provistos 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 al orden de privilegios previstos para la quiebra; si se tratase de fideicomiso financiero regirán en lo pertinente las normas del artículo 24.*

De lo regulado en el artículo transcrito vemos que los bienes de fiduciario no responderán por las obligaciones contraídas para llevar a cabo el fideicomiso y si lo harán los bienes que integran el patrimonio separado que constituye el objeto del fideicomiso.

Como patrimonio de afectación que es, consideramos que debe ser sujeto pasible de concursamiento para lograr el efectivo, ordenado y seguro cobro de las acreencias por parte de los acreedores. Creemos que no existen razones conceptuales y legales para que este tipo de patrimonio, que es una excepción a la unidad el patrimonio quede fuera de la órbita de aplicación de la normativa específica como es la ley 24.522.<sup>33</sup>

---

<sup>31</sup> “Fideicomiso de Garantía: un instrumento eficaz”; Instituto de Derecho Notarial: cuaderno N° 7 Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe 2° circunscripción; Esc. Cellini, Luis Eduardo, Esc. Gil, Jorge Alberto, Esc. Lucero Eseverri, Roberto, Esc. Pelosso, Graciela.

<sup>32</sup> “Teoría y Práctica del Fideicomiso”; Kiper, Claudio y Lisoprawski, Silvio, ed. Depalma; 1999.

<sup>33</sup> “Tratado de Concursos y Quiebras”; T. I; Martorell, Ernesto; Ed. Depalma, 1998.

No creemos fundamento suficiente para negar la viabilidad del concursamiento del patrimonio fideicomitado, el hecho de que si esta hubiera sido la intención del legislador, el mismo debería haber incluido a este conjunto de bienes dentro de las hipótesis en el concurso.<sup>34</sup>

La Ley mexicana entiende que la concursabilidad la da el sujeto. Teniendo en cuenta que la ley presume que la actividad del fideicomisario es a título oneroso, queda comprendido en la categoría de sujeto pasible de concursamiento.<sup>35</sup>

Si bien en el ordenamiento jurídico argentino tanto los comerciantes como los que no desarrollan actividad comercial son pasibles de concursamiento, entendemos que en caso en que los bienes fideicomitados generen pasivos es conveniente que los acreedores puedan accionar contra los bienes afectados por medio de la herramienta que presenta la ley 24522.

---

<sup>34</sup> “Teoría y Práctica del Fideicomiso”; Kiper, Claudio y Lisoprawski, Silvio, ed. Depalma; 1999.

## **II. II. El patrimonio fideicomitado es similar al patrimonio del fallecido:**

Ciertas similitudes encontramos entre ambos patrimonios por lo cual surge la necesidad de analizar jurídicamente la relación existente entre los bienes fideicomitados y el patrimonio como conjunto de derechos y obligaciones susceptibles de apreciación pecuniaria.

Las distintas doctrinas enunciadas sobre lo dicho, tratan los bienes fiduciarios según la concepción que tengan del patrimonio. Entre ellas citamos:

- Teoría clásica: la escuela de la exégesis consideró al patrimonio como un atributo de la personalidad. El patrimonio es inseparable de la persona y sólo son transmisibles los elementos que lo conforman. Mientras la persona vive, sólo puede enajenar sus elementos pero no la universalidad. Los bienes y obligaciones contenidos en el patrimonio forma una universalidad de derechos.
- Teoría de Domínguez: a pesar de la previsión legal de una afectación, no se está ante la existencia de un patrimonio de afectación distinto del patrimonio general y único de la persona, que todas las masas de bienes afectados a un fin determinado representan ciertos universalidades, autónomos y legalmente organizados pero sin llegar a ser un patrimonio en su mismo. Los sectores independientes dentro del patrimonio son universalidades jurídicas. No hay identidad entre patrimonio y universalidad jurídica. Todo patrimonio es universalidad jurídica, pero no toda universalidad jurídica sería entonces, una fracción del patrimonio.
- Teoría de Navarro Martorell: la propiedad fiduciaria no es una propiedad especial, sino una verdadera y plena con ciertas características particulares que la hacen merecedora de una denominación peculiar. El fiduciario adquiere sobre los bienes fideicomitados la plena e irrevocable propiedad, frente a terceros y al constituyente.
- Teoría de Carregal: criticó la incorporación en nuestra legislación de un patrimonio autónomo o separado. La concepción de un patrimonio separado se opone a nuestras costumbres jurídicas, a la tradición romanista de nuestro derecho y a la estructura de nuestro ordenamiento legal. Considera mas apropiado darle a los bienes fideicomitados un tratamiento especial dentro del patrimonio único de las personas. Así los bienes de la sociedad conyugal, el patrimonio del fallecido y los bienes inembargables por

---

<sup>35</sup> “Fideicomiso teoría y práctica”; Domínguez Martínez; ed. Jus. México; 7º ed.; 1992

disposición de la ley, son ejemplo de ello. La concepción del patrimonio como unidad de bienes fideicomitidos ingresan a la universalidad de bienes sobre los cuales las personas tienen propiedad sin perjuicio del distinto tratamiento que les confieren las leyes. Justifican la exclusión de los bienes fiduciarios del alcance de la acción individual o colectiva de los acreedores del fiduciario en razón del efecto económicamente neutro que produce el ingreso de los bienes fideicomitidos en el patrimonio del fiduciario junto a los bienes de su pertenencia. El fiduciario recibe la propiedad a título de confianza y no a título oneroso o gratuito.

- Teoría del desdoblamiento de la personalidad: la naturaleza jurídica de la propiedad fiduciaria se concibe como un desdoblamiento del derecho de propiedad del que surgen dos titulares sobre el bien fideicomitado (el fiduciario tendrá la titularidad jurídica y el fideicomisario tendrá la económica). Los derechos estarían relacionados entre sí de tal modo que al fin del fideicomiso revertirán en el derecho de propiedad original.
- Teoría de la no transmisión de propiedad: la afectación de los bienes al fideicomiso guarda relación con el destino que debe dársele a los bienes fideicomitados. El fiduciante continúa siendo el propietario en estado latente de los bienes que por imperio de la afectación quedan destinados a la realización de un bien lícito y determinado que sólo se podrá ejercer respecto de ellos los derechos y obligaciones que se refieran a ese fin. De ello se excluye la posibilidad de que se realice cualquier acto jurídico cuyo objeto sean esos bienes y que tengan fines extraños a los dispuestos por el constituyente.
- Teoría del patrimonio autónomo: los derechos transmitidos al fiduciario en virtud de la fiducia no ingresan a su patrimonio personal, sino que se crea un patrimonio autónomo en cada caso. Las personas pueden ser titulares de más de una masa patrimonial con un tratamiento y finalidad jurídica distinta, con capacidad de establecer relaciones y deudas propias con aptitud para ser completamente ajeno a las vicisitudes que gravan el patrimonio vecino o al patrimonio en cuyo seno existe. El patrimonio separado es un patrimonio de destino, tiene una finalidad y para que se pueda cumplir la ley eleva a esta especie de patrimonio a una universalidad jurídica que comprende derechos y obligaciones.

Nuestra ley 24.441, con el fin de proteger los bienes fideicomitados para el cumplimiento de la finalidad del fideicomiso, organizó un régimen en base a la posibilidad de sustituir al fiduciario

sin que se extinga el contrato y la exclusión del fiduciario del régimen general de la quiebra (art. 16), previendo un régimen de liquidación particular.

