

FIDEICOMISO

CLAUDIA JAIMEZ¹

Introducción

Hasta el momento en que el fideicomiso fue introducido en el derecho positivo argentino, no había ningún otro medio para realizar actos de disposición de la propiedad que pudiese alcanzar un resultado parecido. Aunque fuera concebible que el dueño estableciese el destino de sus bienes en proyección de futuro, por acuerdo con un tercero, faltaban las normas que proveyeran la instrumentación necesaria y asegurasen el pleno reconocimiento de la manifestación de voluntad.

Ahora que la ley 24.441 ha injertado el fideicomiso en el tronco principal del derecho civil, cabe advertir la flexibilidad de este instituto, definido como contrato y ubicado, por consiguiente, en el amplio campo de la autonomía de la voluntad.

Tiene múltiples aplicaciones tanto en el orden particular como en el mundo de los negocios y su interés práctico deriva de tres atributos principales:

- 1) los bienes en cuestión son enajenados por su dueño, quien los transfiere “a título Fiduciario”. No es lo mismo que la transmisión de la propiedad a título oneroso o gratuito, pero se trata de un acto de disposición del titular.
- 2) La transferencia “a título fiduciario” rodea a los bienes de inmunidad respecto de los acreedores de quien los recibe, así como de los acreedores del dueño original y de los destinatarios finales de los bienes.
- 3) Los bienes quedan amparados por un régimen de administración conforme a su naturaleza y al destino previsto hallándose el titular

¹ Jefe de Trabajos Prácticos, Derecho Civil, IV Curso, Cátedra “A”, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas, UNNE.

sujeto a obligaciones derivadas del motivo y de la índole de la gestión que le ha sido encomendada.

Ley 24.441

La Ley 24.441 denominada de “Financiamiento de la Vivienda y de la Construcción” instituyó en enero de 1995 la figura del fideicomiso tal como lo conocemos hoy en día en la Argentina.

El extraordinario auge de la construcción en nuestro país, en una de sus proyecciones jurídicas, ha motivado a los profesionales para utilizar el fideicomiso, que hasta la fecha, a más de diez años de la promulgación de la ley 24.441 (Adla, LV-A, 296) no ha tenido la aplicación práctica que a nuestro juicio merecía.

Este negocio de garantía no es utilizado por el ciudadano común, ya sea por desconocimiento, por desconfianza, por dudas sobre su interpretación judicial la doctrina, es considerablemente amplia.

Una excepción notable, es el escenario financiero (Bancos, Financieras, Bolsa de comercio, etc.) en el cual tuvo inmediata recepción por tratarse de un ambiente en el cual estos recursos jurídicos son ampliamente conocidos por las características de esta actividad.

Concepto de fideicomiso

La ley definió al fideicomiso en su art. 1º estableciendo que **“Habrá fideicomiso cuando una persona (fiduciante) transmita la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (fiduciario), quien se obliga a ejercerla en beneficio de quién se designe en el contrato (beneficiario) y a transmitirlo al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario”**.

Es requisito, entonces, que existan:

- Bienes cuya propiedad se transfiera para cumplir un fin determinado.
- Dos partes.
- Un encargo, instrucción o mandato fiduciario.

El fideicomiso no es un sujeto de derecho, sino un patrimonio segregado que es propiedad y debe ser administrado de acuerdo al mandato fiduciario por un sujeto de derecho (fiduciario).

Sujetos

1) **fiduciante (o fideicomitente)**. En su carácter de propietario constituye el fideicomiso, desprendiéndose de su derecho de dominio que transmite al fiduciario.

Puede serlo cualquier persona física o jurídica. El fiduciante puede asumir concomitantemente el rol de beneficiario o fideicomisario, más no el de fiduciario.

Al constituir el fideicomiso puede reservarse facultades, incluso la de revocar el fideicomiso (art. 25), con la salvedad de que la revocación no tendrá efecto retroactivo.

En caso de incumplimiento de las obligaciones del fiduciario puede pedir su remoción por vía judicial.

En el caso de que la remoción sea pedida por el beneficiario debe ser citado al juicio el fiduciante (art. 9°).

