

## Fideicomiso de garantía

Por Félix A. Gaibisso

### **I. Introducción** [\[arriba\]](#)

Con la sanción de la Ley N° 24.441 se liberó toda la potencialidad que se encontraba contenida en la figura del fideicomiso, que si bien se encontraba ya prevista en el art. 2662 del Cód. Civ.[1]. Su escasa regulación llevo a que la misma no tuviera la relevancia que en la actualidad se le reconoce.

Esta ley dedica sus primeros veintiséis artículos a la figura del fideicomiso, para definirlo en su artículo primero como “Habrà fideicomiso cuando una persona (fiduciante) transmita la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (fiduciario), quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato (beneficiario), y a transmitirlo al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario”.

De esta manera y sin ánimo de agotar la cuestión y siguiendo a Freire [2] se define el fideicomiso como el “negocio mediante el cual una persona transmite la propiedad de ciertos bienes para que sean destinados a una finalidad determinada”. No se polemiza en este punto al respecto que si la ley en su artículo primero ha definido al contrato de fideicomiso o si lo que ha definido es el momento a partir del cual existe la propiedad fiduciaria, aunque se entiende que esta última es la más aceptable.

La polémica que reviste objeto del presente, y sobre la cual sí corresponde detenerse, es aquella que ha nacido como consecuencia de la utilización del contrato de fideicomiso bajo su modalidad de garantía, y específicamente se centrara el presente al análisis de la ilicitud de la estructura negocial del contrato de fideicomiso de garantía cuando las partes acuerdan en el mismo que el acreedor -y por definición beneficiario- revista a su vez el carácter de fiduciario.

Pero previo a ello, por resultar necesario, se dedicarán unos conceptos preliminares a analizar brevemente los sujetos intervinientes y los elementos características del contrato.

### **II. Sujetos Intervinientes** [\[arriba\]](#)

De la definición del artículo 1 de la Ley N° 24.441 surgen cuatro sujetos relacionados al contrato de fideicomiso, a saber, i) el fiduciante, quien es el que transmite parte de su patrimonio, ii) el fiduciario, quien recibe ese patrimonio del fiduciante, con el objeto de cumplir con el cometido que se le ha encargado, iii) el beneficiario, quien es el sujeto a favor de quien se constituye el fideicomiso y finalmente iv) el fideicomisario, quien es el destinatario final de los bienes fideicometidos pudiendo ser este el propio fiduciante, el beneficiario o un tercero ajeno al contrato. Se adelanta aquí, sin perjuicio de volver sobre el particular en el momento oportuno, que en virtud de la prohibición expresa del art. 7 [3] el fiduciario tiene prohibido ser a la vez fideicomisario ya que se le encuentra vedada la posibilidad de adquirir para si los bienes fideicometidos.

### **III. Patrimonio de Afectación** [\[arriba\]](#)

Nota característica y esencial del contrato está dada por la recepción en nuestro ordenamiento jurídico de una nueva teoría del patrimonio, o si se quiere, una escisión

de la teoría tradicional que concibe como posible únicamente un patrimonio vinculado exclusivamente a un solo sujeto. Los artículos 14, 15 y 16 de la Ley N° 24.441 dieron nacimiento en nuestro ordenamiento jurídico a la teoría del patrimonio de afectación. De esta manera, al acordársele un destino específico a ciertos bienes, estos son transmitidos por el fiduciario al fiduciante quien ostentará la titularidad fiduciaria de los mismos con el objeto de cumplir la manda fiduciaria.

Estos bienes constituirán un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario, así como también del fiduciante y del beneficiario. Conforme lo define Freire “El fiduciario es un simple soporte jurídico de la propiedad” dichos bienes no se incorporarán al patrimonio del fiduciario, no se confundirán con los propios de este, solo revestirá la titularidad de los mismos a fin de cumplir con sus obligaciones bajo el contrato.

Concluye a este respecto la autora antes citada que el fiduciario tiene la propiedad vacía de contenido patrimonial[4]. El fideicomiso define, Lisoprawski, es un instrumento que “no es en sí nada pero sirve para hacer mucho”[5].

