

## El contrato de fideicomiso: repaso de la versión criolla del trust

Por Susy Inés Bello Knoll

### **I.- El contrato de fideicomiso.**

Este instituto se introdujo en nuestro ordenamiento jurídico a través de la ley 24.441.

El fideicomiso es “un contrato consensual, que se perfecciona por el simple acuerdo de voluntades, rodeado de las formas que fueren menester en cada caso” pero, por otra parte, la entrega del bien es requisito para el nacimiento de la propiedad fiduciaria.

Define el fideicomiso el Artículo 1º de la ley 24.441 que dice textualmente: Habrá fideicomiso cuando una persona (fiduciante) transmita la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (fiduciario), quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato (beneficiario), y a transmitirlo al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario.

El fideicomiso, entonces, es el negocio mediante el cual una persona trasmite la propiedad fiduciaria de ciertos bienes con el objeto de que sean destinados a cumplir un fin determinado. Aquí se destacan dos aspectos claramente definidos. Uno, la transferencia de la propiedad fiduciaria del bien; otro, un mandato de confianza. Podríamos decir también que dos relaciones jurídicas distintas: una de contenido real que comprende la transmisión de bienes o derechos y otra de contenido personal que comprende la obligación de cumplir el encargo que es la finalidad del fideicomiso.

Cuando hablamos de propiedad fiduciaria, podemos decir que es la propiedad que temporariamente ejerce una persona física o jurídica, llamada fiduciario, y que le ha sido transmitida por otra persona física o jurídica denominada fiduciante.

La base de esta relación contractual entre fiduciante y fiduciario, ya algo adelantado, nace de la “confianza” que ambos se tienen. La etimología de la palabra “fideicomiso” es el vocablo latino fides que significa o “confianza”

## **II.- Legislación argentina.**

Antes de la sanción de la ley 24.441 ya estaba prevista el ordenamiento argentino, aunque en forma rudimentaria, la institución del fideicomiso.

En tal sentido, el artículo 2662 del Cód. Civil determinaba: 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.

Estaba tratado como una especie de dominio imperfecto –lo es-, definido en el artículo 2661 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”.

Se trataba, no obstante, de una institución desusada, seguramente porque el escaso marco normativo que la rodeaba generaba inseguridades respecto de las posibilidades y alcances de su utilización.

El dominio fiduciario contemplado por la ley 24.441 es un dominio imperfecto. Conforme artículo 2507 del Código Civil, el dominio se llama pleno o perfecto, cuando es perpetuo y la cosa no está gravada con ningún

derecho real hacia otras personas. Se llama menos pleno, cuando debe resolverse al fin de un cierto tiempo o al advenimiento de alguna condición.

El dominio menos pleno encuentra el fundamento de su imperfección en el hecho de que está sometido a un plazo o una condición, como bien lo señala el artículo 1º de la ley 24.411 cuando dice: “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 transmitirla al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario, o al fideicomisario”.

Concluyo que la propiedad fiduciaria es temporal, toda vez que durará el tiempo que establezca el encargo al fiduciario, que vencerá al cumplimiento del plazo o de la condición, y no es plena, porque el fiduciario sólo podrá efectuar con ella lo que disponga el contrato de fideicomiso.

### **III.- El trust.**

En los antecedentes históricos encontramos tiene dos tipos de fuentes distintas: por un lado el derecho romano, fuente en la que está inspirado casi todo el derecho latino, y en el cual se enroló Vélez Sársfield cuando reguló la figura en el artículo 2662 del Código Civil; por el otro lado, el derecho anglosajón o common law, que ha sido la fuente tomada por el legislador para regular el contrato de fideicomiso al momento de sancionar la ley 24.441.

La Ley 24.441 ha intentado introducir en nuestro derecho de origen romano francés el sistema jurídico del common law.

Esto provoca una serie de dificultades porque el intérprete de un sistema legal como el nuestro no tiene la misma visión y perspectiva que el juez del common law y no puede restar eficacia a las restantes normas que deben

funcionar en armonía con ésta. Sólo el paso del tiempo y el desarrollo de la figura en la práctica permitirán determinar con mayor grado de certeza el acierto del régimen actualmente en vigencia.

