

Algunas cuestiones conflictivas respecto del fideicomiso de garantía

Marina Piñeiro[1]

I. Introducción [\[arriba\]](#)

Las garantías tradicionales (especialmente las reales, como la prenda y la hipoteca), plantean ciertos inconvenientes al acreedor al momento de su constitución y ejecución, tanto por los costos, la demora en su resolución, así como por las limitaciones en cuanto a los bienes que pueden ser objeto de tales garantías. Correlativamente, los citados inconvenientes tienen su impacto en la órbita del deudor, pues inevitablemente la demora y el aumento de los costos en el recupero de las acreencias es trasladada a la tasa de interés de los créditos, limitando las posibilidades de financiamiento.

Los aspectos mencionados han impulsado la búsqueda de nuevas alternativas para asegurar el cobro de los créditos, y es así como entre ellas irrumpe el fideicomiso de garantía, objeto de análisis del presente trabajo.

Si bien el fideicomiso de garantía no es una figura novedosa, ya que tiene su origen en la fiducia cum creditore del Derecho Romano y en el trust del Derecho anglosajón, y en cierta medida estaba prevista por nuestro Código Civil en el art. 2662[2] en el marco del dominio fiduciario, la misma tuvo su auge a partir de la sanción de la Ley de Financiamiento de la Vivienda y la Construcción (ley 24.441), momento a partir del cual contrato de fideicomiso adquiere tipicidad. Es a partir de su profusa utilización que se han planteado interrogantes tanto en torno a su naturaleza, licitud, constitución, funcionamiento y ejecución.

El objeto del presente trabajo es analizar algunas cuestiones relativas a la figura del fideicomiso de garantía que han generado un gran debate doctrinario y algunas veces jurisprudencial, en cuanto a su estructuración, su naturaleza, la relación crédito-garantía y la posición y funciones del fiduciario, sobre todo en lo atinente a la concurrencia de las calidades de fiduciario-acreedor-beneficiario y el ius vendendi.

Finalmente, a partir del análisis efectuado, se realizará un balance que permitirá obtener conclusiones sobre los aspectos positivos y negativos de la herramienta, para de ese modo efectuar sugerencias para su utilización del modo más conveniente. -

Antes de adentrarnos en los temas que se tratarán in extenso en el presente trabajo es pertinente destacar que actualmente la ley 24.441 define de modo descriptivo al fideicomiso (art. 1)[3], pero no hace una distinción de las distintas aplicaciones de fideicomisos que pueden presentarse en la práctica comercial, sino que simplemente se limita a distinguir el fideicomiso financiero (art. 19) del fideicomiso ordinario.

Sin embargo de la amplitud con que se encuentran redactados los arts. 1, 4, 6, y 17 de la ley 24.441 se desprende la posibilidad de constituir fideicomisos de garantía, ya que se entiende que se trata de un contrato de fideicomiso como cualquier otro, que responde a las reglas básicas del tipo normado por la ley 24.441, la diferencia está dada por la finalidad primordial de garantía que la caracteriza[4] y que además es admisible en el marco de la autonomía de la voluntad contractual (art. 1197 y concs., Cód. Civ) y del principio sentado por el art. 19 CN de que todo aquello que no está prohibido está permitido. La ley regula los

caracteres del contrato de fideicomiso y no sus fines[5]. Además fue expresamente previsto por el Proyecto de Código Civil y Comercial 2012 (art. 1680[6]).

Si bien resulta innegable que todo fideicomiso lleva implícita la finalidad de garantizar la indemnidad de los bienes y de este modo poder lograr la consecución del negocio jurídico subyacente[7], la noción de fideicomiso de garantía hace alusión a que el motivo determinante del negocio jurídico es el aseguramiento de un crédito o el cumplimiento de una obligación.

Es entonces que se puede caracterizar al fideicomiso de garantía como aquél por el cual el fiduciante transfiere bienes individualizados al fiduciario en garantía de un crédito, ya sea propio o ajeno, del cumplimiento de una obligación de dar, de hacer o no hacer, con el encargo de que ante el supuesto de incumplimiento del deudor, destine los frutos de los bienes o el producido de su liquidación al pago de la deuda[8].

Una vez cumplida la obligación garantizada, el fiduciario deberá transmitir los bienes al deudor o un tercero que se designe en el contrato (fideicomisario), pero ante el supuesto de falta de pago, tendrá que ejercer la facultad de disposición de los bienes, conforme lo previsto en el contrato de fideicomiso, y con su producto satisfacer el crédito garantizado y restituir el remanente a quien se designe en el contrato (beneficiario residual o fideicomisario).

El legislador argentino opta por una transmisión de propiedad imperfecta con base en la confianza, pero con limitaciones convencionales y legales importantes. Dicha transmisión de propiedad constituye un patrimonio separado (arts. 14 y 15, ley 24.441), apartándose de este modo del principio de univocidad patrimonial consagrado en nuestro Código Civil, y afectado a la consecución de los fines del fideicomiso.

Se trata, como se verá infra, de un solo negocio con unidad estructural del cual nace un efecto real (la constitución de la propiedad fiduciaria en cabeza del fiduciario) y efectos personales (la obligación que contrae el fiduciario de afectar los bienes fideicomitados a los fines del fideicomiso)[9]. La causa fiduciae identificada con la finalidad de garantía es la que constituye la causa de este negocio complejo que llamamos fiduciario[10].

Son notables las ventajas (economía, celeridad, ejecución extrajudicial, autoliquidación, fuera del alcance de los procesos concursales y de los acreedores del fiduciante y fiduciario, posibilidad de sindicación de acciones, realización de la garantía a valores de mercado, reducción de costos y comisiones) que brinda el fideicomiso de garantía respecto de las garantías reales tradicionales (hipoteca y prenda), tanto para el acreedor como para el deudor.

Habiendo realizado estas aclaraciones previas, desarrollaremos seguidamente los temas objeto del presente trabajo que han sido mencionados con anterioridad. Esto es en primer lugar en cuanto a la relación crédito-garantía, las nociones de crédito y garantía, los caracteres de accesoriedad y especialidad de ésta última, las posibilidades de novación de la garantía respecto del crédito.

Seguidamente analizaremos la naturaleza de la garantía conjuntamente con la transmisión de la propiedad fiduciaria, el carácter de patrimonio autónomo o separado, como así

también el carácter autoliquidable de la garantía, como de garantía preferida calificada como tal por el BCRA (Banco Central de la República Argentina).

Para culminar describiremos el rol del fiduciario en el fideicomiso de garantía, enunciando someramente sus funciones, facultades, prohibiciones, responsabilidad, y haciendo especial análisis del ius vendendi, la prohibición del pacto comisorio y la coincidencia de las calidades de fiduciario-acreedor-beneficiario.

II. Relación crédito-garantía [\[arriba\]](#)

1. Noción de crédito

Antes de adentrarnos en el estudio de la relación crédito-garantía, analizaremos el concepto de crédito, tanto en su aspecto jurídico como económico.

a) Noción jurídica

Es difícil ensayar un concepto de crédito sin hacer mención de la idea de obligación, ésta consiste en una relación bipolar en tanto vincula a un acreedor, titular de un derecho subjetivo (de crédito), con un deudor[11]. El primero tiene el poder de exigir el cumplimiento de la prestación, mientras que sobre el segundo pesa el deber jurídico de satisfacerla. “...Derecho subjetivo y deber jurídico (crédito-deuda) constituyen la espina dorsal, el núcleo fundamental de la obligación.”[12]

Para que exista una obligación es necesario que su objeto sea susceptible de apreciación pecuniaria. Esto es una consecuencia del carácter patrimonial del derecho creditorio, de lo contrario el acreedor no tendría contabilizada dicha acreencia en su patrimonio ni experimentaría daño patrimonial alguno por causa de su inejecución[13].

Desde el punto de vista jurídico, el crédito constituye la faz activa de la obligación, la que se encuentra en cabeza del acreedor, y destaca el poder o facultad que tiene éste respecto del deudor para exigirle un comportamiento útil (consistente en dar, hacer o no hacer una cosa determinada)[14]. Se trata de un verdadero derecho subjetivo, ya que el acreedor puede obtener la satisfacción de su propio interés a través del cumplimiento de la prestación por parte del deudor o mediante ejecución forzada.[15] Según Díez-Picazo[16] el derecho de crédito tiene por objeto principal la obtención de la prestación debida por el deudor, aunque no se agote en ella.

El término “crédito” deriva del latín “credere”, que significa confianza, elemento psicológico de importancia en esta materia. Desde el punto de vista del Derecho Bancario se puede definir el crédito como el cambio de un bien presente por un bien futuro, o más específicamente, se puede expresar el crédito como la transferencia temporal de poder adquisitivo a cambio de la promesa de reembolsar éste más sus intereses en un plazo de tiempo determinado y en una unidad monetaria convenida[17].

De la definición transcripta anteriormente pueden enumerarse los siguientes elementos[18] que componen el crédito:

1) Transferencia temporal de poder adquisitivo del acreedor al deudor, es poder de compra que se transfiere al empresario para que pueda destinarlo a la producción de bienes y/o servicios.

2) Promesa de reembolso del capital más sus intereses, este elemento pone de resalto el elemento confianza y el interés consiste en el precio por el uso de ese dinero.

3) Plazo determinado, este elemento implica el análisis del factor tiempo que es intrínseco al crédito y crea un elemento que está consustanciado con él: el riesgo. Éste existe por existir en el crédito un diferimiento en las prestaciones.

4) Unidad monetaria convenida, este elemento destaca el aspecto monetario o financiero del crédito, ya que se trata de un intercambio de unidades monetarias, una presente y otra futura.

b) Noción económica

Desde el punto de vista económico, las partes intervinientes en una operación de cambio pueden intercambiar bienes y/o servicios en forma simultánea, o bien difiriendo una de ellas para una fecha futura la entrega del bien prometido, en éste último supuesto estaremos en presencia del crédito[19]. En síntesis, el crédito en sentido económico significa el cambio de un bien o servicio presente por un bien o servicio futuro[20].

Esto es así porque la economía es un proceso dinámico en el que existe una brecha de tiempo entre la producción de un bien y su colocación en el mercado, el crédito procura cerrar esa brecha.[21]

En una economía monetaria el crédito se mide en dinero, porque o bien consiste en dinero que se ha anticipado o en un bien cuyo valor puede medirse en dinero, lo que deja de manifiesto la íntima relación existente entre el dinero y el crédito[22].

Cómo el crédito se expresa en dinero y se mide en el tiempo, su precio es el interés, el que se calcula en función del tiempo y monto de dinero prestado[23].

El crédito supone la existencia de dos partes, el acreedor que otorga el crédito, y el deudor que lo recibe y se compromete a devolverlo en el futuro. Al existir un diferimiento entre ambas prestaciones existe un riesgo en el factor tiempo que lleva implícito el crédito, y como consecuencia de ello en su cobranza.

c) Riesgo del crédito

Al tratarse el crédito del cambio de una unidad monetaria presente por una futura, su recuperación se basa en el factor tiempo, elemento implícito en el concepto mismo de crédito y que conlleva también un riesgo.

El riesgo deviene de la promesa hecha por el deudor de cumplir con el pago de crédito en el futuro, como así también de otros factores complementarios, como la vida del deudor, su buena fortuna, el escenario político-económico en que el crédito es otorgado.

Para sortear estas contingencias el acreedor solicita determinadas garantías, a fin de hacer efectivo el cobro de su acreencia, para lo cual analizará cual es la más conveniente en función de los costos y la seguridad que le proporcione.

2. Noción de garantía. Accesoriedad. Especialidad.

a) Noción de garantía.

El derecho argentino no contiene una definición de contrato de garantía ni una regulación integral y orgánica de los diversos contratos que pueden agruparse dentro de esta denominación genérica, tampoco contiene una regulación general sobre la transferencia con fines de garantía[24].

Al analizar la noción de garantía debemos tener en consideración que quien acepta una obligación, lo hace en miras a la capacidad patrimonial del deudor, de modo que nace un vínculo entre el acreedor y el patrimonio del deudor, cuyo término es la garantía, en función de éste, se distinguen en la obligación dos elementos: la prestación y la garantía[25]. La primera establece el nexo de dependencia entre ambos sujetos de la relación, la segunda liga al sujeto activo con la masa de bienes del sujeto pasivo, por ello se entiende que la garantía “es una relación que se establece entre el acreedor y el patrimonio del deudor”[26]. Es por ello que se define al patrimonio como la prenda común de los acreedores, asimilando la idea de prenda a la noción de garantía[27].

Sin embargo, ante la situación de insuficiencia patrimonial del deudor a los efectos de afrontar sus obligaciones, los acreedores sufrirán la aplicación del principio de la *pars conditio creditorum*, lo que provoca una disminución de su garantía. Para evitar un menoscabo en sus acreencias los acreedores recurrirán a afectar determinados bienes del patrimonio del deudor, los cuales continúan formando parte de él.

Según Diez-Picazo “...hablar de garantía para hacer referencia a una situación que es común a todos los acreedores no deja de alguna manera de ser inexacto, pues la garantía es siempre algo que tiende a reforzar la posición jurídica de los acreedores y a concederles algo que normalmente no tendrían...”[28]

En líneas generales se denomina garantía a cualquier medida o modo especial de asegurar la efectividad de un crédito. La garantía es una norma de derecho o un precepto de autonomía privada que viene a añadir al crédito algo que éste por sí mismo no tiene, de tal manera que es esta adición o yuxtaposición lo que refuerza al acreedor la seguridad de que su crédito será satisfecho[29]. La garantía amplía el poder jurídico del acreedor, reforzando así su posición. Esta definición entiende implícita la potencialidad del crédito a los efectos de que el acreedor haga efectivo su poder de agresión sobre el patrimonio del deudor o de un tercero que se haya obligado en calidad de garante[30] y es plenamente aplicable al fideicomiso de garantía, ya que refuerza las potestades del acreedor tendientes a lograr la percepción de su crédito[31].

Montel sostiene que más que los medios para asegurar el cumplimiento de una obligación sería apropiado hablar de “acrecentar la seguridad”, es importante tener en cuenta el riesgo que asume quien presta la garantía[32].

Es importante distinguir el concepto de “garantía” del de “responsabilidad”. El deudor es responsable cuando incumple la prestación a su cargo, en cambio la garantía confiere efectividad a la responsabilidad, ya que se refiere a los bienes con los que responderá ante la situación de incumplimiento. Responsabilidad y garantía son conceptos autónomos aunque complementarios[33].

Actualmente se ha producido una ruptura de la concepción de garantía basada en la relación deuda-responsabilidad-garantía-accesoriedad, para concebirla como una protección de crédito que puede contratarse accesoria y subsidiariamente a la deuda o bien en forma autónoma con el garante, o incluso otorgándole caracteres de abstracción respecto de la deuda[34].

El reforzamiento del crédito por medio de la garantía se produce en relación al riesgo del incumplimiento, el riesgo de la insolvencia, para lo que se aspira a tener un patrimonio sustitutivo del que normalmente está afectado al cumplimiento, y el riesgo de la ejecución de la garantía, en este sentido toman especial relevancia las garantías autoliquidables que prescinden del proceso judicial[35].

Al momento de analizar el riesgo crediticio, a los efectos de exigir el otorgamiento de una garantía, el acreedor tendrá en consideración la forma de evitar de la frustración del pago y el trámite de ejecución[36].

b) Accesoriedad respecto del crédito.

Las garantías constituyen un derecho subjetivo o facultad adicional que se yuxtapone al derecho de crédito, existiendo entre ellos una relación de subordinación. Esta relación de accesoriadad entre el derecho principal (crédito) y el derecho accesorio (garantía) implica que las condiciones de validez y existencia o la extinción del segundo dependerán de las del derecho principal[37]. Así lo dispone el art. 525 Cód. Civ. respecto de las obligaciones principales y las obligaciones accesorias.

Recordemos que, la accesoriadad tiene lugar cuando la interdependencia entre las obligaciones es tan estrecha que una no puede existir sin la otra. La obligación principal es aquella que tiene existencia propia e independiente de la otra con la cual está ligada, mientras que la accesorio no existe sino a través de la existencia y legitimidad de la primera obligación (art. 523 Cód. Civ.)[38].

La pauta de interdependencia que determina la accesoriadad de una respecto de la otra tiene doble formulación: funcional y económica. Desde lo funcional, será obligación principal la prestación que resulte necesaria para satisfacer el interés del acreedor, y será obligación accesorio aquella que, sin lograr de manera directa tal designio, coadyuve de algún modo a él[39].

Desde lo económico, serán principales las prestaciones cuyo objeto sean los bienes sobre los que recae de manera directa el interés del acreedor, y accesorias las que consistan en cosas distintas a la principal, pero que cumplan con una función de complemento[40].

La cuestión radica en determinar si el fideicomiso de garantía se trata de una garantía autónoma, en el sentido de que existe con independencia del crédito o si por el contrario la misma se encuentra subordinada a la obligación principal que viene a asegurar. Este análisis ha generado debate en la doctrina.

Hay quienes sostienen, entre ellos Barreira Delfino[41], que el contrato de fideicomiso de garantía carece de autonomía propia, ya que es accesorio al negocio principal, es decir al crédito, siendo el fideicomiso de garantía una modalidad perteneciente a la familia de las garantías, se encontraría alcanzado por los principios de especialidad y de accesoriedad que condicionan, en nuestro ordenamiento jurídico, la validez y la eficacia de las garantías, sean éstas reales o personales.

Se deriva de ello que, una vez extinguido el crédito asegurado mediante la constitución de un fideicomiso de garantía, esta garantía queda también extinguida, ya que la misma es accesorio, no pudiendo el acreedor hacerla revivir a los efectos de satisfacer un crédito diverso del asegurado en el contrato de fideicomiso[42].

Resulta aplicable al fideicomiso de garantía, la siguiente reflexión relativa a la hipoteca, en el sentido que “...el derecho de garantía es necesariamente accesorio de un crédito, más la persona del deudor, la existencia y el monto pueden no estar determinados sino depender de un acto posterior a la constitución del gravamen. [Pero] es necesario que al momento en que nace la hipoteca exista el acto jurídico generador del crédito.”[43].

De la relación de accesoriedad entre el crédito y la garantía que lo asegura se derivan las siguientes consecuencias: a) es indispensable que la obligación sea válida; b) la transmisión de crédito lleva consigo la de la garantía; y c) la extinción del crédito provoca en principio la extinción de la garantía[44].

Por el contrario gran parte de la doctrina se pronuncia a favor de la autonomía del fideicomiso en garantía[45]. En este sentido la Comisión II de las XXV Jornadas Notariales Argentinas ha sostenido que al no tratarse de una garantía real al fideicomiso de garantía no se le aplicarían los caracteres de accesoriedad, especialidad e indivisibilidad. “El carácter autónomo del fideicomiso de garantía se relaciona con el análisis formal que realiza el fiduciario previamente a la ejecución de la garantía en el que no cabe debatir cuestiones relativas a la obligación garantizada.”[46]

Puerta de Chacón por su parte sostiene que en el fideicomiso de garantía no se aplica el principio de accesoriedad en la medida, que no es necesario que exista y sea válida la obligación garantizada en el momento de constitución del fideicomiso; sin embargo, sostiene que a posteriori sí es aplicable ese principio ya que al momento de realización de los bienes fideicomitados la obligación garantizada debe existir, ser válida y exigible.[47] En esta fase se integra el título de la garantía con el título del crédito y aparece en plenitud el carácter accesorio de la garantía[48], de ello se desprende el verdadero alcance de la accesoriedad: que la garantía es accesorio significa que el incumplimiento se convierte en conditio iuris de eficacia del derecho del acreedor a realizar, en su valor, el objeto

gravado; incluso cuando la garantía asegura obligaciones ya nacidas, la activación de su principal contenido -el derecho de ejecutar el bien- depende de un hecho futuro y eventual, esto es el incumplimiento por parte del deudor.[49]

Para concluir, no hay obligaciones que consistan en una pura garantía o responsabilidad, sin la deuda correlativa. Es contradictorio admitir la imposición de la sanción que corresponde a la infracción del deber de satisfacer la prestación sin que exista tal deber a cargo del sujeto sancionado: en esta hipótesis la sanción está huérfana de razón suficiente[50]. A estos efectos es necesario dejar constancia de la causa, el objeto de la prestación, y la magnitud de la obligación, ya que es necesario indicar con toda precisión el crédito al que accede la garantía[51].

c) Especialidad

El principio de especialidad se manifiesta en dos planos: a) objetivo, en cuanto a la cosa objeto del dominio fiduciario involucrado, debe estar debidamente identificada y determinada; b) subjetivo, en lo que se refiere al crédito al que accede la garantía, a estos efectos deberá determinarse su cuantía o el monto máximo por el que cubrirá el crédito.

El principio de especialidad permite conocer al deudor qué activos de su patrimonio quedan específicamente afectados al cumplimiento de determinadas obligaciones y el monto de tal afectación, y al acreedor los bienes sobre los que podrá hacer efectiva su acreencia en caso de incumplimiento del deudor y el límite de la misma.

En cambio el principio de accesoriedad está orientado a proteger a los restantes acreedores del deudor, ya que responde a la necesidad de dejar inequívocamente sentada la obligación del deudor que ha quedado cubierta por los bienes fideicomitidos afectados en garantía a favor de determinado acreedor, de manera que al momento de su cumplimiento, la garantía quedaría liberada de tal afectación. La accesoriedad se refiere a la validez jurídica de la garantía ante terceros y gira alrededor del privilegio de cobro constituido por el deudor a favor de determinado acreedor, que lo diferencia de los potenciales acreedores del mismo deudor[52].

La doctrina dominante[53] sostiene que el fideicomiso de garantía presenta grandes ventajas respecto de las garantías reales, ya que el principio de especialidad alcanzaría sólo a la determinación de los bienes fideicomitidos, no siendo necesario tal requisito respecto de la determinación del crédito, lo cual implica que esta garantía podría garantizar un número indefinido de obligaciones, pudiendo modificar el crédito sin los riesgos que implica la novación, así como acumular más de un crédito o bien establecer líneas de créditos rotativas[54]. No obstante, el abanico de posibilidades en cuanto a la sustitución de los créditos debe encontrarse expresamente previsto en el pacto de fiducia, ya que si bien el criterio de accesoriedad se flexibiliza ante determinadas garantías, ello no implica que el mismo quede completamente eliminado.

Si bien no es necesaria la especialidad ni la accesoriedad inicial[55], es decir al momento de constituirse la propiedad fiduciaria en garantía; ello no obsta a que en la oportunidad de la realización de la garantía aquellos requisitos deberán concurrir: el crédito deberá existir y

ser exigible al momento de cobro, y el instrumento que lo acredite habrá de complementarse con el de la garantía[56].

Como consecuencia de los principios de accesoriedad y especialidad que informan el derecho de garantías, se entiende que no podría ejecutarse el fideicomiso de garantía en forma autónoma, es decir prescindiendo de la obligación principal a la que respalda[57], dado que de lo contrario existiría por parte del acreedor un enriquecimiento sin causa (art. 499 y su nota). Para la ejecución será necesario que exista el hecho generador de la misma: esto es el incumplimiento por parte del deudor.

3. ¿Produce novación la garantía respecto del crédito?

Una de las cuestiones que ha planteado el fideicomiso de garantía es si su constitución produce novación respecto del crédito que asegura. A continuación analizaremos el concepto de novación dado por nuestra legislación y las circunstancias que han puesto de manifiesto esta inquietud.

a) Noción de novación. Delimitación del concepto.

La novación es uno de los modos de extinguir las obligaciones. Según el art. 801 Cód. Civ.: “La novación es la transformación de una obligación en otra” y el art. 802 del mismo cuerpo legal: “La novación supone la existencia de una obligación anterior que le sirve de causa. Si la obligación anterior fuese nula, o se hallaba extinguida el día que la posterior fue contraída no habrá novación”.

