



UNIVERSIDAD DE BELGRANO

Las tesinas de Belgrano

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Carrera de Abogacía

Fideocomiso

Nº 61

Juan Manuel Apat

Tutor: Alfredo Maciel

Departamento de Investigación
Agosto 2002

Dedico el reconocimiento que hizo la Universidad de Belgrano al publicar mi tesina a los Escribanos Hugo Oscar Apat y María Andrea Apat (mi padre y a mi hermana), quienes me dieron la posibilidad de estudiar, a mi tutor, el Dr. Alfredo Maciel, y especialmente al Escribano Eduardo Gabriel Clusellas, por ayudarme a entrar al mundo jurídico.

Índice

Introducción	7
I. El Fideicomiso. Concepto. Antecedentes Históricos: Derecho Romano y Derecho Anglosajón	7
Concepto	7
El fideicomiso en el Derecho Romano	8
El fideicomiso en el Derecho Anglosajón	8
II. Inclusión del fideicomiso en la legislación argentina. Caracteres jurídicos del Fideicomiso. Concepto de Fideicomiso contractual. La Propiedad Fiduciaria. El Patrimonio separado y sus consecuencias. Responsabilidad objetiva del fiduciario. Extinción del contrato y de la propiedad fiduciaria	9
El fideicomiso en la legislación argentina	9
Caracterización del contrato de fideicomiso	10
La Propiedad Fiduciaria: La transferencia a título de confianza	10
El objeto de la transferencia fiduciaria	11
Los frutos y la subrogación legal	11
Oponibilidad a terceros	11
El Patrimonio separado y sus consecuencias	12
Obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso. Liquidación	12
La responsabilidad objetiva del fiduciario. Liquidación	13
La responsabilidad como guardián	13
El valor de la cosa	14
Extinción del contrato y de la propiedad fiduciaria	14
III. Sujetos Intervinientes en el Fideicomiso. Derechos y obligaciones	15
Partes intervinientes	15
Fiduciante	15
Fiduciario	15
Beneficiario	15
Fideicomisario	15
Derechos y obligaciones del fiduciario	16
Derechos y obligaciones del fiduciante	17
Derechos y obligaciones del beneficiario	18
Intervención del juez y de la Comisión Nacional de Valores	18
IV. Fideicomisos de Garantía: Concepto. La garantía a favor del fiduciario. La apropiación de la garantía. El “ius vendendi”. El Fideicomiso de garantía y los acuerdos concursales	19
Concepto	19
Fideicomiso de garantía en favor del fiduciario	19
La apropiación de la garantía	20
El ius vendendi	20
El fideicomiso de garantía y los acuerdos concursales	20
Conclusiones sobre el fideicomiso de garantía	21
V. Tratamiento impositivo del fideicomiso. Tratamiento contable. El impuesto de sellos. El impuesto a las ganancias	21
Tratamiento contable	21
El impuesto de sellos	21
El impuesto a las ganancias	22
VI. Anexo: Ejemplo práctico. Modelo de escritura con garantía fiduciaria	23
Conclusión	29
Bibliografía	30

Introducción

Debido a que la realidad de los negocios jurídicos está supeditada a una apreciación subjetiva por parte de los abogados, es que propongo adentrarnos en este contrato, que si bien ha sido visto en las aulas de la Universidad, nunca ha sido desarrollado en forma exhaustiva, perdiéndose una valiosa herramienta jurídica para la concreción de negocios. Al ser un contrato tan poco estudiado y conocido, es ignorado por los profesionales del derecho, que se aferran a los usos que conocen, desperdiciando la riqueza que puede brindar el fideicomiso. Utilizando la imaginación sobre esta figura puede llegarse a los mismos o mejores resultados que recurriendo a las formas tradicionales de los contratos, e incluso con menor costo para los contratantes.

La situación económica actual, y para ser más exacto, desde los últimos meses hasta estos días, ha demostrado la gran dificultad de obtener el éxito en los negocios. La crisis ya llegó a todos los ámbitos y la cadena de pagos está peligrosamente interrumpida. Como corolario de esta realidad, se acercarán a los tribunales cientos de causas sobre ejecuciones de toda naturaleza, y muchas de ellas llegarán al remate de los bienes de los deudores.

Este fin de un negocio particular, está lejos de ser una solución, porque los deudores están viendo como su patrimonio se les escapa de las manos por valores muy inferiores a los reales, o peor aún, llegando a una ejecución colectiva, donde una persona sin mala voluntad quedó en cesación de pagos. Estas soluciones que se avecinan están lejos de ayudar de alguna manera a nuestro país, y peor aún: nos alejarán más de la justicia de lo que ya veníamos acostumbrados.

Un método más práctico de llevar a cabo un negocio se hace necesario. Un mecanismo que permita más fácilmente para garantizar una obligación, y que asegure al deudor que se respetarán sus derechos. Una forma de propiedad distinta, que no pueda ser atacada por la pluralidad de acreedores. Una forma de liquidar sin tener que acudir a los tribunales. Es el fideicomiso.

Una posible respuesta que brinda seguridad a los negocios, con menos puntos débiles que los contratos tradicionales. Una nueva herramienta que no podemos ignorar.

En este trabajo intentaré acercar al hombre de derecho a la noción del fideicomiso, de sus antecedentes, su aplicación, sus caracteres, y sus posibilidades.

I. El Fideicomiso. Concepto. Antecedentes Históricos: Derecho Romano y Derecho Anglosajón.

Concepto:

Etimológicamente, el Fideicomiso proviene de la conjunción de las palabras en latín **Fides** y **Comittere**. **Fides** significa "confianza", y **Comittere por su parte** equivale a comisionar, persona en la que se deposita un encargo. Consecuentemente significaría "depositar confianza". Para ir entrando en tema, el fideicomiso puede ser caracterizado como **el negocio mediante el cual una persona transmite la propiedad fiduciaria de ciertos bienes para que sean destinados a una finalidad determinada**.

De este concepto pueden desprenderse sus 2 notas fundamentales, a saber: a) *La transferencia de la propiedad*; y b) *El encargo de confianza a la persona que se le transmite la propiedad del o de los bienes para que cumpla la finalidad que le impuso el fiduciante*.

Otra nota importante y para destacar es que el fideicomiso no constituye un fin en sí mismo, sino que es el instrumento utilizado para otorgar mayores seguridades jurídicas y garantías a una operación o negocio. Es decir que el fin es el negocio subyacente, mientras que el fideicomiso es simplemente el medio utilizado.

De esta línea de pensamiento se desprende que la ganancia o riqueza generada en un negocio jurídico a través de un fideicomiso, no surge de éste, sino de aquél; y que este medio pone a salvo ciertos bienes, que pasan a cabeza del fiduciario en un patrimonio separado.

Antecedentes históricos:

La utilidad de analizar los antecedentes del fideicomiso es de suma utilidad para facilitar la comprensión de nuestro actual régimen jurídico y para encontrar signos comunes, que continúan en vigencia.¹

Esta figura fue utilizada en su origen como una forma para salvar impedimentos legales, por ejemplo, para poder instituir como heredero a quien por ley no le correspondía; o bien para impedir una posible confiscación de bienes por causas políticas.

Para descubrir un poco más específicamente la génesis del fideicomiso, es necesario describir su aparición en Roma y en el derecho inglés.

1. VILLAGORDOA LOZANO, José M., *Doctrina General del fideicomiso*, Porrúa, México, 1982, ps. 1 a 36.

El fideicomiso en el Derecho Romano

En el Impero Romano existieron dos figuras que son antecedentes del fideicomiso en la forma en que lo conocemos. Ellas son la *fiducia* y el *fideicommissum*.

La diferencia fundamental entre ambas figuras es que mientras la *fiducia* consistía en la transferencia de la propiedad por acto entre vivos, el *fideicommissum* consistía en una transmisión por causa de muerte.

La *fiducia* consistía en la transferencia de la propiedad a una persona, con el encargo de un *pactum fiduciae*, mediante el cual quien recibía los bienes en propiedad se obligaba frente al transmitente, para que luego de realizados ciertos encargos, a devolverle la propiedad al transmitente o a una tercera persona.

Y esta transferencia de bienes en propiedad tenía una subclasificación: la *fiducia cum creditore* y la *fiducia cum amico*.

La primera de ellas era la utilizada para garantizar una deuda, y consistía en que el deudor le daba en propiedad uno o más bienes a su acreedor hasta tanto le pagara su deuda, con la obligación del acreedor de devolver dichos bienes cuando su interés estaba satisfecho. Y para el caso en que la deuda no sea satisfecha, el acreedor podía quedarse con la propiedad definitiva de los bienes que le fueron transmitidos, o enajenarlos.

En la *fiducia cum creditore* originaria, el acreedor no estaba obligado a devolverle diferencia alguna al deudor, por los pagos parciales que éste le haya hecho. Posteriormente para proteger los derechos del deudor, se reconoció a éste el derecho de recuperar la diferencia una vez que el acreedor había sido desinteresado.

La otra forma de fideicomiso constituido por actos entre vivos, la *fiducia cum amico*, que era aquella mediante la cual una persona entregaba a otra ciertos bienes para que los utilizara y aprovechara, y luego de cierto plazo, se los devolviera al primitivo dueño. Esta figura fue más que nada utilizada por los romanos cuando se ausentaban por causa de viaje y decidían entregarles los bienes a personas de su especial confianza. El fiduciario (quien recibía los bienes) podía administrar y disponer libremente de los bienes transmitidos.

Esta forma de fideicomiso fue cayendo en desuso para darle lugar a otras figuras contractuales, como el comodato, el depósito, la locación, la prenda y la hipoteca.

La otra rama, es decir, la del fideicomiso mortis causa, fue la del llamado *fideicommissum*, y era la utilizada por el testador para poder lograr que concorra como heredero a su sucesión quien no cuenta con el llamado por la ley a esa investidura. Así, por ejemplo, una persona podía instituir como beneficiario de su sucesión a quien de acuerdo a las leyes de esa época no podía revestir ese carácter, como ser los esclavos, peregrinos, solteros, casados sin hijos, etc.

El inconveniente a primera hora del *fideicommissum* era que el encargo de confianza estaba hecho a un heredero investido de tal carácter para que entregue uno o más bienes a la persona indicada por el testador. El problema era evidente, ya que el único elemento con el que podía contar el beneficiario era con la buena fe del heredero, pero ante una enorme cantidad de encargos sin cumplir, el emperador Augusto hizo ejecutar los *fideicommissum* con la intervención de los cónsules, otorgando así mayor control y seguridad.

Posteriormente, durante la época de Justiniano, el heredero fideicomisario llegó a adquirir un derecho real, en lugar de un crédito. Esta institución pasó a los regímenes jurídicos donde se la conoció como "sustituciones fideicomisarias".

Estas sustituciones llegaron a un auge extraordinario hasta que fueron prohibidas por el Código Napoleón, porque el espíritu de ese cuerpo legal era el de concentrar la riqueza en una sola familia, y estas sustituciones ponían en jaque tal principio.

El fideicomiso en el Derecho Anglosajón

En el derecho anglosajón, la figura se desarrolló con el nombre de *trust*, más cercano a nuestro fideicomiso actual, donde puede conceptualizarse como "una relación fiduciaria, con respecto a determinados bienes, por la cual la persona que los posee (*trustee*) está obligada en derecho de equidad a manejarlos en beneficio de un tercero (*cestui que trust*); negocio que surge como resultado de un acto volitivo expreso de la persona que crea el trust"². Las partes son, a saber:

- El **settlor** (en nuestra legislación equivalente al fiduciante), quien es el creador del trust, y generalmente desaparece una vez constituido, salvo que se reserve el derecho de revocarlo, alterarlo o enmendarlo, pudiendo también reservarse el derecho de dirigir al **trustee** y vigilar los actos que a su juicio lo precisen.

2. FREIRE, Bettina V., *El Fideicomiso*, Buenos Aires, 1997, pg. 36

- El **trustee** (equivalente a nuestro fiduciario), y es a quien se le transmite la propiedad legal de los bienes y está obligado a realizar los fines o cumplir el encargo para los cuales dichos bienes le han sido transmitidos. Pueden coincidir la condición de fiduciante y fiduciario, cuando el **settlor** se nombra a sí mismo **trustee**.
- El **cestui que trust** (en nuestra legislación, el beneficiario), y es la persona en favor de quien se constituyó y funciona el *trust*.

Hay dos especies de *trusts*: el expreso (*express trust*) y el implícito (*implied trust*). El *trust* expreso se constituye mediante la voluntad expresada en forma inequívoca, ya sea escrita u oral, del fiduciante, mientras que el *trust* implícito es la consecuencia de la interpretación que hacen los tribunales a partir de la intención tácita de las partes. Es una declaración de existencia por parte de los jueces.

II. Inclusión del fideicomiso en la legislación argentina. Caracteres jurídicos del Fideicomiso. Concepto de Fideicomiso contractual. La Propiedad Fiduciaria. El Patrimonio separado y sus consecuencias. Responsabilidad objetiva del fiduciario. Extinción del contrato y de la propiedad fiduciaria.

El fideicomiso en la legislación argentina:

En el Código Civil originario, Vélez incluyó al Fideicomiso en el artículo 2662 que decía: “*Dominio fiduciario es el 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*”.

Este artículo estaba incluido en el Libro de los Derechos Reales, en el título “Del Dominio Imperfecto”. Desde el principio, es pobre la redacción. Primero, porque para hablar del fideicomiso, solo se habla en la parte de los derechos reales en vez de en los contratos, y segundo, porque al hablar en ese título, incluye temática relativa a los derechos personales, como ser la condición y el plazo, que son modalidades bien propias de las obligaciones, y que evidentemente surgen de un pacto personal.

Además cabe desde ahora distinguir entre el contrato de fideicomiso y la propiedad fiduciaria.

Dentro de la clasificación clásica de los contratos, puedo afirmar que el contrato de fideicomiso es consensual y queda concluido con la sola manifestación del consentimiento. Aunque falte la transferencia de la propiedad fiduciaria, el contrato queda perfeccionado. Es cuando esta transferencia se realiza cuando nace la propiedad fiduciaria, es decir, el patrimonio separado en cabeza del fiduciario.

En 1995 se publicó la ley 24.441 (B.O. 16/1/95), mal llamada “Ley para el Financiamiento de la Vivienda y la Construcción”. Mal llamada, porque de una primera interpretación pareciera desprenderse que la ley solo atañe a los bienes inmuebles. Y no es así, ya que el tratamiento de la ley regula el fideicomiso en general.

Con muy buenas intenciones esta ley viene a llenar el vacío legal que venía desde los tiempos de Vélez Sarsfield. El primer artículo de la ley define al Fideicomiso: “*Habrà 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*”.