En el derecho anglosajón el contrato relaciona a una persona (setlor) que es el fiduciante, quien transmite en propiedad fiduciaria un determinado bien de su propiedad a otro denominado (trustee) para que lo administre en beneficio de un tercero (beneficial), esquema por cierto idéntico al desarrollado por nuestro derecho positivo en la ley 24.441.

Sin embargo, el trust fue creado por los no académicos y definido por la práctica de las relaciones contractuales con distintos propósitos. Tampoco es necesario que el trust sea escrito en algunos Estados de los Estados Unidos de América. En otros es obligatorio como en Louisiana. En otros existe la obligación de registración.<sup>1</sup>

Como decía José María Curá, en el comentario al libro “Fideicomiso testamentario y derecho sucesorio” de Francisco Ferrer Abeledo Perrot, Buenos Aires, en el año 2000, parafraseando al mismo Ferrer: el fideicomiso constituye un avance anglosajón que nos llega desde el norte, con proyecciones innovadoras y que, en principio, tiene aprobada eficiencia a través de los siglos.

#### **IV.- Fideicomisos ordinarios y fideicomisos financieros.**

Sancionada la ley 24.441, y luego de la crisis económica del año 2001, la figura del fideicomiso ha ido tomando una presencia significativa tanto en

---

<sup>1</sup> Expresión de Lucy Mc Gough en su clase de Trust, mayo 2005, en Louisiana State University. Curso de Derecho de Empresa de los Estados Unidos del Paul M. Hebert Law Center de Louisiana State University (LSU) y la Facultad de Derecho de la Universidad Austral (UA)

nuestro mercado de capitales a través de los fideicomisos financieros, como en la actividad comercial diaria a través de la constitución de fideicomisos ordinarios.

El Título I de la Ley 24.441, hace referencia a dos tipos de fideicomisos: El financiero y el no financiero. Quiere decir que podemos hablar de fideicomiso financiero y de fideicomiso común u ordinario. La ley sólo define el financiero en el artículo 19 y dice que “es aquel sujeto a las reglas de la ley en el cual el fiduciario es una entidad financiera o una sociedad especialmente autorizada por la Comisión Nacional de Valores para actuar como fiduciario financiero, y beneficiario son los titulares de certificados de participación en el dominio fiduciario o de títulos representativos de deuda garantizados con los bienes así transmitidos.” El común se define a partir del financiero.

A su vez cualquiera de estos dos tipos de fideicomisos pueden ser de administración o de garantía. El fideicomiso de garantía es un negocio accesorio de otra relación jurídica que origina la obligación que es garantizada por la fiducia.

El objeto del fideicomiso es respaldar el cumplimiento de la obligación.<sup>2</sup>

La ley ni permite ni prohíbe expresamente el llamado “fideicomiso de garantía”, simplemente no lo menciona.

La doctrina debate sobre su admisibilidad de nuestro derecho, aun cuando la mayoría se inclina por su admisión.

Un fideicomiso de garantía, en que determinados bienes del deudor-fiduciante-fideicomisario pasan a un fiduciario para que disponga de ellos en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, y entregue al acreedor-

---

<sup>2</sup> Freire, Bettina, El fideicomiso- sus proyecciones en los negocios inmobiliarios” ps. 147/148. Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1997

beneficiario – hasta la concurrencia del crédito – el monto obtenido en la venta. Las instrucciones al fiduciario contenidas en un fideicomiso de garantía podrían resumirse de la siguiente manera: el fiduciario recibe el bien (supongamos un inmueble) con el cargo de (i) devolver la propiedad plena al deudor-fiduciante si la deuda es cancelada o (ii) vender el inmueble según el procedimiento que hubiese sido previsto y pagar al acreedor-beneficiario el monto de su crédito con los recursos obtenidos. En consecuencia, la condición que faculta al fiduciario a vender es la mora del deudor-fiduciante. El fiduciario tendrá por ocurrida la mora en base a hechos objetivos previstos en el contrato de fideicomiso.