Se ha entendido que jurídicamente no hay transformación, sino algo distinto: extinción de una obligación primitiva y nacimiento simultáneo de otra nueva, distinta de la anterior. Media entre ambos sucesos una interdependencia causal rigurosa: una se extingue para que nazca la otra; ésta nace porque se ha extinguido la primera[58]. La nueva obligación difiere de la primera por algún elemento nuevo, y produce la extinción de la obligación principal con todos sus accesorios (art. 803 Cód. Civ.). La novación se puede referir al objeto de la obligación, a su causa, o a ciertas modalidades del vínculo obligacional, o a los sujetos acreedor y/o deudor[59].

Se trata de un acto complejo, que cualquiera que sea la extensión de la identidad subjetiva y objetiva entre la obligación extinguida y la naciente, alcanza la obligación primitiva en sí y la obligación nueva también en sí. Y lo hace de un modo que es jurídicamente un todo orgánico. El animus novandi está vinculado íntimamente al ánimo de fundar otra obligación mientras se extingue la primera[60].

b) Requisitos de la novación

Para novar es necesario tener capacidad para pagar o para contratar. Otro aspecto de esta forma de extinguir las obligaciones es que la novación no se presume, sino que es preciso que la voluntad de las partes se manifieste claramente en la nueva convención, o que la existencia de la anterior obligación sea incompatible con la nueva (art. 812 Cód. Civ.).

La magnitud de la novación, en su doble estructura compleja de extinguir el crédito y una deuda por un lado y dar nacimiento a un nuevo crédito y deuda por el otro, explica

sobradamente la necesidad de exigir claridad en la voluntad de las partes porque, ante la duda, debe presumirse que no hay novación[61] e inclinarse por la yuxtaposición de ambas obligaciones[62]. No es necesario que el animus novandi se manifieste formalmente, aunque debe surgir claramente la voluntad de novar de las partes.

c) Consecuencias de la novación

La consecuencia de la novación es la liberación de la obligación primitiva, en la medida en que la extingue y la creación de una nueva destinada a reemplazar a la anterior. Se trata de una forma extintiva y simultáneamente de una fuente creadora de obligaciones.

El art. 803 del Cód. Civ. sostiene que: “La novación extingue la obligación principal con sus accesorios y las obligaciones accesorias.”, ello implica tanto los intereses, privilegios, fianzas, y las garantías como accesorias del crédito.

Sin embargo, el precitado artículo a continuación hace referencia a que el acreedor puede reservarse expresamente el privilegio o hipoteca del antiguo crédito para garantizar la nueva obligación. La reserva debe ser expresa y debe ser anterior o simultánea a la novación, porque si no se trataría de reservar accesorios extinguidos con la extinción ya operada de la obligación principal[63]. Aunque según la última parte del art. 803 esta reserva no requiere la intervención respecto de la persona de la cual es hecha, salvo que los bienes pertenecieran a terceros, en cuyo caso será necesaria su participación en la novación (art. 804 Cód. Civ.).

La reserva de privilegios, hipotecas o prendas, lo es solamente hasta el monto o en la medida de la obligación originaria, ya que de lo contrario la novación permitiría postergar los derechos de otros acreedores, lo cual resulta inaceptable[64].

d) Clases de novación.

La novación puede ser objetiva o subjetiva. La novación objetiva[65] es aquella en la cual la sustitución opera sobre alguno de los elementos objetivos esenciales de la obligación; sea la prestación u objeto, la causa fuente o el propio vínculo obligatorio, en la medida que la modificación sea sustancial o trascendente que permita configurar una relación obligacional jurídica diferente de la anterior que se sustituye. A diferencia de la anterior, en la novación subjetiva[66] el cambio o sustitución opera sobre alguno de los sujetos (acreedor o deudor) de la obligación.

e) Garantías especiales

Por otra parte si el acreedor que tiene alguna garantía particular o privilegio en seguridad de su crédito, aceptase de su deudor billetes suscriptos en pago de una deuda, no hace novación de la primera obligación, si la causa de la deuda fuese la misma en una y otra obligación (art. 813 Cód. Civ.).

f) Delegación

Hay que tener en consideración que, según lo dispuesto por el art. 814 del Cód. Civ., la delegación por la que un deudor da a otro que se obliga hacia el acreedor, no produce

novación, si éste no ha declarado expresamente su voluntad de exonerar al deudor primitivo.

g) Expromisión

Por último puede hacerse la novación por otro deudor que sustituya al primero, ignorándolo éste, si el acreedor declara expresamente que desobliga al deudor precedente, y siempre que el segundo deudor no adquiera subrogación legal en el crédito (art. 815 Cód. Civ.)

h) Inexistencia de novación del crédito garantizado por el fideicomiso constituido en garantía.

Como consecuencia de todo lo antedicho, se puede concluir que la constitución de un fideicomiso de garantía no implica la novación respecto de la obligación principal que asegura, dado que la garantía es accesoria del crédito, por lo que no existe transformación de una obligación en otra, sino que el incumplimiento en la satisfacción del crédito por parte del deudor será la condición determinante para que el fideicomiso de garantía sea susceptible de ejecución. Además debe tenerse en cuenta que la novación no se presume.

Según entiende Alegría la constitución de un fideicomiso en garantía, aun consentida por el acreedor sin reserva alguna, no produce novación de la obligación garantizada ni significa, por ende, la extinción de sus otras garantías legales o convencionales[67].

En líneas generales se ha dicho que el agregado o supresión de cualquier medio de garantía, sean reales o personales, tendiente a reforzar el vínculo obligacional, no afecta en absoluto la obligación garantida que subsiste intacta, por lo cual no puede existir novación en tales supuestos[68]. Las garantías son un accesorio de la obligación principal, toda mutación de ellas deja entera e intacta a esta última[69].

Desde otro punto de vista es de interés evidenciar que considerando al fideicomiso de garantía como un accesorio del crédito, de haber operado en un supuesto concreto la novación del crédito, la misma extinguiría el fideicomiso en tanto garantía del principal (art. 803 Cód. Civ.). Asimismo, considero que resultaría analógicamente aplicable la posibilidad de reserva expresa que la citada norma prevé respecto de la hipoteca al fideicomiso de garantía (art. 16 Cód. Civ.).

A continuación se analizarán someramente algunas situaciones concursales en que este debate se ha puesto de manifiesto.

i) Análisis en las situaciones concursales. La necesidad de verificar el crédito garantizado.

Se ha debatido la carga del acreedor de verificar su crédito en el concurso de su deudor, cuando el mismo se encuentra resguardado por un fideicomiso de garantía.

Algunos acreedores con cobertura de fideicomiso de garantía entienden que no es necesario solicitar la verificación de sus créditos en los procesos concursales de sus deudores en los términos previstos en el art. 32 de la LCQ, atento que proporciona un procedimiento de

autoliquidación de la deuda, equiparable a una garantía autónoma, independiente y abstracta[70].

Otros doctrinarios consideran que la conclusión anterior no es correcta, pues la existencia de un fideicomiso en garantía no implica novar la obligación principal[71], ni le quita al acreedor este carácter. La forma de legitimar su acreencia, en el marco del concurso preventivo o la quiebra es solicitando la verificación de su crédito y que el mismo sea declarado verificado o admisible.[72] Por otro lado no puede predicarse que la constitución de un fideicomiso de garantía excluya al crédito del pasivo concursal.[73]

III. Naturaleza de la garantía [\[arriba\]](#)

1. Transmisión de la propiedad fiduciaria

El principio general es que todos los bienes pueden ser objeto del contrato de fideicomiso, salvo aquellos que no puedan ser objeto de los contratos, ya sea por encontrarse fuera del comercio o por estar prohibidos, bajo pena de nulidad del negocio jurídico. (arts. 953, 1167, 1668, 1669 y concs. Cód. Civ.). Es pertinente señalar que según lo dispuesto por el art. 4 inc. a) de la ley 24.441 las universalidades no son susceptibles de ser objeto de los contratos de fideicomiso, a diferencia del Proyecto de Código Civil y Comercial 2012, que prevé en su art. 1670 que “Pueden ser objeto del fideicomiso todos los bienes que se encuentran en el comercio, incluso universalidades, pero no pueden serlo las herencias futuras”.

Se entiende por bienes a los objetos materiales e inmateriales susceptibles de tener un valor económico (arts. 2311 y 2312 Cód. Civ.). Les son aplicables al contrato de fideicomiso la normativa general que contiene nuestro Código Civil para reglar el objeto de los contratos.

En virtud de lo previsto por el art. 1 de la ley 24.441 la transmisión de la propiedad de los bienes fiduciarios tiene lugar entre el fiduciante-deudor o un tercero y el fiduciario, quien la ejercerá bajo el dominio fiduciario del art. 2662 del Cód. Civ., el que es definido como aquél que se adquiere en virtud de un fideicomiso constituido por contrato o testamento, y está sometido solamente a durar hasta la extinción del fideicomiso, para el efecto de entregar la cosa a quien corresponda según el contrato, el testamento o la ley.

El art. 2502 del Cód. Civ. prevé el principio del numerus clausus respecto de los derechos reales, según el cual éstos sólo puedan ser creados por ley, y el art. 2503 los enumera, previendo entre ellos el derecho real de dominio, el que es definido como el derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y a la acción de una persona (art. 2506 Cód. Civ.) y que tiene como características ser absoluto, exclusivo y perpetuo (arts. 2508, 2510 y 2513 Cód. Civ.)

Por otro lado el art. 2507 del Cód. Civ. define al dominio perfecto o pleno como aquel que es perpetuo, y que la cosa sobre la que recae no se encuentra gravada con ningún otro derecho real, y al dominio menos pleno o imperfecto como aquél que debe resolverse al fin de un cierto tiempo o al advenimiento de una condición, o si se trata de un inmueble gravado con otro derecho real.

El art. 2661 Cód. Civ. complementa la disposición anterior y define al dominio imperfecto como el derecho real revocable o fiduciario de una sola persona sobre una cosa propia, mueble o inmueble, o el reservado por el dueño perfecto de una cosa que enajena solamente su dominio útil. Esta disposición normativa comprende tres casos de dominio imperfecto: el fiduciario, el revocable y el gravado con uno o más derechos reales constituido a favor de terceros, que comúnmente se denomina dominio desmembrado. El art. 2662 define al dominio fiduciario como aquél que se adquiere en razón de un fideicomiso constituido por un contrato o un testamento, y está sometido a durar solamente hasta la extinción del fideicomiso, para efecto de entregar la cosa a quien corresponda según el contrato, el testamento o la ley.

Como consecuencia de lo antedicho se debe precisar que el dominio fiduciario es una especie del género dominio imperfecto, dado que se trata del derecho real de dominio descrito en el art. 2506 Cód. Civ. pero desprovisto de uno de sus caracteres: la perpetuidad, puesto que está sujeto a durar solamente hasta el acaecimiento del plazo o condición resolutoria, por lo tanto el dominio fiduciario es transitorio o temporal. El fin último de este dominio fiduciario es transmitir la propiedad plena al fideicomisario.

A pesar de que el dominio fiduciario sea de carácter temporal, ello no implica que el fiduciario, en su calidad de titular de aquél, se encuentre privado de las facultades materiales y jurídicas propias del propietario, con carácter absoluto y exclusivo, siempre sujetas a las disposiciones contenidas en el contrato de fideicomiso y de la ley.

Según lo prevé el art. 11 de la ley 24.441 sobre los bienes fideicomitidos se constituye una propiedad fiduciaria que se rige por lo dispuesto en el Título VII del Libro III del Código Civil y las disposiciones de la mencionada ley cuando se trate de cosas (dominio fiduciario) o las que correspondieren a la naturaleza de los bienes cuando éstos no sean cosas (propiedad fiduciaria). Este aspecto es importante a los efectos de transmitir la propiedad de créditos al fideicomiso de garantía. La única limitación en el objeto de fideicomiso es la genérica prevista para la celebración de los contratos contenida en el art. 953 del Cód. Civ. que dispone que los bienes deben estar en el comercio y su enajenación no debe encontrarse prohibida.

La transmisión en propiedad es a título fiduciario o de confianza, el fiduciario no la recibe ni a título gratuito ni oneroso y el fiduciante tampoco recibe una contraprestación por dicha transferencia. El fiduciario deberá ejercerla de conformidad con el encargo encomendado, dentro de los límites y sujeto a las modalidades prevista en el contrato constitutivo y en la ley. Dicha transmisión no es el fin del fideicomiso sino un vehículo para concretar otros negocios, en este caso se trata de una transmisión fiduciaria con fines de garantía.

Es importante destacar que la ley 24.441 en su art. 4 establece una serie de requisitos que el contrato de fideicomiso deberá reunir, entre ellos debe destacarse la individualización de los bienes o cosas sobre los que recaerá el dominio o la propiedad fiduciaria, y en defecto de tal individualización los requisitos que estos deberán reunir. Conforme el art. 12, las transmisiones de dominio o propiedad fiduciaria de las cosas o bienes deberán realizarse de acuerdo a las formas previstas por la ley para cada caso teniendo en consideración la naturaleza de los bienes para que resulten oponibles a terceros. A estos efectos es necesario dejar constancia no sólo la transferencia de la propiedad, sino también su calidad fiduciaria para que tenga oponibilidad a terceros interesados[74]. Con esta finalidad el art.

13 de la ley 24.441 prevé que “cuando se trate de bienes registrables, los registros correspondientes deberán tomar razón de la transferencia fiduciaria de la propiedad a nombre del fiduciario. 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.”

Cuando el contrato haya previsto expresamente[75] la posibilidad del fiduciario de adquirir la propiedad fiduciaria de otros bienes con los frutos o productos de bienes fideicomitidos o se hayan transmitidos nuevos bienes por parte del fiduciante, sobre ellos también recaerá el derecho real de dominio fiduciario. Asimismo será necesario determinar el plazo o condición resolutoria a que se encuentra sujeto el dominio fiduciario, así como también el destino final de los bienes.

Según Puerta de Chacón[76] el patrimonio (dominio o propiedad) fiduciario transferido en garantía es como un “organismo vivo”, esencialmente mutable, sustituible, susceptible de ampliarse y temporal[77]. Es resoluble, porque cumplido el fin del fideicomiso se extingue la propiedad o dominio fiduciario.

2. Garantía real o personal

La propiedad fiduciaria es constituida por el fiduciante (deudor o tercero), quien impone el fin al que se encontrarán afectados los bienes fideicomitidos, esto es asegurar el cumplimiento de las obligaciones. Si bien es sabido que el fiduciario es titular de la propiedad fiduciaria[78], el acreedor es el beneficiario de la garantía.

La doctrina discrepa respecto del análisis de la naturaleza jurídica real o personal de la garantía que constituye este negocio fiduciario.

Un sector de la doctrina, entre ellos Pérez Hualde[79], entiende a esta garantía como de naturaleza mixta o compleja, con caracteres de las garantías reales y personales, ya que tratándose de la afectación de bienes, pareciera que nos encontramos ante una garantía real, pero a poco de andar, reconocemos que la existencia y conservación de los bienes fideicomitidos depende de la actividad desarrollada por el fiduciario titular de los mismos. Ante el supuesto de que el fiduciario, una vez producida la mora, no cumpla con la obligación de desinteresarse al acreedor, la acción que tendrá el beneficiario contra éste será de naturaleza personal, ya que sólo podrá intimarlo a cumplir y podrá también ejercer contra él la acción judicial de remoción, previa citación del fiduciante. Pero en aquellos casos en que el acreedor fuera a su vez fiduciario, no cabe duda de la naturaleza real de la garantía, en tanto el derecho será ejercido directamente sobre la cosa, con las limitaciones propias impuestas por la ley y por el pacto de fiducia[80]. Iturbide ante esta situación plantea el siguiente interrogante: ¿puede una garantía ser real y personal simultáneamente?

La doctrina nacional en su mayoría se inclina por la naturaleza jurídica personal de la garantía[81], en función de considerar que el bien se encuentra en poder de un tercero (fiduciario), quien posee bajo su dominio los bienes afectados a la garantía, pero que ante el incumplimiento de sus funciones será pasible de las acciones de responsabilidad respectivas y las acciones de remoción con justa causa (art. 9, ley 24.441) entabladas por el acreedor. Éste como beneficiario carece de derecho real sobre los bienes objeto del

fideicomiso, consecuentemente no podrá perseguir la cosa en manos de quien se encuentre, no gozará del ius preferendi, ni del ius sequendi, pudiendo entablar solamente contra el fiduciario una acción de carácter personal para exigir al fiduciario que proceda de conformidad a lo establecido en el pacto de fiducia, dado que así es la naturaleza de su derecho.

La Comisión II de las XXV Jornadas Notariales Argentinas sostuvo que no se trata de una garantía real, pues no participa de los caracteres de accesoriedad, especialidad e indivisibilidad[82].

Entonces, ¿cómo se explica el derecho del fiduciario acreedor? El derecho del fiduciario no es una garantía real propiamente dicha, sino un dominio o propiedad fiduciaria, que es un concepto jurídico distinto. Lo cierto es que se trata de una garantía que requiere la constitución de un derecho real en cabeza del fiduciario a los efectos de otorgarle efectividad a la garantía, pero que en sí mismo no le otorga ningún derecho real al acreedor beneficiario[83].

Games y Esparza entienden que la conformación de un patrimonio de afectación es un efecto del contrato de fideicomiso, pero no le otorga por ello carácter de derecho o garantía real[84].

A la constitución del dominio fiduciario como garantía Drobing[85] lo denomina “derecho derivado de garantía”, por oposición a las garantías “originarias”. Estos derechos derivados de garantía surgen a partir de la insuficiencia de las garantías tradicionales de dar respuesta a las necesidades de la práctica negocial, aunque no habían sido concebidos originariamente a los efectos de servir de garantía. De todas maneras el sistema jurídico aceptó la utilización del dominio fiduciario como garantía consagrado y defendido por la doctrina y la jurisprudencia.

Entiende Mosset Iturraspe[86] que “se trata de un negocio unitario, con base en una unidad estructural, de la cual nacen relaciones jurídicas de carácter real y obligacional. Es lo que puede llamarse un doble juego: el fiduciante se obliga a entregar la propiedad, el derecho real de dominio a favor del fiduciario. No se origina en un contrato ‘real’, de aquellos que se perfeccionan con la entrega de la cosa...sino en un contrato consensual, perfecto, con el solo o mero consentimiento de las partes (fiduciante-fiduciario)”. Es un negocio traslativo de propiedad entre las partes mientras que las “relaciones obligacionales o creditorias vinculan al fiduciario con el “beneficiario” inmediato, la persona designada para adquirir las ventajas de la administración, los productos o rentas; y con el “beneficiario mediato o final”, la persona a quien el fiduciario se obliga a transmitir los bienes al extinguirse el negocio”.

En el fideicomiso de garantía se potencia esta diversidad de vínculos, dado que supone la existencia de una relación creditoria principal, que da sustento a la garantía. De este modo opera un entrecruzamiento de roles, los que provienen del vínculo jurídico que da origen al crédito garantizado (deudor, acreedor y en su caso garante), con los que resultan del fideicomiso de garantía (fiduciante o fideicomitente, fiduciario, beneficiario y fideicomisario)[87].

En síntesis, se trata de una garantía de tipo personal, ya que si bien la transferencia fiduciaria del bien dará nacimiento a un derecho real (dominio fiduciario), el acreedor únicamente podrá entablar contra el fiduciario acciones de carácter personal (de remoción, responsabilidad, resarcitoria y hasta subrogarse en las acciones que corresponden al fiduciario para la defensa de los bienes fideicomitidos conforme al art. 18 de la ley 24.441 cuando este no lo hiciere con motivo suficiente) pero no tendrá nunca el *ius preferendi* y el *ius persequendi* propio de las garantías reales.

3. Patrimonio separado o autónomo

Constituye un aspecto verdaderamente innovativo la constitución de un patrimonio separado de afectación con los bienes fideicomitidos, y es el pilar sobre el que se erige el instituto fiduciario. Esta separación patrimonial constituye una ventaja, ya que inmuniza a los bienes que componen el patrimonio fiduciario de los avatares y vaivenes patrimoniales de los protagonistas del negocio fiduciario, es decir del fiduciante y fiduciario y de terceros ajenos al fideicomiso, ya que sólo podrán satisfacer sus pretensiones sobre aquellos los terceros que tengan relación con la actuación del fiduciario.

La ley de Fideicomiso se aparta del principio de univocidad patrimonial[88] consagrada en el art. 2312 Cód. Civ., que dispone que el patrimonio es el conjunto de bienes de una persona. El patrimonio es la prenda común de los acreedores.

La ley 24.441 en su art. 14 dispone que “los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario y del fiduciante...”, como consecuencia de esta disposición no hay inconveniente para que una persona sea titular de uno o más patrimonios especiales, esto es así porque el fiduciario además de su propio patrimonio, tendrá tantos patrimonios como fideicomisos sea titular, de los cuales deberá llevar contabilidad separada y además estarán regulados por regímenes de responsabilidad distintos.

Es importante destacar que este patrimonio separado carece de personalidad jurídica, no es un sujeto de derecho, sino una universalidad jurídica de bienes destinados a cumplir con la manda[89] establecida en el pacto de fiducia. La relación del fiduciario con este patrimonio es sólo formal, ya que los bienes no ingresan en su esfera patrimonial personal, para él la titularidad del patrimonio fiduciario carece de contenido económico[90]. Al referirnos a la noción de patrimonio habrá que computar tanto el activo como el pasivo[91].

En el derecho comparado, el Código Civil de Quebec de 1969 admite la constitución de un patrimonio de afectación autónomo, con la particularidad de configurarse como un sujeto de derecho, sobre el cual ninguna de las partes intervinientes en el negocio fiduciario poseen un derecho real sobre los bienes fideicomitidos. En un sentido similar lo ha resuelto la legislación de Ecuador, la que ha designado al fiduciario como un representante legal del patrimonio fiduciario, que se limita a cumplir y administrar conforme los fines del fideicomiso.

Este deslinde patrimonial entre el patrimonio personal del fiduciario y el patrimonio fideicomitado constituye uno de los principales atractivos de la ley 24.441 que permite desarrollar innumerables negocios sin que dependa de la suerte del empresario individual que los mismos lleguen a buen puerto.

A continuación el art. 15 del mismo cuerpo legal indica que “los bienes fideicomitidos quedarán exentos de la acción singular o colectiva de los acreedores del fiduciario. Tampoco podrán agredir los bienes fideicomitidos los acreedores del fiduciante, quedando a salvo la acción de fraude. Los acreedores del beneficiario podrán ejercer sus derechos sobre los frutos de los bienes fideicomitidos y subrogarse en sus derechos.”

La necesidad de conformar un patrimonio separado responde a la búsqueda de una doble finalidad: 1) proteger el éxito del negocio subyacente, sustrayendo los bienes fideicomitidos de acción individual o colectiva de los acreedores del fiduciante, como del fiduciario y beneficiario; y 2) proteger asimismo el patrimonio personal del fiduciario, el que no responderá por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso según lo previsto por el art. 16 de la ley 24.441, para lo cual la separación patrimonial debe ser jurídica y contable. Ante la insuficiencia patrimonial del fideicomiso para afrontar sus obligaciones se liquidarán sus bienes enajenándolos y distribuyendo el producido a los acreedores en el orden de los privilegios de la quiebra, pero la mencionada insuficiencia no producirá la declaración de quiebra del fideicomiso, ni de su gestor patrimonial: el fiduciario.

De esta forma no sólo se protege el patrimonio fiduciario de los avatares propios de la actividad económica de las partes intervinientes en el negocio fiduciario, sino que éste sólo responderá por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso.

Asimismo la ley 24.441 dispone en la segunda parte del art. 14 una limitación a la responsabilidad objetiva del fiduciario emergente del art. 1113 Cód. Civ. al valor de la cosa fideicomitada cuyo riesgo o vicio fuera causa del daño, si el fiduciario no pudo razonablemente haberse asegurado.