Digo “con muy buenas intenciones”, pero no digo “acertadamente”, porque no queda claro si se está hablando del contrato de fideicomiso o de la propiedad fiduciaria. La doctrina coincide en que se está definiendo a la propiedad fiduciaria, porque de interpretar lo contrario, se estaría desatando una incoherencia con respecto al artículo 4º del mismo cuerpo legal: “*El contrato también deberá contener: 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...*”. Es claro entonces que este artículo permite que el contrato se celebre solo dando las características de los bienes, sin dar con exactitud una descripción.

Otra crítica que le hago a la redacción del artículo primero es que de su interpretación parecería desprenderse que los bienes fideicomitados son los que deben transmitirse al beneficiario, al fiduciante o al fideicomisario. Ese es un grave error, porque no es necesario que se trate de los mismos bienes. Por ejemplo, A (fiduciante), transmite en propiedad fiduciaria a F (fideicomitente) un inmueble, para que lo alquile durante 10 años, y luego de esos 10 años venderlo, y toda la utilidad monetaria obtenida debe ir a manos de B (beneficiario). Es obvio que los bienes que va a recibir B no van a ser los mismos que los que A le dio a F, y sin embargo es un fideicomiso perfecto y válido.

La última crítica que le hago al citado artículo es la de designar a una nueva categoría de ¿parte? en el fideicomiso: el fideicomisario. La ley no especifica quien es esa persona, y no queda claro cuál es la ventaja de incluirlo dentro de la normativa. Sobre el fideicomisario me explayaré cuando desarrolle las Partes Intervinientes en el Fideicomiso.

En cuanto a la unilateralidad o bilateralidad del acto jurídico del fideicomiso, es posible confundirse y creer que se trata de una relación tripartita, pero, como se verá, no es así porque la aceptación del beneficiario en ningún caso será necesaria para el nacimiento de la fiducia. De acuerdo al juego de los artículos 2º al 4º de la ley, es dable en concluir que nuestra ley permite que se trate de un acto unilateral, en caso de un fideicomiso constituido por testamento, o de un acto bilateral, en caso de que se trate de un acto entre vivos. Por su parte, los artículos 2º y 4º definen al fideicomiso por acto entre vivos como un contrato, mientras que el artículo 3º se encarga del fideicomiso unilateral (testamentario).

Para concluir, **nuestra ley regula la constitución del fideicomiso testamentario como un acto unilateral, y en todos los demás casos como un acto bilateral.**

Caracterización del contrato de fideicomiso

Siguiendo las clasificaciones de Borda³, puedo afirmar que el contrato de fideicomiso es:

- **Bilateral:** por cuanto hay obligaciones recíprocas (de entregar la propiedad fiduciaria por parte del fiduciante y de cumplir con el encargo por parte del fiduciario).
- **Oneroso o gratuito:** dependerá si el fiduciario recibe o no contraprestación por la ejecución del encargo. La ley lo presume oneroso, salvo que se haya pactado lo contrario.
- **Conmutativo:** lo es porque las partes (fiduciante y fiduciario) saben de antemano cuales serán las prestaciones que deberán cumplir.
- **Consensual:** porque no es necesaria la tradición para la existencia del contrato (art. 4º inc. a).
- **Formal:** porque surgen contenidos obligatorios del contrato del artículo 4º de la ley 24.441, y surgen pautas formales desde los artículos 12 y 13.
- **Nominado:** lo es a partir de la redacción de la ley 24.441.
- **De cumplimiento diferido, sucesivo o periódico:** Será cualquiera de esas opciones según haya plazo o condición de por medio, y dependerá también del encargo del fiduciante.
- **Accesorio:** porque el fideicomiso es simplemente el vehículo para concretar un acto jurídico subyacente.

La Propiedad Fiduciaria: La transferencia a título de confianza

Se trata de uno de los rasgos que caracterizan al fideicomiso. ¿Que significa “a título de confianza”? Para comprender este concepto seguiré a Carregal: “por *título* de transmisión entendemos la motivación, subyacente en el acuerdo de voluntades que ha presidido a la enajenación o es concomitante con ella. Representa el “*porque*” del acto y conlleva una respuesta para ese interrogante: se transmite el bien “porque” se tiene la confianza necesaria en que el adquirente cumplirá el encargo encomendado en el acto constitutivo. Tampoco puede decirse que se trate de un acto a título gratuito, pues la propiedad no se “regala” al adquirente fiduciario, éste la recibe solamente como un medio para la mejor ejecución del encargo respecto del bien transmitido. Queda claro, entonces, que el único título por el cual puede transmitirse la propiedad fiduciaria es a “título de confianza”, ya que el fiduciario no la recibe ni a título oneroso ni gratuito.”⁴

Igualmente, la confianza juega el papel protagónico en cuanto al contrato de fideicomiso, pero no en cuanto al negocio subyacente que lo motiva, que son los verdaderos negocios de fondo, o sea, el fin último que el fiduciante tuvo en miras para utilizar el fideicomiso.

Además, no debe confundirse esta particularidad de la transferencia de la propiedad fiduciaria con el carácter oneroso o gratuito del contrato de fideicomiso, ya que este será oneroso si el fiduciario recibe una retribución por la ejecución del o de los encargos encomendados, o gratuito si no es acreedor a prestación alguna. La ley presume que en caso de silencio, se trata de un contrato oneroso (art. 8º), y si nada se dice en cuanto a la cuantía de la contraprestación, ésta será fijada por el juez.

Otra nota de la propiedad fiduciaria es que el fiduciario no tiene la propiedad a perpetuidad, sino que tiene los bienes en forma transitoria para realizar la encomienda del fiduciante. Además, la propiedad en cabeza del fiduciante está desprovista de valor económico para él. Es por esto que la propiedad fiduciaria encuadra dentro de la categoría de “dominio imperfecto”, en los términos del artículo 2661 del Código Civil.

Por su parte, el artículo 73 de la ley reforma al artículo 2662 que define al dominio fiduciario, y lo deja de la siguiente manera: “*Dominio fiduciario es el que se adquiere en razón de un fideicomiso constituido por contrato o por testamento, y está sometido a durar solamente hasta la extinción del fideicomiso, para el efecto de entregar la cosa a quien corresponda según el contrato, el testamento o la ley*”. La gran diferencia de este artículo con su anterior, es la supresión del plazo o condición resolutoria y la restitución de la cosa

3. BORDA, Guillermo A., *Manual de Contratos*, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1991, ps. 22 a 33.

4. CARREGAL, Mario A., *El fideicomiso, regulación jurídica y posibilidades prácticas*, Universidad, Buenos Aires, 1982, ps. 74 y 75.

a un tercero. Hubiera sido práctico y armónico que estos elementos mantuvieran cohesión con el artículo 1º de la ley, por cuanto mantiene los mismos.⁵

El objeto de la transferencia fiduciaria

En principio, toda clase de bienes y derechos son susceptibles de constituirse en fideicomiso, salvo aquellos, personalísimos del fiduciante que, en general, no son susceptibles de enajenación.⁶

Debe quedar en claro que el objeto de la transmisión fiduciaria siempre recae sobre un bien, ya sea material, ya sea inmaterial, de acuerdo a los artículos 2311 y 2312 del Código Civil. Lamentablemente, en otros artículos, la ley es imprecisa y usa el término “dominio fiduciario” en vez de “propiedad fiduciaria”.⁷

Propiedad es el término genérico, por abarcar las cosas y los bienes que no son cosas, y por el otro lado, *dominio* debe utilizarse solamente cuando se habla de cosas. Solo cuando se hable de cosas podrá aplicarse el concepto técnico de dominio, mientras que corresponde hablar de titularidad en el caso de bienes que no son cosas. Cuando hablamos de “titular” de un derecho, nos referimos al propietario de ese derecho, que es quien goza de la protección necesaria para hacerlo valer. Y como no se discute la existencia del dominio fiduciario, es correcto de hablar de propiedad fiduciaria, siendo esta última expresión comprensiva de la titularidad de todos los derechos personales patrimoniales recibidos a título de confianza.⁸

Por su parte, el artículo 1º de la ley 24.441 califica a los bienes objeto de la transmisión fiduciaria como *determinados*. Y del juego armónico del artículo citado con el artículo 4º, inc. a, surge que es posible que no se determinen los bienes en el acto constitutivo, sino que basta que se mencionen los requisitos y características que deban reunir.

En cuanto a los requisitos que debe reunir el objeto de la transmisión fiduciaria, cabe distinguir entre dos situaciones distintas: a) cuando se trata de bienes que no sean cosas, estos pueden ser determinados o determinables; y b) cuando se trate de cosas, estas deberán estar determinadas. El acto traslativo de dominio solo se perfeccionará cuando la cosa esté perfectamente individualizada, y se cumpla con la entrega de los bienes.

Los frutos y la subrogación legal

A) Los frutos: A menos que las partes hubieran previsto lo contrario, los frutos (sean civiles, industriales, o naturales) entrarán al patrimonio especial creado por el artículo 14 de la ley, por lo que el fiduciario deberá utilizarlos para los fines en que el fiduciante constituyó el fideicomiso. Aquí es donde la voluntad de las partes puede pactar lo contrario. Lo que no puede ser pactado es que el fiduciario se enriquezca personalmente con los frutos del fideicomiso. Tal disposición está normada en el artículo 7º de la ley 24.441.

B) La subrogación legal: Es preciso saber a *prima facie* que la adquisición de la propiedad fiduciaria no proviene necesariamente de una transferencia fiduciaria. En un principio siempre será así, pero posteriormente podrán adquirirse otros bienes a ese fideicomiso, que no hayan sido transferidos en fideicomiso y sin embargo el fiduciario adquiere la propiedad fiduciaria. Por ejemplo: con el producido de una venta o un alquiler de uno o más inmuebles fideicomitados el fiduciario compra otro inmueble.

La subrogación legal está regulada en el artículo 13 de la ley en los siguientes términos: “*Cuando así resulte del contrato, el fiduciario adquirirá la propiedad fiduciaria de otros bienes que adquiera con los frutos de los bienes fideicomitados o con el producto de actos de disposición sobre los mismos, dejándose constancia de ello en el acto de adquisición y en los registros pertinentes*”.

Una correcta interpretación de esta norma debería ser que pueden adquirirse otros bienes con el producto de la venta de los bienes fideicomitados salvo prohibición expresa, de acuerdo a lo autorizado por el artículo 17 inc. b.

Oponibilidad a terceros

Para la oponibilidad a terceros, debe quedar clara tal situación en los asientos registrales. Esto surge del artículo 12 de la ley 24.441, que reza lo siguiente: “*El carácter fiduciario del dominio tendrá efecto frente a terceros desde el momento en que se cumplan las formalidades exigibles de acuerdo a la naturaleza de los bienes respectivos*”. Este artículo se complementa con el artículo 13 de la misma ley, que ordena a los registros tomar razón de la transferencia de la propiedad fiduciaria cuando se trate de bienes registrales.

5. La norma dice: “*Habrà fideicomiso (en realidad, debería decir Habrà propiedad fiduciaria) 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*”.

6. RODRIGUEZ AZUERO, Sergio, *Contratos bancarios*, Felabán, Bogotá, 1977, pág. 637.

7. Véase por ejemplo los artículos 4, inc. c, 12 y 19.

8. CARREGAL, Mario A., ob. cit., ps. 57 y 62.

En la inscripción registral deberá constar una síntesis clara y precisa de las limitaciones que afectan la propiedad fiduciaria, para que los terceros puedan conocer con certeza las modalidades que la condicionan.

La disposición técnico-registral 4/95 del Registro de la Propiedad Inmueble (B.O. 11/9/95) aclara cuales son los elementos que se deben registrar (datos del fiduciario y la leyenda *dominio fiduciario*; el plazo o condición a que se sujeta; y en caso de requerir consentimiento previo para vender o gravar los bienes, tal carácter; y la sustitución de fiduciario en caso de que ésta se produzca). Debe quedar en claro que lo que se registra no es el contrato de fideicomiso, sino solo la propiedad fiduciaria. De todas maneras, de los datos del asiento registral se puede referenciar el contrato que la motivó.

El Patrimonio separado y sus consecuencias

Un patrimonio separado o de afectación es una masa de bienes destinada a responder al pago de ciertas deudas, es un desprendimiento del patrimonio general o residual, que tiene autonomía e independencia y necesariamente tiene un titular. Es la responsabilidad por las deudas su nota esencial y relevante. Las reglas fundamentales son:⁹

- La situación particular del patrimonio de afectación surge de sus fines.
- Existen reglas apropiadas para determinar cuáles bienes corresponden al patrimonio general, y cuáles al patrimonio especial.
- Integran el patrimonio especial tanto los bienes originarios como los producidos por la gestión de ese patrimonio especial, si así fue previsto en el acto constitutivo.
- El patrimonio especial tiene su activo y su pasivo propios.
- No es un ente especial con personería en sí misma.
- La ley debe prever, en resguardo de terceros, medios de publicidad del patrimonio afectado.
- Como es un caso de excepción, la interpretación debe ser restrictiva.

El patrimonio separado está regulado en la ley los artículos 14 a 16, estableciendo una nueva institución, que constituye un patrimonio separado del patrimonio del fiduciante, del fiduciario y del beneficiario. El fiduciante es el propietario formal, pero no es el dueño de la riqueza que esos bienes representan. Se dice que el fiduciario tiene la propiedad vacía de contenido patrimonial.¹⁰

Aquí surge una duda: si la riqueza no la tiene el fiduciario, ¿donde está? La respuesta es que está dentro del patrimonio separado, que es el que en definitiva es el que crece o decrece, se valoriza o desvaloriza. Esta riqueza es transitoria. Cuando la propiedad fiduciaria termina, desaparece el patrimonio separado, y al beneficiario se le transfiere su riqueza, de la cual siempre fue acreedor.

Situación de los bienes fideicomitidos:

- 1) Están excluidos de la garantía general de los acreedores del fiduciario**, de acuerdo al artículo 15 de la ley 24.441: "*Los bienes fideicomitidos quedarán exentos de la acción singular o colectiva de los acreedores del fiduciario*".
- 2) Están excluidos de la garantía general de los acreedores del fiduciante**, por cuanto el artículo 15 sigue diciendo "*Tampoco podrán agredir los bienes fideicomitidos los acreedores del fiduciante, quedando a salvo la acción de fraude*". En caso de fraude, dicha transferencia será inoponible a los acreedores del fiduciante, cuyos créditos correspondan a obligaciones contraídas con anterioridad a la misma.
- 3) Están excluidos de la garantía general de los acreedores del beneficiario**. Concluye el artículo 15 de la siguiente manera: "*Los acreedores del beneficiario podrán ejercer sus derechos sobre los frutos de los bienes fideicomitidos y subrogarse en sus derechos*". Mientras los bienes fideicomitidos (en el sentido amplio de capital y/o frutos) no ingresen al patrimonio del beneficiario, sus acreedores no podrán agredirlos con medidas de ejecución, sin perjuicio de obtener las medidas conservatorias que corresponda conforme la verosimilitud en el derecho y el peligro en la demora.

Obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso. Liquidación

¿Que pasa si el patrimonio fideicomitido no alcanza para responder a las obligaciones del fideicomiso? No da lugar a la declaración de quiebra. A falta de otros recursos provistos por el fiduciante o el beneficiario, deberá procederse a la liquidación, que estará a cargo del fiduciario, quien enajenará los bienes que integran el patrimonio separado y entregará el producto a los acreedores conforme al orden de privilegio dispuesto para la quiebra. Esta liquidación es privada y no requiere de intervención judicial.

9. ORELLE, José M. R., *El fideicomiso en la ley 24.441*, LL, t. 1995-B, p. 874.

10. FREIRE, Bettina V. Ob. cit., pag. 76.

La responsabilidad objetiva del fiduciario

Para entrar en este tema cabe primero referirse a la norma madre en materia de responsabilidad. El artículo 1113 del Código Civil en sus párrafos 2º y 3º dice: *“En los supuestos de daños causados con las cosas, el dueño o guardián, para eximirse de su responsabilidad deberá demostrar que de su parte no hubo culpa; pero si el daño hubiese sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, solo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad, acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder.*

Si la cosa hubiese sido usada contra la voluntad expresa o presunta del dueño o guardián, no será responsable”.

No cabe hacer aclaración alguna a este artículo en este trabajo, más que armonizarlo con la ley 24.441. La ley, de manera confusa intenta limitar la responsabilidad del fiduciario (dueño de la cosa en los términos del citado art. 1113) en el artículo 14: *“La responsabilidad objetiva del fiduciario emergente del artículo 1113 del Código Civil se limita al valor de la cosa fideicomitida cuyo riesgo o vicio fuese causa del daño si el fiduciario no pudo razonablemente haberse asegurado”.*

Debe quedar en claro que cuando existe un daño *con la cosa*, alguien ha obrado como sujeto agente o autor del hecho dañoso, mediante la instrumentación de dicha cosa. Esta persona quedaría comprometida, pero no en los términos del art. 1113 (cosa dañosa), sino que se trata de un simple hecho imputable a su agente o autor.

El sentido de la regulación expresada respecto de los daños realizados con las cosas es el de la inversión de la carga probatoria de la culpa, pero siempre se tratará de un ámbito de la responsabilidad subjetiva, pero inversamente, cuando se trata de daños causados *por el riesgo o vicio de la cosa* el vicio radica en la mala calidad o defecto que la torna impropia para una utilización inocua para los demás.¹¹

Queda ahora la incógnita si el artículo 14 de la ley abarca ambos supuestos. La respuesta debe ser la negativa, por cuanto el mismo texto enuncia *“La responsabilidad objetiva (...) emergente del artículo 1113 del Código Civil”.*

El legislador fue claro y determinante, al delimitar la aplicación del artículo 1113 solamente a la responsabilidad objetiva (daños por el riesgo o vicio de la cosa), dejando de lado los demás supuestos, que son de responsabilidad subjetiva (daños con las cosas).

Y para que no queden dudas, el citado artículo 14 continúa diciendo *“se limita al valor de la cosa fideicomitida cuyo riesgo o vicio fuese causa del daño”.*

Queda entonces claro que la responsabilidad del artículo 14 de la ley 24.441 se refiere solo a los casos de responsabilidad objetiva.

En cuanto a la última parte del artículo 14 cuando dice que la limitación de la responsabilidad funciona *“si el fiduciario no pudo razonablemente haberse asegurado”.* Esta redacción no es clara y hay entonces que distinguir las hipótesis que de ella se disparan:

- a) Cuando el fiduciario, pudiendo haberse razonablemente asegurado, no lo hiciese, perderá la protección que le confiere el artículo 14 de la ley, es decir, responderá más allá del valor de los bienes fideicomitidos.
- b) Cuando por las características de los bienes fideicomitidos o del encargo, el fiduciario no pudiera encontrar en plaza un seguro que cubra adecuadamente el riesgo o si ese seguro tuviera un costo que sacara al negocio del mercado por ser *irrazonablemente* alto, el fiduciario estará igualmente protegido por la limitación de su responsabilidad ante daños producidos por el riesgo o vicio de la cosa (responsabilidad objetiva), sin perjuicio de la responsabilidad que le pueda caber al guardián.
- c) Si el fiduciario contrata un seguro razonable, y luego la compañía no cubre el siniestro, el límite de su responsabilidad será el valor de los bienes fideicomitidos, porque ha cumplido con la carga impuesta por la ley a los efectos de acotar su responsabilidad.

La responsabilidad como guardián

En la mayoría de las oportunidades, la guarda del bien fideicomitido no está en cabeza del fiduciario, ya que suele conservarla el fiduciante o el beneficiario. En estos casos, la responsabilidad que le compete al *“guardián no fiduciario”* es lisa y llanamente la del artículo 1113 del Cód. Civil, por no encuadrar en el artículo 14 de la ley 24.441.

Sin embargo, puede ocurrir que el fiduciario sea guardián de esos bienes, cuando mantenga la cosa bajo su poder y vigilancia, y cuando mantenga el ejercicio autónomo e independiente de ese poder. Será a cargo del fiduciario la prueba de que por los términos del contrato y en la realidad de los hechos, un tercero, el beneficiario o el fiduciante son los guardianes de la cosa.

11. LLAMBIAS, Jorge J., *Código Civil anotado*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1979, t. II-B, ps. 461, 463 y 464.

El valor de la cosa

Este es un tema poco claro en base al artículo 14. El legislador pone un límite a la responsabilidad del fiduciario, expresando que no irá más allá “*del valor de la cosa (...) cuyo riesgo o vicio fuese causa del daño*”.

Una interpretación literal de la norma limitaría la responsabilidad al valor de la cosa que causó el daño, y no al resto del patrimonio fideicomitado, en el caso en que haya más de un bien entregado en fideicomiso. Esto podría resultar absurdo, y para darlo a entender daré un ejemplo muy sencillo: si el patrimonio fideicomitado está formado por dos cortadoras de pasto hogareñas y un lote de terreno valuado en \$ 500.000, como las cortadoras de pasto razonablemente no se aseguran por daños que produzcan a terceros por esa cifra, el límite de la responsabilidad debería ser el de dicha cortadora de pasto, y no por el valor del terreno.

Ante tal desprolijidad, entiendo que una interpretación más acorde debe ser que el límite de la responsabilidad sea el del total del patrimonio fideicomitado luego de producido el siniestro. La solución entonces para el ejemplo planteado sería que el límite debería ser el valor de las cortadoras de pasto *sumado* al valor del lote de terreno.

A su vez, como regla general, el fiduciario debería responder hasta el valor del patrimonio separado al tiempo en que el acreedor lo ejecute, es decir, al valor al tiempo de su venta para cobrarse la indemnización.

Extinción del contrato y de la propiedad fiduciaria

Debe distinguirse entre la extinción del contrato de fideicomiso de la propiedad fiduciaria. Cuando se extingue el contrato de fideicomiso, desaparece el encargo de confianza, y el fiduciario debe darle al patrimonio fideicomitado el destino previsto en el contrato constitutivo.

Extinción del contrato

La enumeración que sigue surge del artículo 25 de la ley 24.441, a saber:

- a) *El cumplimiento del plazo o condición a que se hubiera sometido, o el vencimiento del plazo máximo legal.* El máximo se establece en el artículo 4º inc. c, y es de treinta años desde su constitución, salvo que el beneficiario fuera un incapaz. En esta salvedad, el fideicomiso podrá durar hasta que el incapaz muera o cese su incapacidad. En caso que se pactara un plazo mayor a treinta años, se reducirá por su nulidad a treinta años.
- b) *La revocación del fiduciante si se hubiera reservado esa expresamente esa facultad.* Aquí no habrá más tarea que verificar el instrumento del contrato constitutivo.
- c) *Cualquier otra causal prevista en el contrato.* Queda aquí librada una causal o varias a la autonomía de la voluntad de las partes. Llama la atención que no se haya incluido como causal la imposibilidad de obtener el fin para el cual se ha constituido el fideicomiso.
- d) *Mutuo acuerdo de fiduciante y beneficiario.* Esta causal no fue prevista en la ley, pero es lógica su aplicación.
- e) *Causas que no extinguen el contrato de fideicomiso, salvo pacto expreso:* La muerte del fiduciante o del beneficiario; falta de fiduciario; renuncia de los beneficiarios.

Extinción de la propiedad fiduciaria

La propiedad fiduciaria se extingue por:

- a) *Destrucción de la cosa:* Podría pasar que se extinguiera la propiedad fiduciaria por la destrucción total de las cosas fideicomitidas, pero habiendo seguro de por medio, la indemnización podría lograr que el fideicomiso continúe, ya que aquella revestirá de carácter de bien fideicomitado, por subrogación real.
- b) *Expropiación:* Como el titular del bien es el fiduciario, la acción de expropiación debe dirigirse contra él, y la solución es idéntica al caso anterior.¹²
- c) *Colocación de la cosa fuera del comercio.*
- d) *Adquisición por un tercero a título oneroso y de buena fe de cosa mueble no registrable, sin perjuicio de la eventual responsabilidad del fiduciario.*
- e) *Abandono abdicativo de cosas muebles sin perjuicio de la eventual responsabilidad del fiduciario.*
- f) *Prescripción adquisitiva sin perjuicio de la eventual responsabilidad del fiduciario.*

12. KIPER, Claudio M., *Régimen jurídico del dominio fiduciario*, La Ley, Buenos Aires, 1990, ps. 207 a 219.

III. Sujetos Intervinientes en el Fideicomiso. Derechos y obligaciones.

Partes intervinientes

Tradicionalmente la doctrina nacional y extranjera expresó que las partes son tres en el fideicomiso: fiduciante, fiduciario y beneficiario, pero la ley 24.441 agregó una cuarta categoría, que es el fideicomisario. En el derecho comparado el fideicomisario se asemeja al beneficiario, pero nuestra ley discrimina expresamente entre fideicomisario y beneficiario, quedando bien en claro que no es la misma persona, pero igualmente sin definir al primero. Esta inclusión en la ley en nada beneficia, y constituye una respuesta a una pregunta que nadie hizo.

Fiduciante

Es la persona que entrega los bienes en propiedad fiduciaria, el constituyente del fideicomiso. Puede ser tanto persona física como jurídicas. También el fiduciante puede ser al mismo tiempo beneficiario, cuando constituye el fideicomiso en su favor.

Fiduciario

Es la persona que recibe los bienes fideicomitados del fiduciante, y es la persona llamada a cumplir con el encargo y darles a esos bienes el destino que el fiduciante expresó en el contrato o testamento. Al igual que el fiduciante, puede tratarse de tanto una persona física como jurídica (artículo 5° de la ley 24.441), con la salvedad que sólo podrán ofrecerse al público como fiduciarios las entidades financieras autorizadas para funcionar como tales por la Comisión Nacional de Valores.

En cuanto a la cantidad de fiduciarios por fideicomiso, la ley nada dice al respecto. Por cuanto no hay norma que prohíba que sea más de uno el que cumpla con el encargo del fiduciante, por cuanto pueden actuar en forma alternada, separada y/o conjunta.

El fiduciante no podrá ser al mismo tiempo fiduciario, porque de ser así, no habría transmisión de bienes en propiedad *a otra persona*, tal como exige el artículo 1° de la ley. Otra inaptitud es para el fiduciario de ser al mismo tiempo beneficiario, salvo para el caso del fideicomiso en garantía, porque no sería aceptable que el fiduciario se beneficie de los frutos o productos de los bienes recibidos, ni de la transmisión ulterior, ni de los bienes respecto de los cuales es propietario fiduciario.

La naturaleza misma del fideicomiso impone la necesidad de que se cumpla con el encargo, por eso la ley ante tal hecho prevé tanto la sustitución del beneficiario como del fiduciario. Esta posibilidad permite la permanencia del fideicomiso hasta el tiempo límite legal.

El artículo 4° inc. c exige el pacto expreso sobre el modo de sustituir al fiduciario si cesara por cualquier causa. Complementando esta norma, el artículo 10 dice: *“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”*.

Beneficiario

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

El beneficiario puede ser más de una persona, y puede tratarse tanto de personas físicas como jurídicas. Cuando se designa a más de un beneficiario, si nada dice el contrato o testamento, los beneficiarios existentes se beneficiarán por igual (artículo 2°, 2° apartado).

Pueden a su vez designarse beneficiarios sustitutos, para que en caso de no aceptar el primero de ellos, o que muera o renuncie, que pasen a cabeza de otro de ellos.

Si ninguno de los beneficiarios acepta, o si todos mueren o renuncian, la ley establece que el beneficiario será el fideicomisario, y si el fideicomisario no llegara a existir, el beneficiario será el fiduciante (arts. 2°, 2° y 3° apartado ley 24.441).

Fideicomisario

Es muy difícil de determinar cuál es la importancia de su inclusión dentro de la legislación. Es quien recibe los bienes al finalizar el fideicomiso. Podría haberse resuelto estableciendo un beneficiario del remanente.

Es beneficiario en el caso de que ninguno de los previstos aceptare. Esto podría haberse salvado si se hubiese recurrido a una alternativa que prevé la ley en caso de que tampoco aceptare el fideicomisario, que es la que los bienes vuelvan al fiduciante.

Según Kiper, al fideicomisario le asiste un derecho personal a que se le sea transmitido el dominio de la cosa objeto del negocio fiduciario, una vez que se cumpla la condición resolutoria, o expire el plazo resolutorio, a los que se encuentra sujeta la propiedad del fiduciario.¹³

Realmente podría haberse resuelto el tema como en la mayoría de las legislaciones, que permiten distintas categorías de beneficiarios, como los de los frutos, del capital, del remanente, de un determinado bien, etc.