#### **IV. Protección de los Bienes Fideicometidos [\[arriba\]](#)**

Como corolario de este nuevo patrimonio fiduciario los bienes fideicometidos se encuentran exentos de las acciones singulares o colectivas del fiduciario, conforme se explicitó anteriormente, el fiduciario solo ostenta la titularidad fiduciaria de los mismos, por lo que los acreedores de este último no pueden perseguirlos. Por otro lado, una vez que los bienes del fiduciante han sido transferidos en fideicomiso se encuentran, asimismo, resguardados de las acciones que los acreedores particulares del fiduciario pretendan contra este. Este patrimonio separado, como se dijo, está exento de las acciones de los acreedores de ambos, salvo que se haya constituido el fideicomiso en fraude a ellos[6], cuestión esta última que por sus particularidades y exceder el marco del presente no se le brindará mayor análisis.

#### **V. Transferencia a Título de Confianza [\[arriba\]](#)**

Carácter particular de esta figura y punto central de la misma está dado por la relación de confianza existente entre el fiduciante y el fiduciario constituyéndose ésta en la esencia del vínculo que se crea entre ellos. En este punto la doctrina es conteste en afirmar, y entre ellos Freire[7], que el rasgo que caracteriza y distingue al fideicomiso de los demás negocios fiduciarios es la transferencia de la propiedad a título de confianza. De esta manera la transferencia efectuada a título de confianza es característica única y definitoria del fideicomiso, es así que Carregal[8] explica que la expresión “a título de confianza” contenido en el artículo 6 debe entenderse por la motivación, subyacente en el acuerdo de voluntades, representa el porqué del acto, en virtud del cual entiende que el fiduciante transmite el bien al tener en el fiduciario la confianza necesaria para tener la convicción que éste último cumplirá con el encargo encomendado.

#### **VI. Fideicomiso de Garantía [\[arriba\]](#)**

Al sancionarse la Ley N° 24.441 la misma menciona únicamente dos tipos de fideicomiso, el financiero y el testamentario, pero nada dice con respecto al de garantía. Dicha omisión legislativa no resultará óbice para descalificar la figura. Pero ante la falta de definición en la norma y para aproximarse a su viabilidad se utilizará la doctrina legal y entre ella, la definición brindada por Carregal[9] quien entiende a los fideicomisos de garantía como aquellos por los cuales se transfiere al fiduciario un

bien, con el encargo que -en el supuesto de incumplimiento de la obligación del fiduciante (deudor) que se pretende garantizar- el fiduciario proceda a la venta del bien y entregue el producto obtenido, hasta la concurrencia del crédito, al acreedor en cuyo favor se ha constituido, cancelando así total o parcialmente la deuda impaga.

Por su lado Lisoprawski y Kiper[10] en una definición que permite apreciar con más profundidad la flexibilidad de la figura entienden que el fideicomiso de garantía es "el contrato mediante el cual el fiduciante transfiere la propiedad (fiduciaria) de uno o más bienes a un fiduciario con la finalidad de garantizar con ellos, o con su producido, el cumplimiento de ciertas obligaciones a cargo de aquél o un tercero, designando como beneficiario al acreedor o a un tercero, en cuyo favor, en caso de incumplimiento, se pagará la obligación garantizada, según lo previsto en la convención fiduciaria y cumplidas las obligaciones contractuales previstas el fiduciario devolverá la propiedad de los bienes fideicometidos o de su remanente o producido al fiduciante."

Ha sido tal vez la falta de regulación específica de esta figura la que ha desatado un interesante e incesante debate en la doctrina, el cual se profundiza cuando se plantea la posibilidad de superposición de los roles acreedor-fiduciario, siendo este supuesto el eje central del presente.

Así planteada la figura se da la posibilidad de estar frente a un deudor-fiduciante que, con el objeto de garantizar a su acreedor el cumplimiento de lo pactado, transfiere la propiedad fiduciaria de parte de su patrimonio al acreedor fiduciario con el encargo de disponer su venta en caso de incumplimiento de aquel a fin de que con el producido de esto salde la deuda pendiente.