Como conclusión “los bienes fideicomitidos son en su conjunto, objeto de imputación de relaciones jurídicas diferenciadas y autónomas, de las que se generan en el patrimonio del fiduciante y del fiduciario. Es que el patrimonio separado está afectado sólo al cumplimiento del encargo o manda que asume el fiduciario”[92]. A este patrimonio especial se le atribuyen las siguientes características: a) es una universalidad jurídica (arts. 1, 4 inc. a), 14, 15, 16 y 17, ley 24.441); b) es voluntario y no forzoso (arts. 1, 3 y concs., ley 24.441); c) es de titularidad del fiduciario (arts. 11, 12, 13, 17 y 74, ley 24.441); d) no es único (art. 14, ley 24.441); e) es temporal (arts. 16 y 25, ley 24.441); f) es independiente del patrimonio general (arts. 14, 15 y 16, ley 24.441 y art. 2312, Cód. Civil); g) responde por deudas propias (art. 16, ley 24.441); h) los bienes se destinan a una finalidad (arts. 1 y 26, ley 24.441); i) rige a su respecto, con las particularidades previstas en la ley 24.441, el principio de subrogación real (art. 13, ley 24.441)[93].

De esta manera se podrá constituir un patrimonio destinado únicamente a asegurar obligaciones, constituyendo una garantía de máxima seguridad para el acreedor, ya que no se encuentra expuesta a la agresión de ningún acreedor concurrente que no sea el instituido como beneficiario, salvo aquellos que resulten de la gestión del patrimonio separado[94].

De esta manera el patrimonio fiduciario se mantiene fuera de los procesos falenciales que puedan alcanzar tanto al fiduciario como al fiduciante, dejando a salvo el caso de fraude (art. 15, ley 24.441) y las particularidades que se presentan, como se analizó ut supra[95], en el fideicomiso de garantía.

4. El fideicomiso de garantía como garantía autoliquidable[96].

Siguiendo a Alegría[97] las garantías autoliquidables son aquellas en las cuales la realización de la cosa y su aplicación al crédito se lleva a cabo mediante un proceso extrajudicial y en forma inmediata o se admite la posibilidad de adjudicación del bien en forma automática al acreedor o a un tercero por la estimación del valor de la cosa según el precio objetivo de mercado.

El fideicomiso de garantía constituye claramente una garantía autoliquidable, precisamente uno de los escollos que el acreedor quiere sortear mediante la utilización de esta figura jurídica es la ejecución judicial y las demoras que con ella se producen, permitiendo de esta manera una recuperación rápida del crédito. Actualmente cuando se constituye una garantía no sólo se tiene en cuenta el riesgo de insolvencia, sino también el riesgo de incumplimiento y el riesgo de ejecución[98], a los efectos de obtener una rápida realización de la garantía y el mayor valor posible de los bienes, así como su pronta aplicación al pago de la obligación[99].

Esta posibilidad de ejecución extrajudicial cumple además una función disuasiva respecto del deudor, ya que éste se verá obligado a cumplir a los efectos de evitar la ejecución del bien, por lo tanto no podrá realizar maniobras dilatorias, ni oponer excepciones a dicho proceso[100].

Si bien el carácter autoliquidable ha sido cuestionado por parte de la doctrina, la jurisprudencia ha admitido expresamente su legitimidad en los votos de los jueces Fayt y Vázquez en el fallo “E.C.G. S.A. c/ Banco Hipotecario” (CSJN, 04/11/2003) reconociendo que mediante la constitución del fideicomiso de garantía “las partes pretenden eludir la excesiva onerosidad y difícil ejecución que presentan otras garantías, pudiendo dentro del amplio campo del principio de la autodeterminación contractual, establecer los medios más adecuados para evitar costos y fijar vías extrajudiciales de liquidación de bienes”.

Es importante destacar que la autoliquidación permite que el bien sea realizado a precios de mercado, valor que probablemente se haya tenido en cuenta para aceptar la garantía y que además le permitirá al deudor cancelar la totalidad de su crédito, al no devengarse intereses punitivos, ni existir costas ni gastos de conservación de la cosa que consuman el valor del bien, por lo que probablemente no quedará un saldo insoluto del crédito y en algunos casos existirá la posibilidad de obtener un remanente de la liquidación en su favor.

Conforme lo dispone el art. 17 de la ley 24.441 el fiduciario está facultado para disponer de los bienes fideicomitados cuando así lo requieren los fines del fideicomiso. En el fideicomiso de garantía, la facultad de vender se presupone y cuando el fiduciario así lo hace no está sino cumpliendo con sus obligaciones (art. 6, ley 24.441), su omisión le generará las responsabilidades contractuales y legales.

A estos efectos calificada doctrina[101] entiende que la enajenación que efectúa el fiduciario no se trata de una ejecución en el sentido procesal de término, sino del cumplimiento del encargo fiduciario: pagar la obligación garantizada en caso de incumplimiento de ésta última. Es de importancia esta aclaración, ya que al tener la expresión “ejecución” más de un significado, su utilización llevó a los detractores de la figura a asociar el cumplimiento del contrato del fideicomiso con la función jurisdiccional

de ejecución de los bienes del deudor para el cobro de acreencias y con ello reprochar al fiduciario la violación del derecho constitucional de defensa en juicio (art. 18 C.N.).

Es importante que exista absoluta claridad en la redacción de los términos del contrato de fideicomiso, no sólo los relativos a las formas de realización de los bienes, sino también los aspectos vinculados al momento disparador de su ejecución por parte del fiduciario, el cual deberá ser objetivo, sin que sea susceptible de un criterio valorativo de aquél, dado la naturaleza autoliquidable de la garantía.

En esta materia, como en todas las del derecho privado, rige la autonomía de la voluntad (art. 1197 Cód. Civ.) bajo la cual las partes podrán establecer la forma de enajenación de los bienes que estimen conveniente, respetando únicamente los límites legales impuestos por el ordenamiento jurídico (art. 6, ley 24.441, art. 173 incs. 12, 13, y 14 Cód. Pen., arts. 953, 954, 1071, 3169, 3222 y 3252 Cód. Civ.; arts. 17 y 18 C.N.). El fiduciante podrá ejercer, con la debida reserva contractual y sin desnaturalizar la figura, facultades de control a fin de que no se produzcan abusos y discrecionalidades por parte del fiduciario, para lo cual se podrá recurrir a la tasación de un perito para establecer el valor del bien fideicomitado, asimismo se podrá establecer en el contrato que los bienes serán realizados conforme los procedimientos previstos para las garantías reales, como también prever la publicidad adecuada a los efectos de obtener el mejor precio de venta.

Conforme un criterio intermedio[102], es necesario armonizar la facultad del ius vendendi del fiduciario con los procedimientos anteriormente mencionados relativos a las garantías reales cuando así esté previsto en el contrato o ante la ausencia de previsión de la forma de realizar los bienes frente a la mora del deudor, ello implica la aplicación del procedimiento especial de ejecución de hipoteca si el bien fideicomitado a ejecutar se trata de un inmueble (arts. 52 y ss. Ley 24.441); el remate si se trata de una cosa mueble (art. 585 Cód. Com.) y la ejecución prendaria si es mueble registrable (art. 39, ley 12.962), en estos casos el remate es público aunque no es judicial, si se trata de un fideicomiso de garantía sobre derechos o cesión de derechos en garantía se percibe el dinero proveniente de la ejecución del bien. Así también lo dispone el Proyecto de Código Civil Unificado de 1998 en su art. 1446 para el caso de que el fiduciario sea la entidad financiera acreedora.

Cabe aclarar que cuando los bienes no se encuentren en poder del fiduciario, verbigracia cuando exista un contrato de locación o comodato a favor del fiduciante, será necesaria la intervención judicial ya que le está vedado hacer justicia por mano propia si el bien no le es entregado voluntariamente.

5. El fideicomiso de garantía como “garantía preferida”.

El Banco Central de la República Argentina (en adelante BCRA) ha establecido un sistema de categorización de garantías admisibles para medir las exigencias mínimas de previsiones que deben constituir las entidades financieras por riesgos de incobrabilidad. Dicho esquema prioriza la celeridad en la realización de la garantía pertinente en función del más pronto recupero ante la caída del crédito garantizado, por ello cuanto más sólida sea la garantía ofrecida, menor será el riesgo crediticio que la entidad deberá afrontar, y como consecuencia de ello, el Banco podrá entregar una suma mayor en préstamo o mejores condiciones de financiamiento para su pago.

Dentro de la calificación de las garantías efectuadas por el BCRA existen tres niveles de garantías: 1) Garantías Preferidas “A”; 2) Garantías Preferidas “B” y 3) Restantes garantías[103].

Las Garantías Preferidas “A”[104] están constituidas por la cesión o caución de derechos respecto de títulos o documentos de cualquier naturaleza que, fehacientemente instrumentadas, aseguren que la entidad podrá disponer de los fondos en concepto de cancelación de la obligación contraída por el cliente, sin necesidad de requerir previamente su pago al deudor dado que la efectivización depende de terceros solventes o de la existencia de mercados en los cuales puedan liquidarse directamente los mencionados títulos o documentos, o los efectos que ellos representan. La enumeración que establece la Comunicación del BCRA es taxativa.

Las Garantías Preferidas “B”[105] son aquellas constituidas por derechos reales sobre bienes o compromisos de terceros que, fehacientemente instrumentados, aseguren que la entidad podrá disponer de los fondos en concepto de cancelación de la obligación contraída por el cliente, cumpliendo previamente los procedimientos establecidos para la ejecución de las garantías.

Respecto de las restantes garantías son aquellas no incluidas expresamente en las categorías anteriores.

Las Garantías Preferidas “A” y “B” son de interés del BCRA, pues la liquidez comprometida por la falta de pago de los créditos puede recomponerse más rápidamente por medio de la realización de tales garantías, que aventajan a las tradicionales, ya que no es necesario recurrir a los procesos judiciales para su ejecución.

Por medio de la Comunicación A 4491 del 3/2/2006, el BCRA le reconoció el carácter de garantía preferida “B” a los fideicomisos de garantía que tengan por objeto respaldar el pago de financiaciones otorgadas para la construcción de viviendas. El BCRA consideró que en estos supuestos se reduce el riesgo de incobrabilidad por lo que será menor la previsión que las entidades financieras deban realizar reduciéndose el activo mínimo a dejar inmovilizado. Dicha comunicación establece una serie de requisitos[106] para su aplicación cuando se trate de proyectos inmobiliarios, además el fiduciario deberá contar con amplias facultades para verificar el incumplimiento de los actos tendientes a alcanzar la finalidad de la fiducia.

Esta comunicación solo será aplicable en la medida que el Banco prestamista no sea simultáneamente, ya sea por sí o por interpósita persona física o jurídica, quien desempeñe el rol de fiduciario bajo el fideicomiso de garantía, sino que deberá recurrir a una entidad diferente para tal fin.

Sin embargo los restantes fideicomisos de garantía son considerados por el BCRA como garantías ordinarias. Siguiendo a Riva-Álvarez Agudo[107], entiendo que hubiera resultado más justo reconocer el carácter de garantía preferida no sólo al fideicomiso de garantía destinado a garantizar negocios inmobiliarios sino también a otro tipo de obligaciones, dadas las ventajas que presenta la figura, la seguridad que brinda al acreedor su carácter autoliquidable y las facultades relativas al *ius vendendi* que reviste el fiduciario, que le permiten la casi inmediata satisfacción de su crédito. La seguridad que presenta esta

garantía resulta de la titularidad de la propiedad dada en garantía en cabeza del fiduciario, pues ésta dejó de pertenecer al deudor-fiduciante quien sólo conserva un derecho respecto de cualquier remanente que pueda existir una vez cancelada la obligación garantizada con el negocio fiduciario.

IV. El fiduciario en el fideicomiso de garantía [\[arriba\]](#)

1. Funciones, facultades y prohibiciones

El fiduciario es la persona física o jurídica a quien el fiduciante transmite la propiedad fiduciaria de los bienes fideicomitados. Es la figura esencial del contrato de fideicomiso y es propietario fiduciario de los bienes hasta el cumplimiento del plazo o condición resolutoria prevista en el contrato (art. 1, ley 24.441 y 2662 Cód. Civ.).

El fiduciario debe ejercer la propiedad fiduciaria de los bienes fideicomitados y cumplir con las obligaciones impuestas por la ley y por el pacto de fiducia con la prudencia y diligencia de un buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él (art.6, ley 24.441). La propiedad fiduciaria debe ser ejercida en función de los fines previstos en el contrato de fideicomiso. El fiduciario es un verdadero propietario^[108], con las limitaciones que surjan de la temporalidad y de las estipulaciones contractuales y legales.

Tanto las personas físicas como las jurídicas pueden revestir la calidad de fiduciarios, existiendo únicamente una limitación respecto de los fideicomisos financieros y de la oferta pública de servicios fiduciarios, en cuyo caso dicho rol podrá ser desempeñado sólo por las personas autorizadas a funcionar como tales y las personas jurídicas autorizadas por la Comisión Nacional de Valores. (arts. 5 y 19, ley 24.441).

A continuación enunciaremos los principales deberes y funciones del fiduciario, y analizaremos más en profundidad la facultad del *ius vendendi* y la prohibición del pacto comisorio.

a) Derechos, deberes y prohibiciones del fiduciario.

Resumidamente se pueden enunciar los siguientes derechos, deberes y prohibiciones del fiduciario:

1. Ejercer la propiedad fiduciaria por sí, pero en interés ajeno, a los fines de cumplir con lo dispuesto en el pacto de fiducia. (art. 1, ley 24.441: "...se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato (beneficiario)...")

2. Debe rendir cuentas al beneficiario con una periodicidad no mayor a un año (art. 7, Ley 24.441), también podrá establecerse contractualmente esta obligación respecto del fiduciante, de todas maneras ante la ausencia de tal previsión podrá ejercer dicha facultad por aplicación de las normas generales relativas a la rendición de cuentas (arts. 68 a 74, Cód. Com. y 1909, Cód. Civ). Este deber no puede ser válidamente dispensado por las partes, ya que es de orden público.

3. Transferir los bienes fideicomitidos a la extinción del contrato de fideicomiso al fideicomisario o a sus sucesores, otorgando los instrumentos que resulten necesarios a tales efectos y contribuyendo a las inscripciones registrales que correspondan. (art. 26, ley 24.441).

4. Conforme lo dispuesto en el art. 7 de la ley 24.441 el fiduciario no podrá adquirir para sí los bienes fideicomitidos, esta obligación tampoco podrá ser dispensada por vía contractual.

5. Debe mantener separados tanto jurídica como contablemente los bienes fideicomitidos de los propios, a los efectos de evitar cualquier confusión entre ambos y así conservar la separación patrimonial querida por la ley 24.441.

6. Cuando los bienes fideicomitidos sean bienes registrables, el fiduciario deberá inscribirlos a su nombre en el registro correspondiente (arts. 12 y 13, ley 24.441).

7. No podrá renunciar al encargo fiduciario, salvo que exista una previsión contractual en su favor que así lo permita (art. 9, inc. e), ley 24.441).

8. Deberá liquidar el fideicomiso en caso de insuficiencia patrimonial para atender las obligaciones propias del fideicomiso (art. 16, ley 24.441).

9. Asegurar los bienes fideicomitidos, en la medida que los mismos puedan ser asegurados (art. 14, in fine, ley 24.441).

10. Cumplir con las restantes obligaciones a su cargo previstas en el contrato de fideicomiso.

11. Debe cumplir con las obligaciones legales y convencionales con la diligencia y prudencia de un buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza en él depositada (art. 6; ley 24.441). Es importante destacar que con este criterio será evaluada la responsabilidad del fiduciario[109].

12. En virtud de lo dispuesto en el art. 8 de la ley 24.441 el fiduciario tiene derecho al reembolso de los gastos y a percibir una retribución por la actividad desarrollada, ante la ausencia de su determinación, será fijada judicialmente teniendo en cuenta la naturaleza de la encomienda y la importancia de los deberes a cumplir. Es de destacar que la actuación del fiduciario se presume onerosa, salvo estipulación en contrario.

La principal función del fiduciario es llevar a cabo todos los actos que resulten necesarios para cumplir con el encargo fiduciario, el cual regula y delimita los alcances de su actuación, la que consiste en resguardar los bienes fiduciarios, y administrarlos conforme al fin del contrato de fideicomiso, y debe ajustarse a la pauta de valoración contenida en el art. 6 de la ley 24.441[110].

Según lo dispone el art. 17 de la ley 24.441 el fiduciario queda facultado para disponer o gravar los bienes fideicomitidos cuando así lo requieran los fines del fideicomiso, salvo que en el contrato de fideicomiso se hubiera dispuesto lo contrario. Como consecuencia de ello, el fiduciario goza de todas las facultades de un verdadero dueño con las limitaciones legales y contractuales previstas, no siendo entonces un simple detentador de la propiedad sino que

debe procurar alcanzar el fin para el cual se ha celebrado el contrato de fideicomiso y se lo ha investido del carácter de fiduciario[111].

Ante la situación de cumplimiento por parte del deudor, se extingue la propiedad fiduciaria y el fiduciario deberá transmitir la propiedad plena de los bienes existentes a quien se hubiera designado en el contrato, o liquidarle el beneficio residual, según lo estipulado en el contrato[112].

Es necesario destacar que en virtud del art. 18 de la ley 24.441 al fiduciario le corresponde el derecho y la obligación de preservar los bienes fideicomitidos, ante su omisión podrá ser ejercido, previa autorización judicial, por el fiduciante o el beneficiario. Es importante destacar que esta disposición legal es complementaria de los arts. 14, 15 y 16, dado que colabora a la separación jurídico-contable de los bienes respecto del patrimonio personal del fiduciario y el aislamiento que de ella surge del patrimonio fideicomitado a los efectos de conformar el patrimonio de afectación al que la ley le otorga inmunidad[113]. El cuidado de este patrimonio de afectación dependerá de la actividad desplegada por el fiduciario.

La defensa del patrimonio se extiende a cualquier ataque, ya sea que éste provenga del fiduciante, o del beneficiario, quienes a excepción de la subrogación en los términos del art. 18 de la ley 24.441, únicamente tienen acciones de carácter personal respecto del fiduciario para hacerle cumplir lo dispuesto en el contrato de fideicomiso[114]. Asimismo el fiduciario tendrá la obligación de repeler las acciones que entablen los terceros respecto de dichos bienes.

También el fiduciario deberá mantener en todo la integridad del patrimonio fiduciario, realizando la gestión de cobranza de créditos, y ejercitando las acciones de recupero crediticio en el tiempo y la forma oportuna ante la falta de cumplimiento, además deberá llevar a cabo las acciones de conservación y custodia conforme la naturaleza de los bienes que componen el patrimonio fiduciario, facilitando así el cumplimiento de la finalidad del contrato de fideicomiso[115].

Atento lo expuesto es importante destacar que, dado la diversidad e importancia de los deberes a cargo del fiduciario, la relevancia de la profesionalidad del fiduciario al momento de su elección, es lo que dará mayor seguridad y tranquilidad de que el negocio fiduciario se desarrolle exitosamente[116].

b) Responsabilidad del fiduciario.

Si bien no es objeto del presente trabajo ahondar en la responsabilidad del fiduciario, no se puede dejar de mencionar los lineamientos básicos que la delimitan, dada la importancia que reviste el tema en el contrato de fideicomiso.

Al referirnos a la responsabilidad del fiduciario, se pueden distinguir dos órbitas de responsabilidad, dependiendo ante quienes tiene que responder el fiduciario, la responsabilidad contractual se pondrá de manifiesto cuando el fiduciario deba responder ante quienes forman parte del contrato o ante quienes son beneficiarios de él, a través de una estipulación contractual en su favor (art. 504 Cód. Civ.) o ante otros terceros que se

relacionan con él en el marco del contrato de fideicomiso, ellos son: el fiduciante, el beneficiario, el fideicomisario y los terceros contratantes.

En principio el fiduciario sólo responderá con el patrimonio fideicomitido por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso (art. 16, ley 24.441) y lo hará con su patrimonio personal ante la responsabilidad contractual derivada del cumplimiento defectuoso o la falta total de cumplimiento de los deberes a su cargo, provocadas por su culpa o dolo, no siendo responsable si dicho incumplimiento tiene lugar por caso fortuito o fuerza mayor. Es pertinente recordar que el fiduciario es quien debe velar por el cumplimiento adecuado de la finalidad por la que se celebró el contrato de fideicomiso, el cual determinará su actuación y el grado de responsabilidad con el que deberá responder frente al fiduciante, beneficiario, fideicomisario y terceros contratantes.

Asimismo la ley 24.441 en su art. 7 no permite la dispensa de la culpa o el dolo en la que pudiera incurrir el fiduciario o sus dependientes. La ley avanza sobre las reglas de responsabilidad genérica previstas en la ley de fondo, prohibiendo no sólo la dispensa del dolo sino también de la culpa[117].

El art. 9 inc. a) de la ley 24.441 prevé la remoción judicial del fiduciario a instancia del fiduciante, o a pedido del beneficiario con citación del fiduciante, cuando haya incurrido en incumplimiento sus obligaciones, en cuyo caso se designará un fiduciario sustituto.

Por otro lado la responsabilidad extracontractual tendrá lugar como consecuencia de los daños causados por cosas riesgosas o viciosas de las que es titular el fiduciario, en tal carácter, o ante la comisión de un delito.

El límite de la responsabilidad objetiva (art. 1113 Cód. Civ.) del fiduciario queda limitada al valor de la cosa fideicomitida cuyo riesgo o vicio hubiera provocado el daño si el fiduciario no pudo razonablemente haberse asegurado (art. 14, Ley 24.441)[118].

En cuanto a las pautas de valoración, el fiduciario debe ajustar su conducta a un doble parámetro jurídico, por un lado a la prudencia y diligencia de un buen hombre de negocios, y por el otro a la confianza depositada en él (art. 6, Ley 24.441). Esta pauta implica que la diligencia y prudencia con la que debe actuar el fiduciario es mayor que la que se le exige a un hombre común y debe responder al deber de lealtad consagrado en los negocios fiduciarios, el cual constituye un componente esencial de la confianza requerida para esta clase de contrato.

Al momento de determinar la medida de la responsabilidad, el juez probablemente tendrá en consideración si el fiduciario reviste carácter profesional o no, analizando su idoneidad y experiencia en la materia (arts. 512, 902 y 909 Cód. Civ.[119]).

c) El ius vendendi

Se entiende por *ius vendendi* el derecho o facultad del acreedor de disponer o ejecutar el asiento de la garantía por sí mismo, con el fin de satisfacer su crédito sin acudir a los tribunales[120]. Esta facultad le permite al acreedor ejecutar extrajudicialmente el bien fideicomitido a fin de aplicar su producido a la cancelación de su acreencia.

En virtud de lo dispuesto por el art. 17 de la ley 24.441 el fiduciario podrá disponer o gravar los bienes fideicomitidos cuando así lo requieran los fines del fideicomiso, sin que para ello sea necesario el consentimiento del fiduciante o del beneficiario, a menos que se hubiera pactado lo contrario[121]. En el mismo sentido resuelve esta facultad de disposición el Proyecto de Código Civil y Comercial 2012 al disponer en el art. 1688 que “el fiduciario puede disponer o gravar los bienes fideicomitidos cuando lo requieran los fines del fideicomiso, sin que sea necesario el consentimiento del fiduciante, del beneficiario o del fideicomisario. El contrato puede prever limitaciones a estas facultades, incluso la prohibición de enajenar, las que, en su caso, deben ser inscriptas en los registros correspondientes a cosas registrables. Dichas limitaciones no son oponibles a terceros interesados de buena fe, sin perjuicio de los derechos respecto del fiduciario...Quedan a salvo los actos de disposición realizados por el fiduciario de conformidad con lo previsto en esta norma”.

Para ejercer la facultad contenida en esta norma el fiduciario no necesitará recurrir a la vía judicial y podrá hacerlo respecto de cualquier clase de bienes: inmuebles, muebles o derechos, sin importar si se trata de bienes de mucho o poco valor. En los negocios fiduciarios de garantía se sobreentiende conferido el ius vendendi[122].

Es pertinente recordar que el fiduciario es el único titular de los bienes fideicomitidos por lo que puede ejercer los derechos de dueño, de conformidad con las previsiones contractuales y a los fines instituidos en el contrato de fideicomiso[123].