El art. 14 dispone: “*Los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario y del fiduciante. ...*” . El fiduciario es propietario de un patrimonio especial separado del resto de sus bienes de propiedad no fiduciaria y de otros patrimonios separados que correspondan al mismo fiduciario en virtud de otros fideicomisos.

Los bienes fideicomitidos quedarán exentos de la acción singular o colectiva de los acreedores del fiduciario en relación a las deudas contraídas en función de su patrimonio personal o no fideicomitado (art. 15: *Los bienes fideicomitidos quedarán exentos de la acción singular o colectiva de los acreedores del fiduciario. Tampoco podrán agredir los bienes fideicomitidos los acreedores del fiduciante, quedando a salvo la acción de fraude. Los acreedores del beneficiario podrán ejercer sus derechos sobre los frutos de los bienes fideicomitidos y subrogarse en sus derechos.*”).<sup>36</sup>

Respecto al patrimonio del fallecido, diremos que el heredero beneficiario se distingue del heredero puro y simple sólo en que no responde con sus bienes propios de las deudas y cargas de la herencia, en lo demás son iguales.

La condición de beneficiario existe sólo en relación a los acreedores de la sucesión, a los legatarios y a los beneficiarios de un cargo, sólo con respecto a aquellas personas contra las cuales se tiene el beneficio (art. 3358 del Código Civil).

Efecto esencial del beneficio de inventario es la no confusión de los patrimonios del causante y del heredero y la responsabilidad limitada de éste a los bienes heredados. El medio técnico para lograr esa limitación de responsabilidad es considerar como patrimonio separado que tendrá como titular al heredero.

Los bienes que integran un grupo patrimonial no pueden ser afectados por las deudas que lo gravan al otro, por lo que no existe concurrencia de acreedores del causante y acreedores del heredero, cada grupo de bienes tiene su propio grupo particular de acreedores que únicamente pueden dirigir su acción con el patrimonio que constituye su exclusiva garantía de tal manera que los acreedores del heredero no encontrarán frente a su a los acreedores del causante y a la inversa, los acreedores del herederos tendrán un derecho de exclusividad sobre los bienes relictos, sólo el

---

<sup>36</sup> “Tratado de Fideicomiso”, Kiper, Claudio y Lisoprawski, Silvio, ed. Depalma, Buenos Aires, 2003

excedente, una vez que dichos acreedores sean desinteresados es el que se constituirá en prenda de los acreedores personales del heredero.

La ley 24.522 admite la “quiebra póstuma”, es decir el concurso del patrimonio de la persona fallecida (art. 2), como excepción a la regla de que sólo son sujetos pasivos del con-curso las personas físicas o jurídicas.

Se concursan los bienes que constituyen la herencia. El concurso se dirige contra los bienes de la persona muerta, no implicando que se le reconozca personería jurídica al patrimonio hereditario ya que los herederos siguen siendo sus propietarios y pueden llegar a responder personalmente de las deudas del causante si pierden o renuncian al beneficio de inventario.

No se exige la existencia de estado de cesación de pagos a la fecha de la muerte del causante, alcanza con comprobar la insuficiencia de los bienes transmitidos para afrontar las obligaciones que gravaban ese patrimonio.

Es necesario para que proceda el concurso o quiebra del patrimonio de una persona fallecida que éste se encuentre separado del patrimonio de sus herederos.

Pueden pedir la quiebra de la sucesión los acreedores hereditarios y los herederos, en sentido amplio, incluyendo cónyuge supérstite, legatario de cuota, etc..

El heredero beneficiario puede pedir la falencia de la sucesión en calidad de acreedor del causante, la aceptación bajo beneficio de inventario impide la extinción por confusión de sus créditos contra la sucesión.

El art. 8 de la ley concursal dispone que es necesaria la ratificación del pedido por todos los demás herederos dentro de los 30 días de efectuada la presentación. Ante la omisión de la ratificación se produce de pleno derecho la cesación del procedimiento con los efectos del desistimiento.

La doctrina mayoritaria considera que alcanza con que la ratificación sea hecha por los herederos que representen la mayoría del haber hereditario por analogía con el art. 6 de la ley 24.522.<sup>37 38</sup>

De todo lo expuesto podemos decir que, emana la idea de que no encontramos ante similares figuras.

---

<sup>37</sup> “Código Civil Comentado. Sucesiones. T. I”; Ferrer, Francisco, Medina, Graciela; ed. Rubinzal Culzoni; 2003.

<sup>38</sup> “Derecho Sucesorio. La Sucesión Ab Intestato”; Martínez Ledesma, Dido; ed. Río; 2004.

Tanto el conjunto de bienes que el fiduciante afecta al fiduciario como el patrimonio del causante se presentan como patrimonios separados de la universalidad del patrimonio de los titulares.

Ambos se presentan como conjunto de bienes con una afectación determinada, con régimen de administración propio y distinto al resto de los bienes y con un tipo de relación específica con los acreedores.

Los puntos en común que encontramos nos llevan a decir que se trata de institutos con características similares, lo cual los hace susceptibles de igual regulación legal.

Del mismo modo por el cual el patrimonio del causante, en tanto se mantenga separado del de sus herederos, es sujeto pasible de ser concursado o declarado en quiebra, el conjunto de los bienes que el fiduciante transfiere al fiduciario para que ejecute el fideicomiso, se encuentra en condiciones de ser concursado o declarado en quiebra.



## **II. III. Efectos de la apertura del concurso preventivo del patrimonio fideicomitado con dificultades económicas que configuran estado de cesación de pagos:**

Luego de analizar si el patrimonio fideicomitado es sujeto concursable o no, intentaremos establecer si ante la imposibilidad de cumplir con las obligaciones contraídas para llevar adelante los fines del fideicomiso se configura la situación que la ley 24.522 en su art. 1º denomina “Estado de Cesación de Pagos” y lo establece como presupuesto concursal.

La ley 24.441 refiere al caso de insuficiencia del patrimonio fideicomitado en el artículo 16 al establece que “...*La insuficiencia de los bienes fideicomitados para atender a estas obligaciones, no dará lugar a la declaración de su quiebra. En tal supuesto y a falta de otros recursos provistos por el fiduciante o el beneficiario según previsiones 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 al orden de privilegios previstos para la quiebra; si se tratase de fideicomiso financiero regirán en lo pertinente las normas del artículo 24*”.

Y en el artículo 23 refiere a la insuficiencia del patrimonio fideicomitado en el caso del fideicomiso financiero: “*En el fideicomiso financiero del capítulo IV, en caso de insuficiencia del patrimonio fideicomitado, si no hubiere previsión contractual, el fiduciario citará a asamblea de tenedores de títulos de deuda, lo que se notificará mediante la publicación de avisos en el Boletín Oficial y un diario de gran circulación del domicilio del fiduciario, la que se celebrará dentro del plazo de sesenta días contados a partir de la última publicación, a fin de que la asamblea resuelva sobre las normas de administración y liquidación del patrimonio*”.

Surge la pregunta de qué es lo que caracteriza a esta “insuficiencia” en la ley de fideicomiso. Nada dice la ley en este sentido. Avanzamos en el análisis y nos planteamos si la insuficiencia patrimonial del fideicomiso es una situación o circunstancia asimilable al estado de cesación de pagos o de insolvencia que caracteriza, como presupuesto objetivo, al régimen de falencia establecido en el art. 1º de la ley 24.522.<sup>39</sup>

Podemos decir que el estado de cesación de pagos es la situación en la cual el deudor se encuentra imposibilitado para cumplir regularmente sus obligaciones, cualquiera sea el carácter de

---

<sup>39</sup> “Tratado de Fideicomiso”; Kiper, Claudio y Lisoprawski, Silvio; ed. Lexis Nexis-Depalma; 2003.

ellas y las causas que la generan.<sup>40</sup> Es el desequilibrio entre los compromisos exigibles y los medios disponibles para enfrentarlos.