Derechos y obligaciones

Del Fiduciario

- a) **Principio general:** el fiduciario tiene todas las facultades para cumplir la facultad señalada por el fideicomiso, con las limitaciones que surjan de los términos del encargo o de las reservas hechas por el fiduciante en el momento de constitución. El goce en la mayoría de los casos, lo tendrá el beneficiario. En cuanto a la administración podrá incluirse o excluirse del encargo fiduciario por acuerdo de partes. El art. 6° de la ley impone al fiduciario el deber de actuar con la diligencia de un buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza en él depositada. El principio general será entonces que **el fiduciario deberá actuar para que la voluntad del fiduciante se cumpla en forma plena a través de la adecuada conservación y custodia de los bienes recibidos, material y jurídicamente.**
- b) **Actos de administración:** generalmente la administración de los bienes fideicomitados generará frutos o rentas, pues el simple mantenimiento del statu quo no sería, en la mayoría de los casos, suficiente para atender la voluntad del constituyente. Al invertir los bienes, debe buscarse su mayor rendimiento, lo que significaría que todo acto en relación con ellos debe ser a título oneroso, pues no se concebirían actos a título gratuito.
- c) **Actos de disposición:** en cuanto a esta facultad u obligación, habrá que verificar el contenido del acto constitutivo y dependerá del mismo sustentar una eventual enajenación de los bienes o repudiar dicha posibilidad. El artículo 17 determina en este sentido que *“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”*. Si nada se dice en el acto constitutivo, será una facultad del fiduciario evaluar en cada caso si corresponde enajenar o gravar los bienes fideicomitados para satisfacer el encargo. Si el fiduciante no desea estar sometido a la voluntad del fiduciario en tales decisiones, deberá dejar expresa mención en el contrato o testamento.
- d) **Responsabilidad:** sobre este tema se expresa el artículo 16: *“Los bienes del fiduciario no responderán por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, las que solo serán satisfechas con los bienes fideicomitados”*. Este principio es claro, y obviamente solo se aplicará cuando el fiduciario actúe con prudencia y la diligencia de un buen hombre de negocios, sin defraudar la confianza en él depositada y respetando las obligaciones que le impone la ley y el acto constitutivo (art. 6° ley 24.441). Del artículo 7° se desprende que está prohibido dispensar el dolo o culpa al fiduciario o sus dependientes. Y para reforzar el comportamiento que debe mantener el fiduciario el artículo 88 agregó al artículo 173 del Código Penal los incisos 12, 13 y 15. En el primero de ellos tipifica como un supuesto especial de defraudación el caso en el que el fiduciario disponga, grave o perjudique los bienes fideicomitados en beneficio propio y de esta forma defraude los derechos de los cocontratantes.
- e) **Mantener los bienes separados del resto de sus activos:** Surge esta obligación del carácter del patrimonio separado que constituyen los bienes transferidos en propiedad fiduciaria. No solo es una obligación física, sino contable y jurídica. Esto es así porque los bienes fideicomitados ni aumentan el activo personal del fiduciario, ni las deudas contraídas para la concreción del encargo afectan su pasivo.
- f) **Proteger los bienes fideicomitados:** además de la simple conservación y custodia de los bienes recibidos, el fiduciario debe ejercitar acciones judiciales y proponer las defensas que estime pertinentes para conservarlos en su integridad jurídica. La obligación del fiduciante es de tal alcance que, comprende las defensas contra actos del beneficiario y aún del mismo constituyente; salvo que este último se haya reservado derechos específicos en el acto constitutivo y la disputa gire en torno a ellos.
- g) **Rendir cuentas de su gestión:** el fiduciario debe hacer un informe completo del resultado del encargo fiduciario, y la presentación de un balance del fideicomiso, acompañado de un estado de pérdidas y ganancias que registre ingresos y egresos, y muestre la existencia o no de un superávit obtenido por la gestión, en caso de corresponder. Debe hacerse, de acuerdo a la ley, por lo menos una vez al año, y el fiduciario no puede ser dispensado de esta obligación de hacer. Aunque no hay norma escrita que así lo

13. KIPER, Claudio Marcelo, *Régimen jurídico del dominio fiduciario*, La Ley, Buenos Aires, pág. 237

prescriba, la falta de rendición de cuentas es justa causa para solicitar la remoción del fiduciario si no la presenta dentro del plazo establecido por la ley, el contrato o el testamento.

- h) Transferir los bienes a quien corresponda:** la persona indicada a recibir la transferencia de los bienes debe estar determinada en el negocio constitutivo, y es quien recibirá la propiedad plena de dichos bienes.
- i) Prohibición de adquirir para sí los bienes fideicomitidos:** Surge del artículo 7º de la ley 24.441: “El contrato no podrá dispensar al fiduciario de la (...) prohibición de adquirir para sí los bienes fideicomitidos”. Esta prohibición no alcanza solo a los bienes fideicomitidos, sino también a los adquiridos por subrogación real, y a los frutos y lo obtenido de ellos, excepto el derecho a cobrar una retribución y el reembolso de sus gastos (art. 8º).
- j) Remuneración y reembolso de gastos:** El artículo 8º dice: “Salvo estipulación en contrario, el fiduciario tendrá derecho al reembolso de los gastos y a una retribución. Si esta no hubiese sido fijada en el contrato, la fijará el juez teniendo en consideración la índole de la encomienda y la importancia de los deberes a cumplir”. No cabe explicación alguna sobre este claro artículo.
- k) Prestar caución:** No es lo común, ya que el fideicomiso implica confianza sobre el fiduciario. Como excepción a petición de parte o por decisión judicial puede pedirse caución si alguna razón lo justificare.

Del Fiduciante

- a) Principio General. Derechos reservados:** El fiduciante podrá reservarse determinados derechos sobre la materia de fideicomiso. En nuestra ley el artículo 25 inc. b se encarga de regular este aspecto: “El fideicomiso se extinguirá por (...) b) La revocación del fiduciante si se hubiera reservado expresamente esa facultad”, y por su parte el artículo 17 dice: “El fiduciario podrá disponer o gravar los bienes fideicomitidos cuando lo requieran los fines del fideicomiso, sin que para ello sea necesario el consentimiento del fiduciante o del beneficiario, a menos que se hubiese pactado lo contrario”. También es de aplicación el artículo 13: “Cuando así resulte del contrato, el fiduciario adquirirá la propiedad fiduciaria de otros bienes que adquiera con los frutos de los bienes fideicomitidos o con el producto de actos de disposición sobre los mismos, dejándose constancia de ello en el acto de adquisición y en los registros pertinentes”, por cuanto es una reserva de origen legal, porque los bienes comprados por subrogación real no forman parte del patrimonio separado en principio.
- b) Revocación del fideicomiso:** El fideicomiso es en principio irrevocable, pero el fiduciante puede reservarse en el acto constitutivo la posibilidad contraria, pudiendo de esa manera ponerle fin al encargo. Esta revocación no tendrá efecto retroactivo (arts. 25 inc. b ley 24.441 y art. 2670 del Código Civil según art. 74 de la citada ley).
- c) Exigir rendición de cuentas:** Como vimos, el fiduciario está obligado a rendir cuentas. La ley dispone que el derecho de exigir rendición de cuentas es el beneficiario, y no nombra al fiduciante. Pero una interpretación integradora de la ley salva la grave omisión. Además, si la ley faculta al fiduciante a remover al fiduciario, entonces también lo faculta para exigir algo menos grave. O sea: quien puede lo más, puede lo menos.
- d) Exigir al fiduciario el cumplimiento y ejercer la acción de responsabilidad en su contra:** a partir del deber de actuar como un buen hombre de negocios y de la dispensa del dolo o de la culpa (arts. 6º y 7º) se desprende la facultad del fiduciante de ejercer acciones de responsabilidad contra el fiduciario si al actuar se han producido perjuicios al patrimonio especial, o para el beneficiario, o para el mismo fiduciante.
- e) Pedir la remoción del fiduciario y designar uno nuevo:** El espíritu de la ley es preservar la continuidad del fideicomiso y el cumplimiento del encargo. Los artículos 9º inc. a y 10 respectivamente dicen: “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”; “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 hubiera o no aceptara, el juez designará como fiduciario a una de las entidades autorizadas de acuerdo a lo previsto por el artículo 19. Los bienes fideicomitidos serán transmitidos al nuevo fiduciario”.
- f) Saneamiento por evicción:** Cuando al beneficiario se le exige una contraprestación o cuando se trata de un fideicomiso de garantía, el saneamiento por evicción pesa sobre el fiduciante, mientras que cuando al beneficiario no se le exige ninguna contraprestación o recibe el beneficio como una liberalidad, deberá atenerse a las normas sobre evicción que se aplican a la donación (arts. 2145 a 2154 y 2157 del Código Civil).
- g) Ejercer acciones para la defensa de los bienes fideicomitidos:** El fiduciante tiene derecho para pedir al juez autorización para ejercer acciones en sustitución del fiduciario (art. 18, párr. 2º). Es deber del

fiduciante alegar que el fiduciario ha omitido ejercer las acciones necesarias para la defensa de los bienes fideicomitidos sin motivo suficiente. Según Bettina Freire se trata de una acción subrogatoria.¹⁴

- h) Impugnar los actos anulables o solicitar la declaración de inoponibilidad:** Esta facultad consiste en impugnar los actos que por haberse realizado en determinadas condiciones, pueden ser declarados nulos, anulables o inoponibles, y por lo general son los celebrados por el fiduciario en contra de las instrucciones expresas del fiduciante, o contra los fines del fideicomiso, o en exceso de sus atribuciones, en desmedro evidente del patrimonio fideicomitado o de los derechos de los interesados.

Del Beneficiario

- a) Principio general:** dado que el beneficiario es el acreedor del fiduciario, el tiene un derecho personal contra éste, con la limitación sobre la cual debe ser exigido una vez concluido el encargo: el patrimonio separado formado por los bienes fideicomitidos y los que luego se incorporaron por subrogación legal.
- b) Exigir al fiduciario el cumplimiento y ejercer las acciones de responsabilidad:** este derecho se desprende de la esencia del fideicomiso y está relacionado con la facultad de ejercitar las acciones de responsabilidad derivadas de un eventual incumplimiento.
- c) Exigir acciones para la defensa de los bienes fideicomitidos:** ante la inacción del fiduciario para la protección de los bienes fideicomitidos (en manera tanto física como jurídica), supletoriamente esa actuación se la permite al beneficiario. El artículo 18 de la ley 24.441 faculta al beneficiario a pedir autorización al juez, con el objeto de ejercer acciones en sustitución del fiduciario cuando éste no las ejerciera sin motivo suficiente. Es en esencia una acción subrogatoria.
- d) Impugnar los actos anulables o solicitar la declaración de inoponibilidad:** en este derecho del beneficiario cabe la misma explicación que cuando expliqué la misma facultad sobre el fiduciante, a la cual me remito.
- e) Pedir la remoción del fiduciario:** es una facultad para proteger el fideicomiso y sus intereses. Antes de la solicitud de remoción, puede pedirse la designación de un administrador interino, cuando las circunstancias indiquen que la permanencia del fiduciario ante los negocios resultaría muy grave, incluso durante el simple lapso del proceso.¹⁵ Esta facultad está prevista en el artículo 9° inc. a de la ley, pero exige para este ejercicio la citación del fiduciante para su ejercicio por parte del beneficiario.
- f) Solicitar rendición de cuentas:** de acuerdo al artículo 7° de la ley el beneficiario podrá pedir al fiduciario que le rinda cuentas. La periodicidad de tal rendición no puede ser superior a un año.
- g) Ceder su derecho, salvo pacto en contrario:** El beneficiario podrá ceder su derecho por actos entre vivos o por testamento, salvo que en el acto constitutivo se hubiera pactado lo contrario (art. 2° párr. 4°).
- h) Obligaciones del beneficiario:** No surgen de la ley, sino que deberán constar en el acto constitutivo.

Intervención del juez y de la Comisión Nacional de Valores

Los casos previstos en que el juez y la Comisión Nacional de Valores en la ley 24.441 son:

- a) Autorización para ofrecerse al público como fiduciarios:** De acuerdo al artículo 5°, solo podrán ofrecerse al público como fiduciarios las entidades financieras autorizadas a actuar como tales y las personas jurídicas que autorice la Comisión Nacional de Valores.
- b) Fijación de la retribución del fiduciario:** el artículo 8° establece que si la retribución del fiduciario no surge del acto constitutivo, será fijada por el juez, teniendo en consideración la índole de la encomienda y la importancia de los deberes a cumplir.
- c) Remoción judicial del fiduciario:** según el artículo 9° inc. a, el fiduciante o el beneficiario (éste último con intervención de aquél) podrán solicitar al juez la remoción del fiduciario por incumplimiento de sus obligaciones.
- d) Designación judicial de un fiduciario para el caso de ausencia, renuncia o no aceptación del sustituto:** dice el artículo 10 de la ley: "*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 hubiera o no aceptara, el juez designará como fiduciario a una de las entidades autorizadas de acuerdo a lo previsto en el artículo 19. Los bienes fideicomitidos serán transmitidos al nuevo fiduciario*".
- e) Autorizar al fiduciante o al beneficiario a ejercer acciones en sustitución del fiduciario:** si el fiduciario no realiza las acciones necesarias para la defensa de los bienes fideicomitidos sin razón suficiente, el fiduciante y el beneficiario podrán pedir la autorización judicial para suplir la inacción del fiduciario y actuar, en tal caso, con suficiente legitimación en defensa de los bienes (art. 18, párr. 2°).

14. FREIRE, Bettina V. ob. cit., p. 134.

15. KIPER, Claudio M. y LISOPRAWSKI, Silvio V., *Fideicomiso, Dominio fiduciario, Securitización*, Depalma, Buenos Aires, 1994, pág. 297.

f) **Resolución de dudas:** es probable que surjan dudas sobre la interpretación del encargo, o sobre el acto constitutivo mismo. Estas dudas cuando fueran razonables y pudieran provocarle un perjuicio al fiduciario, generándole responsabilidad personal, podría recurrir ante la justicia y hacer cesar el estado de incertidumbre, salvo que en el acto constitutivo se hubiera establecido otro modo de resolver estas cuestiones, como por ejemplo mediante el nombramiento de un comité de consultas, o con la intervención de árbitros o amigables componedores.

IV. Fideicomisos de Garantía: Concepto. La garantía a favor del fiduciario. La apropiación de la garantía. El “ius vendendi”. El Fideicomiso de garantía y los acuerdos concursales.

Concepto

La finalidad de estos fideicomisos es la de asegurar una obligación. La mayoría de las veces puede conceptualizarse como aquellos por los cuales se transfiere al fiduciario un bien, con el encargo de que en el supuesto de incumplimiento de la obligación del constituyente que se pretende garantizar, el fiduciario proceda a la venta del bien y entregue el producto obtenido hasta la concurrencia del crédito al acreedor en cuyo favor se ha constituido, cancelando así total o parcialmente la deuda impaga.¹⁶

Sin embargo, aunque la venta del bien fideicomitado será usualmente la forma más común de ejecutar la garantía, no es imposible pensar en otras alternativas como, por ejemplo, el alquiler de dicho bien.