En los contratos de fideicomiso de garantía, el encargo fiduciario consiste en garantizar el cumplimiento de una obligación, por lo que al momento de la mora del deudor el fiduciario podrá realizar el bien dado en garantía para aplicar su producido a la cancelación del crédito hasta la concurrencia del saldo adeudado, liberando los remanentes al deudor.

De todas maneras el fiduciario podrá ejercer el ius vendendi de los bienes fideicomitidos, aún cuando el deudor no hubiera incurrido en mora a fin de favorecer el pago de la deuda, si así se hubiere establecido en el contrato, teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes y los fines del fideicomiso[124].

La jurisprudencia ha reconocido expresamente las facultades del fiduciario de ejercer el ius vendendi y la potestad de determinar si ha acaecido o no la situación de incumplimiento por parte del deudor y que ellas no conculcan el derecho de defensa en juicio, sino que es la consecuencia natural del cumplimiento del pacto de fiducia celebrado por el fiduciario[125]. El ius vendendi constituye así una de las notas más trascendentales del fideicomiso de garantía y es inherente a la función del fiduciario a los efectos de cumplir con la finalidad del fideicomiso.

A pesar de lo expuesto es aconsejable que en el contrato de fideicomiso de garantía se establezca el procedimiento de realización de los bienes a efectos de evitar conflictos ulteriores y resguardar responsabilidades[126], por ello será necesario que las previsiones contractuales sean claras y precisas, acotando así el margen de discrecionalidad del fiduciario. También deberá preverse en forma clara y concreta la forma de verificación del incumplimiento.

Asimismo a fin de evitar situaciones de abuso por parte del fiduciario, podrían contemplarse mecanismos de control a favor del fiduciante y/o deudor, entre ellos podrá preverse algún mecanismo de consulta o requerimiento de autorización a los restantes sujetos intervinientes[127].

La celeridad y reducción de costos en la liquidación de bienes en la ejecución del fideicomiso supera ampliamente a las posibilidades de recupero crediticio previstas en las garantías tradicionales. Esta ventaja no sólo constituye un beneficio para el acreedor que podrá efectivizar su crédito de manera más ágil, sino también para el deudor que verá reducido los costos e intereses que se devengan durante el proceso.

Un criterio intermedio[128] sostiene que es necesario armonizar el *ius vendendi* con los procedimientos establecidos para la realización de las garantías reales cuando no se ha establecido el procedimiento de enajenación de los bienes fideicomitados, por lo que se sugiere aplicar analógicamente el procedimiento especial de la hipoteca, si se trata de un inmueble (art. 52 y ss., ley 24.441), el remate si es cosa mueble (art. 585, Cód. Com.) si la obligación garantizada es comercial y el art. 3224, del Cód. Civ. si se trata de una obligación de naturaleza civil y la ejecución privada prendaria si es mueble registrable (art. 39, ley 12.962). En estos casos, con excepción del art. 3224 del Cód. Civ., el remate es no judicial, pero es público. Carregal considera que estas son las vías idóneas para la realización de los bienes, a fin de que el fiduciario no haga justicia por mano propia. También ésta es la línea que sigue el Código Civil Unificado de 1998 en su Art. 1446 para el caso de que el fiduciario sea la entidad financiera acreedora.

Por su parte el Proyecto de Código Civil y Comercial 2012 prevé en su art. 1680 que “si el fideicomiso se constituye con fines de garantía, el fiduciario puede aplicar las sumas de dinero que ingresen al patrimonio, incluso por cobro judicial o extrajudicial de los créditos o derechos fideicomitados, al pago de los créditos garantizados. Respecto de otros bienes, para ser aplicados a la garantía el fiduciario puede disponer de ellos según lo dispuesto en el contrato y, en defecto de convención, en forma privada o judicial, asegurando un mecanismo que procure obtener el mayor valor posible de los bienes.”

Iturbide entiende que aún cuando las normas legales no impongan al fiduciario los mecanismos de ejecución anteriormente mencionados, es necesario que el contrato prevea pautas de control, un sistema de publicidad y amplia difusión de la voluntad de venta del fiduciario[129]. Esta solución beneficia tanto al deudor como al acreedor, ya que permite el mejor precio y amplia publicidad, por lo que el deudor no podrá alegar desconocimiento, y también otorga protección a los derechos de terceros quienes podrán hacerlos valer sobre el remanente del precio[130].

Freire[131] entiende aplicables las disposiciones del Código Civil al fideicomiso de garantía sobre cosas muebles, si la obligación garantizada no tiene carácter comercial y aplicar la ley mercantil en caso contrario. La citada autora sostiene que si la obligación garantizada es de naturaleza civil, el fiduciario deberá transitar la vía judicial para que se disponga la venta en remate público; si la obligación garantizada con un fideicomiso es de carácter comercial, las partes podrán pactar un modo especial de enajenación sin intervención judicial, siempre que éste no consista en la adjudicación directa. A falta de acuerdo en este sentido deberá ejecutarse el bien por remate público.

Particularmente comparto la opinión de Iturbide[132], en el sentido que mediante la aplicación de las normas civiles y comerciales anteriormente mencionadas, que obstaculizan la agilidad propia de esta clase de garantías, no se resuelve eficazmente el mejor precio mediante la subasta judicial, por el contrario estos procedimientos implican costos y demoras que incrementan el monto del crédito, ya que se siguen devengando intereses y gastos que consumen gran parte del valor obtenido en las subastas y remates.

El art. 585 del Código de Comercio permite que las partes acuerden una forma especial de enajenación respecto de los bienes dados en prenda. Asimismo dicho artículo permite la venta, por medio de un corredor, de títulos que sean negociables en Bolsas o mercados públicos, al precio de cotización al día siguiente del vencimiento.

De todas maneras existe una gama de bienes que si bien carecen de una cotización, tienen formas de negociación, valores o precios fácilmente determinables, o bien existen entidades o cámaras que pueden brindar información objetiva. Estos métodos de referencia del valor de los bienes al momento de su ejecución reducen significativamente las posibilidades de fraude del fiduciario.

El art. 3223 del Cód. Civ. permite la adjudicación del bien prendado al acreedor por la estimación que de ella se haga al vencimiento de la deuda, pero no al tiempo de la celebración del contrato, tornándose de esta manera autoliquidable la prenda. Dicho precepto también resulta de aplicación por analogía al fideicomiso de garantía, a excepción del supuesto de coincidencia de los roles de beneficiario y fiduciario, lo que le estaría expresamente vedado en virtud de lo dispuesto por el art. 7 de la ley 24.441.

No obstante lo expuesto, esta facultad de disposición que le atañe al fiduciario respecto de los bienes fideicomitados, se encuentra legalmente enmarcada por normas legales expresas: a) el art. 6 de la ley 24.441, norma de orden público, que establece que el fiduciario deberá actuar con la prudencia y diligencia de un buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él; b) no se podrá dispensar del dolo y la culpa en la que pudiere incurrir él o sus dependientes, ni de la prohibición de adquirir para sí los bienes fideicomitados (art. 7, ley 24.441); y c) el art. 82 del mismo cuerpo legal que incorpora tres nuevos incisos al art. 173 del Código Penal (12, 13 y 14), con el objetivo de penar criminalmente cualquier abuso de facultades del fiduciario, pudiendo así incurrir en el delito penal de defraudación[133].

El C.P. en su art. 173 tipifica al delito de defraudación en el inc. 12 como aquél en el que el fiduciario dispusiera de los bienes fideicomitados en beneficio propio o de un tercero perjudicando al deudor y en el inc. 13 tipifica bajo la misma denominación delictiva al que encontrándose autorizado a ejecutar extrajudicialmente un inmueble lo hiciera en perjuicio del deudor, a sabiendas que el mismo no se encontraba en mora.

d) Prohibición del pacto comisorio

Se entiende de aplicación la prohibición del pacto comisorio[134] (art. 3222, Cód. Civ.), previsto para la prenda civil y comercial, a la figura de fideicomiso de garantía.

Al respecto es válido recordar que el art. 7 de la ley 24.441 prohíbe la apropiación del bien objeto de la garantía por parte del fiduciario, éste no podría quedarse con el bien fideicomitado.

El art. 3222 del Cód. Civ. dispone la nulidad de toda cláusula que autorice al acreedor a apropiarse de la prenda, aún cuando esta sea de menor valor que la deuda, o disponer de ella fuera de los modos establecidos en este título. La ley de fondo procura armonizar los intereses del deudor y del acreedor prendario.

Sin embargo, el régimen del Código Civil en su art. 3223, introduce la posibilidad de que bajo convención de las partes, el acreedor se adjudique la cosa dada en prenda por el valor de ésta al tiempo del vencimiento de la deuda, pero no al de la celebración del contrato.

Se ha reconocido en esta norma, una forma o modalidad atenuada de pacto comisorio, no siendo necesaria la estimación del valor de la cosa al vencimiento de la obligación garantizada por un perito o un experto, ya que existen otras alternativas: a) el precio “de mercado”, en un mercado público; b) cierto precio de referencia; c) el precio determinado por una persona elegida de antemano; d) el precio indicado por una institución pública o privada vinculada al ramo; e) el precio informado por cierto periódico o diario; entre otros[135].

Si bien el Código de Comercio no prevé expresamente la prohibición del pacto comisorio respecto de la prenda comercial, se entienden plenamente aplicables los preceptos anteriormente mencionados en virtud de lo dispuesto por el art. 207 de Cód. Com. La diferencia sustancial entre el régimen de la prenda civil y la comercial se encuentra en lo regulado por el art. 585 del Cód. de Com., que admite la posibilidad que las partes acuerden una forma especial de enajenación de la cosa dada en prenda en defecto de pago al momento del vencimiento de la obligación garantizada, ante la ausencia de previsión contractual en tal sentido el acreedor podrá proceder a la venta de las cosas prendadas, en remate, anunciado con diez días de anticipación.

Las normas anteriormente analizadas rigen en el derecho real de prenda civil y comercial, en las que no hay transferencia de la propiedad del deudor al acreedor de la cosa prendada sino que sólo se configura su desplazamiento[136]. A diferencia del derecho real de prenda, en el fideicomiso de garantía opera la transmisión de la titularidad de los bienes fideicomitados al fiduciario, que comúnmente es distinto del acreedor de la obligación garantizada. El propietario de los bienes es el fiduciario, tercero ajeno a la relación entre fiduciante-deudor y beneficiario-acreedor.

En realidad como los bienes han salido de la esfera patrimonial del fiduciante, ante el incumplimiento del deudor lo que recibe el acreedor proviene en todo caso del producido obtenido de la ejecución realizada por el fiduciario, tercero que se mantiene ajeno a la relación mencionada anteriormente, por lo que mal puede el acreedor apropiarse de algún bien que ya no le pertenece al fiduciante-deudor, porque ha operado una transmisión, aún en el supuesto de superposición de roles del fiduciario con el acreedor beneficiario, reconocida la facultad de liquidación extrajudicial del fiduciario del fideicomiso de garantía no será aplicable la prohibición del pacto comisorio[137].

Mediante el fideicomiso, el fiduciante le confiere al fiduciario un encargo; ejercer el *ius vendendi* ante el incumplimiento del deudor a efectos de cancelar su obligación, como consecuencia de ello el fiduciario debe someter el bien a un proceso de enajenación o la modalidad que haya sido convenida para hacer efectiva la garantía. De lo contrario, y en las palabras textuales de Guastavino, “en lugar de un negocio fiduciario de garantía habríase concertado, una dación en pago”. El deudor tiene derecho a exigir la venta de la *res fiduciae*, pues es propio del *pactum fiduciae* que, una vez satisfecho el monto de la deuda, el remanente corresponda al deudor-fiduciante[138].

De esta manera se facultará al fiduciario para ejecutar la garantía y cobrarse de ella hasta la concurrencia de su crédito. Esta previsión constituye una aplicación práctica del art. 13 de la ley 24.441 que dispone: “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 de los mismos, dejándose constancia de ello en el acto de adquisición y en los registros pertinentes.”

Como consecuencia de lo antedicho se ha entendido que, para el supuesto de coexistencia de roles de beneficiario (acreedor) y fiduciario, las partes se encuentran facultadas, en el marco de la autonomía de la voluntad, para apartarse del principio de subrogación real, pudiendo convenir expresamente que, ante la mora del deudor, el producido resultante de la ejecución de la garantía hasta la concurrencia con el crédito del fiduciario-acreedor podrá ingresar al patrimonio personal de este último, ya que las partes lo han desafectado del fideicomiso, no adjudicándole, por ende, la calidad de propiedad fiduciaria. Como consecuencia, será perfectamente válido convenir que ese producido no integre el patrimonio separado y sea destinado a cancelar la obligación garantizada, de ello se deriva que el acreedor fiduciario adquirirá su propiedad plena hasta la concurrencia de su crédito sin violar lo dispuesto por el art. 7 de la ley 24.441, porque no estaría adquiriendo para sí los bienes fideicomitidos, sino que simplemente adquiriría el resultado obtenido después de someterlos a un proceso particularmente preestablecido. Ese resultado no tendrá la calidad de bien fiduciario por expresa voluntad de las partes[139].

2. Coincidencia de las calidades de fiduciario-acreedor-beneficiario

Hay dos cuestiones que se han analizado respecto de la superposición de roles, una de ellas es la posibilidad que el fiduciario pueda revestir simultáneamente la calidad de fiduciante conocida como fideicomiso unilateral, posibilidad que en virtud de lo dispuesto en el art. 1 de la ley 24.441 se encuentra vedada, ya que al definir al fideicomiso exige que un persona (fiduciante) transmita la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (fiduciario). La ley es clara al disponer que necesariamente la persona del fiduciario deberá ser otra distinta a la del fiduciante. Prácticamente la totalidad de la doctrina entiende que se encuentra prohibida la constitución del fideicomiso unilateral[140].

La otra cuestión que se ha analizado y ha generado mayor debate en la doctrina es la posibilidad de que el acreedor-beneficiario revista también el carácter de fiduciario particularmente en el fideicomiso de garantía, ya que no existe en la ley una prohibición expresa en tal sentido, aunque la ley tampoco lo admite abiertamente.

Quienes se pronuncian a favor[141] de la coincidencia de roles en una misma persona citan como antecedente la *fiducia cum creditore* del derecho romano, en la que la titularidad de

los bienes transmitidos fiduciariamente era ejercida por el fiduciario en nombre propio y por cuenta propia[142]. En lo que a nuestro ordenamiento jurídico se refiere, entienden que no existe una prohibición legal en tal sentido (art. 19, C.N.) y reconocen el beneficio que reporta la superposición de roles, en cuanto implica una reducción de costos operativos desde el punto de vista económico.

Sin embargo existe en la doctrina una postura negatoria[143] de tal posibilidad. Entre los argumentos esgrimidos se ha sostenido que la ley 24.441 se ha inspirado en el trust del derecho anglosajón, el que no admite la confusión de derechos e intereses del fiduciario y beneficiario en una misma persona, ya que una solución contraria implicaría unir la propiedad legal del trustee con la propiedad sustancial del beneficiary, división que hace a la esencia del trust (doble sistema de propiedad).

Analizando la figura romana de la fiducia cum creditore, sostienen que el acreedor-fiduciario-beneficiario podría abusarse, ya que se encontraría en una posición contractual dominante, de tal situación y manejar la garantía en su único beneficio, ello es así dado que queda a su cargo la administración y liquidación de aquélla, pudiendo configurarse inevitablemente supuestos de conflicto de intereses[144] y es sabido que debe ejercer la propiedad fiduciaria en interés ajeno y no en el propio. Como consecuencia de ello sugieren no tropezar con los mismos errores del pasado[145].

Con anterioridad a la sanción de la ley 24.441, la jurisprudencia ha resuelto en función de la fiducia regulada por el Código de Vélez, particularmente aplicada a la cesión de créditos con fines de garantía. En este sentido en el fallo “Famatex S.A. c/ Ferrocarril Gral. Belgrano” (Juzgado Federal, 1º Instancia, 06/10/1972)[146] mediante el voto del Dr. Belluscio se resuelve que: “La cesión de derechos hecha a favor de un banco en garantía de un crédito que al mismo tiempo la institución acuerda, no configura una prenda sobre créditos sino una cesión fiduciaria, especie de la cesión de créditos que no ha sido prevista expresamente en nuestra legislación, pero que no puede ser rechazada y a la cual deben aplicarse las reglas de la cesión de créditos, ya que transfiere la propiedad del crédito y no constituye simplemente una prenda sobre él”.

Asimismo en el fallo “Banco Avellaneda c/ Fallo, Emilio” (Cámara Civil y Comercial de la Plata, Sala I, dictado en 1946)[147] el voto del Dr. Rivarola sostuvo: “La intención de transferir la propiedad de los créditos aparece, a mi modo de ver manifiesta... la circunstancia de que el contrato no encuadre en el de compraventa, en el de la permuta o en el de la donación...no le quita el aspecto de cesión, desde que esta enumeración no es taxativa y hay contratos innominados (art. 1143, Cód. Civ.)...En realidad, la cesión realizada se encuentra configurada en las legislaciones modernas como cesión fiduciaria...Nuestro Código no ha previsto esta especie dentro de la cesión...No hay porqué contrariar la voluntad de las partes de darle a la cesión ciertas particularidades, o de hacer a su alrededor otras convenciones, mientras no se altere la esencia de la cesión, que es la transferencia del crédito previsto en la norma rectora del art. 1434 del Cód. Civ.”

Estas conclusiones formuladas con anterioridad de la sanción de la ley 24.441 mantienen su vigencia, ya que no hay una disposición legal que disponga lo contrario[148] y donde han coincidido las calidades de acreedor y cesionario, y la misma no ha sido cuestionada en su calidad de administradora y liquidadora de la garantía. Más recientemente se ha dictado el fallo “Banco Hipotecario c/ Ciudad de Buenos Aires” (CNFed. Cont. Adm, Sala II,

14/06/2005) en donde se ha resuelto: “...El Banco Hipotecario ha acumulado dos roles que, a priori con las previsiones de la ley 24.441, resultan independientes-fiduciario y beneficiario-. Hemos visto que el fideicomiso supone la administración fiduciaria de bienes en beneficio de terceros, empero en el caso si quien tiene el dominio fiduciario es a la vez el principal beneficiado por la operatoria, su crédito será satisfecho en primer término con el producido de los bienes fideicomitados, quedando el remanente para su contraparte.”

a) Críticas

Quienes se oponen a la coincidencia de la doble calidad fiduciario-beneficiario o fiduciario-acreedor han sostenido que el fideicomiso tiene como característica definitoria que el fiduciario ejerza la titularidad en beneficio de otro, ya que se trata de un contrato a favor de tercero[149] y que una de las consecuencias fundamentales del principio de lealtad es que el fiduciario debe actuar en interés del fideicomiso, lo que excluye que lo haga en su propio beneficio. Entienden que el conflicto de intereses deviene inevitable en la práctica.

Particularmente Barreira Delfino[150] entiende que cuando el art. 1 de la ley 24.441 dispone que el fiduciario debe ejercer la propiedad fiduciaria en beneficio de quien se designe en el contrato se refiere a que dicho beneficiario debe ser inequívocamente diferente de los contratantes, descartando la posibilidad de que el fideicomiso se constituya a favor de alguno de los contratantes, esto es en beneficio del fiduciario, pero reconoce tal posibilidad respecto del fiduciante, parte necesaria en el contrato.

Por su parte, Vázquez[151] sostiene: “...si se atiende a la naturaleza del instituto y a su esencia, que es el ejercicio de la propiedad en beneficio de otro -esto surge del concepto de fideicomiso que contiene el art. 1, ley 24.441-, parecería que reunir en la misma persona las calidades de fiduciario y beneficiario desnaturalizaría el modelo legal del negocio que trasunta una propiedad en beneficio ajeno y no en beneficio del fiduciario. Admitir la coincidencia de roles parecería confrontar con directrices de neutralidad, independencia o lealtad que deben guiar la actuación del fiduciario”.

El mismo art. 1 de la precitada ley dispone que el fiduciario al cumplimiento del plazo o condición, debe transmitir los bienes fideicomitados al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario, de lo cual se infiere que los bienes deben transferirse de una persona a otra, descartando la posibilidad que el fiduciario se apropie de ellos, posibilidad que por su parte se encuentra expresamente vedada en virtud de lo dispuesto en el art. 7 de ley 24.441, norma que además resulta indisponible por las partes. El fiduciario no puede de ninguna manera ser destinatario de los bienes, total o parcialmente[152].

De Reina Tartière entiende ilegal el fideicomiso de garantía donde las posiciones de acreedor y fiduciario se solapan, en virtud de lo dispuesto en el art. 7 de la ley 24.441 que prohíbe al fiduciario adquirir para sí los bienes fideicomitados, ya que opera en caso de ejecución de los bienes fideicomitados el principio de subrogación real, donde el dinero sustituye al bien realizado. Ante esta situación el mencionado autor entiende que no hay forma para el acreedor de satisfacer su acreencia sin incurrir en la prohibición anteriormente mencionada[153].

En una posición intermedia se encuentran quienes reconocen que la limitación del art. 7 de la ley 24.441 se aplica únicamente a la posibilidad de que el fiduciario sea destinatario final

de los bienes, pero no que aproveche los frutos o productos de los bienes que se irroguen durante la vigencia del contrato[154].

Así también hay incompatibilidad de esta coincidencia de acreedor-beneficiario-fiduciario con la obligación inderogable de rendir cuentas al beneficiario prevista en el art. 7 de la ley 24.441, ya que no tiene sentido que el fiduciario se rinda cuantas a sí mismo y además sólo puede rendir cuentas quien administra en interés ajeno[155].

Para esta corriente doctrinaria, la relación acreedor-deudor es contrapuesta[156], dado que el acreedor querrá cobrar y al momento de la ejecución de la garantía poco le importará el menoscabo patrimonial en perjuicio del deudor, sólo le interesará satisfacer su acreencia. Entienden que en los procedimientos de subasta judicial las garantías son de mejor realización cuando son impuestas por el juez y se respetan las normas procedimentales previstas a ese fin y que tienden a proteger la integridad patrimonial del deudor, frente a la potencial actitud abusiva del acreedor[157].

Si bien la ley 24.441 no ha establecido ningún procedimiento para la realización de los bienes fideicomitidos, quedando éste librado a la autonomía de la voluntad (art. 1197, Cód. Civ.), la convención de partes que así lo prevea no podrá ser contraria a la moral y las buenas costumbres (art. 953, Cód. Civ.).

Por su parte el art. 2 de la ley 24.441, dispone que “si ningún beneficiario aceptare, todos renunciaren o no llegaren a existir, se entenderá que el beneficiario es el fideicomisario”, lo que reafirma que el beneficiario es un sujeto ajeno a los contratantes, lo que excluye la posibilidad de que pueda serlo el fiduciario. Solamente podrá serlo el fiduciante en ausencia de beneficiario o fideicomisario originario, de modo que el único de los contratantes que podrá resultar beneficiario será el fiduciante, de darse la situación anteriormente descrita por la ley[158].

Por su parte Barreira Delfino[159] considera que “la segmentación clara, precisa y transparente de los intereses comprometidos en la triangulación de roles que exige el fideicomiso, resulta imprescindible para poder calificar al negocio como genuino y para la asepsia de la administración del patrimonio de afectación constituido. Precisamente lo contrario es lo que conduce a indagar sobre el posible fraude, simulación o desbaratamiento de derechos que pudieran derivar del fideicomiso que resulte denunciado por la oscuridad de su contenido y de los fines perseguidos en la ocasión.”

También se ha comparado la figura del fideicomiso con la del mandato, sugiriendo la aplicación de las normas de este último al primero, advirtiéndose la similitud que hay entre ambos, en donde es esencial la existencia de un encargo que constituye el objeto de ambos negocios. En virtud de estos argumentos es que las legislaciones latinoamericanas han prohibido que el fiduciario revista simultáneamente la calidad de beneficiario, ya que el contrato no podrá ser otorgado en beneficio exclusivo del mandatario[160].

Como conclusión los partidarios de la postura negatoria de la dualidad de ambas calidades sostienen que es mejor prevenir que corregir por vía paliativa o resarcitoria los abusos a que quedan expuestos los deudores si el fiduciario desatiende los intereses de aquéllos en aras

de los propios, y por ello insisten en que ambas funciones deben estar netamente separadas[161].