El mandato que tiene el fiduciario es que en caso de mora en el cumplimiento de las obligaciones contraídas, ejecute la garantía y conforme el procedimiento de venta pautado en el contrato de fideicomiso, realice los bienes fideicomitados, y posteriormente, abone el saldo deudor a la entidad financiera. En caso de existir remanentes, luego del pago de los gastos y costos del proceso de venta, dicha suma remanente deberá serle reembolsada al fiduciante.

En otros casos se toma un préstamo dinerario en una entidad financiera y se garantiza la devolución en tiempo y forma de dicho préstamo, constituyendo un fideicomiso de garantía, en donde cede a favor del beneficiario –la entidad financiera– un determinado porcentaje de las acciones que forman el capital social de una tercera sociedad, de la cual es controlante o a veces de la misma sociedad.

Analizando las disposiciones societarias referidas a la cesión de voto al acreedor en el caso de prenda, artículo 219 de la ley 19.550: “en caso de constitución de prenda o de embargo judicial, los derechos corresponden al propietario de las acciones”. Parece razonable entonces que la Inspección

General de Justicia en el Caso<sup>3</sup> Buenos Aires Broadcast Sociedad Anónima haya negado la posibilidad al fiduciario de ejercer el derecho de voto.

#### **V.- Efecto atractivo del fideicomiso.**

Respecto a los efectos del fideicomiso, debemos destacar que allí reside uno de los atractivos más importantes de este instituto.

Dice el artículo 14 de la ley: “Los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario y del fiduciante. La responsabilidad objetiva del fiduciario emergente del art. 1113 del Código Civil se limita al valor de la cosa fideicomitada cuyo riesgo o vicio fuese causa del daño si el fiduciario no pudo razonablemente haberse asegurado.”

El artículo 14 introduce expresamente el concepto de “patrimonio de afectación”. El artículo 2312 del Código Civil define al patrimonio como “el conjunto de bienes de una persona”.

Los artículos 15 y 16 complementan el sistema de patrimonio separado, disponiendo que los bienes fideicomitidos están fuera de la acción de los acreedores del fiduciario (singular o colectiva), del fiduciante y del beneficiario. La ley deja a salvo la acción de fraude.

Entiendo que también queda a salvo la acción de simulación conforme el artículo 955 del Código Civil que dice: “La simulación tiene lugar cuando se encubre el carácter jurídico de un acto bajo la apariencia de otro, o cuando el acto contiene cláusulas que no son sinceras, o fechas que no son verdaderas, o cuando por él se constituyen o transfieren derechos a personas interpuestas, que no son aquellas para quienes en realidad se constituyen o transmiten”, o la

---

<sup>3</sup> I.G.J. "Buenos Aires Broadcast Sociedad Anónima" Res. I.G.J. N° 820/05; 29/08/2005

acción pauliana conforme el artículo 961 del Código Civil que dice: “Todo acreedor quirografario puede demandar la revocación de los actos celebrados por el deudor en perjuicio o fraude de sus derechos”.

Para algunos el correcto desempeño del fiduciario como un buen hombre de negocios, actuando con la debida prudencia y diligencia, aconsejaría la verificación de los créditos de los beneficiarios-acreedores de la fiducia, a los efectos de evitar posteriores acciones revocatorias.

## **VI.- El fideicomiso público.**

Adoptando la definición de Miguel Acosta Romero se puede caracterizar al “fideicomiso público” como aquel por el cual el Estado transmite a un “fiduciario” la propiedad de bienes de su dominio público o privado o le afecta fondos públicos, para llevar a cabo un fin lícito de interés público. El fideicomiso en la Administración Pública, por ende, tiene características sui generis con relación a los demás tipos de fideicomisos.