2) **fiduciario**. Adquiere la cosa en propiedad, aunque su dominio es menos pleno o imperfecto de acuerdo a lo que establece el propio Código Civil (art. 2661) y tiene el poder de administrarla en su beneficio o en el de otra persona que entonces desempeña el rol de beneficiario.

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

La categoría de entidad financiera se encuentra minuciosamente regulada por la ley respectiva y sujeta a control por el Estado, a través del Banco Central.

El art. 6º de la ley dice: *El fiduciario deberá cumplir las obligaciones impuestas por la ley o la convención con la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él.* Ello atañe a la esencia de su derecho y revela que no sólo está limitado en el tiempo sino también en lo que refiere al fin del fideicomiso. Ello se complementa con el art. 7º que establece *la obligación del fiduciario de rendir cuentas de la que no puede ser dispensado. En todos los casos los fiduciarios deberán rendir cuentas a los beneficiarios con una periodicidad no mayor a un año.*

El fiduciario tiene derecho a una retribución que, en el caso de no haber sido establecida en el contrato, podrá fijarse judicialmente (art. 8º). Por ello hemos dicho que entre fiduciante y fiduciario el contrato es oneroso.

Las causas de cesación en sus funciones están establecidas en el art. 9º:

- a) Remoción judicial por incumplimiento de sus obligaciones, a instancia del fiduciante; o a pedido del beneficiario con citación del fiduciante;
- b) Por muerte o incapacidad judicialmente declarada si fuera una persona física;
- c) Por disolución si fuere una persona jurídica;
- d) Por quiebra o liquidación;
- e) Por renuncia si en el contrato se hubiese autorizado expresamente esta causa. La renuncia tendrá efecto después de la transferencia del patrimonio objeto del fideicomiso al fiduciario sustituto.

El art. 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 art. 19. Los bienes fideicomitidos serán transmitidos al nuevo fiduciario.*

3) **beneficiario**. El beneficiario debe estar individualizado, aunque no exista al tiempo de la constitución del fideicomiso y puede ser una persona física o jurídica y puede designarse más de un beneficiario conjuntamente, o bien beneficiarios sustitutos para el caso en que no haya aceptación, renuncie o muera el primer beneficiario.

Si se han designado dos o más beneficiarios participan por partes iguales, salvo que se disponga lo contrario en el contrato. El derecho del beneficiario puede transmitirse salvo que el fiduciante manifieste lo contrario.

4) **fideicomisario**. Es aquel que debe recibir la cosa una vez finalizado el fideicomiso, o sea al vencimiento del plazo o al cumplimiento de la condición (art. 26). Podría decirse así que el fideicomisario es un beneficiario residual de los bienes objeto del fideicomiso. Tiene interés legítimo y es extraño que la ley no lo legitime, en el art. 18, para ejercer las acciones, tal como lo hace con el fiduciante y beneficiario.

Respecto de fideicomisario, el fideicomiso puede ser oneroso o gratuito.

Estos últimos roles, pueden estar concentrados en una misma persona. Una misma persona no puede ser fiduciante y fiduciario a la vez.

Desde el punto de vista del derecho real, no hay partes sino sólo hay sujeto (fiduciario) y objeto (la cosa o bien fideicomitidos). No hay derecho real en cabeza del beneficiario.

El derecho real del titular del dominio fiduciario es oponible a terceros una vez cumplidos los requisitos que se relacionan a la publicidad según la naturaleza de los bienes (art. 12).

Objeto

El objeto del fideicomiso puede recaer en:

- cosas, muebles o inmuebles,

- bienes componentes de un patrimonio o de una parte alícuota de un patrimonio, siempre que estén debidamente individualizados (art. 4º).

Pueden comprender derechos intelectuales, patentes de invención, etcétera.

Formas de constitución

El fideicomiso puede constituirse por:

Contrato

Disposición de última voluntad: Son válidos los testamentos que instituyen fideicomisos cuando los plazos o condiciones a los que está sujeta la transmisión definitiva al fideicomisario no están referidos a la muerte del heredero o legatario (fiduciario), sino a otros acontecimientos.

No puede serlo por voluntad unilateral.