Este tipo de fideicomiso debe distinguirse claramente del que tiene como fin la administración del patrimonio fideicomitado. En este caso que desarrollo, el fiduciario debe ejecutar los actos que se le hayan encomendado en relación con los bienes fideicomitados, con el único objeto de asegurar el cumplimiento de una obligación. Se trata de una de las posibilidades de fideicomiso más interesantes, ya que presenta ventajas indudables en relación con las modalidades tradicionales de garantía, como la prenda y la hipoteca, por cuanto el acreedor no tiene que someterse a los procedimientos judiciales tendientes a subastar los bienes.¹⁷

Es conveniente un fideicomiso de garantía para el acreedor porque obtiene una posición más fuerte y consigue mayor control que el que obtendría mediante la constitución de una prenda o una hipoteca. La diferencia más importante entre éstos y el fideicomiso de garantía es que el deudor deja de ser propietario del bien objeto de la garantía, perdiendo la facultad de disposición. De modo que el deudor no podrá realizar posteriores actos de enajenación ni constituir otros derechos de garantía sobre el bien fideicomitado. Otra diferencia es que cualquier acreedor que tuviera constituido un derecho real de garantía (aun cuando su crédito estuviese siendo abonado puntualmente por el deudor) podía ver cómo otro acreedor de su mismo deudor, cuyo crédito se origine en un negocio que, ninguna relación tiene con los bienes hipotecados o prendado, podría sacar el bien objeto de su garantía a remate, sin poder hacer nada para evitarlo, excepto desinteresarlo. Obviamente este otro acreedor deberá respetar el privilegio constituido a favor del acreedor hipotecario o prendario.

Con este tipo de fideicomiso, ningún acreedor del fiduciante podrá intentar agredirlo, trabar medidas ejecutivas o sacarlo a remate, con excepción de la acción de fraude (art. 15).

Fideicomiso de garantía en favor del fiduciario

Un interés de la doctrina es el de determinar la validez o invalidez del fideicomiso de garantía constituido en favor del fiduciario, o sea, reuniendo las calidades de acreedor y titular de los bienes objeto de la garantía.

Las ventajas no son solo para el acreedor, sino incluso para el deudor, porque lo que sucede en la práctica de las subastas o remates judiciales es que el bien es rematado por valores muy inferiores a los comerciales, con lo cual se perjudican ambas partes y el deudor ve desaparecer la posibilidad de recibir el saldo.¹⁸

No existe norma que prohíba este fideicomiso y su licitud fue fundada en la autonomía de la voluntad, que autoriza a celebrar contratos nominados e innominados según se desprende de los arts. 1143 y 1197 del Código Civil.¹⁹

16. CARREGAL, Mario A., *El Fideicomiso, regulación jurídica y posibilidades prácticas*, Universidad, Buenos Aires, 1982, ps. 139 y 140.

17. RODRIGUEZ AZUERO, Sergio, *Contratos bancarios*, Felabán, Bogotá, 1997, p. 140.

18. CARREGAL, Mario, ob. cit., p. 141.

19. C1° Civ. y Com. La Plata, “Banco Avellaneda c/Faillo, Emilio o Ángel Emilio (suc.)”, JA, t. 1947-I, p. 749; Juz. Fed. 1° Inst., firme, “Famatex S.A. c/Ferrocarril Gral Belgrano, JA, t. 18-1972, p. 497.

En esta variante el fiduciario deberá rendir cuentas detalladas de su gestión y deberá enajenar el bien, actuando como un buen hombre de negocios en busca del mayor valor de mercado y cumpliendo las normas que el fiduciante estableció en el acto constitutivo. Éste podrá establecer precios de venta mínimos o la obligación de que un tercero fije el valor base para la venta. El mal desempeño del fiduciario lo hará responsable por los daños ocasionados y podría incurrir en el delito penal tipificado en el art. 173, inc 12 del Código Penal.

La apropiación de la garantía

De acuerdo al artículo 7° de la ley 24.441, la apropiación del bien objeto de la garantía está vedada: “*El contrato no podrá dispensar al fiduciario (...) de la prohibición de adquirir para sí los bienes fideicomitados*”. Queda entonces la duda si el fideicomiso de garantía es una excepción de esta norma. El razonamiento lleva a que cuando el deudor no cancela su deuda, la propiedad fiduciaria, que es por definición imperfecta, no se transforma en más plena o perfecta por el mero hecho del incumplimiento ya que no hay norma que así lo establezca. Mediante el fideicomiso, el deudor confirió al fiduciario un encargo: ejercer el *ius vendendi* en caso de incumplimiento y así cobrar su crédito; de lo contrario, en lugar de un negocio fiduciario de garantía, hubiera sido mejor haber concertado simplemente una dación en pago.²⁰

También sería perfectamente válido convenir que los frutos de los bienes fideicomitados no integren el patrimonio separado y sean destinados a cancelar la obligación que se pretendió garantizar. Y consecuentemente, el acreedor fiduciario adquirirá su propiedad plena hasta la concurrencia de su crédito sin violentar la prohibición del artículo 7° de la ley, porque no estaría adquiriendo para sí los bienes fideicomitados, sino que simplemente adquiriría el resultado obtenido después de someterlos a un proceso particularmente establecido.

El “*ius vendendi*”

El *ius vendendi* es el derecho que tiene el acreedor de vender o ejecutar el asiento de la garantía por sí mismo, con el fin de satisfacer el propio crédito y sin acudir a los tribunales.

Dentro de la ley 24.441 encontramos ciertas indicaciones sobre su forma y ejercicio, por ejemplo, en el artículo 17, que autoriza al fiduciario para proceder a disponer de los bienes cuando los fines del fideicomiso así lo requieran. En un supuesto diferente al del fideicomiso de garantía, como por ejemplo el de la liquidación por insuficiencia de los bienes fideicomitados, el fiduciario será quien tenga la facultad de enajenar los bienes, entregando el producido a los acreedores, conforme a los privilegios previstos para la quiebra.

Además como queda en manos del fiduciario tal facultad, la ley reviste al *ius vendendi* de mecanismos de protección a favor del deudor (fiduciante). Por ejemplo, de acuerdo al artículo 6°, el fiduciario deberá actuar con la prudencia y la diligencia de un buen hombre de negocios que actúe sobre la base de confianza depositada en él. Todo acto contrario a esta norma será irregular e ilegítimo. El fiduciario deberá además siempre rendirle cuentas al fiduciante (deudor), de acuerdo al artículo 7°. Y por su parte, el artículo 82 de la ley que modifica al artículo 173 del Código Penal, introduce tres incisos y todos ellos están inspirados en la idea de penar a cualquier abuso en el ejercicio de las facultades de quien ostenta el mayor poder en la relación jurídica.

El fideicomiso de garantía y los acuerdos concursales

Es notoria la cantidad de complicaciones que conlleva intentar implementar un acuerdo, cuyo cumplimiento se garantice con un derecho real de prenda o hipoteca sobre los bienes del concursado, sobre todo cuando existen muchos acreedores.

El fideicomiso de garantía en estos casos puede ser una muy buena herramienta para solucionar este inconveniente. El fiduciante (concurtido) entrega en propiedad fiduciaria ciertos bienes, y el fiduciario (síndico) tendrá el encargo de devolverlos al concursado cuando el juez tenga por cumplidas las condiciones del acuerdo.

En caso que el acuerdo no llegue a concretarse, el fiduciario deberá proceder a la ejecución de conformidad con el procedimiento pactado en el acto constitutivo o el indicado por el juez del concurso, y con el producido de ello, pagará a los acreedores en la proporción a sus acreencias y de acuerdo a los privilegios establecidos.

20. GUASTAVINO, Elías P., *Actos fiduciarios. Estudios de derecho civil en homenaje a Héctor Lafaille*, Depalma, Buenos Aires, 1968, n° 68.

Conclusiones sobre el fideicomiso de garantía

Esta forma de fideicomiso ofrece las siguientes ventajas:

- Es un medio que supera en cuanto a seguridad y eficacia a la prenda y la hipoteca.
- Hace que no sea necesario un proceso judicial.
- Juega más dinámicamente la autonomía de la voluntad en cuanto a las condiciones y procedimientos para el ejercicio de sus derechos.
- Mantiene vigencia en estos supuestos la prohibición del fiduciario de apropiarse de los bienes objeto de la garantía.
- La ejecución forzada de los bienes fideicomitados estarán rodeados de ciertos recaudos que aseguren al deudor (fiduciante) una venta imparcial, y tendrá derecho a participar y controlar ese procedimiento, si así lo establece el acto constitutivo.
- Los valores de la venta de los bienes fideicomitados serán más cercanos que a los de mercado, que si se hubiera llegado a remate.
- Al estar los bienes fideicomitados en un patrimonio aislado, no se ven afectados por las acciones de los demás acreedores del deudor (fiduciante), como ocurre con la prenda y la hipoteca.

V. Tratamiento impositivo del fideicomiso. Tratamiento contable. El impuesto de sellos. El impuesto a las ganancias.

Tratamiento contable

De acuerdo a lo ya visto, y previsto por el artículo 14 de la ley, los bienes fideicomitados constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario y del fiduciante.

Por lo tanto, esos bienes deberían incorporarse al activo del fiduciario, y paralelamente contabilizarse el pasivo sujeto a plazo o condición. No corresponde contabilizarlo en cuentas patrimoniales, puesto que éstas solo se refieren a bienes de terceros, y el fiduciario es un verdadero titular dominial del bien, pero con la obligación de administrarlo a favor de un tercero, y entregarlo al cumplimiento del plazo o condición a quien esté determinado en el contrato.

El fideicomiso no tiene como se ha visto personería jurídica, pero a los efectos fiscales y como consecuencia de la separación de patrimonios, tiene personalidad fiscal, por lo que debe obtenerse un C.U.I.T.²¹ propio.

Sería deseable que el fideicomiso tuviera un tratamiento impositivo neutro, puesto que lo que debería estar gravado es el negocio subyacente, que es el que aporta el negocio, y no el vehículo que utiliza.

Lamentablemente, no todas las situaciones producen este efecto, puesto que el decreto 780/95 establece algunas distorsiones en casos que describiré.

Impuesto de sellos

Con respecto a la transmisión del dominio fiduciario: Tal como la tradicional clasificación de las transmisiones de dominio las distingue en onerosas y gratuitas, y de acuerdo a ello, será la carga tributaria que deba soportar.

La doctrina mayoritaria hoy considera que existe otra categoría que es la transmisión fiduciaria, a título de confianza, que no reviste ninguno de los caracteres antes descriptos, puesto que no hay lucro en la transferencia fiduciaria, pero tampoco esa transferencia es gratuita, porque no tiene por objeto beneficiar al fiduciario. Esa transferencia está basada en la confianza que el fiduciante tiene en el fiduciario para realizarle el encargo en cuestión.

La mayoría de las jurisdicciones (Buenos Aires entre ellas) exime de pago de impuesto de sellos a las transmisiones a título de confianza.

Aclaro nuevamente: esa transmisión es la que realiza el fiduciante al fiduciario, puesto que la transmisión que realiza el fiduciario al beneficiario o al adquirente del bien se encuentra gravada como cualquier transmisión de dominio pudiendo ser onerosa o gratuita de acuerdo al caso particular.

La que también se encuentra exenta, como se verá más adelante, es la re-transmisión que realiza el fiduciario al beneficiario-fiduciante en los fideicomisos de garantía en los casos en que la obligación garantizada se encuentre satisfecha.

21. C.U.I.T.: Clave única de identificación tributaria. Es el número con que cada persona, ya sea física o jurídica sea identificado con fines fiscales. Es una de las tres posibilidades que el ANSES emite. Las otras dos son el C.U.I.L. (para trabajadores en relación de dependencia) y el C.D.I. (para quienes no figuran como trabajadores ni por cuenta propia, ni en relación en dependencia).

En cuanto al contrato de fideicomiso: Si bien la transmisión de dominio fiduciaria no es onerosa ni gratuita, sino fiduciaria, el contrato de fideicomiso será necesariamente oneroso o gratuito dependiendo de si el fiduciario recibe o no retribución por su tarea. La ley presume que es oneroso en caso de que el contrato no establezca la gratuidad expresamente, estando facultado el juez para establecer la retribución acorde (artículo 8 de la ley 24.441).

En caso de que sea oneroso, deberá tributar impuesto de sellos con una alícuota que es del 1% del monto total de retribuciones pactadas. Entiendo en forma personal que si no puede establecerse una limitación temporal o un importe fijo y determinado, porque se trata de prestaciones periódicas a abonarse hasta el cumplimiento del objeto, la base imponible surgirá del valor que arroje el décuplo de la anualidad, es decir que para una retribución mensual de \$1.000, la base imponible será de $\$1.000 \times 12 \times 10 = \120.000 .

Impuesto a las ganancias

Como en muchos otros casos, la suerte de una figura estará íntimamente ligada a su tratamiento impositivo. Este caso no es la excepción.

Si bien la exención impositiva de sellos para la transmisión fiduciaria, la transforma en una herramienta viable, el tratamiento del impuesto a las ganancias ha tenido algunas oscilaciones que hicieron peligrar su utilización. El decreto 780/95 en su artículo 10 dispone: *“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, por lo que en su carácter de administradores de patrimonios ajenos, deberán ingresar como pago único y definitivo del impuesto que se devengue con motivo del ejercicio de la propiedad fiduciaria, el 30% (hoy 35%) de la ganancia neta total obtenida en dicho ejercicio”*.

El reenvío al art. 16 inc. E) impone al fiduciario la responsabilidad personal y solidaria de las consecuencias fiscales que surjan de la administración del fideicomiso.

Lo malo del caso es, que la alícuota es fija en el 35%, sin importar la que efectivamente le corresponda al fiduciario de acuerdo a su categoría.

En este caso, además el beneficiario no puede deducir como pago a cuenta del impuesto a las ganancias lo ya efectivamente pagado por el fiduciario. Y el hecho de que se trate de un pago realizado como “único y definitivo” hace que si existieran excedentes o quebrantos, no se puedan trasladar a próximos períodos.

Esta obligación de pago como administrador de bienes ajenos, la obligatoriedad del pago de la alícuota máxima, y la imposibilidad de computar pagos a cuenta, quedan excepcionadas para el caso de que el beneficiario coincida con el fiduciante, pues en este caso el fiduciante debe tributar de acuerdo a la alícuota correspondiente a su escala, y podrá computar lo abonado como pago a cuenta.

Dice el artículo 11 del citado decreto: *“Cuando el fiduciante posea la calidad de beneficiario del fideicomiso, excepto los casos de fideicomisos financieros, el fiduciario le atribuirá, en la proporción que corresponda, los resultados obtenidos en cada año fiscal con motivo del ejercicio de la propiedad fiduciaria, considerándose, a los fines de la determinación de la ganancia neta total del fiduciante-beneficiario, tales resultados como provenientes de la tercera categoría. El impuesto ingresado por el fiduciario en la proporción que corresponda, tendrá para el fiduciante-beneficiario, el carácter de pago a cuenta del impuesto que en definitiva corresponda abonar por el año fiscal al que deban imputarse los resultados distribuidos”*.

Por lo tanto se torna muy importante para neutralizar efectos adversos, el que coincidan la calidad de beneficiario con la de fiduciante, en especial en aquellos casos en que el margen de utilidad es considerable.

En cuanto a la retención de impuesto a las ganancias y al I.T.I.²² no corresponderá en la transmisión a título de confianza, puesto que no se trata de una transferencia onerosa. Pero si la transmisión es a favor de un tercero, corresponderá realizarla.