Por su parte, en lo relativo a los fideicomisos financieros, la Comisión Nacional de Valores (CNV)[162] y el Banco Central de la República Argentina (BCRA)[163] han prohibido la posibilidad de que se reúnan en un único sujeto las condiciones de fiduciario y beneficiario.

Según lo dispuesto por los arts. 21, 22 y 24 de la ley 21.526 de Entidades Financieras que autorizan a los bancos comerciales, de inversión y compañías financieras a cumplir encargos fiduciarios -lo que implica que alguien (fiduciante) imponga a otro (fiduciario) una obligación, para que proceda a cumplimentarlas, con miras a favorecer a un tercero (acreedor garantizado por vía del fideicomiso)[164].

El Banco Central por su parte no le otorga el carácter de garantía preferida a aquellos fideicomisos en los que los roles de fiduciario y beneficiario se superponen, sino que simplemente subsisten como garantías ordinarias sin los efectos que la entidad rectora asigna a las preferidas.

b) Sobre su licitud

Quienes se pronuncian a favor de la posibilidad de coexistencia de los roles de fiduciario y beneficiario en una misma persona[165], se fundan en la ausencia de restricción legal, sin perjuicio de admitir la prohibición de adquirir para sí los bienes fideicomitidos (art. 7, ley 24.441).

La ley 24.441 no contiene ninguna disposición que le prohíba al fiduciario ser partícipe del interés beneficiario del fideicomiso. A primera vista pareciera que se le confiere el carácter de beneficiario únicamente a la parte del negocio jurídico a favor de la cual se otorga la garantía. La tendencia es identificar al acreedor-fiduciario como único beneficiario, concediéndole también la calidad de fideicomisario, entendido éste como beneficiario residual. Pero si el razonamiento expuesto fuera así, se estaría violando claramente la disposición del art. 7 de la ley 24.441, ya que, en última instancia, el fiduciario estaría adquiriendo para sí los bienes fideicomitidos. La prohibición contenida en la norma mencionada no obsta a que el fiduciario acreedor realice los bienes afectados al patrimonio separado y con su producido satisfaga la acreencia insoluta, incorporando lo debido a su patrimonio general como excepción, convencionalmente prevista, al principio de subrogación real previsto en el art. 13, 2º párr., ley 24.441[166].

En este sentido, Carregal[167] sostiene que el fiduciario estaría compensando de pleno derecho su acreencia con una supuesta deuda, ambas expresadas en dinero y por lo tanto pasibles del modo de extinción de las obligaciones previsto en el art. 818 del Cód. Civ.[168], por lo tanto tampoco se estaría violando por este medio lo dispuesto en el art. 7 de la ley 24.441, en realidad el fiduciario no se estaría apropiando para sí los bienes fideicomitidos, sino que estaría cobrándose lo que legalmente es suyo, esto es la suma de dinero que se le adeuda.

Por otro lado, el fiduciario estaría dando cumplimiento al encargo efectuado por el deudor-fiduciante de conformidad con lo que prevé la ley 24.441 en su art. 4, inc. d), que prevé

que el contrato de fideicomiso deberá contener precisiones acerca del destino de los bienes a la finalización del fideicomiso.

Del razonamiento precedente se desprende que la compensación no se diferencia sustancialmente de la forma en que el fiduciario cobra los gastos y sus comisiones en el desempeño de su cargo deduciéndolas directamente de los fondos percibidos por enajenación o explotación de los bienes fideicomitados. La compensación es también aquí una causal de extinción de las obligaciones.

Según este autor, beneficiario no será necesariamente aquél al que vaya a parar la propiedad plena de determinados bienes fideicomitados, sino quien en definitiva sea titular del denominado “interés beneficiario” en el fideicomiso. Tal el caso del fideicomiso de garantía, donde el verdadero beneficiario es aquel que recibirá el contravalor del bien vendido en pago de su crédito, y no el adquirente a título oneroso[169]. Lo que califica como beneficiario y fideicomisario a este sujeto en una relación fiduciaria es su condición de receptor final de la propiedad plena del bien en cuestión, que nunca podrá ser el fiduciario, a menos que el bien llegue a él de una relación jurídica distinta de la fiduciaria[170].

Carregal[171] también sostiene que nada se opone a que el fiduciario sea simultáneamente beneficiario, mientras no sea el único beneficiario, ello es así, porque en todo contrato de fideicomiso el fiduciario, casi sin excepción[172], es en alguna medida beneficiario del fideicomiso, al percibir una retribución y el reembolso de los gastos por el desempeño de su función con preferencia sobre los bienes fideicomitados.

También se sostiene que más que contrapuestos los intereses del fiduciante-deudor y fiduciario-acreedor son convergentes, puesto que ambos aspiran a que los bienes fideicomitados sean vendidos al precio más favorable[173], de esta forma el deudor conservará la expectativa a obtener un remanente a diferencia de las subastas o remates judiciales donde los bienes son rematados a precios inferiores a los de mercado[174], por lo tanto éste también será considerado beneficiario en este sentido. Además no puede sostenerse a priori que todo acreedor es un abusador y todo deudor una víctima.

La independencia y lealtad con la que debe desarrollar su encargo el fiduciario deben ser analizadas a la luz de negocios jurídicos similares y no con un criterio rígido y válido para cualquier circunstancia, la sencillez para determinar la existencia de la mora excluye toda posibilidad de abuso en su apreciación y pone el caso en el mismo nivel que ocupaban otras garantías reales de ejecución extrajudicial. La cuestión es mucho más clara cuando la obligación garantizada es de dar sumas de dinero que cuando se trate de obligaciones de dar, de hacer o de no hacer, donde la dificultad para determinar el incumplimiento de la obligación genera más dudas, restándole imparcialidad y equidad al desempeño del fiduciario[175].

Carregal[176] entiende que ante el silencio de la ley respecto de la concurrencia de intereses beneficiarios entre deudor-fiduciante y acreedor-fiduciario, debe recurrirse a la analogía prevista en el art. 16 del Cód. Civ., buscando el espíritu de la ley en institutos análogos como son la prenda comercial y el mandato.

Si bien entre la prenda comercial y el fideicomiso en garantía existe una diferencia conceptual, existen indudables similitudes que a priori permiten sostener que el estándar de moralidad exigido por la ley en cuanto a los efectos que opera para el deudor moroso la realización de los bienes afectados a una prenda, se cumplen en la misma medida cuando nos encontramos en presencia de una garantía fiduciaria[177].

El acreedor prendario adquiere un privilegio real sobre la cosa pignorada y está autorizado para venderla en remate, salvo que conforme al art. 580 del Cód. de Com. se hubiera pactado una forma especial de enajenación. Ante esta situación se plantea el siguiente interrogante: ¿Cómo es que el acreedor prendario, simple detentador de la cosa, puede transmitir al adquirente en remate, o mediante otro procedimiento, si así se hubiera pactado, título legítimo sobre la propiedad plena del bien, de la que no está investido?[178]

La ley faculta al acreedor a enajenar la cosa como si fuera su propietario, aunque simplemente tenga un derecho real sobre una cosa ajena que le confiere sólo su tenencia (art. 2503 inc. 6; 3204 y 3213 Cód. Civ.). Por lo tanto la situación en que se encuentra el deudor prendario trae consecuencias ante la situación de incumplimiento que no difieren de las que debería soportar si se tratara de un fideicomiso de garantía, cuando el acreedor fuera al mismo tiempo el fiduciario, con la única diferencia de que el fiduciario está investido de la propiedad fiduciaria del bien fideicomitado y por ende habilitado para transferir la propiedad plena a quien resulte adquirente en el proceso de enajenación. Como conclusión es de destacar que la realidad subyacente es la misma en la prenda y en el fideicomiso de garantía[179].

Por otro lado el encargo que recibe el fiduciario respecto de los bienes fideicomitados tiene varios aspectos en común con el mandato, ya que ambos son considerados negocios de confianza, en los que se realizan gestiones en interés ajeno, aún cuando el fiduciario actúa a nombre propio, dado que tiene la titularidad de los bienes sobre los que ejecutará las instrucciones recibidas del fiduciante, mientras que en el mandato, en principio el mandatario actuará en representación del mandante, sin embargo el mandatario podrá actuar también en nombre propio y en interés ajeno, el Código de Comercio así lo prevé al regular las comisiones o consignaciones, que en última instancia no son sino un mandato no representativo. En alguna medida un mandato es un encargo fiduciario, aunque no un fideicomiso, pues no existe transferencia de bienes ni constitución de un patrimonio separado[180].

Según lo dispuesto por el art. 1892 del Código Civil, el mandato puede tener por objeto uno o más negocios de interés exclusivo del mandante, o de interés común del mandante y mandatario, o del interés común del mandante y de terceros, o del interés exclusivo de un tercero, pero nunca del interés exclusivo del mandatario[181]. El art. 1952 del Cód. Civ. dispone que el mandante debe satisfacer al mandatario la retribución del servicio, que puede consistir en una cuota del dinero o de los bienes que el mandatario, en virtud de la ejecución del mandato hubiese obtenido o administrado.

Es similar la situación en la que se encuentra el mandatario que recibe un encargo en confianza en beneficio del mandante y de él mismo, con la del fiduciario que es a la vez beneficiario parcial de la ejecución del encargo fiduciario. Tampoco existe diferencia en cuanto a las facultades que ambos tienen para cobrar sus emolumentos de los bienes afectados al mandato (dinero, por ejemplo) o a la propiedad fiduciaria, en ambos supuestos

existe un beneficiario parcial (mandatario o fiduciario), pero nunca podrán ser únicos beneficiarios (fideicomisarios para el caso del fideicomiso) en virtud de los arts. 1892 y 1918 del Cód. Civ. y el art. 7 de la ley 24.441[182].

Como consecuencia de lo anteriormente reseñado esta postura entiende que no existen dificultades ante la situación de que el acreedor administre la garantía instituida en su favor en el marco del fideicomiso, ya que es una circunstancia que ha tenido lugar en las prendas con desplazamiento y las cesiones en garantía.

En este sentido se ha dicho que “...permitir que el fiduciario sea a su vez beneficiario, es como poner el zorro en el gallinero” de la siguiente manera: “Si en los casos citados se ha puesto al zorro a cuidar el gallinero, no cabe presumir que el zorro-acreedor es bueno cuando cuida la cosa prendada o el derecho cedido, pero se convierte en malo sólo cuando el gallinero a cuidar está constituido por bienes fideicomitidos.”

Además la ley 24.441 ha instituido varias herramientas de protección de los intereses del fiduciante, algunas de carácter preventivo, como la remoción del fiduciario prevista en el art. 9 inc. a) de dicha ley, la defensa de los bienes fideicomitidos según lo dispuesto por el Art. 18, 2º párr. del mismo cuerpo legal y otros de carácter resarcitorio o sancionatorio por incumplimiento doloso o culposo del fiduciario (arts. 6 y 7, ley 24.441, art. 173 inc. 12) Cód. Pen., reformado por la ley precitada).

A las disposiciones anteriormente mencionadas pueden sumarse convencionalmente estipulaciones destinadas a preservar la neutralidad del fiduciario y a fijar un procedimiento de realización de los bienes fideicomitidos que ofrezcan seguridad al fiduciante de la obtención del mejor precio posible, sin desviaciones ni preeminencia del interés del fiduciario por obtener, al costo que fuera, la más rápida satisfacción de su crédito[183].

Además de los deberes contractuales, el acreedor-beneficiario-fiduciario quedará sometido a las obligaciones y responsabilidades previstas en la ley 24.441, el Código Civil y el Código Penal.

Como consecuencia de lo antedicho, el conflicto de interés no sería de ocurrencia fatal, sino, al contrario, previsible y remediable, sin tener que llegar a la prohibición absoluta. Siempre es preferible una situación de transparencia que deje en evidencia la dualidad de la calidad acreedor-fiduciario, a los artilugios de triangulación, donde la persona que desempeña el rol de fiduciario, en definitiva es impuesta por el acreedor-beneficiario, aunque aparezca en el contrato como tercero ajeno a la relación crediticia garantizada por el fideicomiso[184].

Gabriela Iturbide[185] admite como válida la hipótesis planteada, aunque con algunas limitaciones, entiende será necesario analizar el posible conflicto de intereses en cada caso concreto, a fin de prevenirlo y solucionarlo por las vías legales pertinentes y las estipulaciones contractuales que se hayan previsto, a efectos de que el fiduciario actúe rectamente y alejado de su interés.

Por su parte Kiper y Lisoprawski[186] advirtiendo las razones que invocan quienes sostienen la incompatibilidad, sugieren la conveniencia, hasta que se produzca una jurisprudencia orientadora, de que el fiduciario sea ajeno a la relación deudor-fiduciante y acreedor-

beneficiario, aun cuando sostienen una postura limitadamente favorable a tal coincidencia. La experiencia indica que, en la hipótesis de conflicto entre el fiduciario-acreedor y el deudor-fiduciante, lo primero que se habrá de cuestionar es, precisamente, ese doble carácter, con lo que las ventajas del fideicomiso quedarían prácticamente anuladas en los hechos por vía de complicados litigios a los cuales el deudor en apuros o desesperado, aun sin razón, intentará introducir al fiduciario. La desventaja de la inseguridad acerca del efectivo desarrollo del fideicomiso de garantía y de la realización de los bienes, en el supuesto de coincidencia fiduciario-acreedor, no parece que se pueda compensar con la economía de comisiones que implica obviar la designación de un tercero fiduciario, ajeno a la relación crediticia. Hasta tanto no se desarrolle la figura en la vida negociadora estos autores se inclinan por una actitud prudente.

Al respecto parte de la doctrina propone como solución alternativa la designación de un cofiduciario que actúe como liquidador de bienes a los fines de su distribución[187].

Riva y Álvarez Agudo[188] se pronuncian a favor de la legitimidad de la coincidencia de estos roles en tanto existen otras garantías, como las anteriormente mencionadas (prenda y cesión en garantía), en las que el acreedor tiene las mismas facultades de administración y liquidación que en el fideicomiso de garantía y en cuanto a la prohibición del fiduciario de adquirir para sí los bienes fideicomitados (art. 7, ley 24.441) tiene por objeto evitar que el mismo los aproveche para sí, lo que no tendría lugar en el fideicomiso de garantía en el que estaría cumpliendo la finalidad prevista y acordada con el fiduciante-deudor en el contrato.

El despacho de la Comisión N° 3 de la XII Jornada Notarial de Córdoba, por unanimidad expresó que el acreedor puede asumir simultáneamente los roles de fiduciario y beneficiario[189].

Por su parte el Proyecto de Unificación de 1998 se enrola en la postura que admite la validez de la doble calidad (fiduciario-beneficiario), cuando se trata de una entidad financiera, así en su art. 1466 dispone que: “Si el fiduciario es una entidad financiera, puede ser también beneficiaria. En este caso, puede aplicar al pago de los créditos garantizados las sumas de dinero que ingresen al patrimonio fiduciario, incluso por cobro judicial o extrajudicial de los créditos o derechos fideicomitados. Respecto de otros bienes, para ser aplicados a las garantías deben seguirse los procedimientos previstos por los artículos referidos a la ejecución extrajudicial de la hipoteca y de la prenda con desplazamiento, salvo conformidad expresa del fiduciante contemporáneamente a la aplicación o adjudicación”[190].

La solución dada al tema por el Proyecto en su art. 1459[191] reafirma el principio de que el fiduciario no puede revestir el carácter de beneficiario, con la salvedad de la excepción prevista en el art. 1466. También reafirma el principio de que el fiduciario no puede ser designado fideicomisario por pacto anticipado (prohibición del pacto comisorio), sin embargo permite que por acto contemporáneo a la aplicación de fondos o adjudicación, el fiduciante pueda pactar la entrega de los bienes en pago[192], previendo así una solución similar a la del art. 3223 del Cód. Civ.

Más recientemente el Proyecto del Código Civil y Comercial del 2012 reguló este aspecto en un sentido más amplio, al admitir la superposición de roles aunque el fiduciario no sea una entidad financiera, disponiendo en su art. 1671 que: “El beneficiario puede ser una persona

humana o jurídica, que puede existir o no al tiempo del otorgamiento del contrato; en este último caso deben constar los datos que permitan su individualización futura. Pueden ser beneficiarios el fiduciante, el fiduciario o el fideicomisario...” y en el art. 1673: “El fiduciario puede ser cualquier persona humana o jurídica. Sólo pueden 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 autoriza el organismo de contralor de los mercados de valores, que debe establecer los requisitos que deben cumplir. El fiduciario puede ser beneficiario. En tal caso, debe evitar cualquier conflicto de intereses y obrar privilegiando los de los restantes sujetos intervinientes en el contrato”.

c) Sobre su conveniencia

También son razones de eficacia económica -tal como la reducción de comisiones que deberían percibir, de designarse, un fiduciario ajeno a la relación crediticia, que en definitiva son soportadas por el deudor a quien se pretende proteger- las que habilitan a sostener la conveniencia de la superposición de roles de fiduciario y beneficiario en una misma persona. Esta posibilidad de instrumentación del fideicomiso permite reducir los costos, facilitando de esta manera el acceso al crédito.

d) Nuestra opinión

Como consecuencia de lo anteriormente expuesto entendemos legítima la coincidencia de estos roles de fiduciario y beneficiario, atento no existir una prohibición expresa en tal sentido, además de existir otras garantías, entre ellas la prenda y la cesión de créditos en garantía, en las que el acreedor tiene las mismas facultades de administración y liquidación que en el fideicomiso de garantía y en cuanto a la prohibición del fiduciario de adquirir para sí los bienes fideicomitados (art. 7, ley 24.441) tiene por objeto evitar que el mismo los aproveche para sí, lo que no tendría lugar en el fideicomiso de garantía en el que estaría cumpliendo la finalidad prevista y acordada con el fiduciante-deudor en el contrato, en su carácter de beneficiario de la garantía.

El fideicomiso de garantía, aunque coincida el fiduciario con el beneficiario principal, es lícito siempre y cuando se haya concebido en forma prudente y se haya determinado en forma clara y precisa los procedimientos a seguir en caso de incumplimiento y el destino de los posibles remanentes, no siendo óbice al respecto la prohibición del art. 7 de la ley 24.441.

Si bien el deber de rendir cuentas ha sido puesto en provecho o defensa del beneficiario y por ende, éste es el único interesado en que se practique la rendición, en cuyo caso no se vería violado derecho alguno si el propio beneficiario coincidiera con el fiduciario, nada obsta a que se prevea contractualmente que el fiduciario rinda cuentas al fiduciante o que éste así lo exija aplicando analógicamente las normas relativas a la rendición de cuentas previstas en el Cód. de Com, (arts. 68 a 74) y el art. 1909 del Cód. Civ. respecto del mandato, pues es él en última instancia quien realizó el encargo fiduciario, por lo tanto tiene un interés legítimo en que el mismo se lleve a cabo según lo previsto, en caso de que el fiduciario no lo haga será pasible de la acción de responsabilidad de daños y perjuicios que pueda entablar el fiduciante. Así se entiende que si la propia ley permite al fiduciante pedir la remoción del fiduciario (art. 9, inc. a) y aún más se le debe dar parte y citarlo si

este pedido de remoción es solicitado por el beneficiario (art. 9 inc. a), por aplicación de un principio general, no se entiende que quien pueda lo más (pedir la remoción del fiduciario) no pueda ejercer lo menos (exigirle rendición de cuentas).

Es importante destacar, dado la diversidad e importancia de los deberes a cargo del fiduciario, la relevancia de la profesionalidad del fiduciario al momento de su elección, lo que dará mayor seguridad y tranquilidad de que el negocio fiduciario se desarrolle exitosamente. En este sentido sería razonable, de lege ferenda que la doble calidad se limite al supuesto en que el acreedor sea una entidad financiera, teniendo en consideración que el ámbito de aplicación del fideicomiso de garantía tendrá lugar entre intermediarios de recursos financieros (Bancos y Entidades Financieras) y los tomadores de crédito, pues es allí donde esta modalidad resulta verdaderamente beneficiosa. Además con el control del Banco Central existen mayores garantías de que en la práctica no se desvirtúe por el mal uso de esta alternativa.

También son razones de eficacia económica -tal como la reducción de comisiones que deberían percibir, de designarse, un fiduciario ajeno a la relación crediticia, que en definitiva son soportadas por el deudor a quien se pretende proteger- las que habilitan a sostener la conveniencia de la superposición de roles de fiduciario y beneficiario en una misma persona. Esta posibilidad de instrumentación del fideicomiso permite reducir los costos, facilitando de esta manera el acceso al crédito.

e) Jurisprudencia

Los precedentes “Famatex” y “Banco de Avellaneda” relativos a la cesión de créditos en garantía a favor de acreedor, se pronunciaron aceptando su legitimidad, reconociendo que en realidad se trataba de verdaderos fideicomisos de garantía, aun cuando este tipo de fiducia no estaba tipificado en la legislación argentina. Dicha licitud fue admitida en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, que permite la celebración de contratos nominados o innominados según se desprende de los arts. 1143 y 1197 del Cód. Civ[193].

Con posterioridad a la sanción de la ley 24.441, se resolvió en la jurisprudencia en los fallos “Dinar Líneas Aéreas s/ concurso preventivo” (Juzgado de Primera Instancia de Quiebras, Concursos y Sociedades de 2da. Nominación en Salta; 09/08/2002) y “Compañía de Servicios Hipotecarios S.A. s/ concurso preventivo” (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala E; 03/04/2008) la coincidencia de roles de fiduciario y beneficiario no fue cuestionada por el Tribunal y como consecuencia de ello el fideicomiso fue considerado válido.

Posteriormente la justicia ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre esta cuestión, haciendo lugar a una interpretación amplia, admitiendo el doble carácter del fiduciario. En el supuesto que el Banco Hipotecario ha asumido el rol de fiduciario se ha sostenido: “...el fideicomiso de garantía, aunque coincida con el beneficiario principal, es lícito siempre y cuando (...) se haya concebido en forma prudente y se haya determinado en forma clara y precisa los procedimientos a seguir en caso de incumplimiento y el destino de los posibles remanentes, no siendo óbice al respecto la prohibición del art 7 de la ley 24.441”[194] También se ha resuelto que “la circunstancia de que en el fideicomiso de garantía, exista identidad subjetiva entre el fiduciario y el beneficiario del fideicomiso, no impide considerarlo válido en tanto no existe óbice legal alguno al respecto porque la ley 24.441 no

impide que ello ocurra, y la única limitación legal que se aprecia radica en la prohibición de que el fiduciario adquiera para sí los bienes fideicomitidos”[195].

Asimismo se ha reconocido implícitamente esta posibilidad de superposición de roles, entre otros, en el fallo “Banco Hipotecario S.A. c/ GCBA s/otras causas con trámite directo ante la Cámara de Apelaciones” (Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala II, 09/05/2007) al sostenerse que: “En ese contexto, en el que además era la titular fiduciaria y quién transfirió el bien, y que -a su vez- le asistían facultades de contralor sobre la calidad y cualidad de la ejecución de la obra; se hace nítido su deber de ajustar su proceder a los términos acordados y publicitados. Vale decir, su intervención no se limitó a financiar el proyecto, ya que asumió otras facultades, concordantes con la calidad de titular del dominio fiduciario y que no la pueden eximir de las obligaciones a que conlleva.”

f) Derecho Comparado

La legislación mexicana sanciona con nulidad absoluta el fideicomiso que se constituya a favor del fiduciario, aunque recientemente por medio del agregado incorporado al art. 348 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Créditos (LGTOC) se prevé una excepción a la sanción de nulidad: “La institución fiduciaria podrá ser fideicomisaria en los fideicomisos en que, al constituirse, se transmite la propiedad de los bienes fideicomitidos y que tengan por fin servir como instrumento de pago de obligaciones incumplidas, en el caso de créditos otorgados por la propia institución fiduciaria para la realización de actividades empresariales. En este supuesto las partes deberán designar de común acuerdo a una institución fiduciaria sustituta para el caso que surgiera un conflicto de intereses entre las mismas”.