Huelga decir que esta figura ha merecido enérgicos rechazos así como también innumerables adhesiones.

Resulta necesario a esta altura del trabajo adelantar que se mantendrá una posición favorable, pero con ciertas reservas, con respecto a la licitud del fideicomiso de garantía. Se reconoce en esta figura una alternativa excepcional de generación de crédito, pero se destaca la necesidad urgente del dictado de normativa apropiada para la materia.

Pero también se adelanta que con más razón, que se trazará una línea, cuando lo que se pretenda sea incorporar al contrato la posibilidad de acordar al acreedor una actuación de tipo dual al superponerse en él acreedor la calidad de fiduciario-beneficiario.

Las razones para mantener esta posición son muchas y serán analizadas en su oportunidad, pero antes se deberá conocer la posición contraria.

## **VII. Doctrina que Apoya la Superposición de Roles [\[arriba\]](#)**

### *Ventajas patrimoniales.*

Entre aquellos que avalan la figura se encuentra Carregal, quien reconoce en la misma, un instrumento financiero de notable valor al abaratar y agilizar la constitución y ejecución de garantías bancarias, contribuyendo así a reducir el costo del crédito en el mercado[11]. Destacando a su vez que estos logros se alcanzarían más netamente al admitirse que el propio acreedor pueda ser a la vez fiduciario del fideicomiso de garantía toda vez que así se eliminan los costos que por comisiones suelen encarecer la operación.

### *Menores costos. Tiempos reducidos.*

Dicho autor citando a Rodríguez Azuero[12] plantea que la figura presenta una alternativa de ventajas indudables en relación con las tradicionales modalidades de garantía como la prenda y la hipoteca ya que el acreedor se encuentra exento del sometimiento a los procedimientos judiciales necesarios a fin de lograr la subasta de los bienes.

Al encontrarse exentos del sometimiento a los procedimientos judiciales, los tiempos serían menores, no se debería lidiar con los prolongados lapsos que generalmente insumen estos procesos, y finalmente, al enajenar el bien extrajudicialmente se logrará en definitiva un mayor monto que los que se consiguen generalmente en las subastas judiciales, cuestión esta última que redundará en beneficio del propio deudor que se encontrara con más posibilidades de obtener un saldo a su favor, supuesto de dudosa verificación en una subasta judicial, como se dijo, así como también resultaría menos onerosa al no tener que incurrir el deudor en las costas inherentes a todo proceso judicial.

### *Beneficios para acreedor y deudor.*

Como punto central de su andamiaje argumental indican que esos beneficios no juegan únicamente a favor del acreedor, sino que también lo hacen a favor del deudor, al lograrse, bajo esta modalidad, mejores condiciones de venta que las que se conseguirían en un remate judicial.

De su lado Freire, formula una aclaración con respecto a la prohibición prevista en el art. 7 de la Ley N° 24.441[13], en cuanto la misma veda al fiduciario el adquirir para sí los bienes fideicometidos.

Encontrándose la autora encolumnada en la posición que permite la superposición de roles y toda vez que la disposición antes citada se encuentra destinada evitar conflictos de intereses, aclara a tal fin, que la propiedad fiduciaria, y por definición, imperfecta, que se encuentra en cabeza del fiduciario, no se transformara en plena por el mero hecho del incumplimiento. No habrá apropiación del bien objeto de garantía.

Acadido el incumplimiento, deberá el fiduciario ejercer el ius vendendi, que no es otra cosa que el derecho que han acordado en cabeza de este, y que importa el vender o ejecutar el bien sobre el cual reside la garantía, y cuyo producido deberá destinarse a cancelar la deuda mantenida por el deudor. Dicho proceso deberá ceñirse a las pautas que al efecto las partes convinieron en el contrato.