Las características distintivas entre el “fideicomiso público y privado”, pueden sintetizarse de la siguiente manera:

- a) El “fideicomiso público” tiene origen en el derecho administrativo, sin perjuicio de la aplicación supletoria de la ley 24.441, en todo lo que no se oponga a aquél.
- b) La Administración debe necesariamente intervenir en su constitución.
- c) El patrimonio separado se forma en cabeza de un fiduciario con bienes del Estado y consecuentemente, la finalidad del fideicomiso que le sirve de causa es de interés público.
- d) El “fideicomiso público” puede coincidir con el normado en la ley 24.441 o bien tomar algunos de sus contenidos, pero con características y

adaptaciones que responden a las necesidades de la administración en cada caso concreto.<sup>4</sup>

## VI.- A modo de conclusión del repaso.

Cada una de las puntualizaciones realizadas en este repaso nos hacen notar que desde el día 16 de enero de 1995 en que la ley 24.441 se publicó en el Boletín Oficial, la sociedad empresaria y jurídica argentina comenzó a diseñar aplicaciones del contrato de fideicomiso y las llevó a la práctica a lo largo de estos más de 10 años.

Sigue siendo un contrato novedoso para algunos pero por sobre todas las cosas un contrato con tantas perspectivas de uso que despierta la creatividad tanto en el mundo de los negocios como en el área del derecho.<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> Kiper, Claudio y Lisoprawski, Silvio, "Teoría y Práctica del Fideicomiso", p. 105 y ss. Ed. Depalma, 1999

<sup>5</sup> Se utilizó como base la conferencia dictada el día 9 de mayo de 2006 en el Colegio Público de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires y se han tenido en cuenta las siguientes fuentes:

- Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial n° 21; Sec. n° 42: "Cemborain Elizabeth c/ El Fundador S.A. s/ medida precautoria" 29/10/2004 y CNCom.; Sala E; 18/04/2005
- I.G.J. "Buenos Aires Broadcast Sociedad Anónima" Res. I.G.J. N° 820/05; 29/08/2005
- El contrato de fideicomiso de garantía y el concurso preventivo del fiduciante. El necesario camino de definir su alcance. Por Marcelo Camerini. El Derecho 27 de diciembre de 2005.
- Carregal, Mario, *El fideicomiso*, Universidad de Buenos Aires, 1982, pág. 48.
- Andorno, Luis O., *La propiedad fiduciaria*, Revista del Derecho Comercial, año 38, 2005-A, Lexis Nexis Argentina, pág. 241
- Martorell, Ernesto E., *Tratado de los contratos de empresas*, 2° ed. actualizada, Buenos Aires, Depalma 2000, t. 2, pag. 1025
- El concurso del fiduciante en los fideicomisos de garantía. Por Mario A. Carregal. La Ley 19 de febrero de 2004.
- Fideicomisos de garantía y cesión de flujos de fondos futuros e indeterminados. Por Agustín Waisman. La Ley 20 y 21 de enero de 2004.
- Peralta Mariscal, Leopoldo "¿Fideicomiso de garantía? ¡Neuralgias y acefaleas garantizadas!, La Ley 2000-D, 977
- Carregal, Mario A. "Fideicomiso de garantía: lícito y necesario" La Ley 2002-E, 950
- Curá, José María, comentario al libro "Fideicomiso testamentario y derecho sucesorio" de Francisco Ferrer Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000.
- Dominio fiduciario. Algunas consideraciones sobre el nuevo régimen legal. Por Gabriela A. Iturbide y Marcelo Pepe. La Ley 26 de agosto de 1998.
- Villagordoa Lozano, José M. "Doctrina General del Fideicomiso", p. 292 y 293, Méjico, 1998
- Kiper, Claudio y Lisoprawski, Silvio, "Teoría y Práctica del Fideicomiso", p. 104 y ss. Ed. Depalma, 1999
- El fideicomiso y el fraude. Por Osvaldo H. Soler y Enrique D. Carrica. La Ley 18 de abril de 2000.

- 
- La invalidez del fideicomiso unilateral y la autoafectación de bienes en fideicomiso. Por Silvio Víctor Lisoprawski. La ley 27 de agosto de 1998.
  - Freire, Bettina V. “El fideicomiso- sus proyecciones en los negocios inmobiliarios” ps. 147/148. Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1997
  - El fideicomiso y el derecho de autoprotección Por Nelly Alicia Taiana de Brandi y Maritel Mariela Brandi Taiana
  - El fideicomiso en garantía en el derecho nacional. Por Armando J. Isasmendi. La Ley 28 de mayo de 2003.