Es necesario recordar que para la ley mexicana el fideicomisario equivale al beneficiario de la ley argentina, y no al beneficiario residual como lo es el fideicomisario en nuestro medio[196].

Por su parte, el Código de Comercio de Costa Rica (ley 3284) dispone expresamente que el fiduciario no podrá ser fideicomisario y, de llegar a coincidir tales calidades, no podrá recibir los beneficios del fideicomiso en tanto la coincidencia subsista.

El Código de Comercio de El Salvador dispone que si bien el fideicomitente puede establecer un fideicomiso en su favor (ser fideicomitente y fideicomisario), el fiduciario no puede ser fideicomisario.

La ley 921 de Negocios Fiduciarios de Paraguay en su art. 8 dispone la nulidad del contrato cuando se reúnen las calidades de fiduciario y beneficiario.

Panamá prevé como una de las causales de extinción del fideicomiso la confusión en una sola persona de la calidad de único beneficiario con la de único fiduciario.

Por su parte la Ley 17.703 de fideicomisos, de Uruguay, que dispone en su art. 9 inc. b) que: “Quedan prohibidos, siendo absolutamente nulos...el fideicomiso en el cual se designe

beneficiario al fiduciario salvo en los casos de fideicomiso de garantía constituidos a favor de una entidad de intermediación financiera.”

En Colombia, el art. 1244 del Código de Comercio establece que: “Será ineficaz toda estipulación que disponga que el fiduciario adquirirá definitivamente, por causa del negocio fiduciario, el dominio de los bienes fideicomitidos”. La doctrina colombiana ha sostenido que la identidad acreedor-beneficiario puede afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de la posición dominante y a la inevitable colisión de intereses.

Manrique Nieto[197] entiende que el conflicto de intereses se presenta cuando el fiduciario se coloca en situación tal que al desarrollar su encargo tenga-actual o potencialmente- que escoger entre el interés del fiduciante y el propio. Por este motivo, en el Derecho angloamericano el deber de lealtad del trustee se expresa en el antiguo aforismo según el cual una persona no puede servir a dos amos a la misma vez, aunque hay quienes[198] admiten la validez del acto que permita al trustee ser acreedor simultáneamente sólo si los beneficiarios tienen conocimiento de esa situación y la aceptan.

El Código Civil de Quebec adopta también una posición intermedia, en su art. 1275 dispone: “El constituyente o el beneficiario puede ser fiduciario, pero debe actuar conjuntamente con un fiduciario que no sea ni constituyente ni beneficiario.”

La innovación más reciente en esta materia la introduce la ley francesa al regular el fideicomiso en el Código Civil francés, en su art. 2016: “Tanto el fiduciante como el fiduciario podrán ser el beneficiario o uno de los beneficiarios del contrato de fideicomiso”. Según Carregal, a tenor de tan relevante referente será difícil seguir cuestionando en nuestro medio la posibilidad de coexistencia de ambos roles ante la falta de prohibición legal expresa. Nadie puede negar la mejor tradición jurídica de la legislación francesa, cuna del derecho contemporáneo de sesgo romanista e indiscutido bastión contra la influencia del Common Law en las prácticas continentales[199].

V. Conclusiones [\[arriba\]](#)

1) La noción de fideicomiso de garantía hace alusión a que el motivo determinante del negocio jurídico es el aseguramiento de un crédito o el cumplimiento de una obligación, ya sea de dar, de hacer o de no hacer.

3) Este patrimonio especial constituido por la ley 24.441 no es un sujeto de derecho, sino una universalidad jurídica de bienes destinados a cumplir con la manda establecida en el pacto de fiducia, sobre los bienes fideicomitidos se constituye una propiedad fiduciaria (art. 11). Dicho patrimonio es esencialmente mutable, sustituible, temporal, susceptible de ampliarse y resoluble, porque cumplido el fin del fideicomiso se extingue la propiedad o dominio fiduciario. La transmisión en propiedad es a título fiduciario o de confianza.

Se trata de un solo negocio con unidad estructural del cual nace un efecto real (la constitución de la propiedad fiduciaria en cabeza del fiduciario) y efectos personales (la obligación que contrae el fiduciario de afectar los bienes fideicomitidos a los fines del fideicomiso).

4) La garantía constituida por el fideicomiso de garantía es de tipo personal, ya que si bien la transferencia fiduciaria del bien dará nacimiento a un derecho real (dominio fiduciario), el acreedor únicamente podrá entablar contra el fiduciario acciones de carácter personal (de remoción, responsabilidad, resarcitoria y hasta subrogarse en las acciones que corresponden al fiduciario para la defensa de los bienes fideicomitidos conforme al art. 18 de la ley 24.441 cuando este no lo hiciera con motivo suficiente) pero no tendrá nunca el *ius preferendi* y el *ius persecuendi* propio de las garantías reales.

El Banco Central de la República Argentina (en adelante BCRA) mediante el dictado de la Comunicación A 4491 del 3/2/2006 reconoció el carácter de garantía preferida “B” a los fideicomisos de garantía que tengan por objeto respaldar el pago de financiaciones otorgadas para la construcción de viviendas, aunque hubiera resultado más justo reconocer tal carácter al fideicomiso de garantía destinado a garantizar otra clase de obligaciones, dadas las ventajas que presenta la figura, la seguridad que brinda al acreedor su carácter autoliquidable y las facultades relativas al *ius vendendi* que reviste el fiduciario, que le permiten la casi inmediata satisfacción de su crédito.

5) Como consecuencia de los principios de accesoriedad y especialidad que informan el derecho de garantías, se entiende que no podría ejecutarse el fideicomiso de garantía en forma autónoma, es decir prescindiendo de la obligación principal a la que respalda, dado que de lo contrario existiría por parte del acreedor un enriquecimiento sin causa (art. 499 y su nota). Para la ejecución será necesario que exista el hecho generador de la misma: esto es el incumplimiento por parte del deudor del crédito garantizado. Que la garantía sea accesorio significa que el incumplimiento se convierte en *conditio iuris* de eficacia del derecho del acreedor a realizar, en su valor, el objeto gravado.

6) La constitución de un fideicomiso de garantía no implica la novación (arts. 801 y 802 del Cód. Civ.) respecto de la obligación principal que asegura, dado que la garantía es accesorio del crédito, por lo que no existe transformación de una obligación en otra, sino que el incumplimiento en la satisfacción del crédito por parte del deudor será la condición determinante para que el fideicomiso de garantía sea susceptible de ejecución. Consecuentemente de haber operado en un supuesto concreto la novación del crédito garantizado, la misma extinguiría el fideicomiso en tanto garantía del principal (art. 803 Cód. Civ.).

7) El fiduciario, en su carácter de propietario fiduciario de los bienes fideicomitidos, está facultado para disponer de los mismos cuando así lo requieren los fines del fideicomiso (art. 17, ley 24.441). En el fideicomiso de garantía, el *ius vendendi* se presupone y cuando el fiduciario así lo hace no está sino cumpliendo con sus obligaciones, respetando únicamente los límites legales impuestos por el ordenamiento jurídico. (art. 6, ley 24.441, art. 173 incs. 12, 13, y 14 Cód. Pen., arts. 953, 954, 1071, 3169, 3222 y 3252 Cód. Civ.; arts. 17 y 18 C.N.). Su omisión le generará las responsabilidades contractuales y legales.

El fideicomiso tipificado por la ley 24.441 no se funda “puramente” en la confianza que se dispensaba al fiduciario, sino en la voluntad expresa que exige el contenido del acto y en las herramientas de protección de los intereses del fiduciante, algunas de carácter preventivo, como la remoción judicial del fiduciario en caso de incumplimiento de sus obligaciones (art. 9 inc. a), la defensa de los bienes fideicomitidos según lo dispuesto por el art. 18, 2º párr. y otros de carácter resarcitorio o sancionatorio por incumplimiento doloso o culposo del

fiduciario (arts. 6 y 7), además de sancionar penalmente a aquel fiduciario que en beneficio propio dispone, grava o perjudica los bienes y los derechos de los contratantes, tipificando dicha conducta como delito de defraudación. (art. 82 ley 24.441 modificatorio del art. 173 del Código Penal).

8) Considero válida la posibilidad de coexistencia de los roles de fiduciario y beneficiario en una misma persona en el fideicomiso de garantía, ya que no existe en la ley una prohibición expresa en tal sentido (Art. 19 C.N.), y el art. 1 de la ley 24.441 dispone así, que el fiduciario ejercerá su derecho en beneficio de quien se designe en el contrato (Art. 1, Ley 24.441).

La prohibición de adquirir para sí los bienes fideicomitidos contenida en el art. 7 de la ley 24.441 no obsta a que el fiduciario acreedor los realice y con su producido satisfaga la acreencia insoluta, incorporando lo debido a su patrimonio general.

Es importante a efectos del ejercicio del ius vendendi y pago, que exista una detalla previsión contractual, resultando un reaseguro para el deudor-fiduciante los derechos que le reconoce la ley para prevenir y repeler abusos o una conducta del fiduciario-beneficiario reñida con lo dispuesto en el art. 6 de la ley 24.441 (arts. 7, 9 inc. a), 18, 2º parr, ley 24.441, art. 173 incs. incs. 12, 13, y 14 Cód. Pen.).

Por otro lado, se entiende que no es de aplicación la prohibición del pacto comisorio (art. 3222, Cód. Civ.), previsto para la prenda civil y comercial, a la figura de fideicomiso de garantía. (arts. 3222 y 3223 Cód. Civ.), ya que los bienes han salido del patrimonio del deudor para conformar un patrimonio separado del cual el fiduciario es titular.

Sería razonable, de lege ferenda, que la doble calidad (fiduciario-beneficiario) se limite al supuesto en que el acreedor sea una entidad financiera, como lo prevé el Proyecto de Unificación de 1998, no sólo porque es allí donde la modalidad resulta verdaderamente beneficiosa, sino fundamentalmente porque la profesionalidad del fiduciario y el control sobre el mismo, hace prever que se conducirá con la lealtad y diligencia de un buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él (art. 6, ley 24.441).

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

DOCTRINA

AICEGA, María Valentina, El patrimonio en el contrato de fideicomiso, 1º ed., Ad-Hoc, Buenos Aires, 2007.

ALEGRIA, Héctor, “Las garantías ´autoliquidables`”, en “Garantías”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, Tº 1993-2; Rubinzal Culzoni, 1993, Santa Fe.

ALEGRIA, Héctor, “Fideicomiso de garantía (efecto sobre los créditos garantizados y verificación en el concurso del fiduciante)”;

ARGUELLO, Luis Rodolfo, Manual de Derecho Romano, Astrea, Buenos Aires, 1997.

BARREIRA DELFINO, Eduardo A., “Fideicomiso de garantía y recupero del crédito bancario” en Guillermo CABANELLAS DE LAS CUEVAS (Dir.) - Gabriel DE REINA TARTIÈRE (Coord.), El fideicomiso de garantía, Heliasta, Buenos Aires, 2008.

BATIZA, R., El fideicomiso. Teoría y práctica, Jus, México, D.F., Ed. act., 2001.

BATIZA, R., Principios básicos del fideicomiso y de la administración fiduciaria, 2 ed., Porrúa, México, 1985.

BORDA, Guillermo A., Tratado de derecho civil. Parte general, T. II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997.

BOFFI BOGGERO, Luis María, Tratado de las Obligaciones, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1986, Tª IV, 1º Reimpresión.

CAMERINI, Marcelo A., “La verificación de crédito como mecanismo de desnaturalización del fideicomiso de garantía”, LL, 2008-E-155.

CARAMES FERRO, J.M., Curso de derecho romano, 10ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1976.

CARREGAL, Mario A., Fideicomisos de garantía, Cuadernos de la Universidad Austral, Vol. I, Derecho Empresario Actual (Homenaje al Dr. Raymundo L. Fernández), Depalma, Buenos Aires, 1996.

CARREGAL, Mario A., “Fideicomiso de garantía: Lícito y Necesario”, LL, 2000-E-948.

CARREGAL, Mario A., “El fideicomiso: Su aplicación desde la sanción de la ley 24.441”, LL, 2007-B-1165.

CARREGAL, Mario A., “Coexistencia de las calidades de fiduciario y beneficiario en los fideicomisos de garantía”, LL, 2008-E-1148.

CARREGAL, Mario A., Fideicomiso. Teoría y aplicación a los negocios, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 2008.

CARREGAL, Mario A., “Reflexiones sobre los fideicomisos de garantía y su problemática concursal” en Guillermo CABANELLAS DE LAS CUEVAS (Dir.) - Gabriel DE REINA TARTIÈRE (Coord.), El fideicomiso de garantía, Heliasta, Buenos Aires, 2008.

CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Felix A., Derecho de las Obligaciones, Librería Editora Platense S.R.L., La Plata, 1991, Tº III, 3º Edición.

CLUSELLAS, Eduardo G. y ORMAECHEA, Carolina, Contratos con garantía fiduciaria, Ábaco, Buenos Aires, 2007.

- DE REINA TARTIÈRE, Gabriel, “Las garantías reales atípicas”, JA 2004-III-1000.
- DI PIETRO, Alfredo, Los negocios jurídicos patrimoniales y los contratos en el derecho romano, Ábaco, Buenos Aires, 1998.
- DIEZ PICAZO, Luis, Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Vº II, 4 Ed., Civitas, Madrid, 1995.
- DOMINGUEZ MARTINEZ, J. A., El Fideicomiso, 5ª ed. act., Porrúa, México, 1995.
- EDER, Phanor. J., Principios Característicos del “Common Law” y del Derecho Latinoamericano, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1960.
- FERNÁNDEZ, Raymundo L. y GÓMEZ LEO, Osvaldo R., Tratado teórico-práctico de derecho comercial, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004, T. IV.
- FREIRE, Bettina V., El fideicomiso. Su proyección en los negocios inmobiliarios., Ábaco, Buenos Aires, 1997.
- GAMES, Gustavo y ESPARZA, Luis María, “El fideicomiso de garantía ante el concurso preventivo y la quiebra”, ED, 194-1014.
- GOLDSCHMIDT, R., Trust, Simulación y fiducia, LL, 67, 777.
- GUASTAVINO, Elías P., “La transmisión de créditos en garantía. Incidencia de la depreciación monetaria.” JA, 1973-18-504
- HIGHTON, Elena I. Hipoteca: la especialidad en cuanto al crédito, Depalma, Buenos Aires, 2000.
- HUERTAS BURAGLIA, Laura, “El fideicomiso de garantía: características y ventajas”, en Guillermo CABANELLAS DE LAS CUEVAS (Dir.) - Gabriel DE REINA TARTIÈRE (Coord.), El fideicomiso de garantía, Heliasta, Buenos Aires, 2008.
- ITURBIDE, Gabriela A., “Reflexiones sobre la naturaleza del derecho del acreedor en el fideicomiso de garantía”, LL, 2005-A-1322.
- ITURBIDE, Gabriela A., El fideicomiso de garantía, Hammurabi, Buenos Aires, 2007.
- KELLY, Julio, “Fideicomiso de garantía”, JA 1998-III-782.
- KIPER, Claudio M. y LISOPRAWSKI, Silvio V., Tratado de Fideicomiso, 1º Ed., Depalma, Buenos Aires, 2003.
- LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando, Fideicomiso, leasing, letras hipotecarias, ejecución hipotecaria, contratos de consumición, Ed. Zavalía, Buenos Aires, 1996.

LÓPEZ RAFFO, Francisco M., “El problema de las posiciones jurídicas en el fideicomiso de garantía” en Guillermo CABANELLAS DE LAS CUEVAS (Dir.) - Gabriel DE REINA TARTIÈRE (Coord.), El fideicomiso de garantía, Heliasta, Buenos Aires, 2008.

LORENZETTI, Ricardo, Tratado de los contratos, III, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000.

LLAMBÍAS, Jorge J., Tratado de derecho civil. Parte general, T. II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1967.

LLAMBIAS, Jorge Joaquín, Manual de Derecho Civil: Obligaciones, 11ª Ed.. Ed. Perrot, Buenos Aires, 1997.

MALUMIÁN, Nicolás, “El fideicomiso en garantía y la responsabilidad del fiduciario frente al consumidor”, LL, 2005-E-436.

MÁRQUEZ, José F., “Notas sobre el fideicomiso con fines de garantía”, JA, 2000-IV-1226.

MARTORELL, Ernesto E., Tratado de los contratos de empresa, Tº II, Depalma, Buenos Aires, 1995.

MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Negocio fiduciario con fines de garantía (trust o fideicomiso en garantía)”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, Garantías, Tº II; Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1993.

MOSSET ITURRASPE, Jorge, Contratos conexos. Grupos y redes de contratos, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999.

ORMAECHEA, Carolina, “El fideicomiso en la República Argentina a partir de la sanción de la Ley 24.441. Un caso particular de patrimonio de afectación”, M. GARRIDO MELERO - J.M. FUGARDO ESTIVIL (Coord.), El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos, Bosch, Barcelona, 2005, T. III.

PANERO, Federico J. (H)-CARRANZA Daniel A., “Fideicomiso de Garantía. Sus posibilidades de aplicación en el país luego de la Ley 24.441”, XXV Jornadas Notariales Argentinas, Mendoza, 2000.

PERALTA MARISCAL, Leopoldo L., “Fideicomiso sí, de garantía no”, LL, 2000-B-978.

PERALTA MARISCAL, Leopoldo L., “¿Fideicomiso de garantía? ¡Neuralgias y cefaleas garantizadas!”, LL, 2000-D-975.

PERALTA MARISCAL, Leopoldo L., “Análisis económico del fideicomiso de garantía. Nuevas reflexiones sobre su licitud”, LL, 2001-F-1025.

PÉREZ HUALDE, Fernando, El fideicomiso de garantía y las posiciones del negocio fiduciario en la Ley 24,441, en Tratado teórico y práctico de fideicomiso, Beatriz Maury de González (Dir.), Ad-Hoc S.R.L, Buenos Aires, 1999.

PIZARRO, Ramón D.- VALLESPINOS, Carlos G., Instituciones de Derecho Privado, obligaciones, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999, Tº III.

PUERTA DE CHACÓN, Alicia “Propiedad fiduciaria en garantía. ¿Es posible en el derecho vigente?”, en “Fideicomiso”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, Tº 2001-3, Rubinzal Culzoni, 2002, Santa Fe.

PUERTA DE CHACÓN, Alicia, El dominio fiduciario en la Ley 24,441. ¿Nuevo derecho real? en Tratado teórico y práctico de fideicomiso, Beatriz Maury de González (Dir.), 1º Ed., Ad-Hoc S.R.L, Buenos Aires, 1999.

RIVA, Jorge L. - ÁLVAREZ AGUDO, Graciela, Garantías Modernas, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007.

ROSENFELD, Carlos, “Antecedentes históricos del “Fideicomiso”, LL, 1998-E-1191.

SAUX, Edgardo I. en Código Civil Comentado, Dir: TRIGO REPRESAS, Félix A. y COMPAGNUCCI DEL CASO, Rubén H., Tº I, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fé, 2005.

VAZQUEZ Gabriela, “El fideicomiso de garantía: Certezas y vacilaciones”, LL, 2006-A-1169.

VEGA CORONA, “Breve estudio del Trust anglosajón”, en Revista de Derecho y Legislación, Nº 626-628, Caracas, jul-sep, 1963.

VILLAGORDOA LOZANO, J.M., Doctrina general del fideicomiso, Porrúa, México, 2003.

VILLEGAS, Carlos A. El Crédito Bancario, Depalma, Buenos Aires, 1988, Tª II.

WAISMAN, Agustín, “Fideicomisos de garantía. Cesión de flujos de fondos futuros e indeterminados.”, LL, 20/01/2004.

WAYAR, Ernesto C., Derecho Civil, Tº I, Depalma, Buenos Aires, 1990.

JURISPRUDENCIA

“Banco Avellaneda c/ Fallo, Emilio” (Cámara Civil y Comercial de la Plata, Sala I, dictado en 1946)

“Famatex S.A. c/ Ferrocarril Gral. Belgrano” (Juzgado Federal, 1º Instancia, 06/10/1972)

“Banco de Mendoza en j. 22.216 Compulsa en Carbometal, S.A.I.C. p/ conc. prev. s/cas.” (SCMendoza, Sala I, 06/08/1997)

“El Albañil S.A. c/ Gaudio, Norberto J.” (CNCiv., Sala B, 05/03/2002)

“Dinar Líneas Aéreas s/ concurso preventivo” (Juzgado de Primera Instancia de Quiebras, Concursos y Sociedades de 2da. Nominación en Salta; 09/08/2002)

“E.C.G. S.A. c/ Banco Hipotecario”, (CSJN, 04/11/2003)

“Pino Camby S.A. s/conc. prev. s/inc. de verif. por Acosta, José León y otros” (CNCom., Sala E, 24/11/2003)

“Banco Hipotecario c/ Ciudad de Buenos Aires” (Cámara Nacional Federal en lo Contencioso Administrativo, Sala II, de 14/06/2005)

“Maud, Elías” (ST Santiago del Estero, Sala Civ. y Com., 17/11/2005)

“Donolo, Darío Domingo c/ Banco Hipotecario S.A.” (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B, 05/09/2006)

“Compañía de Servicios Hipotecarios S.A. (CASH) s/ concurso preventivo” (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala E; 03/04/2008)

“Trenes de Buenos Aires s/ concurso preventivo”, (CNCom, Sala D, 09/09/2008)

“Feroanco S.A. s/conc. prev. s/inc. de verif. por Sinsbur S.A.” (CNCom., Sala E, 14/07/2010)

-
- [1] El trabajo tiene como base la Tesis Final de Dogmática Jurídica de la Maestría en Derecho Empresario de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral de la autora.
- [2] Define a dominio fiduciario como “...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.
- [3] Art. 1 ley 24.441: “Habrá fideicomiso cuando una persona (fiduciante) transmita la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (fiduciario), quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato (beneficiario), y a transmitirlo al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario”. En lo concerniente a esta norma Carregal distingue el fideicomiso del contrato de fideicomiso, sosteniendo que el mencionado artículo se refiere a la primera expresión y no a la segunda, por cuanto presupone que ha operado la transmisión de la propiedad fiduciaria. (Consultar: CARREGAL, M. A., Fideicomiso. Teoría y aplicación a los negocios, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 2008, págs. 68 y 69)
- [4] KIPER, C. M. y LISOPRAWSKI, S. V., Tratado de Fideicomiso, 1º Ed, Depalma, Buenos Aires, 2003, pág. 464.
- [5] Ibidem, pág. 472.
- [6] Art. 1680 Proyecto Código Civil y Comercial 2012: “Fideicomiso en garantía. Si el fideicomiso se constituye con fines de garantía, el fiduciario puede aplicar las sumas de dinero que ingresen al patrimonio, incluso por cobro judicial o extrajudicial de los créditos o derechos fideicomitados, al pago de los créditos garantizados. Respecto de otros bienes, para ser aplicados a la garantía el fiduciario puede disponer de ellos según lo dispuesto en el contrato y, en defecto de convención, en forma privada o judicial, asegurando un

mecanismo que procure obtener el mayor valor posible de los bienes”.

[7] Cfr. FREIRE, B. V., El fideicomiso. Su proyección en los negocios inmobiliarios., Ábaco, Buenos Aires, 1997, pág. 145; CARREGAL, M. A., “Fideicomiso de garantía: Lícito y Necesario”, LL, 2000-E-948, pág. 948; ITURBIDE, G. A., El fideicomiso de garantía, Hammurabi, Buenos Aires, 2007, pág. 448

[8] Cfr. CINILLO, Oscar A., “El contrato de fideicomiso de garantía”, RDPC, 2001-3-212; cit. por: RIVA, J. L. y ÁLVAREZ AGUDO, G., Garantías Modernas, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, pág. 119

[9] Conf. MARTORELL, E. E., Tratado de los contratos de empresa, Tº II, Depalma, Buenos Aires, 1995, págs. 820 y 835, cit. por: PUERTA DE CHACÓN, A., “Propiedad fiduciaria en garantía. ¿Es posible en el derecho vigente?”, en “Fideicomiso”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, Tº 2001-3, Rubinzal Culzoni, 2002, Santa Fe, pág.178.