Encontramos diversas teorías acerca de la cuando se configura esta situación. La teoría materialista identifica cesación de pagos con incumplimiento; la intermedia nos dirá que no hay cesación de pagos sin incumplimiento pero que no siempre los incumplimientos importan cesación de pagos y que será el juez el encargado de apreciarlo en cada caso; por último, quienes se enrolan en la tesis amplia, sostienen que la cesación de pagos es un estado del patrimonio que se revela por hechos exteriores, entre ellos en incumplimiento, y el juez los valorará como indicios de la impotencia de ese patrimonio (posición adoptada por nuestra ley de concursos y quiebras).

Algunos autores consideran que la terminología utilizada por el legislador al redactar la ley 24.441, al tratar la imposibilidad concreta de hacer frente al pago de obligaciones a medida que vencen, por falta de fondos líquidos que el fiduciario pueda aplicar a tal fin, no ha sido la mas acertada. Así sostienen que denominar el estado de incapacidad patrimonial como “insuficiencia” no es la manera mas adecuada ya que el patrimonio puede ser mas que suficiente pero padecer de liquidez debida a la inmovilización de los activos, a la caída imprevista de ingresos o a otras contingencias del mercado.

Sobre el particular creemos que la insuficiencia del patrimonio fideicomitado para hacer frente a sus obligaciones, se asemeja a la situación que conocemos como estado de cesación de pagos. La dificultad económica no necesariamente engendrará insuficiencia patrimonial pero si los bienes que componen el patrimonio separado que lleva adelante el contrato de fideicomiso contrae deudas para cumplir con su objetivo, ante su incumplimiento debería permitirse utilizar la herramienta del concurso preventivo.

El incumplimiento o la dificultad para cumplir, junto con la correspondiente constitución en mora del deudor, son hechos reveladores de la imposibilidad de hacer frente a las deudas y creemos que configura estado de cesación de pagos por ser algunos de los hechos que nuestra ley concursal enuncia como hechos que demuestran que el deudor se encuentra en cesación de pagos, presupuesto necesario para solicitar la apertura de concurso preventivo.

---

<sup>40</sup> “Régimen de Concursos y Quiebras, ley 24.522”; Rouillón, Adolfo; ed. Astrea; 13° edición; 2004.

## **II. IV: Influencia del concurso preventivo o quiebra del fiduciante en el patrimonio fideicomitado:**

La apertura del concurso preventivo o quiebra del fiduciante trae consigo algunos interrogantes. Entre ellos señalamos:

- a) ¿Son oponibles o no los actos realizados por el fiduciante al constituir el fideicomiso?
- b) ¿Cuáles son los derechos y obligaciones emergentes del contrato del fideicomiso de garantía que deben ser verificados en el proceso falencial?
- c) ¿Cuál es la situación respecto a las medidas cautelares?

a) Ante la insolvencia del fiduciante, teniendo en cuenta la transferencia patrimonial que ha hecho de parte de su patrimonio para afectarlo al fideicomiso, el patrimonio fideicomitado únicamente se vería afectado por las acciones de inoponibilidad concursales que ejercieran los acreedores por parte del síndico concursal.

Sabemos que el art. 15 de la ley 24.441 enuncia que los acreedores del fiduciante no pueden agredir el patrimonio fideicomitado, excepto que se configurara el supuesto de fraude.

Entendemos por inoponibilidad una categoría de ineficacia que actuando sobre un negocio jurídico limita, minorra o descalifica sus efectos normales frente a determinadas personas, conservando validez entre las partes que lo otorgan y aun frente a terceros en general.

La ley concursal estipula dos especies de inoponibilidad:

\* una de las categorías de la ineficacia es la que se declarará de pleno derecho cuando se trate de actos sospechosos de fraude o que violaran la igualdad de los acreedores que constituyen actos que no concuerdan con la actividad de un sujeto insolvente que hacen presumir, sin admitir prueba en contrario, que ha cometido fraude.

El art. 118 de la ley 24.522 establece que en los actos realizados a título gratuito, ante el pago anticipado a través del negocio fiduciario que realice el fiduciante al acreedor beneficiario antes de la fecha de vencimiento según el título debía producirse en el día de la quiebra o con posterioridad y en el caso en el cual se pueda tomar a la transferencia del patrimonio como constitución de garantía respecto de la obligación no vencida, donde quedaría incluido el fideicomiso, como negocio típico que puede transferir bienes para favorecer a un acreedor, violando la paridad crediticia catalogados como eficaces, el fideicomiso podrá ser atacado por la acción revocatoria promovida por los acreedores en la quiebra del fiduciante.

\* la otra especie de inoponibilidad concursal es aquella por conocimiento del estado de cesación de pagos. El acto debe haberse realizado durante el período de sospecha entendido como el lapso de tiempo que corre desde la fecha de iniciación del estado de cesación de pagos y la declaración de falencia, con el margen de dos años desde la apertura del concurso.

Entonces decimos que también podrá atacarse el fideicomiso por medio de la inoponibilidad concursal por conocimiento de estado de cesación de pagos regulado en el art. 119 de la ley concursal (*“Los demás actos perjudiciales para los acreedores, otorgados en el período de sospecha pueden ser declarados ineficaces respecto de los acreedores, si quien celebró el acto con el fallido tenía conocimiento del estado de cesación de pagos del deudor. El tercero debe probar que el acto no causó perjuicio.*

*Esta declaración debe reclamarse por acción que se deduce ante el juez de la quiebra y tramita por vía ordinaria, salvo que por acuerdo de partes se opte por hacerlo por incidente.*

*La acción es ejercida por el síndico; está sujeta a autorización previa de la mayoría simple del capital quirografario verificado y declarado admisible y no está sometida a tributo previo, sin perjuicio de su pago por quien resulte vencido; en su caso el crédito por la tasa de justicia tendrá la preferencia del artículo 240. La acción perime a los seis (6) meses.”).*

En este sentido podemos apuntar que otro elemento necesario para que se configure este tipo de inoponibilidad, es el perjuicio que el fiduciante ocasiona a sus acreedores. Entendemos a este elemento como el grave menoscabo de la garantía de los acreedores importando la insuficiencia de bienes con cuyo producido se deber resolver la insolvencia que afecta al deudor (fiduciante).

Con la declaración de inoponibilidad del fideicomiso no resultará afectada la relación entre las partes.

Los acreedores actuarán como si nunca se hubiera constituido el contrato de fideicomiso. Si son afectados sus intereses podrán traer a la quiebra del fiduciante los bienes que conforman el patrimonio fideicomitado, quedando a cargo de las partes intervinientes en el negocio fiduciario la acciones que correspondan por la frustración del contrato.<sup>41</sup>

b) En la intención de responder el segundo interrogante propuesto creemos necesario analizar si el acreedor beneficiario debe verificar su crédito y en su caso denunciar la garantía, y además si ésta sería considerada privilegiada o no.

Creemos que el beneficiario-acreedor siempre deberá verificar el crédito dentro del proceso, porque debe validarse su derecho respecto del resto de los acreedores del concursado.

La obligación principal será verificada como quirografaria en razón de que la garantía con privilegio legal (art. 15) lo es sólo fuera del proceso falencial porque proviene de un patrimonio separado al del deudor fallido.