Esta facultad, a la vez que surgirá de la letra misma del contrato, encuentra respaldo legal en el art. 17 de la Ley N° 24.441 que si bien no es una norma destinada específicamente para esta figura, concluye la autora, que si nos encontramos ante un fideicomiso de garantía, indudablemente el fiduciario contará con esta facultad debiendo enajenar los bienes y destinar el producido para saldar la obligación que se pretendió garantizar[14].

Al no haberse destinado una regulación autónoma a esta figura, y menos aún, sobre la posibilidad de que el deudor ostente esta calidad bifronte se debe entrar necesariamente en el análisis al respecto si existe o no una incompatibilidad absoluta entre la función del fiduciario y la calidad de beneficiario.

Los que reconocen los beneficios de esta posibilidad alentándola en consecuencia, entre ellos Carregal[15], entienden que resulta de aplicación el principio constitucional que de nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no

prohíbe y concluyen por vía de este razonamiento en la admisión de la calidad bifronte del fiduciario.

*Inexistencia de atribuciones jurisdiccionales.*

Aquellos que avalan el uso de la figura bajo esta modalidad, adelantándose a las inevitables críticas que se le formulan, toda vez que, podría verse afectada la garantía del juez natural atento a que la facultad de vender el bien objeto de la garantía implicaría el acordársele al fiduciario atribuciones jurisdiccionales. Como respuesta a esta óptica, entienden, que el fiduciario no resuelve controversia alguna, sino que se limita únicamente a comprobar una situación de hecho y a proceder conforme lo previsto por las partes en el contrato.

### **VIII. Posición Intermedia [\[arriba\]](#)**

Esta postura es compartida por Kiper y Lisoprawski[16] quienes sin perjuicio, en orden a su coincidencia en este punto, destacan la necesidad de que en el contrato se encuentre claramente establecido el procedimiento para que una vez advertido el incumplimiento el fiduciario cuente con instrucciones expresas y claras a fin de disponer el bien objeto de la garantía.

Caso contrario, si el fiduciario por ausencia de pautas claras debe hacer un juicio o recurrir a su criterio para establecer si ha habido o no incumplimiento de la obligación se encuentra ante el riesgo que su visión no sea compartida por el fiduciante y que éste último intente hacerlo responsable por los daños ocasionados.

### **IX. Posición que Rechaza la Superposición de Roles [\[arriba\]](#)**

*Falta de elemento esencial.*

Entre quienes se pronuncian por la ilicitud de la figura encontramos al Dr. Peralta Mariscal[17] como su máximo exponente quien entiende que con el uso de la misma se lleva al colmo la desprotección del deudor y -la ilicitud de la figura- en salvaguarda de los derechos del acreedor. Entiende que es una característica definitoria del fideicomiso -una necesidad para su existencia- que el fiduciario se obligue a ejercer el fideicomiso en beneficio de otro “quien se designe en el contrato”, ello, en los términos del artículo 1 de la Ley N° 24.441, situación que no se verificaría cuando el acreedor revista el rol de fiduciario-beneficiario, lo que tornaría al contrato nulo por violar las expresas disposiciones legales que rigen la materia.

*Inexistencia de ventajas para el deudor.*

Este autor formula una crítica a quienes con el objeto de reconocer los beneficios en la posibilidad que brinda el fideicomiso de enajenar extrajudicialmente el bien del deudor manifestándose negativamente por los tiempos prolongados, mayores costos y menores montos obtenidos en las subastas judiciales. En este sentido entiende que lo que debería propiciarse son mecanismos que aseguren mejores resultados en las subastas y no procedimientos que tiendan a evitarlas.

Por otro lado, responde Peralta Mariscal a las afirmaciones consistentes en la supuesta convergencia de intereses entre fiduciante y fiduciario y que se enarbola como ventaja del fideicomiso de garantía toda vez que a ambos tendrían, se alega, un interés común siendo este que el bien se venda al mejor precio posible. La crítica que se les formula es que la venta del bien a un buen precio es lo último que tiene en mente el deudor al contratar, su único objetivo es pagar puntualmente y conservar su bien. La crítica en

realidad, se entiende, está dirigida al orden de importancia que le acuerdan a esta posibilidad sobre todo a la prelación de esta cuestión en la problemática planteada, cuando en realidad, la continuidad del contrato y de la empresa parecerían ser objetivos más nobles y superiores.