[10] MOSSET ITURRASPE, J., “Negocio fiduciario con fines de garantía (trust o fideicomiso en garantía)”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, Garantías, Tº II; Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1993, pág. 75, cit. por: PUERTA DE CHACÓN, A., “Propiedad fiduciaria en garantía...”, ob. cit., pág.178

[11] Cfr. WAYAR, E. C., Derecho Civil, Tº I, Depalma, Buenos Aires, 1990, pág. 18; DIEZ-PICAZO, L., Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Vº II, 4 Ed., Civitas, Madrid, 1995, pág. 89

[12] WAYAR, E. C., ob. cit., pág. 18

[13] Cfr. LLAMBIAS, J. J., Manual de Derecho Civil: Obligaciones, 11ª Ed., Perrot, Buenos Aires, 1997, pág. 18.

[14] Cfr. WAYAR, E. C., ob. cit., pág. 3

[15] Ibídem, pág. 22.

[16] Cfr. DIEZ-PICAZO, L., Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Vº II, 4 Ed.; Civitas, Madrid, 1995, pág. 94.

[17] Cfr. VILLEGAS, C. A., El Crédito Bancario, Depalma, Buenos Aires, 1988, Tª II, pág. 3.

[18] Ibídem, págs. 3 y 4

[19] VILLEGAS, C. A., ob. cit., pág. 1.

[20] Ludwig de Mises, Teoría del dinero y crédito, Ed. Zeus, Barcelona, 1961, pág. 289, cit. por: VILLEGAS, C. A, ob. cit., pág. 1.

[21] VILLEGAS, C. A., ob. cit., pág. 1.

[22] Cfr. VILLEGAS, C. A., ob. cit., pág. 3.

[23] Ibídem.

[24] Del voto de la Dra. Kelmermajer de Carlucci en el fallo “Banco de Mendoza en j. 22.216 Compulsa en Carbometal, S.A.I.C. p/ conc. prev. s/cas.” SCMendoza, Sala I, 06/08/1997.

[25] HIGHTON, E. I., Hipoteca: la especialidad en cuanto al crédito, Depalma, Buenos Aires, 2000, pág. 42.

[26] ALVO, Sebastián., Prenda con registro. Estudio jurídico, analítico y comparado, Depalma, Buenos Aires, 1966, Tº1, pág. 1, cit. Por PEREZ HUALDE, F.; El fideicomiso de garantía y las posiciones del negocio fiduciario en la Ley 24,441, en Tratado teórico y práctico de fideicomiso, Beatriz Maury de González (Dir.), Ad-Hoc S.R.L, Buenos Aires, 1999, págs. 216/217.

[27] Cfr. PEREZ HUALDE, F., ob. cit., pág. 217.

[28] Cfr. DIEZ-PICAZO, L., ob. cit., págs. 92/93.

[29] Ibídem, pág. 395.

[30] Cfr. DIEZ-PICAZO, L., Fundamentos del derecho civil patrimonial, Tecnos, Madrid, 1970, pág. 571, cit. por: ITURBIDE G. A., “Reflexiones sobre la naturaleza del derecho del acreedor en el fideicomiso de garantía”, LL, 2005-A-1322, pág. 1325.

[31] Cfr. VAZQUEZ G., “El fideicomiso de garantía: Certezas y vacilaciones”, LL, 2006-A-

1169, pág. 1170.

[32] Cfr. MONTEL, Alberto voz “Garanzia”, en *novísimo Digesto Italiano*, Tomo VII, pág. 742, cit. por ITURBIDE, G. A., “Reflexiones sobre...”, ob. cit., pág. 1325.

[33] Cfr. ITURBIDE, G. A., “Reflexiones sobre...”, ob. cit., pág. 1326.

[34] *Ibidem*, pág. 1327.

[35] *Ibidem*, pág. 1328.

[36] *Ibidem*.

[37] Cfr. DIEZ-PICAZO, L., ob. cit., pág. 397.

[38] Cfr. LLAMBIAS, J. J., *Manual...*, ob. cit., pág. 33.

[39] Cfr. SAUX, E. I. en *Código Civil Comentado*, Dir: TRIGO REPRESAS, F. A. y COMPAGNUCCI DEL CASO, R. H., Tº I, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fé, 2005, pág. 231.

[40] *Ibidem*.

[41] Cfr. BARREIRA DELFINO, E. A., “Fideicomiso de garantía y recupero del crédito bancario” en CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G. (Dir.) y DE REINA TARTIÈRE, G. (Coord.), *El fideicomiso de garantía*, Heliasta, Buenos Aires, 2008, pág. 376 a 379.

[42] Cfr. HIGHTON, E. I., ob. cit., pág. 118.

[43] HIGHTON, E. I., ob. cit., pág. 118.

[44] Cfr. HIGHTON, E. I., ob. cit., pág. 119.

[45] Cfr. HUERTAS BURAGLIA, L., “El fideicomiso de garantía: características y ventajas”, en CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G. (Dir.) y DE REINA TARTIÈRE, G. (Coord.), *El fideicomiso de garantía*, Heliasta, Buenos Aires, 2008, pág. 302/303; KELLY, J., “Fideicomiso de garantía”, JA 1998-III-782, pág. 788.

[46] Cfr. HUERTAS BURAGLIA, L., ob. cit., págs. 302/303. En el mismo sentido se pronuncian RIVA y ALVAREZ AGUDO respecto de las garantías modernas autónomas, donde el obligado por una garantía independiente no puede oponer las defensas y excepciones que emergen de la relación principal. (Cfr. RIVA, J. L. y ALVAREZ AGUDO, G., ob. cit., pág. 9)

[47] Cfr. PUERTA DE CHACÓN, A., ob. cit., págs. 204/205.

[48] ITURBIDE, G. A., *El fideicomiso...*, ob. cit., pág. 486.

[49] DE REINA TARTIÈRE, G., “Las garantías reales atípicas”, JA 2004-III-1000, pág. 1004.

[50] LLAMBIAS, J. J., *Manual...*, ob. cit., pág. 14.

[51] Cfr. HIGHTON, E. I., ob. cit., pág. 122.

[52] Cfr. BARREIRA DELFINO, E. A., ob. cit., pág. 379.

[53] Cfr. FERNÁNDEZ, R. L. y GÓMEZ LEO, O. R., *Tratado teórico-práctico de derecho comercial*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004, T. IV, pág. 337; KIPER, C. M. y LISOPRAWSKI, S. V., ob. cit., pág. 465; VAZQUEZ G., ob. cit., pág. 1182; CLUSELLAS, E. G. y ORMAECHEA, C., *Contratos con garantía fiduciaria*, Ábaco, Buenos Aires, 2007, págs. 140 a 142; ITURBIDE, G. A., *El fideicomiso...*, ob. cit., págs. 512 a 514; entre otros.

[54] Cfr. PUERTA DE CHACÓN, A., “Propiedad fiduciaria...”, ob. cit., págs. 203/204.

[55] “...sin perjuicio de establecerse al menos, la “relación preexistente” entre el potencial acreedor y el potencial deudor (comercial, bancaria, etc.)...” (ITURBIDE, G. A., *El fideicomiso...*, ob. cit., pág. 488).

[56] Cfr. PUERTA DE CHACÓN, A., “Propiedad fiduciaria...”, ob. cit., págs. 204/205; ITURBIDE, G. A., *El fideicomiso...*, ob. cit., pág. 488.

[57] Cfr. BARREIRA DELFINO, E. A., ob. cit., pág. 379.

[58] PIZARRO, R. D. y VALLESPINOS, C. G., *Instituciones de Derecho Privado, obligaciones*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999, Tº III, pág. 492.

[59] CAZEAUX, P. N. y TRIGO REPRESAS, F. A., *Derecho de las Obligaciones*, Librería Editora Platense S.R.L., La Plata, 1991, Tº III, 3º Edición, pág. 332.

[60] BOFFI BOGGERO, L. M., *Tratado de las Obligaciones*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1986, Tª

IV, 1º Reimpresión, pág. 310.

[61] Cfr. BOFFI BOGGERO, L. M., ob. cit., pág. 318.

[62] Cfr. CAZEAUX, P. N. y TRIGO REPRESAS, F. A., ob. cit., pág. 344.

[63] BOFFI BOGGERO, L. M., ob. cit., pág. 339.

[64] Cfr. CAZEAUX, P. N. y TRIGO REPRESAS, F. A., ob. cit., pág. 391.

[65] *Ibidem*, pág. 348.

[66] *Ibidem*.

[67] ALEGRIA, H., "Fideicomiso de garantía (efecto sobre los créditos garantizados y verificación en el concurso del fiduciante)"; LL 2004-D-847, pág. 849.

[68] Cfr. CAZEAUX, P. N. y TRIGO REPRESAS, F. A., ob. cit., pág. 360.

[69] BOFFI BOGGERO, L. M., ob. cit., págs. 324/325.

[70] Cfr. RIVA, J. L. y ÁLVAREZ AGUDO, G., ob. cit., pág. 169.

[71] Es pertinente indicar alguna jurisprudencia que se ha pronunciado en este sentido al resolver en forma favorable la verificación del crédito del acreedor en el concurso preventivo de su deudor, entre ellos: "Pino Camby S.A. s/conc. prev. s/inc. de verif. por Acosta, José León y otros" (CNCom., Sala E, 24/11/2003); "Feroanco S.A. s/conc. prev. s/inc. de verif. por Sinsbur S.A." (CNCom., Sala E, 14/07/2010), entre otros.

[72] RIVA, J. L. y ÁLVAREZ AGUDO, ob. cit., pág. 169; PUERTA DE CHACÓN, A., "Propiedad fiduciaria...", ob. cit., pág. 209.

[73] ALEGRIA, H., "Fideicomiso de garantía...", ob. cit., pág. 850.

[74] AICEGA, M. V., *El patrimonio en el contrato de fideicomiso*, 1º Ed., Ad-Hoc; Buenos Aires, 2007, pág. 157.

[75] Es pertinente mencionar que el Proyecto de Código Civil y Comercial 2012 regula a contrario sensu esta cuestión al disponer en el art. 1684: "...Excepto estipulación en contrario del contrato, el fiduciario adquiere la propiedad fiduciaria de los frutos y productos de los bienes fideicomitidos y de los bienes que adquiera con esos frutos y productos o por subrogación real respecto de todos esos bienes, debiéndose dejar constancia de ello en el título para la adquisición y en los registros pertinentes.

[76] Cfr. PUERTA DE CHACÓN, A., "Propiedad fiduciaria...", ob. cit., pág. 189; KIPER, C. M. y LISOPRAWSKI, S. V., ob. cit., pág. 475

[77] Cfr. PUERTA DE CHACÓN, A., "Propiedad fiduciaria...", ob. cit., págs. 190/191; ITURBIDE, G. A., "Reflexiones sobre...", pág. 1324.

[78] ITURBIDE, G. A., *El fideicomiso...*, ob. cit., pág. 454.

[79] Cfr. PÉREZ HUALDE, F., ob. cit., págs. 244/245.

[80] *Ibidem*.

[81] Cfr. RIVA, J. L. y ÁLVAREZ AGUDO, G., ob. cit., pág. 153, FERNÁNDEZ, R. L. y GÓMEZ LEO, O. R., ob. cit., pág. 339; KIPER, C. M. y LISOPRAWSKI, S. V., ob. cit., pág. 475; ITURBIDE, G. A., *El fideicomiso...*, ob. cit., págs. 457/458; GAMES, G. y ESPARZA, L. M., "El fideicomiso de garantía ante el concurso preventivo y la quiebra", ED, 194-1014, págs. 1015/1016. En el mismo sentido se pronuncia parte de la doctrina extranjera, entre ellos Villagordoa Lozano: "Por su propia naturaleza los fideicomisos de garantía son contratos accesorios, porque se ligan a un contrato principal que los motiva. No debemos considerar a estos fideicomisos como contratos reales, en vista de que no generan un derecho real a favor del fideicomisario acreedor, quien tiene el derecho personal de exigir al fiduciario, en caso de incumplimiento del fideicomitente deudor, que proceda a la venta o realización de los bienes o derechos fideicomitidos, para que de su producto se le haga pago del crédito" (VILLAGORDOA LOZANO, J.M., *Doctrina general del fideicomiso*, Porrúa, México, 2003, pág. 227)

[82] Los caracteres de accesoriedad y especialidad respecto de los fideicomisos de garantía fueron desarrollados en el Capítulo II.

- [83] Cfr. HUERTAS BURAGLIA, L., ob. cit., págs. 291/292
- [84] GAMES, G. y ESPARZA, L. M., ob. cit., pág. 1015. En contra se pronuncia Márquez (“El fideicomiso de garantía y el concurso del fiduciante”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2003- i, “Concursos II”, pág. 138, cit. por: ITURBIDE, G. A., “Reflexiones sobre..., ob. cit., pág. 1330, Nota nº 25), quien sostiene que la distinción entre garantías reales y personales no proviene de su causa-fuente o generadora; lo que diferencia a estas categorías es sobre qué recae la garantía adicional otorgada al acreedor: si existen otras personas distintas al deudor como garantía de pago (garantía personal) o si se encuentran afectados bienes especiales (propios o de terceros) al pago de la deuda. Si de la naturaleza de la garantía (real o personal) deviene alguna consecuencia, debe predicarse que el fideicomiso es una garantía real.
- [85] Opinión personal del autor citado: DROBING, “Presente y futuro de las garantías reales y personales”, en Revista de Derecho Comparado Nº 6, 2002, págs 11/12, cit. por: HUERTAS BURAGLIA, L., ob. cit., pág. 291.
- [86] MOSSET ITURRASPE, J., Contratos conexos. Grupos y redes de contratos, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999, págs. 195/196.
- [87] ITURBIDE, G. A., El fideicomiso..., ob. cit., pág. 457.
- [88] Defendida por Zacharie y Aubry Rau, quienes sostenían que toda persona es titular de un patrimonio y que todo patrimonio corresponde a una persona, postulado que fue dejado de lado creando separaciones patrimoniales en determinados supuestos especiales: la herencia con beneficio de inventario, la constitución de un bien de familia, entre otros.
- [89] Según Puerta de Chacón se trata de una concepción objetiva o finalista del patrimonio de afectación que encuentra en el destino o afectación de los bienes el fundamento del patrimonio separado (Cfr. PUERTA DE CHACÓN, A., “Propiedad fiduciaria..., pág. 194).
- [90] Cfr. RIVA, J. L. y ÁLVAREZ AGUDO, G., ob. cit., pág.139; CLUSELLAS, E. G. y ORMAECHEA, C., ob. cit., pág. 109.
- [91] LÓPEZ DE ZAVALÍA, F., Fideicomiso, leasing, letras hipotecarias, ejecución hipotecaria, contratos de consumición, Ed. Zavalía, Buenos Aires, 1996, pág. 81; Llambías define al patrimonio como “el conjunto de derechos y obligaciones de una persona, susceptibles de apreciación pecunaria” (LLAMBÍAS, J. J., Tratado de derecho civil. Parte general, T. II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1967, pág. 183). EN CONTRA: Borda entiende que el patrimonio sólo está compuesto por el conjunto de derechos que sirven para la satisfacción de necesidades económicas del hombre. Esta postura niega que las deudas formen parte del patrimonio, sino que éstas simplemente lo gravan (BORDA, G. A., Tratado de derecho civil. Parte general, T. II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, pág. 9)
- [92] PUERTA DE CHACÓN, A., El dominio fiduciario en la ley 24,441. ¿Nuevo derecho real? En Tratado teórico y práctico de fideicomiso, Beatriz Maury de González (Dir.), Ad-Hoc S.R.L, Buenos Aires, 1999, pág. 95.
- [93] AICEGA, M. V., ob. cit. págs. 171/172.
- [94] PUERTA DE CHACÓN, A., “Propiedad fiduciaria..., ob. cit., pág. 193.
- [95] Remisión: ver Capítulo II, Punto 3. i) Análisis en las situaciones concursales. La necesidad de verificar el crédito garantizado.
- [96] Reconocido en por los votos de los Dres. Fayt y Vázquez de la CSJN en el fallo “Recurso de hecho E.C.G v. Banco Hipotecario S.A.” (04/11/2003), se resolvió que el fiduciario no debe recurrir a la justicia para la realización del bien ante el incumplimiento de la obligación garantizada.
- [97] ALEGRIA, H., “Las garantías ´autoliquidables´”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario Nº 2, págs. 152/153.
- [98] Cfr, LORENZETTI, R., Tratado de los contratos, III, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, págs. 478 /479.

[99] Cfr. HUERTAS BURAGLIA, L., ob. cit., pág. 296.

[100] *Ibidem.* .

[101] Cfr. KIPER, C. M. y LISOPRAWSKI, S. V., ob. cit., pág. 484.

[102] Cfr. CARREGAL, M. A., Fideicomisos de garantía, Cuadernos de la Universidad Austral, Vol. I, Derecho Empresario Actual, (Homenaje al Dr. Raymundo L. Fernández), Depalma, Buenos Aires, 1996, págs. 245 a 255; Fideicomiso. Teoría y aplicación a los negocios, ob. cit., págs. 249 a 261.

[103] Cfr. BARREIRA DELFINO, E. A., ob. cit., pág. 362.

[104] *Ibidem*, pág. 363. Comunicación "A" 2932 y Comunicación "A" 3141 del BCRA.

[105] Cfr. BARREIRA DELFINO, E. A., ob. cit., pág. 365. Comunicación "A" 2932 y Comunicación "A" 3141 del BCRA.

[106] Ellos son los siguientes: a) que el titular de dominio ceda al fideicomiso de garantía el inmueble sobre el que se llevará a cabo la construcción del emprendimiento y los derechos y demás bienes resultantes de la ejecución y terminación de las obras y comercialización de las viviendas en propiedad fiduciaria; b) que la financiación no supere el 75% de la inversión total prevista para el emprendimiento edilicio; c) que los bienes cedidos se encuentren libres de gravámenes; d) en los casos que existan otros beneficiarios además de la entidad financiera prestamista, esta última debe tener preferencia en el cobro frente a los restantes beneficiarios del producto del fideicomiso de garantía; e) en los boletos de compraventa de las viviendas, se deberá prever una cláusula que disponga que existe fideicomiso sobre el inmueble en que se realizará la construcción.

[107] Cfr. RIVA, J. L., y ÁLVAREZ AGUDO, G., ob. cit., págs. 167/168.

[108] PUERTA DE CHACÓN, A., "Propiedad fiduciaria...", ob. cit., pág. 190.

[109] El tema de la responsabilidad del fiduciario es un tema muy importante en el contrato de fideicomiso, aunque por razones de espacio no será analizado en profundidad en el presente trabajo, sino que simplemente se hará una breve referencia a ella.

[110] Cfr. RIVA, J. L. y ÁLVAREZ AGUDO, G., ob. cit., pág. 123.

[111] *Ibidem*, pág. 124.

[112] Cfr. ITURBIDE, G. A., El fideicomiso..., ob. cit., pág. 516.

[113] Cfr. RIVA, J. L. y ÁLVAREZ AGUDO, G., ob. cit., pág. 125.

[114] *Ibidem*.

[115] *Ibidem*.

[116] *Ibidem*, pág. 126.

[117] *Ibidem*, pág. 127.

[118] Esta solución legal ha merecido varias críticas, ya que este tope indemnizatorio implica una "responsabilidad limitada" con garantía "específica", violando el régimen de reparación integral previsto en la legislación civil de fondo y haciéndole soportar a la víctima gran parte del daño, por lo que esta norma se evidencia francamente inconstitucional (arts. 14, 16 y 17, C.N.). Riva y Álvarez Agudo sostienen que el fiduciario debiera responder con la totalidad del patrimonio fiduciario en este supuesto. (Cfr. RIVA, J. L. y ÁLVAREZ AGUDO, G., ob. cit., pág. 128.)

[119] Art. 512 Cód. Civ: "La culpa del deudor en el cumplimiento de la obligación consiste en la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación y que correspondieren a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar."

Art. 902 Cód. Civ.: "Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos."

Art. 909 Cód. Civ.: "Para la estimación de los hechos voluntarios, las leyes no toman en cuenta la condición especial, o la facultad intelectual de una persona determinada, a no ser en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes. En estos casos se

estimaré el grado de responsabilidad, por la condición especial de los agentes.”

[120] Cfr. FREIRE, B. V., ob. cit., pág. 153.

[121] “Por su parte, la posibilidad de prohibir el ejercicio de estas facultades al fiduciario (art. 17, ley 24.441), sólo tendrá sentido...si explicitando la voluntad de las partes al contratar, se vedan los actos de disposición dejando expresamente a salvo los que tiendan a satisfacer la obligación garantizada incumplida. Es decir, si sólo se limitan en forma expresa tales facultades.” (FERNÁNDEZ, R. L. y GÓMEZ LEO, O. R., ob. cit., pág. 349)

[122] ITURBIDE, G. A., El fideicomiso..., ob. cit., 2007, pág. 497.

[123] Es necesario aclarar que esta facultad no implica la atribución de facultades jurisdiccionales al fiduciario como oportunamente se analizó en el Capítulo I en donde se analizaron las críticas y defensas del fideicomiso de garantía al cual remitimos.

[124] Cfr. ITURBIDE, G. A., El fideicomiso..., ob. cit., pág. 515.

[125] Algunos de los fallos que se han pronunciado en este sentido: “E.C.G. S.A. c/ Banco Hipotecario”, CSJN, 04/11/2003; los Dres. Fayt y Vázquez en disidencia han reconocido que “cabe ponderar que el fideicomiso con fines de garantía es un instituto por el cual las partes pretenden eludir la excesiva onerosidad y difícil ejecución que presentan otras garantías, pudiendo dentro del amplio campo del principio de autodeterminación contractual, establecer los medios más adecuados para evitar costos y fijar vías extrajudiciales de liquidación de bienes. En ese contexto, la nota más trascendente del fideicomiso de garantía es el ius vendendi, o sea el derecho que tiene el fiduciario de vender o ejecutar los bienes fideicomitados, con el fin de satisfacer su crédito o del beneficiario, sin acudir a los tribunales.”

[126] Es pertinente recordar que hasta la culpa leve o levísima podría ser alegada para responsabilizar personalmente al fiduciario, en la medida que nuestro derecho no distingue diferentes categorías de culpa, por eso resulta de gran importancia la minuciosidad y transparencia con que se redacten las cláusulas contractuales que regulen el proceso de realización de la garantía y la forma de constatación del incumplimiento por parte del deudor (Cfr. FREIRE, B. V., ob. cit., pág. 155)

[127] FERNÁNDEZ, R. L. y GÓMEZ LEO, O. R., ob. cit., pág. 355.

[128] CARREGAL, M. A., Fideicomisos de garantía, ob. cit., págs. 244/249; Fideicomiso. Teoría..., ob. cit., págs. 249/253. Respecto de los fideicomisos de garantía sobre derechos o cesión de derechos en garantía y del endoso fiduciario en garantía consultar las obras de Carregal anteriormente citadas, como así también para el caso de cesión de derechos en garantía se puede ver el comentario de GUASTAVINO al fallo “Famatex S.A. c/ Ferrocarril Gral. Belgrano” (Juzgado Federal, 1º Instancia, 06/10/1972): “La transmisión de créditos en garantía (incidencia de la depreciación monetaria)”, en JA-18-504.

[129] Cfr. ITURBIDE, G. A., El fideicomiso..., ob. cit., pág. 519.

[130] *Ibidem*.

[131] Cfr. FREIRE, B. V., ob. cit., pág. 156.

[132] Cfr. ITURBIDE, G. A., El fideicomiso..., ob. cit., pág. 519.

[133] PANERO, F. J. (H) y CARRANZA, D. A., “Fideicomiso de Garantía. Sus posibilidades de aplicación en el país luego de la Ley 24.441”, XXV Jornadas Notariales Argentinas, Mendoza, 2000, pág. 342.