El beneficiario-acreedor no puede verificar su garantía privilegiada dentro del concurso simplemente porque ella proviene de otro patrimonio como cualquier otra obligación del fallido garantizada por un tercero. Pero en el caso del fideicomiso de garantía, no se producirá como en las garantías personales, el reemplazo de acreedor por subrogación si es que el tercero paga al afianzado, pues el fiduciario abonará al beneficiario su acreencia fuera del proceso con bienes ajenos al proceso desinteresando al mismo, sin poder subrogarse en sus derechos porque sólo está cumpliendo con una manda ajena.

Por administrar un patrimonio separado del deudor y tener que cumplir con la manda contenida en el pacto de fiducia de garantía, el fiduciario deberá liquidar la garantía fuera del proceso falencial y rendir cuentas a fin de entregar a la masa los bienes remanentes que le correspondieran al deudor como fideicomisario.

El fiduciario, en virtud de dichos derechos residuales del fiduciante como fideicomisario, deberá también denunciar tal situación al igual que el fiduciante-deudor por el mismo crédito latente que le pertenece como fideicomisario.

Cierta doctrina, interpreta que el beneficiario-acreedor no solamente debe verificar el crédito garantizado con el fideicomiso de garantía sino también la garantía que de él emana. Pero el mismo autor reconoce que la verificación será con privilegio, pues “sería inequitativo para él si se lo sometiera a las reglas del acuerdo o a las de distribución del concurso, afectando su crédito sin poder utilizar su garantía. Esto último desnaturaliza el fideicomiso y es insostenible”.<sup>42</sup>

Nosotros sostenemos que no debe confundirse la garantía privilegiada proveniente del fideicomiso con un privilegio oponible dentro del proceso falencial, pues aquella emerge de un patrimonio ajeno al deudor y consecuentemente a dicho proceso. El acreedor no podría ser verificado como privilegiado pues no tiene un privilegio respecto de los bienes de la masa falencial,

---

<sup>41</sup> “Insolvencia y Fideicomiso”; Graziabile, Horacio.

<sup>42</sup> Alegría, Hector, “*Fideicomiso en Garantía (efecto sobre los créditos garantizados y verificación en el concurso del Fiduciante)*”, LL 2004-D-847.

ya que su garantía es sobre un bien de un patrimonio distinto y ajeno a aquella, en similar situación al caso ya citado del acreedor que tuviera un fiador y fuera pagado por éste.

Es posible que se produzca una diferencia de conceptos en razón de que no se considera, a la figura del fideicomiso como generadora de un patrimonio distinto del que corresponde al deudor y por tanto ajeno al proceso falencial del mismo.

Autores prestigiosos como Héctor Alegría, Claudio Kiper y Silvio Lisoprawski sostienen que el acreedor debe verificar la garantía y el privilegio, sosteniendo en el mismo sentido que cuando el fiduciario paga al acreedor se subroga en los derechos de éste.

Creemos que ello importa negar la existencia de un patrimonio separado producto de la transferencia de dominio fiduciario que se efectuó para garantizar el cumplimiento del crédito.

Sostenemos que a la masa falencial, excepto la situación de fraude o revocatoria concursal, le convendrá inclusive la existencia del fideicomiso ya que garantizará la potencialidad de un ingreso de bienes al patrimonio del deudor fallido provenientes de su derecho como fideicomisario, e inclusive se desinteresará a un acreedor que se cobrará con esa previsión efectuada por el fideicomiso y no con bienes de la masa.

Abundante doctrina niega la postura de Alegría sosteniendo que no es necesaria la verificación ni del crédito ni de la garantía que otorga el fideicomiso “como se exige para los acreedores hipotecarios o prendarios o con otra garantía real”.<sup>43</sup>

Avalamos esta postura con referencia a la innecesariedad de verificación de la garantía, ya que ésta como dijimos, está dada por un patrimonio separado distinto del falencial.

Como vemos la discusión doctrinaria parece girar sobre si el fideicomiso es ajeno o no al proceso falencial del fiduciante.

En principio, sostenemos que la disposición del art. 15 de la ley 24.441 que impide a sus acreedores agredir los bienes fideicomitados generando así un patrimonio separado, esencia de la figura del fideicomiso, crea en relación al fideicomiso de garantía un “privilegio legal especial no concursal” en el sentido exigido por el art. 3876 del Código Civil.

Ese “privilegio” no quita a los acreedores el derecho a intentar la acción de fraude regulada por los art. 672 y ss. de dicho cuerpo legal o la acción revocatoria del art. 118 inc. 3 de la ley

24.532, como así tampoco el derecho de solicitar llevar a la masa los derechos remanentes que puedan corresponder al fiduciante-deudor en su carácter de fideicomisario tal cual lo permite el art. 15 in fine de la ley 24.441. Este crédito eventual del fiduciante debe ser denunciado por él a la masa tal cual lo exige el art. 11 inc. 5 de la ley 24.532.

Constituyendo los bienes fideicomitados un patrimonio separado del patrimonio del fiduciante (art. 14 ley 24.441), son ajenos a la masa falencial y el fiduciario, en caso de incumplimiento del fiduciante deudor, puede y debe ejecutar la garantía fuera del proceso de concurso o quiebra.

Se diferencian así, los efectos de la garantía que otorga este fideicomiso de los que otorgan las garantías reales respecto de bienes del patrimonio fallido del deudor, las cuales deben ser ejecutadas dentro del proceso, bien que en uno especial.

A su vez, el fiduciario, una vez ejecutada la garantía fuera del proceso falencial, deberá rendir cuentas dentro de éste por el eventual remanente de bienes, que serán de propiedad del fiduciante-deudor en su carácter de fideicomisario e ingresaran a la masa.

c) El fiduciante, al presentarse en concurso preventivo o en quiebra, en su demanda deberá denunciar e indicar debidamente la situación del acreedor garantizado con un fideicomiso de garantía en cumplimiento de lo exigido en los incisos 3º 4º y 5º del art. 11 de la ley concursal y en razón de las consecuencias importantes y la variaciones que pueda suceder en ese patrimonio cesante.

Deberá denunciar en su activo el derecho personal sobre la restitución del bien o de un remanente en el caso de ser fideicomisario. En el inciso 3º deberá figurar en el activo el fideicomiso en garantía y especialmente en el pasivo lo cual será detallado en el dictamen suscripto por contador público nacional.

Del mismo modo será individualizado el acreedor garantizado con este tipo de fideicomiso y se conformará el respectivo legajo.

Si partimos de la idea de encontrarnos ante un contrato con prestaciones recíprocas pendientes, la presentación en concurso preventivo tornará aplicables los mecanismos previstos en el art. 20 de la ley 24.522. (*“El deudor puede continuar con el cumplimiento de los contratos en*

---

<sup>43</sup> Kiper, Claudio A. y Lisoprawski, Sivio V. ob. cit. pag 487, Heredia, Pablo D, *“Tratado exegético de derecho concursal”*, Ed. Abaco Bs. AS. 2000 To. 1 pag 677, Marquez, José Fernando *“El fideicomiso de garantía y el concurso del Fiduciante”*, Revista de

*curso de ejecución, cuando hubiere prestaciones recíprocas pendientes. Para ello debe requerir autorización del juez, quien resuelve previa vista al síndico. La continuación del contrato autoriza al cocontratante a exigir el cumplimiento de las prestaciones adeudadas a la fecha de presentación en concurso bajo apercibimiento de resolución.*

*Las prestaciones que el tercero cumpla después de la presentación en concurso preventivo, y previo cumplimiento de lo dispuesto en este precepto, gozan del privilegio previsto por el artículo 240. La tradición simbólica anterior a la presentación, no importa cumplimiento de la prestación a los fines de este artículo.*

*Sin perjuicio de la aplicación del artículo 753 del Código Civil, el tercero puede resolver el contrato cuando no se le hubiere comunicado la decisión de continuarlo, luego de los TREINTA (30) días de abierto el concurso. Debe notificar al deudor y al síndico. ... En caso de liquidación en la quiebra, los créditos que se generen por las prestaciones mencionadas en el párrafo anterior gozan de la preferencia establecida por el artículo 240.”).*

El tema de las medidas cautelares tendrá un marco delimitado por la figura contractual y por la integración e interpretación armónica con la legislación vigente en el cual puede desenvolverse el fiduciante. En la medida en que no haya previsión contractual deberá acudirse a la ley de fideicomiso.