Disponer ante el incumplimiento la redacción de una carta documento, buscar dos tasaciones del bien a enajenar y firmar una autorización de venta a favor de un broker inmobiliario parece una actitud compatible con las conductas que sanciona con la nulidad el art. 953[18] de nuestro Cód. Civ. así como también las del art. 1071[19] del mismo cuerpo normativo.

*Inexistencia de confianza.*

Por otro lado valiéndose de las disposiciones del art. 6 de la Ley N° 24.441[20] entiende que bajo esta modalidad, -en rigor de verdad lo hace en referencia al fideicomiso de garantía en donde no coincide el fiduciario con el beneficiario- sin perjuicio de lo cual el punto no pierde validez, por el contrario, se potencia, no existiría el elemento esencial que debe estar presente en el contrato, cual es el elemento de confianza que debe existir en el fiduciante y que debe depositar en el fiduciario.

En este orden de ideas Isasmendi[21], citando a Hayzus dice que “La confusión de roles empaña la figura del fideicomiso por más que se intente revestir el acuerdo entre deudor y acreedor con los caracteres de tal, denominando a aquel el fiduciante y a este el fiduciario...”

Por su lado el autor citado advierte sobre probables resultados negativos con respecto a la figura, la cual entiende que probablemente se desarrolle sin inconvenientes mientras no sean dichos acuerdos cuestionados por terceros ni sean sometidos al contralor judicial en un proceso concursal. Tal vez ahí, advierte, se podrá alegar que el fiduciario pudo haber obrado ya no en virtud de la confianza que se le depositó, sino que lo ha hecho en interés propio y en defensa de su legítimo interés. Consecuencia de esto es que se podría considerar que no hubo fideicomiso ya que faltó un verdadero fiduciario, el que conforme lo ha previsto la Ley N° 24.441 debe traer al contrato neutralidad e independencia, perdiéndose así la triada de intereses que el fideicomiso implica.

## **X. Posición del Suscripto [\[arriba\]](#)**

Conforme se adelantó se entiende que el fideicomiso de garantía puede resultar una institución útil bajo un adecuado marco normativo del cual hoy se carece. Dicha regulación pasa por autorizar la institución de fiduciarios a entidades financieras que actúen en un marco de la necesaria auditoría oficial.

En cambio, se rechaza frontalmente, la confusión entre las figuras de acreedor-fiduciario por entender que contraría expresas disposiciones de la Ley N° 24.441 en cuanto esta requiere alteridad entre los sujetos intervinientes en el mismo conforme lo establece el art. 1 de la ley.

Resulta asimismo violatorio de los artículos 17 y 18 de la Constitución Nacional al vedársele al deudor la posibilidad de acceso a la justicia.

Se coincide con aquellos que entienden que bajo esta modalidad no se encuentra presente el elemento esencial y distintivo del contrato cual es la existencia de confianza en el fiduciario y en consecuencia, deviene así, el contrato nulo.

En cuanto a los argumentos esgrimidos por aquellos que entienden que ante un supuesto incumplimiento por parte del deudor este solo debe “verificar” el hecho objetivo que determina el incumplimiento, tal aseveración se diluye cuando se termina aceptando, como lo hacen Kiper y Lipoprawski, La necesidad que el fiduciario deba realizar un juicio de valor que corrobore la existencia y alcance del “hecho objetivo”. Todo ello indica, en sustancia, la existencia de elementos subjetivos para justificar la decisión del fiduciario.

Será en este punto donde se opina en contrario a esta modalidad y se adelanta que la misma resulta ilícita. Se ve aquí como se pretende asignarle un matiz puro y objetivo al proceder del fiduciario ante un hecho objetivo, como se predica, que constituiría un incumplimiento contractual.