El contrato constitutivo

El contrato es:

- bilateral
- oneroso (entre el fiduciante y fiduciario)
- consensual, dado que se perfecciona por solo consenso (art. 1140, Cód. Civil), aunque la entrega de los bienes sea necesaria para el nacimiento del derecho real (fideicomiso y dominio fiduciario).

En cuanto a la forma puede ser extendido en:

- instrumento público o
- instrumento privado, según la naturaleza de los bienes. Si se trata de cosas inmuebles o bienes registrables deben ser redactados en escritura pública o en los instrumentos aptos para acceder a los registros.

El contenido del contrato

Está fijado en el art. 4 que dice: “El contrato también deberá contener:

a) La individualización de los bienes objeto del contrato.

En caso de no resultar posible tal individualización a la fecha de la celebración del fideicomiso, constará la descripción de los requisitos y características que deberán reunir los bienes.

b) La determinación del modo en que otros bienes podrán ser incorporados al fideicomiso.

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

d) El destino de los bienes a la finalización del fideicomiso.

e) Los derechos y obligaciones del fiduciario y el modo de sustituirlo si cesare”.

Efectos del fideicomiso

1) PROPIEDAD FIDUCIARIA. “Sobre los bienes fideicomitidos se constituye una propiedad fiduciaria que se rige por lo dispuesto en el Tít. VII del Libro III del Código Civil y las disposiciones de la presente ley cuando se trate de cosas, o las que correspondieren a la naturaleza de los bienes cuando éstos no sean cosas” (art. 11).

Indudablemente el dominio fiduciario es una de las tres especies de dominio menos pleno o imperfecto. La ley emplea el vocablo “propiedad fiduciaria” lo que se explica pues el fideicomiso, como lo reitera la última parte del artículo, se puede referir a bienes que no sean cosas.

La remisión al Código Civil está en relación sólo al fideicomiso de cosas.

El art. 12 habla de dominio fiduciario al expresar: “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”.

2) PATRIMONIO DE AFECTACIÓN. El art. 2312 define al patrimonio como el conjunto de bienes de una persona.

El art. 14 de la ley, expresa:

“Los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio separado del patrimonio fiduciario y del fiduciante”.

Éste es el principal efecto que tiene la constitución del fideicomiso, conforme a la ley.

La adopción de este principio tiene importantes consecuencias dado que:

- a) los bienes fideicomitidos quedan exentos de la acción singular o colectiva de los acreedores del fiduciario;
- b) tampoco podrán agredir los bienes fideicomitidos los acreedores del fiduciante, quedando a salvo la acción de fraude (art. 15);
- c) los bienes del fiduciario no responden por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, las que sólo serán atendidas con los bienes fideicomitidos (art. 16);
- d) 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 hubiere pactado lo contrario (art. 17),
- e) el fiduciario se halla legitimado para ejercer todas las acciones que correspondan para la defensa de los bienes fideicomitidos, tanto contra terceros como contra el beneficiario (art. 18).

El patrimonio especial no puede ser declarado en quiebra. En tal supuesto y a falta de otros recursos provistos por el fiduciante o el beneficiario según previsiones contractuales, procederá a su liquidación, la que estará a cargo del fiduciario, quien deberá enajenar los bienes que lo integren y entregará el producido a los acreedores conforme al orden de privilegios previstos para la quiebra” (art. 16).

Se trata en el caso de un patrimonio de afectación que no puede caer en quiebra. La quiebra del fiduciario no involucra la del patrimonio fideicometido, aunque acarrea la cesación de éste como fiduciante (art. 9º, inc. d).

La quiebra del fiduciante no incide sobre los bienes fideicometidos, pero en el caso en que el fideicomiso haya sido constituido en el período de sospecha, podrá atacarse como cualquier otra disposición de bienes conforme a la ley de concursos (ley 24.522, art. 116). Los actos realizados por el deudor en dicho período, que sean perjudiciales para los acreedores, pueden ser declarados ineficaces; si son a título gratuito, son ineficaces de pleno derecho.

3) EXTINCIÓN DEL FIDEICOMISO. El art. 25 dice: “El fideicomiso se extinguirá por:

- a) El cumplimiento del plazo o la condición a que se hubiere sometido o el vencimiento del plazo máximo legal.
- b) La revocación del fiduciante si se hubiere reservado expresamente esa facultad; la revocación no tendrá efecto retroactivo.
- c) Cualquier otra causal prevista en el contrato”.