Esta aplicación “subsidiaria” permite la solicitud de medidas cautelares pero en el marco de acciones de fondo que la ley 24.441 permite al fiduciante contra el fiduciario en caso de no cumplir este con sus obligaciones o con autorización judicial ejercer las acciones que correspondan en defensa de los bienes cuando el fiduciario imputablemente fuese omiso a hacerlo.

En el ejercicio de estas acciones y en el concurso preventivo podría intentar acciones cautelares, pero teniendo en cuenta siempre en matiz de contractual de la operatoria, el tema de las prestaciones recíprocas pendientes y el caso concreto en el esquema y bajo la idea de un proceso concursal.

Se mantendrá este sentido en el caso de quiebra con gran relevancia de la actuación del síndico quien deberá ejercer sus facultades teniendo en cuenta el marco contractual y el legal, especialmente el normado por los art. 143 3º y 144 de la ley 24.522. (Art. 143 “*Contratos en curso de ejecución. En los contratos en los que al tiempo de la sentencia de quiebra no se encuentran cumplidas íntegramente las prestaciones de las partes, se aplican las normas siguientes: 3) Si*



*hubiera prestaciones recíprocamente pendientes, el contratante no fallido tiene derecho a requerir la resolución del contrato.*

*Art. 144.- Prestaciones recíprocas pendientes: reglas. El supuesto previsto por el inciso 3) del artículo anterior queda sometido a las siguientes reglas:*

*1) Dentro de los VEINTE (20) días corridos de la publicación de edictos en su domicilio o en sede del juzgado si aquéllos no corresponden, el tercero contratante debe presentarse haciendo saber la existencia del contrato pendiente y su intención de continuarlo o resolverlo. En igual término, cualquier acreedor o interesado puede hacer conocer la existencia del contrato y, en su caso, su opinión sobre la conveniencia de su continuación o resolución.*

*2) Al presentar el informe del Artículo 190, el síndico enuncia los contratos con prestaciones recíprocas pendientes y su opinión sobre su continuación o resolución.*

*3) El juez decide, al resolver acerca de la continuación de la explotación, sobre la resolución o continuación de los contratos. En los casos de los Artículos 147, 153 y 154 se aplica lo normado por ellos.*

*4) Si no ha mediado continuación inmediata de la explotación, el contrato queda suspendido en sus efectos hasta la decisión judicial.*

*5) Pasados SESENTA (60) días desde la publicación de edictos sin haberse dictado pronunciamiento, el tercero puede requerirlo, en dicho caso el contrato queda resuelto si no se le comunica su continuación por medio fehaciente dentro de los DIEZ (10) días siguientes al pedido.*

*6) En casos excepcionales, cuando las circunstancias del caso exijan mayor premura, el juez puede pronunciarse sobre la continuación o la resolución de los contratos antes de las oportunidades fijadas en los incisos precedentes, previa vista al síndico y al tercero contratante, fijando a tal fin los plazos que estime pertinentes.*

*7) La decisión de continuación:*

*a) Puede disponer la constitución de garantías para el tercero, si éste lo hubiere pedido o se hubiere opuesto a la continuación, en la medida que no estime suficiente la preferencia establecida por el Artículo 240.*

*b) Es apelable únicamente por el tercero, cuando se hubiere opuesto a la continuación; quien también puede optar por recurrir ante el mismo juez, demostrando sumariamente que la continuación le causa perjuicio, por no ser suficiente para cubrirlo la garantía acordada en su caso. La nueva decisión del juez es apelable al solo efecto devolutivo por el tercero.).*

En cambio el fallido (fiduciante deudor), tendrá sus facultades disminuidas en el marco establecido por el art. 110 de la ley concursal en carácter de medidas conservatorias judiciales hasta que el síndico se presente o extrajudiciales en caso de que éste omitiera hacerlo.

Reviste importancia tratar lo normado por el art. 24 de la ley 24.522 “*Suspensión de remates y medidas precautorias. En caso de necesidad y urgencia evidentes para el concurso, y con el criterio del artículo 16, párrafo final, el juez puede ordenar la suspensión temporaria de la subasta y de las medidas precautorias que impidan el uso por el deudor de la cosa gravada, en la ejecución de créditos con garantía prendaria o hipotecaria. Los servicios de intereses posteriores a la suspensión son pagados como los gastos del concurso, si resultare insuficiente el producido del bien gravado. Esta suspensión no puede exceder de NOVENTA (90) días.*

*La resolución es apelable al solo efecto devolutivo por el acreedor, el deudor y el síndico.”*

Advertimos que el artículo está dirigido a los acreedores con garantía prendaria o hipotecaria, lo cual es una calificación jurídica de la cual no goza el fideicomiso cuyo matiz contractual no genera un derecho real de garantía, por lo cual estaría excluido del ámbito de aplicación de la citada norma.

La ley hace referencia a la ejecución tomando a esta en su acepción procesal estrictamente, por lo cual el fideicomiso de garantía no se ejecuta, sino que solamente el fiduciario se limita a dar cumplimiento al contrato.

Excepto que el fiduciario opte por dar cumplimiento a lo mandado ejecutando por medio de remate público con participación judicial.<sup>44</sup>

A esto debemos agregar que esta disposición de suspensión no se aplicaría en el supuesto de los acreedores que tienen la facultad de ejecutar o de rematar extrajudicialmente.<sup>45</sup>

Al fideicomiso de garantía, por lo tanto, le sería aplicable esta interpretación ya que normalmente la ejecución será extrajudicial.

Considerando que frente al fiduciario, en el dictado de medidas cautelares, estaríamos frente a un tercero por su relación con los bienes cualquier medida que el concurso o el juez dicte lo afectaría o estaría interfiriendo en el cumplimiento de la manda.

Por lo que hemos expuesto consideramos que en materia de cautelares se deberá cuidar su dictado y la situación de este particular dominio o categoría de tercero que pone al fiduciario a

---

<sup>44</sup> “El fideicomiso de garantía ante el concurso preventivo y la quiebra”; Esparza, Gustavo y Gamez, Luis María; El Derecho N° 10.368; año XXXIX; 29/10/2001.

cierto resguardo de posibles resoluciones cautelares. Las cuales tendrán más asidero si están en el marco de las acciones de fondo y no como mera cautelar como es el caso del art. 24 de la ley concursal.

---

<sup>45</sup> “El concurso preventivo y la quiebra”; vol. I; Cámara, Héctor; ed. Depalma; 1982

## **II. V. El fiduciario puede ser responsable por la insolvencia del patrimonio**

### **fideicomitido:**

Debemos consignar en nuestro trabajo la responsabilidad que pesa sobre el fiduciario en el desarrollo de la manda encomendada por el fiduciante y las consecuencias de su culpabilidad o no en la situación de insolvencia patrimonial del fideicomiso.