Aquí es donde cabe la pregunta: ¿tendrá capacidad de actuar objetivamente el acreedor-fiduciario ante un supuesto incumplimiento de su deudor? Antes de responder esa pregunta no hay que perder de vista que lo que se encuentra en juego para el acreedor es la percepción de su propio crédito. ¿Tendrá la capacidad necesaria de merituar el detrimento patrimonial que sufrirá su deudor al ejecutársele la garantía?

Afirma Manrique Nieto[22] que el conflicto de intereses se presenta cuando el fiduciario se coloca en tal situación que al desarrollar su encargo tenga, ya sea actual o potencialmente, que escoger entre el interés del fiduciante y el propio. El conflicto así, parece inevitable, la objetividad, imposible. La opinión es compartida.

Manifiestar que el fiduciario se limitará a corroborar el hecho objetivo del incumplimiento y así ejecutar la garantía invita a transitar un camino llano y sin obstáculos con el que raras veces uno se encuentra.

Sin correr el eje del debate y con el objeto de ponderar la importancia que reviste el derecho de defensa en juicio en nuestras prácticas, cabe señalar por vía de ejemplo, que, en uno de los procedimientos en que más se minimiza el principio de la defensa en juicio, como es el supuesto de la ejecución fiscal, a un reducido grupo de defensas, en la práctica y en virtud de principios constitucionales, la jurisprudencia por vía hermenéutica ha engrosado sustantivamente los casos en que se articulen defensas no nominadas en los catálogos procesales, aún cuando ello está expresamente vedado.

Como se dijo, con este ejemplo no se pretende correr el eje del debate, pero sí resulta necesario a fin de tener presente que bajo ciertas circunstancias un derecho que se enarbola como exigible y superior puede terminar no siéndolo. De la misma manera, un conflicto suscitado en el marco de un incumplimiento contractual no siempre dependerá para su solución en la verificación de un simple hecho objetivo. Existirán matices, incidencias externas, contingencias no previstas y contingencias no previsibles, culpas concurrentes y hechos de terceros o del príncipe por los cuales no se deba responder, todas estas cuestiones, que se deben tener presente al momento de brindar a un conflicto una solución justa.

Pretender asignarle una faz de automaticidad neutra a la conducta del fiduciario-acreedor implica desconocer una multiplicidad de situaciones que se pueden verificar durante la vida un contrato y cuya lectura o interpretación dependerá de quien efectúe el análisis. En razón de ello, se reitera, este rol no puede ser asumido por el acreedor.

El introducir otro caso hipotético no se realiza con el afán de brindarle al análisis un matiz casuístico ajeno a la discusión dogmática que se pretende realizar en torno a la figura bajo análisis, pero deviene imposible prescindir de hechos que por lo cotidianos y repetidos en nuestra historia jurídica y económica resulta absurdo soslayar.

El 28 de octubre del 2011 se dictó la Resolución N° 3210 de la AFIP[23] que en la práctica, limitó, y aún limita seriamente la posibilidad de obtener dólares americanos en el mercado. Nos encontraríamos así con un deudor en dólares, imposibilitado de dar cumplimiento a lo acordado con su acreedor-fiduciario, quien verificando objetivamente el incumplimiento de su deudor, se verá autorizado en virtud de las previsiones del contrato a ejecutar la garantía y poner en venta el bien inmueble asiento de los negocios de su deudor.

Esta situación podría tener lugar sin que el deudor tenga posibilidad alguna de alegar ante un juez la teoría de la imprevisión o hecho del príncipe. Lo cierto es que en virtud de lo expresamente pactado por las partes, la situación dada y sin perjuicio del ceñimiento al contrato en el accionar del fiduciario resultaría una situación sumamente disvaliosa para el deudor que parecería no tener remedio. Siempre podrá el deudor, como resulta de toda lógica, acudir a la justicia solicitando una medida cautelar, a fin de preservar su patrimonio, y esto es lo que terminará ocurriendo en la práctica en aquellos casos en los que exista un mínimo de controversia acerca de la medida del incumplimiento. No dudamos que la circunstancia de superposición de roles despierte suspicacias en el juez interviniente que muy presumiblemente ordenara una medida de no innovar.