El supuesto de revocación sólo se da cuando se haya reservado el fiduciante, en el contrato constitutivo, dicha facultad. La revocación no tiene efecto retroactivo (art. 25, ley 24.441, y art. 2672, Cód. Civil).

Producida la extinción del fideicomiso, el fiduciario estará obligado a entregar los bienes al fideicomisario o a sus sucesores (art. 26).

¿En qué se diferencian el negocio relativamente simulado, por una parte, y el fiduciario y el indirecto stricto sensu, por la otra, pues en todos ellos se asigna la titularidad de un derecho, simuladamente en aquel caso, realmente en éstos?

La simulación genera el deber de restituir lo habido en virtud del acto aparente como consecuencia de la nulidad, en tanto las otras especies generan el deber de restituir lo habido como efecto propio del negocio fiduciario, o del indirecto *stricto sensu*; es, por lo menos, la doctrina del artículo 2664 del Código Civil.

Se entiende que el contrato “indirecto es una modalidad lícita, en tanto permite utilizar un instrumento previsto por el legislador para una finalidad distinta”; y que ésta finalidad puede resultar “lícita o ilícita”.

Clases

Fideicomiso de garantía

Puede reemplazar, con ventajas, a la hipoteca y a la prenda, función de garantía de una deuda. Para ello el fiduciante transfiere un bien (por ejemplo, una cosa inmueble o mueble) en propiedad fiduciaria, garantizando una obligación que mantiene a favor de un tercero, con instrucciones de que, no pagada la misma a su vencimiento, el fiduciario procederá a disponer de la cosa y con su producido neto desinteresará al acreedor y el remanente líquido que restare, lo reintegre al fiduciante. En el respectivo contrato de fideicomiso se adoptarán todas las previsiones necesarias, incluyendo sobre la forma de acreditar la mora del fiduciante deudor para con su acreedor, beneficiario de la garantía. Se aprecia que de ese modo se evitan los trámites de ejecución judicial –v. gr., de la hipoteca–, con la rapidez y economía que ello supone, no olvidando que el bien fideicomitado queda fuera de la acción de los otros acreedores del fiduciante y de los que lo sean del fiduciario, dado que constituye un patrimonio separado. Por otra parte, queda fuera también del concurso de cualquiera de ellos (fiduciante y fiduciario), evitándose todo trámite de verificación –salvo la acción de fraude que se hubiere cometido respecto de los acreedores del fiduciante: art. 15 de la ley 24.441–.

No deja de advertirse, ante el silencio de la ley 24.441, que no trata ni regula las especies de fideicomiso ordinario, que queda pendiente de respuesta la pregunta sobre la naturaleza de la “garantía” que origina la que se analiza, y la del eventual privilegio que nazca de ella. Es evidente que no se genera un derecho real a favor del beneficiario o fideicomisario acreedor, como ocurre, por ejemplo, con la prenda o la hipoteca, teniendo aquél el derecho personal de exigir al fiduciario, en caso de incumplimiento del fiduciante deudor, que proceda a la venta o realización de los bienes o derechos fideicomitados y con su producido se lo

desinterese, pagándole su crédito. La efectiva y auténtica garantía, con el privilegio de cobro resultante, tendrían apoyo en las disposiciones de los arts. 14, primera parte, y 15 de la ley 24.441, pero no existen dudas que el problema debió y debe ser objeto de consideración y resolución legal, o por lo menos reglamentaria, correspondiendo dictar las normas pertinentes.