El fiduciario, en el ejercicio de su función de administrar un patrimonio o cosas determinadas propias pero que debe hacerlo en interés ajeno, ocasiona un daño por su culpa o dolo, está obligado a repararlo. Por regla el fiduciario es responsable de todo daño causado al fiduciante, al fideicomisario, o al beneficiario derivado de la no ejecución total o parcial de las obligaciones emergentes del fideicomiso, salvo el que se deba a caso fortuito o fuerza mayor.

La responsabilidad por el indebido cumplimiento de su función es de índole contractual, ya que deriva del incumplimiento de obligaciones emergentes del contrato de fideicomiso. Usualmente se trata de la no ejecución de un acuerdo previo de voluntades entre el resultante víctima y el fiduciario y deberá responder ante el constituyente y también ante el beneficiario o ante el fideicomisario, según las circunstancias.

En cuanto al beneficiario y al fideicomisario, que tienen derecho a exigir el cumplimiento de las prestaciones a las que el fiduciario se encuentra obligado y eventualmente a reclamarle los daños y perjuicios sufridos creemos que la responsabilidad es también contractual a pesar de no haber sido parte en el contrato. Consideramos que se trata de una aplicación de una estipulación a favor de terceros (art. 504 Código Civil).

El art. 6 de la ley 24.441, dispone que el fiduciario deberá cumplir las obligaciones que le hayan sido impuestas por la ley o por el contrato celebrado con la prudencia y diligencia de un buen hombre de negocios que realiza su tarea sobre la confianza depositada en él y no se lo podrá dispensar de la culpa o dolo en que pudiere incurrir o incurrieran sus dependientes (art. 7).

Será responsable por acción si actúa en exceso de sus facultades, en decir que su conducta no se ajusta a los términos del contrato o testamento constitutivo del fideicomiso. Cuando la ley o el acto obligan al fiduciario a que haga algo y se abstiene de hacerlo, también cometerá un hecho ilícito que hace nacer su responsabilidad.

La culpa en la cual incurre el fiduciario, puede ser valorada en dos sentidos: el primero de ellos es relativo al sujeto, teniendo en cuenta sus condiciones personales y las demás del momento y lugar en el que actuó. Por otro lado se encuentra la valoración abstracta u objetiva en la que el

parámetro de comparación está dado por la previsión general de un patrón o tipo medio como es el del buen hombre común, el buen padre de familia.

Nuestro codificador en el art. 512 ha consagrado un sistema mixto, concreto y abstracto. La culpa en este artículo existe por descuido, negligencia, falta de precaución o imprudencia, no se ha obrado como se debía y se causa un daño sin que haya mediado una intención de hacerlo.

La ley 24.441 impone un modo para medir la culpa ya que establece que debe actuar con prudencia y diligencia del “buen hombre de negocios”. Es decir que en este caso hay una mayor exigencia y se alude a la confianza depositada en él. De esta relación de confianza emerge para el fiduciario el deber de obrar con lealtad, pauta que es regla de todos los contratos al ser un complemento de la buena fe según el art. 1198 y que debe ser valorada especialmente a los efectos de juzgar su responsabilidad.

La violación del deber de lealtad se configura cuando el fiduciario se aprovecha de los conocimientos e informaciones de su función para procurar beneficios directos o indirectos para si o para otros, en perjuicio del fideicomiso.

Encontramos en antecedente de la valoración de la tarea con la diligencia “de un buen hombre de negocios”, en la ley de sociedades comerciales para la responsabilidad de los administradores y en el proyecto de ley de fideicomiso de 1986. Específicamente el fiduciario debe conocer las reglas, costumbres, prácticas y métodos propios de negocios que se comprometió a realizar, en caso contrario habrá impericia. A la vez que debe llevar adelante su cometido con previsión y diligencia.

Al establecer la ley (art. 5) que las entidades financieras, sociedades especialmente autorizadas por la Comisión Nacional de Valores o empresas comerciales o especialistas en administración o en inversiones, resultan aplicables las reglas elaboradas en torno a la responsabilidad de los profesionales. Su conocimiento particular de los negocios que se ofrecen al mercado los obliga a actuar con un cuidado excepcional, ya que despiertan una confianza especial en su idoneidad.

Como hemos dicho, la propiedad fiduciaria puede ser transmitida a cualquier persona física o jurídica, por lo cual habrá que juzgar la culpa del fiduciario con el arquetipo del hombre medio, no del hombre de negocios.

La ley 24.441 establece en su art. 14, como hemos dicho que los bienes objeto del fideicomiso constituyen un patrimonio separado del de los participante en el contrato, agregando

además que: “...*La responsabilidad objetiva del fiduciario emergente del artículo 1113 del Código Civil se limita al valor de la cosa fideicomitada cuyo riesgo o vicio fuese causa del daño si el fiduciario no pudo razonablemente haberse asegurado.*” Por lo cual, si desempeñó su manda siguiendo lo encargado en el contrato y conteste con la normativa legal y los mandatos de buen hombre de negocios y, a pesar de ello, se produce una circunstancia dañosa para algún sujeto o patrimonio se reparará lo perjudicado con los bienes objeto del fideicomiso y nada deberá el fiduciario de su patrimonio personal (art. 16: “*Los bienes del fiduciario no responderán por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, las que sólo serán satisfechas con los bienes fideicomitados. ...*”).

Puede suceder que el fiduciario sea responsable por dolo, en los casos en que la inejecución total o parcial del encargo se maliciosa o dolosa. En estos casos el deber de reparar tendrá una extensión mayor (del art. 521 del Código Civil se desprende que se responderá por las consecuencias mediatas e inmediatas).

Si el accionar del fiduciario en forma negligente o contraria a lo establecido en el contrato constitutivo y en la ley provoca o agrava, en forma culposa o dolosa, la insolvencia del fideicomiso, será sujeto pasivo de responsabilidad.

Sobre el patrimonio “no fiduciario”, es decir sobre él, recaerá el deber de reparar los perjuicios que hubiere ocasionado la administración negligente o dolosa del patrimonio sujeto a fideicomiso.

El fiduciario podrá ser removido judicialmente a pedido del fiduciante, o del beneficiario (art. 9 “ *El fiduciario cesará como tal por: a) Remoción judicial por incumplimiento de sus obligaciones, a instancia del fiduciante; o a pedido del beneficiario con citación del fiduciante; ...*”). En este sentido será reemplazado por el sustituto nombrado en el contrato o si no lo hubiera se elegirá según lo previsto en el mismo o a entidad autorizada para desempeñarse como fiduciario y se le transferirá la propiedad fiduciaria de los bienes fideicomitados (art. 10: “*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*”).

A raíz de su incumplimiento, no gozará de la protección que le otorga la ley en el art. 16 al excluir de los avatares del fideicomiso al patrimonio general del fiduciario, por lo cual deberá hacer frente a las obligaciones con su patrimonio debido al incumplimiento contractual.

En caso de que el patrimonio del fiduciario fuera afectado por estado de cesación de pagos y pasible de concursamiento o quiebra, no afectará el conjunto de bienes del que es titular fiduciario.

Recordemos que los bienes fideicomitidos conforman un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario y del fiduciante, y quedarán exentos de las acciones de los acreedores del fiduciante y del fiduciario (art. 14 y 15).

Sus acreedores intentarán el cobro de sus créditos por medio de la verificación en el concurso sobre los bienes que posea el fiduciario personalmente, excluidos los bienes fideicomitidos.