Con respecto a bienes personales, elimina el mínimo de \$ 103.400 que establece la ley, sobre el cual es necesario tributar, debiendo efectuar la tributación por el total de los valores que forman parte del fideicomiso, con prescindencia del mínimo previsto para las personas físicas.

En cuanto al resto de los impuestos como Ingresos Brutos e I.V.A.²³, el fideicomiso deberá tributar de acuerdo a la actividad que desarrolle.

22. I.T.I.: Impuesto a la transferencia de inmuebles.

23. I.V.A.: Impuesto al valor agregado.

VI. Anexo: Ejemplo práctico. Modelo de escritura con garantía fiduciaria.

En este ejemplo mostraré cómo juega la teoría antes desarrollada en el plano de la concreción de un contrato de fideicomiso. Se verá cómo juega la autonomía de la voluntad en cuanto a la libertad de redacción de ciertas cláusulas, y cómo juega el orden público en otras.

ESCRITURA NÚMERO DOSCIENTOS.- CONTRATO DE MUTUO.- Rubén DEUDOR con Fabián ACREEDOR.- FIDEICOMISO DE GARANTIA.- Rubén DEUDOR con Imparcial BUENAFE. - En la ciudad y partido de San Isidro, provincia de Buenos Aires, República Argentina, a los 6 días del mes de marzo del año dos mil dos, ante mí, Juan Manuel Apat, notario adscripto del Registro de Escrituras número CINCO, comparecen: Por una parte, como deudor y fiduciante, **1) Rubén DEUDOR**, argentino, nacido el 1 de Mayo de 1955, casado en primeras nupcias con Cándida Buendía, hijo de Consuetudinario Deudor y de Inocencia Ubeda, titular del Documento Nacional de Identidad número 11.674.699, CUIT número 20-11674699-0, domiciliado en Avenida de los Morosos 101 de San Isidro; por otra parte en carácter de acreedor **2) Fabián ACREEDOR**, argentino, nacido el 28 de Febrero Octubre de 1964, casado en primeras nupcias con Bárbara Maestra, titular del Documento Nacional de Identidad número 14.173.567, hijo de Potente Acreedor y de Blanca Masa, domiciliado en Avenida de los Potentados 201 de San Isidro, CUIT número 23-14173567-3; y por una tercera parte como fiduciario **3) Imparcial BUENA FE**, argentino, nacido el 25 de Mayo de 1970, soltero, titular del Documento Nacional de Identidad número 23.289.570, hijo de Benemérito Buenafe y de Angustia Constante, domiciliado en Santa Fe 481, de Martínez, Partido de San Isidro; CUIT número 20-23289570-9; los comparecientes personas capaces para este otorgamiento y de mi conocimiento doy fe, quienes intervienen por su propio derecho y DICEN: Que pasan a celebrar los contratos de Mutuo y Fideicomiso de Garantía a que se refieren los siguientes artículos: **I.- CONTRATO DE MUTUO.- PRIMERO:** Objeto. Monto.- Fabián Acreedor, adelante llamado el acreedor, da y otorga a Rubén Deudor, en adelante llamado el deudor, en calidad de préstamo la cantidad de **VEINTE MIL DOLARES PESOS, (\$ 20.000)**, importe que el deudor recibe del acreedor en este acto en dinero efectivo, sirviendo el presente de suficiente recibo y carta de adeudo por dicho importe. - **SEGUNDO:** Plazo.- El mutuo se otorga por el plazo de Doce meses, contados a partir de la fecha de esta escritura, por lo cual el vencimiento del plazo para la amortización total del capital operará el 6 de Marzo del año Dos mil tres. - **TERCERO:** Forma de Amortización del Capital.- El deudor se obliga a restituir el capital prestado al cumplimiento del plazo, en un solo desembolso, pudiendo realizar, si lo considera pertinente, cancelaciones parciales, las que nunca podrán ser inferiores al cincuenta por ciento del capital prestado. - **CUARTO:** Interés.- A partir del día de la fecha y hasta su efectivo pago, el préstamo devengará un interés compensatorio mensual vencido sobre saldos pagadero por periodos mensuales. La tasa de interés del préstamo será del Dos por ciento (2 %) nominal mensual, excluido el Impuesto al Valor Agregado o cualquier otro Impuesto vigente o futuro, que en caso de corresponder, será a cargo de la parte deudora y se cancelará conjuntamente con cada pago de interés.- El vencimiento de las cuotas de interés operará los días diez (10) de cada mes calendario, siendo el primer vencimiento el día 10 de abril de 2002, y los restantes con vencimientos mensuales sucesivos. - **QUINTO:** Gastos y Comisiones. Retenciones Impositivas.- Al capital, con más los intereses pactados de acuerdo a lo establecido en el presente contrato, se le adicionará la suma correspondiente al seguro de vida, o cualquier otro seguro que se tome en garantía de los bienes transmitidos en fideicomiso.- Todas las sumas de dinero pagaderas por el deudor bajo el presente contrato serán abonadas libres de gastos, y exentas sin retención o deducción, de cualquier impuesto, tasa o gravamen de cualquier índole, presente o futuro, aplicado, gravado, cobrado o retenido por cualquier autoridad.- En tal caso, el Deudor pagará los importes adicionales necesarios para que los montos netos que perciba el Acreedor (luego de tomar en cuenta la retención o deducción) sean iguales a los montos que el Acreedor hubiera recibido de no haberse requerido la retención o deducción de dichos impuestos o derechos. - **SEXTO:** Domicilio de Pago.- Los pagos deberán efectuarse en el domicilio del Acreedor Avenida de los Potentados 201 de San Isidro, provincia de Buenos Aires, o donde este lo indique por escrito en el futuro al deudor, mediante la entrega de dólares estadounidenses billete o transferencia de dólares estadounidenses a la cuenta que indique el Acreedor sin necesidad de aviso previo o requerimiento de ninguna naturaleza.- En caso de optarse por el pago mediante transferencia, todos los gastos involucrados en la misma estarán a cargo del deudor.- El deudor reconoce y acepta que toda demora en el pago no imputable al acreedor y derivada de pagos efectuados mediante valores para ser presentados al cobro (cheques, giros etcétera), o por intermedio de Bancos, Correo, Comisionistas, terceros eventuales, etcétera, correrá a su cargo y se considerará exclusivamente causada y de responsabilidad exclusiva del deudor ya que se considerará fecha de pago válida a todos los efectos únicamente a aquella en la cual resulte posible al acreedor hacer efectivo el cobro de sus créditos bajo el presente.- En caso que las fechas de pago de

capital o intereses bajo el presente contrato vencieran en días inhábiles bancarios, los pagos correspondientes deberán efectuarse el día hábil bancario inmediato posterior.- **SEPTIMO**: Los gastos originados en las eventuales operaciones de cambio serán a cargo del deudor.- Las facultades del acreedor establecidas en la presente cláusula podrán ser ejercidas por cuenta propia mientras detente la titularidad del crédito que por la presente se instrumenta, así como por cuenta y orden de los futuros cesionarios del crédito en caso que el acreedor continuase a cargo de la cobranza de los pagos como agente de cobro de los cesionarios.- **NOVENO**.- Mora.- La mora se producirá de pleno derecho sin necesidad de requerimiento o interpelación alguna al vencimiento de las obligaciones pactadas en el presente contrato de mutuo con garantía fiduciaria. La mora se originará también de pleno derecho por: a) La solicitud del deudor de su quiebra o su petición por terceros o solicitud de concurso o su declaración de quiebra y/o b) la formación de un acuerdo preconcursal con parte o todos los acreedores del deudor y/o c) El cierre de alguna de las cuentas corrientes bancarias de las que el deudor sea titular o la suspensión del servicio de pago de sus cheques por el libramiento de cheques sin fondos de acuerdo con las reglamentaciones del Banco Central de la República Argentina, y/o d) el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones asumidas en este contrato, en especial las asumidas al constituir la garantía del mismo; y/o e) El incumplimiento de cualquier otra obligación que por cualquier causa tuviere el deudor con el acreedor y/o f) Si se trabasen embargos, inhibiciones o cualquiera otra medida cautelar contra el deudor o cualquiera de sus bienes, incluida la disposición de medidas cautelares con relación al bien que se transfiere en forma fiduciaria en garantía del presente préstamo, y/o g) Si el patrimonio fiduciario que por la presente se transfiere sufriera deterioro de grado tal que no cubra satisfactoriamente las obligaciones del deudor, siempre que el deudor no reponga la garantía disminuida por el deterioro o la refuerce o pague en efectivo una cantidad proporcional al deterioro de los bienes fideicomitados, dentro del plazo de quince días contados desde la fecha de la notificación del acreedor en tal sentido y/o si se produjera cualquier alteración que a juicio del acreedor ocasionara un cambio fundamental en las condiciones básicas tenidas en cuenta para el otorgamiento del préstamo instrumentado por el presente.- **NOVENO**: Caducidad de plazos.- La mora en el cumplimiento de cualquiera de las obligaciones asumidas por el deudor en virtud del presente contrato de **MUTUO CON GARANTÍA FIDUCIARIA**, en especial la falta de pago en término de los servicios de amortización e intereses o el acaecimiento de cualquiera de los supuestos enumerados en este contrato permitirá al acreedor declarar al caducidad de todos los plazos, y, en consecuencia, a exigir la inmediata e íntegra devolución y reembolso del capital desembolsado y prestado y la aplicación de los intereses compensatorios y punitivos pactados hasta la total devolución del capital adeudado con más los intereses y las cotas y costos que se originen como consecuencia del procedimiento de realización de la garantía fiduciaria.- **DÉCIMO**: En todos los casos de mora, el saldo de capital adeudado devengará además del interés compensatorio pactado, un interés punitivo equivalente al doble del interés compensatorio pactado.- **DÉCIMO PRIMERO**: Cesión del crédito.- El acreedor podrá transferir el presente crédito por cualquiera de los medios previstos en la Ley adquiriendo él o los cesionarios los mismos beneficios y/o derechos y/o acciones del acreedor bajo el presente contrato.- De optar por la cesión prevista en los Artículos 70 a 72 de la Ley 24.441, la cesión del crédito y su garantía podrá hacerse sin notificación al deudor y tendrá validez desde su fecha de formalización, en un todo de acuerdo con lo establecido por el artículo 72 de la Ley precitada. **DÉCIMO SEGUNDO**: Cancelaciones anticipadas.- En la presente operación, el plazo se presume establecido en beneficio de ambas partes, dejando a salvo la facultad del deudor de precancelar el crédito en cualquier momento abonando la totalidad de la deuda, incluyendo los intereses devengados hasta la fecha de la precancelación.- Asimismo el deudor deberá hacerse cargo de todos los gastos y costos inclusive, aunque no limitado a, los impuestos que dicha precancelación originare.- A los efectos del ejercicio de esta opción el deudor deberá comunicar al acreedor su decisión de cancelar el crédito en forma anticipada de manera fehaciente, con una anticipación no menor a cinco días hábiles a la fecha de precancelación.- **DÉCIMO TERCERO**: Ausencia de novación.- En caso de modificaciones relativas a aumentos o disminuciones de capital, prórroga del plazo, renovación del crédito, diferimiento del pago o modificación de sus condiciones, como consecuencia de lo dispuesto en la cláusula décima, o por cualquier otro motivo, no se producirá novación y se conservará con todos sus efectos el origen del crédito y la antigüedad de la obligación del deudor, manteniéndose todas las garantías vigentes.- Expresamente se conviene en que si por la naturaleza del caso se interpretara que existió novación, subsistirá plenamente la garantía FIDUCIARIA puesto que el acreedor se reserva expresamente dicha subsistencia.- **DÉCIMO CUARTO**: Gastos, comisiones etcétera.- Todos los gastos, comisiones, honorarios o impuestos actuales o futuros que graven las operaciones instrumentadas bajo la presente, incluyendo la constitución y cancelación de la garantía fiduciaria que se constituye por este acto, serán a cargo del deudor.- **II.- FIDEICOMISO de GARANTIA**.- En este estado el señor Rubén Deudor y el señor Imparcial Buenafe, convienen en celebrar el contrato de fideicomiso de garantía que se registrará por las normas de la Ley 24.441, y su reglamentación, y las demás normas del Código Civil que le resulten de aplicación, y por las siguientes cláusulas y condicio-