Es con este simple ejemplo que se materializa la pérdida del equilibrio del contrato, ésta pérdida de equilibrio no lo es en referencia a la teoría de la equivalencia de las prestaciones de la teoría contractual clásica, sino que lo es en relación a la falta de equilibrio que se produce en la relación jurídica en orden a las exorbitantes facultades acordadas a favor del acreedor, cuales son por ejemplo que se le permita en una controversia ser juez y parte a la vez.

Al rechazar la posibilidad de diseñar el contrato de fideicomiso de garantía en el que el acreedor resulte a su vez el fiduciario no se lo hace en virtud de un capricho reaccionario o negativa infundada -o si se quiere temerosa- enraizada en una concepción estática de los institutos receptados en el ordenamiento jurídico.

El rechazo en reconocer la posibilidad de estructurar el negocio estipulando la calidad bifronte de acreedor-fiduciario radica, entre otras, en la circunstancia de que al así hacerlo necesariamente se pierde el sentido de equilibrio que todo contrato debe tener. Más aun, se somete al negocio a un nivel de presión innecesario que en la mayoría de los casos implicará modificar de una manera determinante las posiciones que las partes, especialmente el deudor, adoptarán ante la presencia de una eventual o supuesta contingencia, lo que afectará el normal desenvolvimiento del contrato.

Ciertamente la falta de regulación específica da lugar a este tipo de debates que no benefician a nadie, la necesidad de una reforma deviene así necesaria. En la legislación comparada existe el ejemplo del Cód. Civ. de Quebec que si bien permite la superposición de roles en su art 1274[24], adelantándose a un potencial conflicto de intereses dispone en su siguiente artículo[25] la actuación conjunta de otro fiduciario que no sea ni el fiduciante ni el beneficiario. De su lado, La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de México, en sus arts. 395 y 396, permite la superposición de roles pero únicamente reconociendo tal posibilidad en las entidades financieras específicamente autorizadas al efecto.[26]

Al carecer el contrato de la alteridad que debe y necesita tener, y que solo se logra con la presencia de un tercero imparcial como el fiduciario, faltará esa actuación aséptica y neutra, que es a la vez, la generadora de la confianza que el fiduciante depositará en él y que a la vez es la razón elemental que le dará vida al contrato.

La superposición de roles en el fideicomiso, fuerza la figura, deviniendo el contrato en un ilícito por violar la alteridad que requiere el art. 1 de la Ley N° 24.441.

Resulta a su vez nulo por afectar el principio de defensa en juicio y la consecuente afectación a la inviolabilidad del patrimonio prevista en los arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional.

Se entiende en consecuencia que existe la necesidad de una modificación a la Ley N° 24.441 en la que se regule específicamente este aspecto del contrato, adoptándose en primera medida una definición del mismo, y estableciéndose expresamente que la superposición de roles únicamente pueda recaer en las entidades financieras que habilite la autoridad competente.

Hasta que esto no ocurra la figura del fideicomiso de garantía carecerá de la seguridad que debe inspirar una institución destinada a una actividad esencial y delicada como ser la generación del crédito.

---

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

[2] Freire, Bettina, El Fideicomiso Sus proyecciones en los negocios inmobiliarios, Buenos Aires, Argentina, 1997, pág., 51.

[3] ARTICULO 7° – El contrato no podrá dispensar al fiduciario de la obligación de rendir cuentas, la que podrá ser solicitada por el beneficiario conforme las previsiones contractuales ni de la culpa o dolo en que pudieren incurrir él o sus dependientes, ni de la prohibición de adquirir para sí los bienes fideicometidos.

[4] Freire, Bettina, pág. 76.

[5] Lisoprawski, Silvio, Fideicomiso ni ángel ni demonio, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-E, pág. 1038.

[6] Salerno, Javier, El fideicomiso de garantía frente al concurso preventivo del fiduciante, El Derecho, Buenos Aires, Argentina, 15 de julio de 2009, pág. 1.