Publicado en LA LEY-2003-D-1463— Autor: Aranovich, Fernando C. *“El 28 de mayo de 2003 el doctor Armando J. Isasmendi comentó en LA LEY el fallo del Juzgado de Quiebras, Concursos y Sociedades 2ª Nominación de Salta in re “Dinar Aéreas S.A. s/concurso preventivo” donde se declaró procedente una medida cautelar antes de ordenar la apertura o rechazo del concurso preventivo de una compañía aérea y ordenó a un banco que por treinta días se abstenga de retener los fondos provenientes de su recaudación que integraban un fideicomiso en garantía del pago de una deuda.*

No es novedosa, ni extraña en nuestro derecho esta figura, ya que el Código Civil lo reguló, ya a partir de 1871, el dominio fiduciario incluyendo en la institución la fiducia sujeta a condición resolutive que podría usarse con el propósito de garantizar una obligación (art. 2662). El uso del fideicomiso como garantía tampoco es novedoso. En efecto, Salvador María del Carril propuso al General Juan G. Lavalle en una carta del 16 de junio de 1829 la constitución de un fideicomiso de garantía para la cancelación de las deudas contraídas por la Provincia de Buenos Aires con el Banco para sufragar gastos de guerra. Vale transcribir la propuesta, que puede consultarse en “Lavalle y Carril, “Historia viva de una amistad inquebrantable”, Bonifacio del Carril, Ed. Emecé, 1998, p. 212 y siguientes: “Se tomarán por un impuesto de diez o de un cinco por ciento, por una sola vez, doscientas mil vacas de todas las estancias de Buenos Aires. Se designarán tantas leguas cuadradas sobre los mejores terrenos de propiedad pública, que sean bastantes para contener aquella cantidad de ganado y los procreos de diez años. (Las vacas y la tierra son el activo fideicomitado).

Se entregará todo a la administración de don Juan Manuel de Rosas bajo de tales condiciones que el banco y el gobierno estipulen con él. (Rosas es el fiduciario).

Se entregará todo esto al banco en prenda de la deuda del gobierno. (El Gobierno es el fiduciante).

Se girará por el banco este establecimiento por los diez años en compañía con el gobierno.

Las ganancias serán en proporción de capitales deducidos los gastos.

El capital del gobierno son las vacas y el terreno; el del banco, los gastos. El gobierno no podrá disponer en los diez años de ninguna parte de esta propiedad.

A los diez años no podrá disponer de ella si no es con el objeto de liquidar su deuda con el banco...

Fideicomisos inmobiliarios

Su amplitud puede ser, también, muy variada. Será muy útil utilizarlo en la ejecución de proyectos inmobiliarios que requieren la presencia de varias partes con intereses contrapuestos, cuya armonización y recíproca seguridad hace necesaria la presencia de una entidad que ofrezca una garantía suficiente a quienes participen de la operación. El banco u otra entidad financiera interviniente, en calidad de fiduciario, puede ser el punto de equilibrio entre las partes, que confiera la imprescindible confianza entre todas ellas. Póngase como ejemplo la construcción de un edificio con unidades a distribuir entre quienes resulten adjudicatarios bajo el régimen de la propiedad horizontal. Confluyen en el negocio intereses diversos, en conexión recíproca, como entidades que concedan créditos, constructores y arquitectos que realicen los trabajos, ingenieros y calculistas, entidades municipales que deban conceder los permisos y autorizaciones que correspondan, entidades de control ambiental, el o los propietarios del terreno donde se hará la construcción, escribanos que proyecten y otorguen oportunamente los instrumentos legales pertinentes, y su inscripción en los registros de ley, etc. La presencia de todos estos interesados logra conciliarse con ventaja, cuando una entidad financiera especializada ejerce la titularidad del inmueble, como propiedad fiduciaria y ofrece plena seguridad de que el negocio se desarrollará

con respeto de todos los intereses involucrados y según lo convenido. Ya antes de dictada la ley 24.441 y aplicando el art. 2662 del Código Civil, hubo experiencias satisfactorias en la materia.

Bibliografía

BORDA, GUILLERMO, Manual de derechos reales, Abeledo-Perrot, Bs As, 2003.

HAYZUS, JORGE ROBERTO, Fideicomiso. Ed. Astrea. Bs. As. - 2001.

MALUMAIAN, NICOLÁS- DIPLOTTI, ADRIÁN- GUTIERREZ, PABLO, Fideicomiso y Securitización, 2ª edición actualizada y ampliada, La Ley, Bs As, 2006.

MUSTO, NÉSTOR JORGE, Derecho reales, Tomo 1, Ed. Astrea, Bs As, 2000.

ALTERINI, ATILIO ANÍBAL, Derechos reales, Tomo 1.

ZAVALLIA, Código civil, 2007, Buenos Aires, 2007.