nes: **TITULO PRIMERO. PARTES. ARTICULO PRIMERO:** Rubén Deudor adquiere en este acto el carácter de fiduciante, y así será llamado en lo sucesivo.- Imparcial Buenafe adquiere en este acto el carácter de fiduciario, y así será llamado en adelante.- **ARTICULO SEGUNDO:** Fabián Acreedor asume, en este contrato de fideicomiso, el carácter de BENEFICIARIO, aceptando expresamente las estipulaciones que en tal carácter se realicen en este contrato a su favor.- **ARTICULO TERCERO:** Asimismo, y por convención expresa, el fiduciante adquiere a su vez el carácter de fideicomisario, o destinatario final de los bienes que compongan el patrimonio fideicomitado; en consecuencia, una vez extinguido este contrato, ya sea por la cancelación o inexistencia sobreviniente del crédito garantizado, o por haberse realizado el patrimonio fiduciario con el objeto de desinteresarse al acreedor beneficiario, el remanente de los bienes, sea cual fuere su naturaleza, volverá al patrimonio del fiduciante.- **TITULO SEGUNDO. PATRIMONIO FIDEICOMITIDO. ARTICULO CUARTO:** El fiduciante transfiere simultáneamente en este acto, a favor del fiduciario, el bien consistente en: Una finca, terreno, casa y demás accesorios que contiene, ubicada en la ciudad y partido de Bahía Blanca, con frente a la calle **BALCARCE** número cincuenta, entre las de Rivadavia y Sarmiento, que de acuerdo a su título antecedente se designa como **LOTE DIECINUEVE** de la **MANZANA** letra “E” de la **CHACRA CIENTO CATORCE** que reconoce las siguientes medidas, superficies y linderos: Ocho metros sesenta y seis centímetros de frente al Nord-Oeste, por treinta y un metros setenta centímetros de fondo, lo que hace una **SUPERFICIE** total de **DOSCIENTOS SETENTA Y CUATRO METROS CINCUENTA Y DOS DECIMETROS CUADRADOS**, lindando por su frente al Nord-Oeste con la calle Garay; al Sud-Oeste con la parcela Veintidós; al Sud-Este con la Parcela Siete y al Nord-Este con la Parcela Veinticuatro y parte de la Parcela Tres.- **Nomenclatura Catastral:** Circunscripción: II; Sección: D; Manzana: 284-j; Parcela: 23.- Partida número 98.022.- El inmueble transmitido como consecuencia de este contrato constituye el patrimonio fideicomitado, que queda sujeto a la afectación prevista en los artículos 14, 15 y 16 de la Ley 24.441.- **ARTICULO QUINTO:** El patrimonio de este fideicomiso queda afectado al cumplimiento de la garantía que más adelante se expresa, quedando relevado el fiduciario de administrar y explotar comercialmente los bienes, entendiéndose que la única y específica función que cumplirá será la de asegurar el cumplimiento del fiduciante, en su carácter de deudor, con relación a las obligaciones que ha asumido en este acto como deudor del beneficiario.- A tales fines, y en su carácter de fiduciario, se constituye en fiador de las obligaciones que garantiza este fideicomiso, entendiéndose que la fianza que otorga no es personal, sino en su carácter de administrador fiduciario, quedando obligado al pago como fiador con todos los bienes fideicomitados.- Queda expresamente establecido que la garantía nunca podrá afectar el patrimonio personal del fiduciario.- **ARTICULO SEXTO:** La tenencia, administración y explotación del inmueble que se transfiere fiduciariamente, queda en manos del fiduciante, quien en consecuencia, se constituye a partir de la fecha en tenedor del inmueble, a título de comodatario, sirviendo la presente escritura de suficiente contrato de comodato.- Dicha instrumentación implica la realización de la tradición del bien a favor del fiduciario, con los alcances que establece el Código Civil, operándose la misma mediante constituto posesorio.- **TITULO TERCERO. OBJETO DEL CONTRATO. ARTICULO SÉPTIMO:** El presente contrato de fideicomiso tiene por objeto exclusivo y único **GARANTIZAR** la deuda asumida por el fiduciante, señor Rubén Deudor, a favor de Fabián Acreedor, en el contrato de mutuo celebrado simultáneamente con este fideicomiso.- Podrán ser garantizadas además, con este mismo fideicomiso, deudas y pasivos de cualquier otra naturaleza y origen, presentes y futuras, asumidas por el fiduciante con el beneficiario, siempre que el otorgamiento de la garantía fiduciaria resulte del título del crédito garantizado, o se pacte en forma expresa, y que se notifique fehacientemente al fiduciario de la garantía otorgada.- **ARTICULO OCTAVO:** Declaran ambas partes, fiduciante y fiduciario, que la elección del fiduciario ha sido realizada conjuntamente y en razón de la solvencia moral y personal del mismo, para el cumplimiento de las funciones específicas para las que es designado en este contrato, gozando de su confianza, así como que por su calidad moral se trata de una persona cuya imparcialidad es la necesaria para el cumplimiento de los fines de este fideicomiso.- **ARTICULO NOVENO:** El acreedor podrá ceder o transferir de cualquier modo sus derechos, subrogando su lugar, grado y prelación el tercero que resulte cesionario, de lo que notificará expresamente por escrito al fiduciario y al fiduciante.- **TITULO CUARTO. PLAZO. ARTICULO DÉCIMO:** El plazo de duración de este contrato queda establecido en Doce meses, contados a partir del día de la fecha, **SALVO SUBSISTENCIA DEL CRÉDITO GARANTIZADO.**- En tal caso, el plazo del contrato será igual al de la extinción completa del mutuo a que accede.- En caso de que se encontrara garantizando otros créditos, el plazo se considerara tácitamente prorrogado hasta la cancelación total y definitiva del último crédito garantizado, quedando supeditado en ese caso, al plazo máximo permitido por la Ley 24.441.- Como consecuencia, el contrato se resolverá de pleno derecho a partir de su vencimiento, o cumplimiento de la condición, generándose la obligación para el fiduciario de transferir los bienes fideicomitados, implementando los medios para adjudicar y transferir el dominio de los bienes que contiene el fideicomiso al fideicomisario designado.- **ARTICULO DÉCIMO PRIMERO:** El fiduciante declara conocer la circunstancia, y así aceptarla, que en caso de incumplimiento en sus obligaciones

como deudor, el fiduciario procederá a la enajenación onerosa de los bienes, conforme las condiciones que más adelante se establecen, extinguiéndose el contrato en consecuencia, con anterioridad al plazo establecido, por CUMPLIMIENTO de la garantía ofrecida.- **TITULO QUINTO.- OBLIGACIONES DE LAS PARTES:**

ARTICULO DÉCIMO SEGUNDO: OBLIGACIONES DEL FIDUCIANTE: Conforme resulta del contrato de mutuo que este fideicomiso garantiza, y como obligación especial aquí convenida, el fiduciario se obliga a transferir el dominio del inmueble relacionado, quedando a su cargo todos los gastos que dicha transmisión origine; además, el fiduciante deberá: 1) Abonar puntualmente el capital prestado, así como sus intereses y accesorios, en todo de acuerdo con el contrato de mutuo celebrado.- Asimismo, dar fiel cumplimiento a las obligaciones posteriormente garantizadas con este contrato de fideicomiso de garantía.- 2) Notificar al fiduciario de la realización de los pagos, dentro de las cuarenta y ocho horas de efectuados, a los fines de anotarlo del normal cumplimiento de sus deberes.- 3) Reintegrar al fiduciario todos los importes que hubiera debido desembolsar en cumplimiento de su función, o cancelar los que se hubieran devengado en cumplimiento del fideicomiso.- La falta de pago de estos importes generará un crédito a favor del fiduciario que será a su vez garantizado con los bienes que integran el fideicomiso.- 4) No intentar la revocación judicial o extrajudicial del presente contrato, ni demandar la reivindicación de los bienes que constituyen el patrimonio fideicomitado, mientras subsista la deuda que garantiza.- 5) Mantener al día todos los impuestos, tasas y contribuciones que graven a los bienes fideicomitados, lo que por ser un acto de administración de los bienes, queda a su exclusivo cargo, asumiendo además dicha obligación en su carácter de comodatarario.- Si para realizar la venta de los bienes, el administrador debiera abonar alguno de estos conceptos, los importes invertidos en tal supuesto por el fiduciario le serán reembolsados con el producido de la venta.- 6) No podrá el fiduciante realizar ningún acto de disposición material en relación a los bienes del patrimonio fideicomitado sin la previa y expresa conformidad por escrito del fiduciario. En caso de que los actos referidos pudieran generar una disminución del valor de los bienes, deberá contar además con la conformidad del beneficiario. En caso de operarse la retransmisión de los bienes por el fiduciario al fiduciante, esa transmisión será inoponible al beneficiario designado que tuviera créditos garantizados al momento de la retransmisión, salvo su renuncia expresa a los derechos que este contrato le otorga.- **ARTICULO DÉCIMO TERCERO: DERECHOS DEL FIDUCIANTE:** 1) Verificar el estado de dominio de los bienes fideicomitados, así como ser notificado de cualquier medida cautelar o agresión que dichos bienes sufrieran mientras se mantenga el dominio fiduciario, así como ser notificado de cualquier actividad judicial o extrajudicial desarrollada por el beneficiario en relación a este contrato.- 2) Solicitar como tercero interesado las medidas judiciales que crea convenientes a los efectos de ejercer la defensa de los bienes fideicomitados.- 3) Cancelado el crédito que se garantiza, en tiempo y forma debidos, exigir extrajudicial o judicialmente la retransmisión de la propiedad de los bienes, en su carácter de fideicomisario, si el fiduciario no la operase por su propia voluntad.- 4) El fiduciante podrá incorporar al patrimonio fiduciario otros bienes que vea convenir, sea cual fuere su naturaleza, inmuebles, muebles, semovientes y locomóviles, créditos y derechos, con el objeto de aumentar la garantía sin necesidad de autorización alguna.- **ARTICULO DÉCIMO CUARTO: DERECHOS DEL FIDUCIARIO:** 1) Verificar el normal cumplimiento de las obligaciones a cargo del fiduciante, en relación al contrato de mutuo garantizado, así como en relación a las demás obligaciones garantizadas con este contrato.- 2) Repetir del fiduciante los importes que hubiera desembolsado para la conservación de los bienes, o los gastos en que hubiera incurrido en el cumplimiento de su función.- En caso de que dichos importes no le fueran restituidos a su solo requerimiento, los mismos generarán un interés igual al establecido por el Banco de la Nación Argentina para sus operaciones de descuento de documentos.- Los importes que le sean debidos, estarán garantizados con los bienes que constituyen el patrimonio fiduciario.- 3) Convenir con el fiduciante y con el beneficiario, las prorrogas que crea oportuno solicitar para el cumplimiento de su obligación de realización de los bienes.- Este derecho sólo podrá ser ejercido, contando con el acuerdo expreso y por escrito del acreedor beneficiario.- 4) Designar a los profesionales que estime convenientes para proceder al ofrecimiento público en venta de los bienes, martilleros, corredores o intermediarios, determinando a su solo arbitrio los honorarios que percibirán los mismos.- Designar a los profesionales que crea convenientes en la celebración de los contratos necesarios para proceder a la venta de los bienes, abogados, notarios, agrimensores y demás profesionales que intervengan en la preparación y celebración del contrato de compraventa de los bienes fideicomitados, determinando a su solo arbitrio los montos de su retribución y la forma de pago.- Realizar las publicaciones y publicidades que crea convenientes a los efectos de la enajenación de los bienes, en caso resultar menester su enajenación para la realización del pago al acreedor.- 5) Cumplida la condición resolutoria, por el pago realizado por el fiduciante a su acreedor, transferir el dominio al fideicomisario, siendo los gastos que dicha transmisión genere, soportados por el adquirente de los bienes.- En caso de negativa por parte del fideicomisario designado a readquirir el dominio pleno en su carácter de destinatario final de los bienes, por renuncia a ese derecho, podrá el administrador fiduciario hacer abandono de los bienes fideicomitados, o realizarlos, deducir los gastos incurridos y consig-

nar judicialmente el remanente a nombre del fideicomisario.- **ARTICULO DÉCIMO QUINTO: OBLIGACIONES DEL FIDUCIARIO:** 1) Arbitrar los medios necesarios para que el dominio de los bienes fideicomitados no se vea limitado, restringido o afectado por acción de terceros, ajenos a este contrato.- 2) Ejercer las acciones legales que corresponden al propietario para la defensa del dominio de los bienes fideicomitados.- 3) Enajenar los bienes en caso de incumplimiento por parte del fiduciante en su obligación de pagar los importes derivados del contrato de mutuo, de conformidad con el procedimiento de venta que mas adelante se establece, o ante el incumplimiento de cualquier obligación garantizada con este contrato.- 4) Verificada la venta de los bienes, pagar los importes que adeude el fiduciante al beneficiario, dentro de las cuarenta y ocho horas de percibido el precio de la venta.- 5) Entregar el remanente del precio de venta percibido al fideicomisario.- 6) Dar fiel cumplimiento al procedimiento de venta de los bienes establecido en este contrato.- 7) No renunciar a su carácter de fiduciario en forma intempestiva, y sin la previa conformidad de fiduciante y beneficiario, expresada en forma escrita.- En caso de convenirse la aceptación de su renuncia, operar los medios necesarios para la transmisión de los bienes al fiduciario sustituto.- 8) Realizar los bienes que componen el patrimonio fiduciario, de acuerdo con las formas y prioridades que mas adelante se establecen.- **ARTICULO DÉCIMO SEXTO: DEBERES DEL BENEFICIARIO:** 1) Informar periódicamente al fiduciario acerca de la forma de cumplimiento del fiduciante en sus obligaciones asumidas por el contrato de mutuo.- 2) No iniciar acciones judiciales tendientes al cobro del crédito que con este contrato se garantiza, en cuyo caso, deberá afrontar personalmente todos los gastos que la actividad judicial genere.- **ARTICULO DÉCIMO SEPTIMO: DERECHOS DEL BENEFICIARIO:** 1) Exigir al fiduciario la realización de los bienes fideicomitados, una vez verificado el incumplimiento en el pago de su crédito en las condiciones aquí establecidas, de conformidad con el procedimiento de venta pactado.- 2) Percibir los importes que se le adeuden por el mutuo garantizado con este contrato, en concepto de capital, intereses y accesorios, dentro de las cuarenta y ocho horas de producida la venta de los bienes, y percibido el precio por el fiduciario.- 3) Solicitar judicialmente todas aquellas medidas conservatorias y acciones que correspondan al fiduciario, y que tenga por objeto la conservación de los bienes fideicomitados, en caso de que las mismas no sean ejercidas por el fiduciario.- **ARTICULO DÉCIMO OCTAVO:** La gestión del fiduciario no será remunerada.- Sólo tendrá derecho al reembolso de todos los gastos que se originen en la realización de la garantía, así como se le reconocerán en calidad de viáticos y reembolsos, los gastos en que el fiduciario incurriera al realizar los trámites de la administración.- **ARTICULO DECIMO NOVENO:** El fiduciario cesará en su función por las causales previstas en la Ley 24.441, de las cuales, especialmente se reglamenta acerca de: Por renuncia, la que deberá ser aceptada por fiduciante y beneficiario, quienes de común acuerdo designarán al fiduciario sustituto.- La renuncia será presentada con una anticipación no menor de tres meses.- La renuncia sólo liberará al fiduciario de su responsabilidad cuando como consecuencia de la misma haya transferido los bienes cuyo dominio fiduciario se encontrare inscripto a su nombre.- En los demás casos, frente a la cesación del fiduciario, se procederá en primer término conforme lo normado en este contrato, y supletoriamente como lo establecen los artículos pertinentes de la Ley 24.441.- **SUSTITUCION DEL FIDUCIARIO.- ARTICULO VIGESIMO:** En caso de producirse alguna de las causales de cesación del fiduciario, las partes designan como sustituto al señor Juan Carlos BETTI, (argentino, nacido el 20 de Junio de 1964, titular del Documento Nacional de Identidad número 16.922.173, soltero, hijo de José Betti y de María Clavel, domiciliado en Almafuerte 10 de San Isidro, provincia de Buenos Aires).- A partir de la aceptación del carácter de fiduciario, le serán transferidos todos los bienes que constituyan el patrimonio fiduciario, y que a la fecha de la sustitución sean titularidad del fiduciario cesante, con las acreencias que el mismo hubiere producido, quedando a su cargo el cumplimiento de las obligaciones propias del administrador, en todo de acuerdo con el presente contrato.- De ser necesario el reemplazo del administrador nuevamente, el sustituto será designado a propuesta de beneficiario y fiduciario, conjuntamente.- A los fines del cumplimiento de la sustitución, el fiduciante señor Imparcial BUENAFE confiere en este acto poder especial irrevocable, a favor de Fabián ACREEDOR, (cuyos datos ya se han consignado) con todas las facultades que virtualmente sean menester para efectuar la transmisión de la propiedad de los bienes del fideicomiso, conforme a su naturaleza, facultándolo especialmente a otorgar todos los instrumentos privados y escrituras públicas que sean necesarias, hacer tradición y dar posesión, obligarlo por el saneamiento en caso de evicción, con arreglo a derecho, hacer y pagar los gastos de las transmisiones, designar a los profesionales que intervengan, y realizar en fin, cuantos más actos, gestiones y diligencias sean necesarias y legales para el cumplimiento del objeto del mandato, que consiste en transmitir dando cumplimiento al título y modo que se requiera conforme a la naturaleza de los bienes de que se trate, y el que podrá sustituir total o parcialmente.- **PROCEDIMIENTO DE REALIZACION DE LOS BIENES.- ARTICULO VIGESIMO PRIMERO:** El fiduciante y el fiduciario dejan expresamente establecido el modo de realización de los bienes fideicomitados mediante la utilización del siguiente procedimiento: Los bienes solo podrán y deberán ser enajenados a título oneroso por el fiduciario, una vez acreditado en modo fehaciente un incumplimiento en el pago del servicio de capital e intereses,