[134] Este principio consagrado en nuestro ordenamiento jurídico no rige respecto de la cesión de los créditos en garantía. “Es evidente que el acreedor que recibe en seguridad de su acreencia un crédito en dinero, sea este exigible o pendiente de un plazo o condición, obtiene una seguridad en esencia autoliquidable. Recibirá siempre dinero proveniente de la ejecución de la garantía, que aplicará a cancelar total o parcialmente la obligación garantizada.” (Cfr. CARREGAL, M. A., Fideicomisos de garantía, ob. cit., pág. 251).

[135] Cfr. ALEGRIA, H., “Las garantías ‘autoliquidables’”, ob. cit., págs. 167/168; RIVA, J.

L. y ÁLVAREZ AGUDO, G., ob. cit., pág. 162.

[136] Cfr. RIVA, J. L. y ÁLVAREZ AGUDO, G., ob. cit., pág. 163.

[137] *Ibidem*.

[138] GUASTAVINO, "Actos fiduciarios", en Estudios de Derecho Civil, en homenaje a Héctor Lafaille, N° 68, cit. por: ITURBIDE, G. A., El fideicomiso..., ob. cit., pág. 526.

[139] Cfr. ITURBIDE, G. A., El fideicomiso..., ob. cit., pág. 526; FREIRE, B. V., ob. cit., págs. 152/153.

[140] En nuestro país la Comisión Nacional de Valores, entendió que no existe en la ley 24.441 una prohibición expresa en ese sentido, ello se pone de manifiesto en la Resolución 271/1995, en donde se admitió la coincidencia en los fideicomisos financieros de los roles de fiduciante y fiduciario cuando se solicite autorización de oferta pública de los certificados de participación en el dominio de los bienes transmitidos o de los títulos valores representativos de deuda garantizados con los bienes fideicomitidos. Por lo que con la voluntad de un solo sujeto bastaba para la constitución de este tipo de fideicomisos. Posteriormente las Resoluciones 290/1997 y 296/1997 prohibieron la constitución de fideicomisos financieros unilaterales, a fin de darle mayor seguridad a la figura por medio de la separación del fiduciante y el fiduciario, y sobre todo porque el fideicomiso fue concebido por la ley como un contrato y no como una manifestación unilateral de voluntad. Tanto en el common law, como el derecho uruguayo admiten la posibilidad de constitución de fideicomisos unilaterales, éste último lo hace respecto de los casos de oferta pública (art. 25 Ley de Fideicomiso). (Cfr. RIVA, J. L. y ÁLVAREZ AGUDO, G., págs. 131/132)

[141] CARREGAL, M. A., Fideicomisos de garantía, ob. cit.; "Fideicomiso de garantía: lícito...", ob. cit.; Fideicomiso. Teoría y..., ob. cit.; "Coexistencia de las calidades de las calidades de fiduciario y beneficiario en los fideicomisos de garantía", LL, 2008-E-1148; FERNÁNDEZ, R. L. y GÓMEZ LEO, O. R., ob. cit.; FREIRE, B. V., ob. cit.; KELLY, J., ob. cit.; KIPER, C. M. y LISOPRAWSKI, S. V., ob. cit., MALUMIÁN, N., "El fideicomiso en garantía y la responsabilidad del fiduciario frente al consumidor", pág LL, 2005-E-436; MÁRQUEZ, J. F., "Notas sobre el fideicomiso con fines de garantía", JA, 2000-IV-1226; PUERTA DE CHACÓN, A., El dominio fiduciario..., ob. cit., págs. 92/94.

[142] "Bajo esa concepción, la titularidad del fiduciario era plena, sin condicionamiento alguno, de modo que el poder del fiduciario era ilimitado, a punto tal que si incumplía con sus obligaciones, tanto el fiduciante como el beneficiario ningún derecho reivindicativo o recuperatorio tenían sobre los bienes fiduciarios o fideicomitidos; sólo podían pretender un resarcimiento por los daños y perjuicios provocados. El gran riesgo de desapoderamiento patrimonial definitivo que esta modalidad de fideicomiso conllevaba, motivó que fuera decayendo su utilización como garantía, siendo desplazado por la constitución de derechos reales de prenda o hipoteca o por la figura de mandato irrevocable, con el propósito de que los bienes del deudor siguieran en su poder y no salieran de su patrimonio mientras la obligación garantizada no fuera exigible" (BARREIRA DELFINO, E. A., "Fideicomiso de garantía", en Bancos y Empresas N° 5, 2006, pág. 112, Cit. por: LÓPEZ RAFFO, F. M., "El problema de las posiciones jurídicas en el fideicomiso de garantía" en Guillermo CABANELLAS DE LAS CUEVAS (Dir.) - Gabriel DE REINA TARTIÈRE (Coord.), El fideicomiso de garantía, Heliasta, Buenos Aires, 2008, pág. 329)

[143] HIGTHON, Elena I.-MOSSET ITURRASPE, Jorge- PAOLANTONIO, Martín E.-RIVERA, Julio C., Reformas al derecho privado. Ley 24.441, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1995, págs. 384/385; MOLINA SANDOVAL, Carlos A., El fideicomiso en la dinámica mercantil, Ábaco, Buenos Aires, 2004; GIRALDI, Pedro, Fideicomiso (ley 24.441), Depalma, Buenos Aires 1998, pág. 71, obras cit. por: ITURBIDE, G. A., El fideicomiso..., ob. cit., pág. 593, LÓPEZ DE ZAVALÍA, F., ob. cit., pág. 113; VAZQUEZ G., ob. cit., págs. 1177 a 1179; BARREIRA DELFINO, E. A., ob. cit., págs. 369/372; CAMERINI, M. A., "La verificación de crédito como

mecanismo de desnaturalización del fideicomiso de garantía”, LL, 2008-E-155, pág. 160; CLUSELLAS, E. G. y ORMAECHEA, C., ob. cit., pág. 135; PÉREZ HUALDE, F., ob. cit., pág. 240.

[144] RIVA, J. L. y ÁLVAREZ AGUDO, G., ob. cit., págs. 134. La Comisión Nacional de Valores prohíbe expresamente tal coexistencia.

[145] Cfr. BARREIRA DELFINO, Eduardo A., “Fideicomiso de garantía”, en Bancos y Empresas Nº 5, 2006, pág. 114 Cit. por: LÓPEZ RAFFO, F. M., ob. cit., pág. 330.

[146] JA, 1973-18-497.

[147] JA, 1947-I-749.

[148] Cfr. ITURBIDE, G. A., El fideicomiso..., ob. cit., pág. 595.

[149] LÓPEZ DE ZAVALÍA, F., ob. cit., pág. 113; “... el imperativo legal le asigna al fideicomiso la calidad de un contrato a favor de tercero, donde el fiduciario no puede ser ese tercero garantizado ya que no podría cumplimentar la faz final del fideicomiso, como lo es la obligación de realizar y transmitir el dominio perfecto al adquirente, para imputar el producido de la realización a saldar una obligación propia garantizada mediante esta finalidad de fideicomiso....El beneficiario tiene vedado desempeñar su rol en beneficio propio. Siempre debe hacerlo velando por los intereses de los “terceros instituidos como verdaderos y naturales beneficiarios o fideicomisarios”.” (BARREIRA DELFINO, E. A., ob. cit., pág. 372)

[150] Cfr. BARREIRA DELFINO, E. A., “Fideicomiso de garantía crediticia”, en VVAA, Tratamiento integral del fideicomiso, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2007, págs. 272/273, Cit. por: CARREGAL, M. A., Fideicomiso. Teoría y aplicación..., ob. cit., pág. 248. Ante la postura del mencionado autor, Carregal se pregunta: “¿Dónde queda (...) la ajenidad del beneficiario al contrato de fideicomiso? ¿Cuál es la razón para sostener que el otro contratante no puede serlo? De ningún texto legal se sigue que el fiduciario no pueda participar del interés beneficiario (...) Es habitual que justamente en los fideicomisos de garantía el beneficiario acreedor intervenga como parte en el contrato de fideicomiso, pues sólo así podrá proteger debidamente sus intereses. ... si bien todo contrato de fideicomiso debe ser al menos bilateral, nada impide que sea trilateral. Es que en cualquier fideicomiso hay siempre tres intereses, aunque suscriban el contrato solamente dos partes. Se trata de los intereses del fiduciante, los del beneficiario (incluyendo el interés fideicomisario, que es una suerte de beneficiario subordinado) y los del fiduciario.”

[151] VAZQUEZ, G., ob. cit., pág. 1177.

[152] Siguiendo esta línea de pensamiento, Carregal sostiene que: “En el fideicomiso de garantía en que coinciden las figuras de beneficiario-acreedor-fiduciario, el fiduciario nunca podrá acumular el interés fideicomisario, que siempre corresponderá al deudor fiduciante, porque así surge del art. 7 de la ley 24.441. El interés beneficiario -y por ende el interés fideicomisario- puede ser cedido libremente salvo disposición contractual, pues así resulta del art. 2, últ. párr, de la ley 24.441. Es por ello que el deudor fiduciante podrá ceder válidamente a un tercero su derecho como beneficiario fideicomisario, del mismo modo que el fiduciario podrá ceder a un tercero su crédito garantizado, y por lo tanto su condición de beneficiario, a menos que le estuviese contractualmente vedado.” (CARREGAL, M. A., Fideicomiso. Teoría y aplicación..., ob. cit., pág. 249).

[153] Cfr. DE REINA TARTIÈRE, “Naturaleza jurídico-real de las garantías fiduciarias. Consecuencias de cara al fideicomiso”; en ED, 224 (2007), pág. 703 y ss. Cit por CARREGAL, M. A., Fideicomiso. Teoría y aplicación..., ob. cit., pág. 243/244, Nota Nº 28, quien discrepa con esta postura, pues entiende que el fiduciario no se apropiará de los fondos en violación al art. 7 de la ley 24.441, sino por imperio de la compensación que se opera de pleno derecho. En la práctica se queda con lo que es suyo sin violentar norma alguna.

[154] A favor de esta postura: BONO, Gustavo, Fideicomiso, Ley 24.441. Financiamiento de

la vivienda y la construcción, Alveroni, Córdoba, 1995, pág. 12, cit. por: RIVA, J. L. y ÁLVAREZ AGUDO, G., ob. cit., pág. 135.

[155] Cfr. LÓPEZ RAFFO, F. M., ob. cit., pág. 330. EN CONTRA: MÁRQUEZ, J. F., ob. cit., JA, 2000-IV-1228: "...el deber de rendir cuentas ha sido puesto en provecho o defensa del beneficiario y por ende, éste es el único interesado en que se practique la rendición. Entonces, no se vería violado derecho alguno si el propio beneficiario coincidiera con el fiduciario". Sin embargo podría convenirse contractualmente que el fiduciario rinda cuentas al fiduciante, pues es él en última instancia quien realizó el encargo fiduciario, por lo tanto tiene un interés legítimo en que el mismo se lleva a cabo según lo previsto, en caso de que no lo haga será pasible de la acción de responsabilidad de daños y perjuicios que pueda entablar el fiduciante. En este sentido ver PANERO, F. J. (H) y CARRANZA D. A., ob. cit., pág. 340: "La ley fija en cabeza del beneficiario el derecho de exigir rendición de cuentas, constituyendo a nuestro criterio una grave omisión no conceder este derecho al fiduciante, omisión esta que puede ser salvada con una interpretación integradora de la ley (art. 9, inc. a), a cuya solución contribuye la norma del art. 1909 del Cód. Civ., respecto del mandato, figura ésta que guarda una notable semejanza con el fideicomiso" Es pertinente recordar el art. 1909 Cód. Civ: "El mandatario está obligado a dar cuenta de sus operaciones, y a entregar al mandante cuanto haya recibido en virtud del mandato, aunque lo recibido no se debiese al mandante". "En este orden de ideas, si la propia ley permite al fiduciante pedir la remoción del fiduciario (art. 9, inc. a) y aún más se le debe dar parte y citarlo si este pedido de remoción es solicitado por el beneficiario (art. 9 inc. a), por aplicación de un principio general, no se entiende que quien pueda lo más (pedir la remoción del fiduciario) no pueda ejercer lo menos (exigirle rendición de cuentas)". Recientemente el Anteproyecto del Código Civil y Comercial de 2012 ha regulado esta cuestión al disponer en su art. 1675: "La rendición de cuentas puede ser solicitada por el beneficiario, por el fiduciante o por el fideicomisario, en su caso, conforme a la ley y a las previsiones contractuales; deben ser rendidas con una periodicidad no mayor a UN (1) año"

[156] "La complejidad se empeora si se atiende a la circunstancia de que al ser el fiduciario propietario del bien dado en garantía se fortalece significativamente su posición negocial y ello puede facilitar acciones de acreedores inescrupulosos que abusen de esa situación de preferencia, que le permite disponer del bien sin autorización del fiduciante, al menos como regla (art. 17, ley 24.441). Y ello agravado por un sistema, como el instaurado por la ley 24.441 que, a excepción del fideicomiso financiero y el supuesto del art. 5, establece como principio la libertad subjetiva en la calidad del fiduciario, pues cualquier persona física o jurídica puede ocupar ese rol en la operación. Tanto es así que incluso quienes predicán la tesis afirmativa y admiten que el acreedor de la obligación garantizada puede ostentar el carácter de propietario fiduciario proponen como modo más conveniente que los roles no coincidan". (VÁZQUEZ, G., ob. cit., pág. 1177)

[157] Cfr. ITURBIDE, G. A., El fideicomiso..., ob. cit., pág. 600.

[158] Cfr. BARREIRA DELFINO, E. A., "Fideicomiso de garantía", en Bancos y Empresas N° 5, 2006, pág. 114, cit. por: LÓPEZ RAFFO, F. M., ob. cit., pág. 330.

[159] BARREIRA DELFINO, E. A., ob. cit., pág. 371

[160] Cfr. CARREGAL, M. A., "Fideicomisos de garantía", ob. cit., pág. 241

[161] GIRALDI, P., Fideicomiso (ley 24.441), Depalma, Buenos Aires 1998, pág. 19, cit. por: ITURBIDE, G. A., El fideicomiso..., ob. cit., págs. 600/601.

[162] Art. 3 del Capítulo XV-Fideicomisos del Anexo I-Normas de la Comisión Nacional de Valores; N.T. 2001- de la Resolución General CNV N° 368/2001, Art. Modificado por la Resolución General CNV N° 447/2003)

[163] Comunicación "A" 4491 del 23/02/2006.

[164] Cfr. BARREIRA DELFINO, E. A., ob. cit., pág. 372.

- [165] BONO sostiene “que el nudo del problema está en determinar si de acuerdo a la nueva ley 24.441 puede el fiduciario realizar su gestión en interés propio”, agrega que el art. 1 de la ley no prohibió tal posibilidad de superposición, como tampoco lo hizo el art. 2662 del Cód. Civ. al no disponer como obligatorio que la gestión del fiduciario se desarrolle en beneficio de un tercero, de modo que “el fiduciario ejercerá su derecho en beneficio de quien se designe en el contrato (ART. 1) y si el designado es él mismo ejercerá en interés propio el derecho adquirido. En el Código Civil y en la ley 24.441 nada se opone a la opción.” (BONO, Gustavo, “Fideicomiso. Algunos aspectos de la ley 24.441”, Anales, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Año Académico 1996, pág. 298, cit. por: MÁRQUEZ, J. F., ob. cit., pág. 1228)
- [166] ITURBIDE, G. A., El fideicomiso..., ob. cit., pág. 600.
- [167] CARREGAL, M. A., Fideicomiso. Teoría y aplicación..., ob. cit., pág. 244; “Coexistencia de las calidades..., ob. cit., pág. 1156.
- [168] Art. 818 del Código Civil: “La compensación de las obligaciones tiene lugar cuando dos personas por derecho propio, reúnen la calidad de acreedor y deudor recíprocamente, cualesquiera que sean las causas de una y otra deuda. Ella extingue con fuerza de pago las dos deudas, hasta donde alcance la menor, desde el tiempo en que ambas empezaron a coexistir. ”
- [169] Cfr. CARREGAL, M. A., Fideicomisos de garantía, ob. cit., pág. 240.
- [170] CARREGAL, M. A., Fideicomiso. Teoría y aplicación..., ob. cit., pág. 235; “Coexistencia de las calidades..., ob. cit., pág. 1156.
- [171] Cfr. CARREGAL, M. A., “Fideicomiso de garantía: lícito..., ob. cit., págs. 950/951; “Reflexiones sobre los fideicomisos de garantía y su problemática concursal” en Guillermo CABANELLAS DE LAS CUEVAS (Dir.) - Gabriel DE REINA TARTIÈRE (Coord.), El fideicomiso de garantía, Heliasta, Buenos Aires, 2008, pág. 454.
- [172] Si bien el fideicomiso constituye un contrato fiduciario o neutro, al momento de su análisis respecto de las tareas desempeñadas por el fiduciario el mismo se presume oneroso conforme el art. 8 de la ley 24.441. Ver: CLUSELLAS, E. G. y ORMAECHEA, C., ob. cit., pág. 61.
- [173] Cfr. RIVA, J. L. y ÁLVAREZ AGUDO, G., ob. cit., pág. 136.
- [174] Cfr. FREIRE, B. V., ob. cit., pág. 149.
- [175] CARREGAL, M. A., Fideicomiso. Teoría y aplicación..., ob. cit., págs. 236/237; “Coexistencia de las calidades..., ob. cit., pág. 1151.
- [176] CARREGAL, M. A., Fideicomiso. Teoría y aplicación..., ob. cit., pág. 237; “Coexistencia de las calidades..., ob. cit., pág. 1151.
- [177] CARREGAL, M. A., Fideicomiso. Teoría y aplicación..., ob. cit., págs. 237/238; “Coexistencia de las calidades..., ob. cit., pág. 1152.
- [178] CARREGAL, M. A., Fideicomiso. Teoría y aplicación..., ob. cit., pág. 237; “Coexistencia de las calidades..., ob. cit., pág. 1152, “¿No colisionan las facultades del acreedor prendario con lo que establece el Art. 3270 Cód Civ., al consagrar legislativamente el principio nemo plus iuris?”.
- [179] CARREGAL, M. A., Fideicomiso. Teoría y aplicación..., ob. cit., págs. 238/239; “Coexistencia de las calidades..., ob. cit., pág. 1152.
- [180] CARREGAL, M. A., Fideicomiso. Teoría y aplicación..., ob. cit., págs. 241/242; “Coexistencia de las calidades..., ob. cit., pág. 1154.
- [181] CARREGAL, M. A., Fideicomiso. Teoría y aplicación..., ob. cit., pág. 242; “Coexistencia de las calidades..., ob. cit., pág. 1154.
- [182] CARREGAL, M. A., Fideicomiso. Teoría y aplicación..., ob. cit., pág. 242; “Coexistencia de las calidades..., ob. cit., pág. 1154.
- [183] ITURBIDE, G. A., El fideicomiso..., ob. cit., págs. 601/602.

- [184] Cfr. KIPER, C. M. y LISOPRAWSKI, S. V., ob. cit., pág. 500; en el mismo sentido se pronuncian FERNÁNDEZ, R. L. y GÓMEZ LEO, O. R., ob. cit., pág. 347.
- [185] Cfr. ITURBIDE, G. A., El fideicomiso..., ob. cit., págs. 602/603.
- [186] KIPER, C. M. y LISOPRAWSKI, S. V., ob. cit., págs. 503/504. No obstante, KIPER en su artículo “El fideicomiso de garantía y las XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (en JA Suplemento del 14 de noviembre de 2007, pág. 3 y ss.) se inclina por sostener la tesis contraria, sin explicar lo que aparentemente constituiría un cambio de opinión. Argumenta que el art. 7 de la ley 24.441 prohíbe que el fiduciario se apropie de los bienes fideicomitidos al concluir el fideicomiso, de modo que aceptar esta posibilidad implicaría violar lo dispuesto por dicha norma con carácter de orden público. Nada opina sobre el derecho a compensar que asiste al fiduciario acreedor entre su crédito y el monto obtenido de la ejecución del bien, que importa extinguir las obligaciones recíprocas exigibles de pleno derecho. Cit. por CARREGAL, M. A., Fideicomiso. Teoría y aplicación..., ob. cit., pág. 243; “Coexistencia de las calidades..., ob. cit., pág. 1155, Nota nº 19.
- [187] MALUMIÁN, N., ob. cit., pág. 443, MÁRQUEZ, J. F., ob. cit., pág. 1229.
- [188] Cfr. RIVA, J. L. y ÁLVAREZ AGUDO, G., ob. cit., pág. 137.
- [189] MÁRQUEZ, J. F., ob. cit., pág., 1229.
- [190] Para el Dr. Carregal considera razonable, de lege ferenda que la doble calidad se limite al supuesto en que el acreedor sea una entidad financiera, pues es allí donde esta modalidad resulta verdaderamente beneficiosa. Además con el control del Banco Central existen mayores garantías de que en la práctica no se desvirtúe por el mal uso de esta alternativa. (CARREGAL, M. A., Fideicomiso. Teoría y aplicación..., ob. cit., pág. 245)
- [191] Art. 1459, últ. párr.: “...El fiduciario no puede ser beneficiario ni fideicomisario, salvo el caso del Art. 1466.”
- [192] MÁRQUEZ, J. F., ob. cit., pág. 1231.
- [193] Cfr. FREIRE, B. V., ob. cit., pág. 149.
- [194] Fallo del Superior Tribunal de Justicia de Santiago del Estero, Sala Civil y Comercial, dictado el 17 de noviembre de 2005 (en LLNOA, 2006, pág. 273); en el mismo sentido se ha pronunciado el Superior Tribunal de justicia de Santiago del Estero en el fallo “Maud, Elías” (Superior Tribunal de Justicia de Santiago del Estero, Sala Civil y Comercial, 17/11/2005); “Banco Hipotecario c/ Ciudad de Buenos Aires” de la Cámara Nacional Federal en lo Contencioso Administrativo, Sala II, de 14 de junio de 2005, donde se ha dicho lo siguiente: “...el Banco Hipotecario ha acumulado dos roles que a priori, acorde con las previsiones de la Ley 24.441, resultan independientes-fiduciario y beneficiario-. Hemos visto que el fideicomiso supone la administración fiduciaria de bienes en beneficio de terceros, empero en el caso quien tiene el dominio fiduciario es a la vez el principal beneficiado por la operatoria, su crédito será satisfecho en primer término con el producido de los bienes fideicomitidos, quedando el remanente para su contraparte.”; “Fabricio Carlos c/ Zigman Construcciones S.A. s/ cobro de pesos y beneficio”, según el cual el contrato de fideicomiso era la misma persona el fiduciario y el acreedor (Banco Hipotecario) y, sin embargo, dicha circunstancia no se tuvo en cuenta por la Cámara como desnaturalizadora de la esencia de la figura contractual de fideicomiso, sino por el contrario para otorgarle la mayor responsabilidad al acreedor por ostentar ese doble carácter. Cit. por: CARREGAL, M. A., Fideicomiso. Teoría y aplicación..., ob. cit., pág. 246, Nota Nº 35.
- [195] Fallo “Donolo, Darío Domingo c/ Banco Hipotecario S.A.” (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B, 05/09/2006)
- [196] CARREGAL, M. A., Fideicomiso. Teoría y aplicación..., ob. cit., págs. 232/233.
- [197] MANRIQUE NIETO, C. E., La fiducia de garantía, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Santa Fe de Bogotá, 1997, pág. 40 y ss., cit. por: ITURBIDE, G. A., El fideicomiso..., ob. cit., págs. 597/598.

[198] WAKEMN SCOTT, The Law of trusts, 3ª Ed., Little, Brown and Co., Boston-Toronto, 1967, pág. 1297 y ss, cit. por: BATIZA, R., El fideicomiso. Teoría y práctica, Porrúa, Méjico, 1976, pág. 336, cit. por: ITURBIDE, G. A., El fideicomiso..., ob. cit., pág. 598.
[199] CARREGAL, M. A., Fideicomiso. Teoría y aplicación..., ob. cit., págs. 233/234;
"Coexistencia de las calidades....", ob. cit., LL, 2008-E-1148.

© Copyright: Universidad Austral