Al fiduciario deudor se le aplicará el proceso concursal regulado por la ley 24.522 como a cualquier sujeto de los contemplados en el art. 2 de la citada norma.

Consecuentemente con su declaración de quiebra, si se produjera, se producirá la cesación de su función en el contrato de fideicomiso según lo estipulado en el art. 9 inc. d) de la ley de rito que establece que cesará en su tarea por quiebra o liquidación.

Como administrador que es el fiduciario de los bienes objeto del fideicomiso, por aplicación de los artículos 173 y 174 de la ley de quiebras, deberá indemnizar los efectos dañosos de su administración dolosa, entre ellos citamos la producción o agravamiento de la situación patrimonial del deudor o su insolvencia, hasta un año antes de la fecha en que se ha iniciado el estado de cesación de pagos.

En el mismo sentido deberán responder los terceros que de cualquier forma hubieran participado con dolo en actos tendientes a la disminución del activo o exageración del pasivo, haya sido con anterioridad o no a la declaración de quiebra. Estos deberán reintegrar los bienes que tuvieran en su poder e indemnizar los daños causados, sin poder reclamar derecho alguno en el concurso.

Omitimos en el presente trabajo, por exceder el objeto de análisis, el tratamiento de la responsabilidad penal del fiduciario por su incumplimiento. Sobre el particular apuntamos que con la sanción de la ley que incorporó al ordenamiento argentino el contrato de fideicomiso se introdujo una reforma a nuestro Código Penal: *“TITULO XI. Modificaciones al Código Penal. Art. 82. Agrégase al artículo 173 del Código Penal, los siguientes incisos: inc. 12: Sin perjuicio de la*

*disposición general del artículo precedente, se consideraran casos especiales de defraudación y sufrirán la pena que él establece: 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 cocontratantes;...” .*



### **CAPITULO III:**

#### **Posible proyecto de ley:**

##### **Fundamentos:**

El proyecto de ley que presentamos propone modificaciones en torno a quienes son considerados sujetos concursables en el marco de la ley 24.522.

Proponemos, en primer lugar, la incorporación de los fideicomisos en lo que respecta al conjunto de bienes que han sido transferido al fiduciario por el fiduciante para llevar adelante el negocio fiduciario.

Entendemos que la ley de fideicomiso introdujo nuevas ideas al concepto tradicional de patrimonio. Este era considerado único, indivisible y universal, con el que una persona respondía por todas las obligaciones contraídas.

Exceptuando la ya consagrada idea del patrimonio del causante, con la ley 24.441 abre la posibilidad de que una misma persona tenga en su patrimonio tantos bienes como fideicomisos afecten cada uno de ellos, es decir, que una misma persona puede afectar tantos activos como actividades empresa, con un tratamiento y finalidad jurídica distinta.

El patrimonio separado es un patrimonio de destino, con finalidad tiene una finalidad y es considerado una universalidad jurídica que comprende derechos y obligaciones.

La norma que regla en funcionamiento de este instituto no contempla, específicamente, excluye la concursabilidad y quiebra de los fideicomisos, en razón de que el legislador intentó lograr un mecanismo de liquidación más rápido y menos engorroso, “desjudicializando”, según palabras de Kiper<sup>46</sup> el funcionamiento de estos negocios.

Todos los patrimonios o sus expectativas de valuación o proyección han sido afectado en gran forma debido a las crisis financieras internacionales y la crisis financiera que hemos vivido en nuestro país que han interferido en las relaciones contractuales por medio de las leyes de emergencia económica dictadas, especialmente la ley 25.561 de emergencia pública y reforma del régimen cambiario.

Creemos que mantener la no concursabilidad de los fideicomisos sería desconocer la realidad económica actual de nuestro país. Con la inflexibilidad del artículo 16 de la ley se

---

<sup>46</sup> “Tratado de Fideicomiso”, Kiper, Claudio y Lisoprawski, Silvio, ed. Depalma, Buenos Aires, 2003.

provocaría la liquidación de fideicomisos que posibilitan emprendimientos que podrían preservarse en el marco de un concurso preventivo.

La última reforma a la ley concursal introducida por medio de la ley 26.086 del 22 de marzo de 2006, no ha tratado el tema en estudio. Consideramos hubiera sido una valiosa oportunidad para agregar este nuevo sujeto concursal a la par de las importantes reformas introducidas.

En lo que respecta a la jurisprudencia, esta ha reconocido la concursabilidad de sindicatos, pero nada ha expresado acerca del patrimonio fideicomitado.

Creemos que tanto la evolución legislativa como la jurisprudencial presentada muestra claramente la tendencia a la apertura del sujeto concursable en el derecho interno.

Claramente vemos que el espíritu de la ley 24.441 fue que se aplicara la ley 24522 en forma supletoria, razón por la cual creemos que este es el marco con el que debe contar el fideicomiso

En el derecho comparado, en cuanto a la admisibilidad del concurso de patrimonio fiduciario, la legislación mexicana trata la procedencia de concursabilidad del patrimonio dado en fideicomiso según la actividad que se desarrollare con los bienes. Si fuere comercial estaría entre las previsiones de los sujetos concursables, en tanto si fuere civil no serían posibles de concurso.

Al respecto, la ley de fideicomiso venezolana establece de modo específico en su artículo 24, incisos 2º y 3º, la legitimación del beneficiario de oponerse a las medidas preventivas y ejecución forzada que tomaren los acreedores de los bienes afectados, entre otras hipótesis, como custodio de la autenticidad de la obligación con que se acciona.

Por lo expuesto vemos de suma necesidad e importancia la reforma de la ley 24.441 y de la ley 24.522 para dar un marco normativo ágil, seguro y ordenado para solucionar los casos de insuficiencia patrimonial que pueda afectar al fideicomiso como instrumento que es tan utilizado en nuestro país en la actualidad .

## Modificaciones a las leyes 24.441 y 24.522:

Artículo 1º: Modifíquese el art. 2 de la ley 24.522, el cual quedará redactado de la siguiente forma: *“Artículo 2: Sujetos comprendidos. Pueden ser declaradas en concurso las personas de existencia visible, las de existencia ideal de carácter privado y aquellas sociedades en las que el Estado Nacional, Provincial o municipal sea parte, cualquiera sea el porcentaje de su participación.*

*Se consideran comprendidos:*

- 1) *El patrimonio del fallecido, mientras se mantenga separado del patrimonio de sucesores.*
- 2) *El patrimonio fideicomitado.*
- 3) *Los deudores domiciliados en el extranjero respecto de bienes existentes en el país.*

*No son susceptibles de ser declaradas en concurso, las personas reguladas por Leyes Nros. 20.091, 20.321 y 24.241, así como las excluidas por leyes especiales.”*

Artículo 2º: Modifíquese el inc. 1º del art. 11 de la ley 24.522, el cual quedará redactado de la siguiente forma: *“Artículo 11.- Requisitos del pedido. Son requisitos formales de la petición de concurso preventivo:*

*1º Para los deudores matriculados y las personas de existencia ideal regularmente constituidas, acreditar la inscripción en los registros respectivos. Las últimas acompañarán, además, el instrumento constitutivo y sus modificaciones y constancia de las inscripciones pertinentes. En caso de ser un fideicomiso constituido por testamento, deberá acompañarse el auto aprobatorio emanado del juez de la sucesión.”*

Artículo 3º: Modifíquese el art. 16 de la ley 24.441, el cual quedará redactado de la siguiente forma: *“Artículo 16: 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 estas obligaciones, que configure estado de cesación de pagos, según lo establecido en el artículo 1º, dará lugar a la apertura de concurso preventivo o declaración de quiebra.*

Se considerarán legitimados para solicitarla los acreedores con créditos exigibles anteriores a la fecha de estado de cesación de pagos, el beneficiario, el fiduciario y el fideicomisario. “.