cuya mora sea superior a dos meses.- El plazo de la mora para proceder a la realización comenzará a computarse desde la fecha en que el beneficiario notifique en modo fehaciente al fiduciario el incumplimiento por parte del deudor.- Una vez notificado el fiduciario, procederá a intimar de pago al deudor, por un plazo no mayor a diez días. Transcurrido dicho lapso, sin necesidad de previa notificación a ninguna de las partes, el administrador fiduciario quedará facultado a vender los bienes empleando el siguiente procedimiento de venta.- a) La venta se realizará en remate público, que deberá ser realizado por un martillero matriculado, cuya elección es privativa del fiduciario, y recaerá en un matriculado de la jurisdicción del partido de San Isidro, y cuya designación no podrá dar lugar a reclamo alguno por ninguna de las partes; deberá proceder a dar publicidad al acto de remate, conforme las indicaciones que le imparta el fiduciario, estimando la necesidad de publicitar la venta para la presencia de el mayor número posible de interesados en la compra.- Además de la publicidad autorizada, el fiduciario esta obligado a publicar avisos por tres días en el Boletín Oficial y también por tres días, como mínimo, en el diario de mayor circulación del medio.- b) Del acto de remate deberá dejarse constancia en acta notarial, a los fines de documentar el desarrollo del acto.- c) La base para la venta de los bienes será la suma resultante de liquidar los importes adeudados por capital e intereses compensatorios y punitivos con más un adicional de no mas del diez por ciento para los gastos del remate.- En caso de que la base prevista no se adecue a los valores de mercado de los bienes a subastar, el fiduciario deberá gestionar tres tasaciones de especialistas en el mercado de los bienes de que se trate, como mínimo.- Con dichas cotizaciones, se procederá a realizar un promedio de valor de venta, que será tomado como base para la venta de los bienes, por la sola decisión del fiduciario, sin que el fiduciante ni los beneficiarios puedan cuestionar la base de la venta.- e) Una vez establecida la fecha del remate, el fiduciario deberá intimar la restitución de la tenencia de los bienes a su tenedor, con no menos de diez días de anticipación, y al menos diez días después de la constitución en mora.- En caso de que el tenedor no restituyera los inmuebles al dueño fiduciario, procederá al demandar la restitución judicialmente, quedando facultado para exigir el lanzamiento por la vía que considere mas conveniente.- f) En el acto de remate el martillero interviniente percibirá al menos el diez por ciento del precio de la venta, y no podrá diferirse el pago del saldo de precio en más de treinta días, saldo que se cancelará contra el otorgamiento de la correspondiente escritura de compraventa, o mediante la transmisión de dominio de los bienes fideicomitidos conforma a su naturaleza.- g) percibido el precio, el fiduciario procederá a cancelar las deudas que existieran a favor del beneficiario.- Desinteresado el acreedor, el remanente tendrá el destino aquí establecido.- **ARTICULO VIGESIMO CUARTO: LIQUIDACION DEL FIDEICOMISO:** El patrimonio fiduciario se liquidará conforme su resolución reconozca como causa el vencimiento del plazo, o el cumplimiento de la condición consistente en el incumplimiento de Las Obligaciones garantizadas por el fiduciante en relación al beneficiario. En el primer supuesto, desinteresado el administrador fiduciario habiéndosele reembolsado los gastos en que hubiera incurrido, este transferirá el dominio a los fideicomisarios designados.- En el segundo supuesto, realizados los bienes en cumplimiento de este pacto de fiducia, deducidos los reembolsos de gastos al fiduciario, el remanente se entregará a los fideicomisarios, conforme lo aquí establecido.- **CONSTANCIAS NOTARIALES RELATIVAS A LA TRANSMISIÓN DE DOMINIO FIDUCIARIO:** Y yo la autorizante hago constar: Que **LE CORRESPONDE** a la transmitente el dominio del inmueble por compra que con igual estado civil, hiciera a Narciso Bello según así resulta de la escritura número 4 de fecha 2 de Enero de 1998, pasada al folio 12 del Registro 8 de San Isidro, a cargo del Notario Armando Esteban Quito, cuya primera copia que tengo a la vista y anoto, se inscribió en el Registro de la Propiedad bajo el número 325629/0 el 5 de Marzo de 1998 en la matrícula 79.042 del Partido de Bahía Blanca (007).- Que de los certificados solicitados para este otorgamiento, entre ellos los expedidos por el registro de la propiedad de dominio número 3 – 8871/5 y de anotaciones personales número 3 – 8870/1, ambos de fecha 18 de febrero último, que agrego, resulta que por el nombre del transmitente y en la forma solicitada, no se registran anotadas inhibiciones que le impidan disponer de sus bienes, ni del que por este acto transfiere, cuyo dominio consta a su nombre en la forma relacionada, no reconoce embargos, hipotecas, promesas de venta ni ningún otro derecho real o gravamen.- De los demás certificados resulta que el inmueble no reconoce deudas por impuestos, tasas ni contribuciones, así como que la valuación fiscal para el año 2001 es de Pesos 30.000.- Que no se requiere la presentación del certificado de bienes Registrables en virtud de que la valuación fiscal del inmueble no supera el mínimo establecido al efecto.- Que no se retiene suma alguna en concepto de Impuesto a la Transferencia de Inmuebles por no tratarse de una operación de enajenación onerosa sino de una operación de garantía, no siendo un supuesto gravado.- Y que la señora Cándida BUENDIA, argentina, nacida el 16 de Enero de 1960, titular del Documento Nacional de Identidad número 12.546.788, cónyuge del transmitente y con su mismo domicilio, persona capaz y de mi conocimiento, doy fe, concurre a otorgar el asentimiento requerido por el Artículo 1277 del Código Civil para la disposición de bienes gananciales.- **LEIDA Y RATIFICADA**, así la otorgan y firman ante mi, doy fe.-

V. Conclusión

De acuerdo a lo que desarrollé, creo haber dejado claros los aspectos generales de la figura del fideicomiso.

De todos los autores que fueron leídos para la confección de este trabajo, puedo inferir que este instituto tiene una naturaleza difícil, con una ausencia de doctrina inveterada y de jurisprudencia decantada. Si bien el fideicomiso viene desde la época del Imperio Romano, nuestro derecho lo ignoró prácticamente hasta la sanción de la ley 24.441, y aún en nuestros días, sigue siendo una figura “nueva”. Digo nueva, porque la cantidad de fideicomisos que se realizan en la actualidad son muy pocos, y quizás sea porque el hombre de derecho de hoy prefiere no aventurarse a estudiar una forma de hacer negocios que durante tanto tiempo fue ignorada. Este comentario va tanto para los abogados y los escribanos particularmente.

Es lógico que se desconfe de lo que se desconoce, pero estimo válido este argumento para desechar la posibilidad de celebrar un fideicomiso sólo antes de la redacción de la ley 24.441, cuando se trataba de un contrato innominado, y en definitiva era una nube borrosa. Pero luego de esta ley, ya las dudas se disipan, demostrando que el fideicomiso es un vehículo seguro y rentable para lograr concretar actos jurídicos.

Entrando un poco en algo más específico, expliqué la posibilidad de constituir fideicomisos de garantía, porque tienen una fácil y segura ejecución sin necesidad de recurrir a instancias judiciales, pero respetando al mismo tiempo las seguridades que deben ofrecérselos al deudor. Su aplicación puede contribuir a la movilización del crédito, sobre todo a partir de sistemas no tradicionales, como la financiación al proyecto, que producen una notable disminución del riesgo para el financista y, consecuentemente, una merma en la tasa de interés (al menos, eso es de esperar).

Queda en claro hoy, entonces, que:

- El fideicomiso es **el negocio mediante el cual una persona transmite la propiedad fiduciaria de ciertos bienes para que sean destinados a una finalidad determinada.**
- Puede ser constituido por contrato o por testamento.
- La propiedad se transfiere a título de confianza.
- El fiduciario tiene la propiedad fiduciaria de los bienes para cumplir con un encargo.
- Esa propiedad carece de valor económico para el fiduciario, y se traduce en un derecho personal a favor del beneficiario.
- El contrato de fideicomiso es bilateral, y no es necesaria la intervención del beneficiario *prima facie*.
- Los bienes fideicomitados pasan a un patrimonio especial, siendo inmune a las acciones de los acreedores del fiduciante, fiduciario y beneficiario (mientras estén en ese estado).
- La responsabilidad del fiduciario es objetiva.
- La extinción del contrato de fideicomiso puede surgir por los motivos expresados en la ley o por los introducidos por la voluntad de las partes en el acto constitutivo.
- La extinción de la propiedad fiduciaria no necesariamente pone fin al contrato de fideicomiso.
- Los fideicomisos de garantía son constituidos por lo general a favor del fiduciario.
- En estos casos, el fiduciario cuenta con el *ius vendendi* en caso de incumplimiento del pago de la deuda.
- En materia tributaria, el fideicomiso debería tener un tratamiento neutro.

Y para terminar este trabajo es que propongo las siguientes modificaciones a la reglamentación sobre Fideicomiso:

Código Civil:

Art. 2.662: “*Dominio fiduciario es el que se adquiere en razón de un fideicomiso constituido por contrato o testamento, y está sometido a durar solamente hasta la extinción del fideicomiso, para el efecto de entregar la cosa a quien corresponda según el contrato, el testamento o la ley.*”

De acuerdo a lo desarrollado en el punto II sobre el objeto de la transferencia fiduciaria, cabe sustituir el término “*dominio*” por el de “*propiedad*”, por ser más abarcativo. Además, de redactarse un nuevo Código, o de *aggiornar* el que tenemos en estos días, estimo apropiado desarrollar un artículo que defina al contrato de fideicomiso en la parte de los derechos personales.

Ley 24.441:

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.*”

De ésta, la redacción actual, no queda claro si se está hablando del contrato de fideicomiso o de la propiedad fiduciaria. **Debe entenderse que se trata de la propiedad fiduciaria**, porque de lo contrario se estaría desatando una incoherencia con el artículo 4º de la misma ley, el cual permite que los bienes no estén determinados para la celebración del contrato de fideicomiso. Por tanto, el artículo 1º debería rezar **“Habrá propiedad fiduciaria cuando una persona (fiduciante) transmita la propiedad (fiduciaria) de bienes determinados a otra (fiduciario), quien se obliga...(etc.)”**.

Otra crítica que le hago a la redacción del artículo primero es que de su interpretación parecería desprenderse que los bienes fideicomitidos son los que deben transmitirse al beneficiario, al fiduciante o al fideicomisario. Ese es un grave error, porque **no es necesario que se trate de los mismos bienes**. Ya hemos visto que por subrogación legal los bienes dentro del patrimonio separado pueden ser más, menos, o simplemente otros que los que fueron entregados por el fiduciante. Quedaría más sencillo si el artículo dijera **“(…) y a transmitir los bienes que componen el patrimonio especial al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante (etc.)”**.

La última crítica que le hago al citado artículo es la de designar a una nueva categoría de ¿parte? en el fideicomiso: el fideicomisario. No le encuentro utilidad a esta figura y **no me parece inconveniente erradicarla de la ley**. Podría incluirse en su lugar a un beneficiario de remanente.

Art. 14: “Los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario emergente del artículo 1.113 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”.

No veo obstáculo para que la limitación de la responsabilidad objetiva alcance el total del valor de los bienes que componen el patrimonio separado. El interés a proteger en esta materia no es únicamente el del fiduciario (o eventualmente el beneficiario), sino el de los terceros. Un ejemplo didáctico muestra las injusticias que pueden desprenderse de una interpretación literal del artículo actual (ver pág. 13, última parte).

Este artículo en su última parte dice que la limitación de la responsabilidad objetiva funciona si el fiduciario no pudo razonablemente haberse asegurado. Esta redacción no es clara y sería conveniente que la respuesta provenga de la misma ley. La interpretación respecto a este artículo fue hecha en el punto II referente a la responsabilidad objetiva del fiduciario (pág. 13).

Art. 25: Este artículo enumera las causales de extinción del fideicomiso. Estimo conveniente agregarle un cuarto inciso que diga lo siguiente: **“d) El mutuo acuerdo del fiduciante y beneficiario”**. Cuesta creer que al legislador se le pasó por alto la autonomía de la voluntad en este tema.

Art. 73: Es el que reza la nueva redacción del artículo 2.662 del Código Civil, y la diferencia de este nuevo artículo con el anterior 2.662 es la de la supresión del plazo o condición resolutoria y la restitución de la cosa a un tercero. **Hubiera sido práctico y armónico que estos elementos mantuvieran cohesión con el artículo 1º de la ley**, por cuanto mantiene los mismos.

Con estas reformas, estimo que habría mayor claridad en cuanto a la interacción entre artículos de un mismo cuerpo legal, o entre el código y la ley. De todas maneras, tales correcciones que propongo no mantienen la entidad suficiente como para cambiar la esencia de esta nueva figura que espero que haya venido para quedarse.

Bibliografía

- BORDA, Guillermo A.**, *Manual de Contratos*, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1991.
- CARREGAL, Mario A.**, *El fideicomiso, regulación jurídica y posibilidades prácticas*, Universidad, Buenos Aires, 1982.
- FREIRE, Bettina V.**, *El Fideicomiso*, Ed. Abaco, Buenos Aires, 1997.
- GUASTAVINO, Elías P.**, *Actos fiduciarios. Estudios de derecho civil en homenaje a Héctor Lafaille*, Depalma, Buenos Aires, 1968.
- KIPER, Claudio M.**, *Régimen jurídico del dominio fiduciario*, La Ley, Buenos Aires, 1990.
- KIPER, Claudio M. y LISOPRAWski, Silvio V.**, *Fideicomiso, Dominio fiduciario, Securitización*, Depalma, Buenos Aires, 1994.
- LLAMBIAS, Jorge J.**, *Código Civil anotado*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1979, t. II-B.
- ORELLE, José M. R.**, *El fideicomiso en la ley 24.441*, LL, t. 1995-B.
- RODRIGUEZ AZUERO, Sergio**, *Contratos bancarios*, Felabán, Bogotá, 1977.
- VILLAGORDOA LOZANO, José M.**, *Doctrina General del fideicomiso*, Porrúa, México, 1982.