[7] Freire, Bettina, págs. 56-57.

[8] Carregal, Mario A., El fideicomiso, regulación jurídica y posibilidades prácticas, Universidad, Buenos Aires, 1982, pág. 74.

[9] Carregal, Mario A. Derecho Empresarial Actual, Editorial De Palma 1996, pág. 240

[10] Lisoprawski, Silvio V. y Kiper, Claudio M., Fideicomiso de Garantía, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2002.

[11] Carregal, Mario A., pág. 239.

[12] Rodríguez Azuero, Sergio, Contratos Bancarios, Bogotá, 1977, págs., 650-651 en Carregal, Mario A., pág. 242.

[13] Ley 24.441, ARTICULO 7° – El contrato no podrá dispensar al fiduciario de la obligación de rendir cuentas... ni de la prohibición de adquirir para sí los bienes fideicometidos.

[14] Freire, pág. 153.

[15] Carregal, pág. 240.

[16] Kiper, Claudio y Silvio Lisoprawski, Teoría y Práctica del Fideicomiso, Buenos Aires, Argentina, Editorial Depalma, pág. 11. “Cabe considerar que el fiduciario no resuelve controversia alguna, limitándose a comprobar una situación de hecho: la falta de pago por parte del deudor.”

[17] Peralta Mariscal, Leopoldo, Fideicomiso de garantía? Neuralgias y cefaleas garantizadas!. Buenos Aires, Argentina, La Ley, 2000-D, pág. 978.

[18] Artículo 953. El objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que estén en el comercio, o que por un motivo especial no se hubiese prohibido que sean objeto de algún acto jurídico, o hechos que no sean imposibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o prohibidos por las leyes, o que se opongan a la libertad de las acciones o de la conciencia, o que perjudiquen los derechos de un tercero. Los actos jurídicos que no sean conformes a esta disposición, son nulos como si no tuviesen objeto.

[19] Artículo 1071. El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto.

[20] Ley 24.441. Artículo 6°. El fiduciario deberá cumplir las obligaciones impuestas por la ley o la convención con la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él.

[21] Hayzus, Jorge. Fideicomiso, págs. 100-101, Buenos Aires, Argentina, Editorial Astrea en Isasmendi, Armando J. El fideicomiso en garantía en el derecho nacional, La Ley 2003-D, 20. Buenos Aires, Argentina

[22] Manrique Nieto, Carlos, La Fiducia de Garantía, Gustavo Ibáñez, Bogotá, Colombia, pág. 40.

[23] Resolución N° 3210 de la AFIP relativa al “Programa de Consulta de Operaciones Cambiarias” dictada el 28/10/2011, publicada en el Boletín Oficial el 31/10/2011.

[24] Código Civil de Quebec art 1274. “Cualquier persona física con pleno ejercicio de sus derechos civiles y cualquier persona jurídica autorizada por la ley pueden actuar como fiduciarios.”

Civil Code of Quebec, art. 1274. "Any natural person having the full exercise of his civil rights, and any legal person authorized by law, may act as a trustee."

[25] Código Civil de Quebec, art 1275. "El constituyente o el beneficiario puede ser fiduciario, pero debe actuar conjuntamente con un fiduciario que no sea constituyente ni beneficiario."

Civil Code of Quebec, 1275. "The settlor or the beneficiary may be a trustee but he shall act jointly with a trustee who is neither the settlor nor a beneficiary."

[26] Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de México. Artículo 395.- Sólo podrán actuar como fiduciarias de los fideicomisos que tengan como fin garantizar al fideicomisario el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago, previstos en esta Sección Segunda, las instituciones y sociedades siguientes..."

Artículo 396.- "Las instituciones y sociedades mencionadas en el artículo anterior, podrán reunir la calidad de fiduciarias y fideicomisarias, tratándose de fideicomisos cuyo fin sea garantizar obligaciones a su favor. En este supuesto, las partes deberán convenir los términos y condiciones para dirimir posibles conflictos de intereses."

© Copyright: Universidad Austral