Artículo 4°: Modifíquese el art. 23 de la ley 24.441, el cual quedará redactado de la siguiente forma: *“Artículo 23: En caso de insuficiencia del patrimonio fideicomitado en el fideicomiso financiero del capítulo IV, será de aplicación lo establecido en el artículo 16.*

*Se reconocerá la calidad de sujetos legitimados, además de las personas enumeradas en el artículo 16, los tenedores de títulos de deuda.”.*

Artículo 5°: Comuníquese al poder ejecutivo.

## **CONCLUSION:**

Sin haber podido resolver cabalmente los interrogantes planteados al comienzo de nuestro trabajo, creemos que los puntos analizados podrían ser resueltos.

Al interrogarnos acerca de la posibilidad de considerar sujeto concursable al patrimonio fideicomitido, hemos elaborado la idea de que es necesaria una reforma de la ley concursal por la cual se incorpore expresamente entre la nómina de sujetos concursables al conjunto de bienes que integran el fideicomiso, entre otras razones por las similitudes encontradas entre el patrimonio fideicomitido y el patrimonio del fallecido.

Consideramos que las dificultades en las cuales podría verse comprometido el conjunto de bienes objeto del contrato estudiado, configuran claramente estado de cesación de pagos conforme con lo normado en el art. 1º de la ley que regula el procedimiento falencial.

A partir de lo dicho, existiría la posibilidad de solicitar la apertura del concurso preventivo ante la existencia de hechos que en desarrollo del fideicomiso revelen es estado de cesación de pagos, con la consecuente verificación de créditos de los acreedores, lo cuales podrán solicitar se declaren ineficaces determinados actos realizados durante la ejecución del objeto por considerarlos perjudiciales a sus intereses crediticios.

El fiduciario será responsable por la negligente administración que hubiera efectuado de los bienes objeto del fideicomiso, junto con quienes hubieran participado de la administración negligente o dolosa y deberá reparar los perjuicios ocasionados en virtud de lo expuesto.

Recordando que la propia ley de fideicomiso en diversos artículos remite a lo normado por la ley 24.522 y que en reiteradas ocasiones se ha sostenido la aplicación de la citada ley en forma analógica debido al vacío legal existente, creemos necesaria una reforma de la ley 24.441 y de la ley concursal, esta incorporando un nuevo sujeto concursable y aquella, en forma integral reformulando la imposibilidad de que el patrimonio fideicomitido sea prenda de cobro por parte de los acreedores y la posterior liquidación de los bienes fideicomitados.

## **BIBLIOGRAFIA:**

- “Tratado de Fideicomiso”, Kiper, Claudio y Lisoprawski, Silvio, ed. Depalma, Buenos Aires, 2003
- “El fideicomiso ante la teoría general del negocio jurídico”, Domínguez Martínez, Jorge A., 3ª ed., Porrúa, Méjico, 1982
- “Contrato de fideicomiso”, Moisset de Espanés, Luis, Revista del Notariado, número extraordinario, 1995.
- “La institución del fideicomiso en el derecho romano”, Vázquez, Humberto, *JA*, 1999-II, 1087.
- Congreso Internacional de Derecho Privado (Italia, 1950); VII Conferencia Interamericana de Abogados (Uruguay, 1951), V Reunión Jurídico Notarial (Rosario, 1972), XII Congreso Internacional del Notariado (Argentina, 1973), XIV Congreso Internacional del Notariado Latino (Guatemala, 1977), VII Convención Notarial del Colegio de Escribanos (Bs.As., 1978), I Congreso de Abogados del Banco de la Nación Argentina (Argentina, 1977), Seminario Latinoamericano sobre Fideicomiso (Méjico, 1978), XII Congreso Internacional de Derecho Registral (Brasil, 1987), IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Argentina, 1983), entre otros eventos.
- Iturbide, Gabriela A., “El contrato de fideicomiso en el marco de los negocios fiduciarios “, *JA*, 1998-III-814.
- “Régimen jurídico del dominio fiduciario” Kiper, Claudio M., ps. 92 a 96, cit. por .Iturbide, Gabriela A., “El contrato de fideicomiso...”, cit., p. 814.
- Derecho Comercial argentino, 1: Parte general”; Fontanarrosa, Rodolfo; 1995; Zavalía citado por Molina Sandoval, Carlos A., “La rendición de cuentas en el fideicomiso”, *JA*, 2004-I-957 - *SJA*, 18/2/2004, p. 4.
- “Análisis de los estados contables”; Fowler Newton, Enrique: p. 117, citado por Joulia, Emilio C., "Consecuencias y caminos ante la insolvencia del patrimonio fiduciario", *ED*, 201-688, con cita Missineo, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, 1971, p. 263, cit. por Guerrero, Agustín A. A. - Labonia, Pablo A., “Contrato de fideicomiso: frente a los créditos laborales”, *RDLSS*, 2005-2-85.
- “Cuasi concursabilidad de los bienes fideicomitidos”; Figueroa, Tomás Ise; LL T. 1999 A, Secc. Doctrina.
- “Tratado de Concursos y Quiebras”; T. I; Martorell, Ernesto; Ed. Depalma, 1998.
- “Régimen de Concursos y Quiebras, ley 24.522”; Rouillón, Adolfo; ed. Astrea; 13º edición; 2004.

“Fideicomiso de Garantía: un instrumento eficaz”; Instituto de Derecho Notarial: cuaderno N° 7 Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe 2° circunscripción; Esc. Cellini, Luis Eduardo, Esc. Gil, Jorge Alberto, Esc. Lucero Eseverri, Roberto, Esc. Pelosso, Graciela.

“Fideicomiso en Garantía (efecto sobre los créditos garantizados y verificación en el concurso del Fiduciante)”, Alegría, Héctor, LL 2004-D-847.

“El fideicomiso y la insolvencia”; 28/02/2007; Seminario dictado por Kiper, Claudio y Heredia, Pablo; Asociación Pur Sang; Buenos Aires.

“Fideicomiso”; Curso a distancia dictado por Humphreys, Ethel,.; Diario El Judicial. Com; 18/04/2007 al 21/06/2007

## **INDICE:**

Dedicatoria	1
Agradecimientos	2
Datos de la tesis	3
Introducción	5
<b><u>CAPITULO I:</u></b>	
I. I. Concepto, origen y consideraciones generales	6
I. II. Elementos del Contrato de Fideicomiso	14
I. III. Clases de Fideicomiso	26
I. IV. Fideicomiso Público	31
I. V. Tratamiento impositivo de los fideicomisos	37
II. VI. Responsabilidad del fiduciario frente al derecho tributario	40
<b><u>CAPITULO II:</u></b>	
II. I. El patrimonio fideicomitado es sujeto concursable	47
II. II. El patrimonio fideicomitado es similar al patrimonio del fallecido	51
II. III. Efectos de la apertura del concurso preventivo del patrimonio fideicomitado con dificultades económicas que configuran estado de cesación de pagos	56
II. IV. Influencia del concurso preventivo o quiebra del fiduciante en el patrimonio fideicomitado	58
II. V. El fiduciario puede ser responsable por la insolvencia del patrimonio fideicomitado	67
<b><u>CAPITULO III:</u></b>	
Proyecto de ley propuesto por la tesista	72
Conclusión	76
Bibliografía	77
Indice	79