

Las sociedades comerciales como fiduciario en fideicomisos de administración

Por Susy Inés Bello Knoll

I.- Fideicomisos de administración. II.- El fiduciario. III.- Obligaciones del fiduciario. IV.-Derechos del fiduciario. V.- Conclusiones.

I.- Fideicomisos de administración.

Los fideicomisos se clasifican en general según sus fines y así podemos encontrar, entre otros, fideicomisos de administración; de inversión; inmobiliarios; de garantía; financieros; de fondos de pensión; del Estado¹, entre otros. Además se pueden clasificar según quien resulte el fiduciario, en ordinarios o financieros; según los bienes asignados al patrimonio fiduciario, en universales o particulares². Consideraremos aquí, en especial, uno de los más utilizados para generar algunas reflexiones, a saber:

Fideicomiso de administración

Podemos decir que el fideicomiso de administración es aquel fideicomiso en virtud del cual se transmiten bienes al fiduciario para que los administre y con su producto cumpla los encargos del fiduciante o fideicomitente entregándoselos a éste, a un tercero o reinvirtiéndolos según se disponga³. El fiduciario recibe los bienes que le transmite el fiduciante y debe administrarlos de la manera indicada en el fideicomiso y entregarlos al cabo de un período al beneficiario por lo que la característica principal es la constitución

¹ GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., "Fideicomiso. Apreciaciones sobre las nuevas normas", Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 1995-E, pág. 1226.

² RAISBERG, Claudia, "El fideicomiso en garantía frente al concurso", Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2006-C, pág. 1242-1245.

³ ROSENFELD, L. Carlos, "Antecedentes históricos del Fideicomiso", Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 1998-E, pág. 1197. En igual sentido CRISTIÁ, María José, "El fideicomiso en la República Argentina", en NASARRE AZNAR, Sergio y GARRIDO MELERO, Martín (coordinadores), "Los patrimonios fiduciarios y el "trust"", III Congreso de Derecho Civil Catalán, Marcial Pons, Madrid, 2006, pág. 219.

de un patrimonio separado para su administración por el fiduciario⁴. Se entregan los bienes para su administración, guarda, conservación y percepción de sus productos y rentas⁵. La Superintendencia Bancaria Colombiana tiene expresado que “se entiende por negocios fiduciarios de administración aquellos en los cuales se entregan bienes a una institución fiduciaria, con o sin transferencia de la propiedad, para que los administre y desarrolle la gestión encomendada por el constituyente y destine los rendimientos, si los hay, al cumplimiento de la finalidad señalada⁶”. Esta fiducia en Colombia está puesta no sólo al servicio de los particulares sino además al servicio del sector público en los denominados “fideicomisos de administración y pagos” donde la finalidad central del encargo se vincula con el desarrollo de contratos, particularmente de obras públicas en los que los avances de obra van originando la obligación de pago a los contratistas que se realizan luego de que el fiduciario verifique los requisitos y el cumplimiento de lo comprometido⁷. Recordamos aquí que Colombia exige la profesionalidad de los fiduciarios y que es la Superintendencia Bancaria el órgano de control del funcionamiento y actuación de los mismos.

Para el derecho alemán simplemente se trataría de una fiducia de administración o *Verwaltungstreuhand* o fiducia por autorización o *Ermächtigungstreuhand* porque generalmente el fiduciario no tiene la propiedad formal del bien sino sólo el derecho de disponer de él en nombre propio⁸ por lo que también se denomina “falsa fiducia” ya que no tiene por objeto la creación de un patrimonio especial sino sólo la gestión de bienes⁹.

Conforme lo expresado el fideicomiso de administración es aquél en el cual se transfiere la propiedad de bienes a un fiduciario para que los administre conforme a lo establecido por el constituyente destinando el producido, si lo hay, al cumplimiento de la finalidad señalada en el contrato pero el fideicomiso de inversión, para nosotros, una variante del

⁴ LENARDON, Fernando Roberto, “*Fideicomiso gubernamental*”, Osmar D. Buyatti Librería Editorial, Buenos Aires, Argentina, 2008, pág. 35.

⁵ MAURY de GONZÁLEZ, Beatriz (directora), “*Tratado teórico práctico de fideicomiso*”, Editorial Ad-hoc S.R.L, Buenos Aires, 2004, pág. 343.

⁶ Citando la Circular Básica Jurídica, Tomo V, Capítulo I, No. 3, apartado c), RODRIGUEZ AZUERO, Sergio, “*Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina*”, Primera Edición, Legis Editores S.A., Colombia, 2005, pág. 383.

⁷ RODRIGUEZ AZUERO, Sergio, “*Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina*”, Primera Edición, Legis Editores S.A., Colombia, 2005, pág. 384.

⁸ Si el fiduciario deviene propietario nos encontramos con la fiducia de pleno derecho o *Vollrechtstreuhand*.

⁹ LEHMANN, Matthias, “*El trust y el Derecho alemán: ¿historia de amor o choque de culturas?*”, Universität Bayreuth en ARROYO I AMAYUELAS, Esther (directora), “*El trust en el Derecho Civil*”, con la colaboración de Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia; Departament d’Innovació, Universitat i Empresa, Registradors de Catalunya y Col·legi de Notaris de Catalunya, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, pág. 45.

fideicomiso de administración, es aquél que tiene por finalidad la inversión de recursos financieros con arreglo a instrucciones determinadas para beneficio del fideicomitente o de quien se designe en el contrato como beneficiario¹⁰. El fideicomiso de inversión consiste en que el fiduciario administre, según instrucciones del fiduciante o fideicomitente, un fondo (en dinero, acciones, bonos u otros valores) recurriendo a una inversión determinada¹¹. En estos fideicomisos caben todas las formas imaginables de colocar los recursos que van desde la destinación específica e invariable señalada al fiduciario hasta aquella donde se le otorga al fiduciario absoluta discrecionalidad en el manejo de los recursos aunque esta última esta rechazada en algunas jurisdicciones como Colombia¹².

Generalmente el constituyente del fideicomiso de administración persigue una administración productiva más que una simple conservación del patrimonio transferido¹³. Han existido constituciones de fideicomisos organizados simplemente para captar recursos sin ser fideicomisos financieros que se han denominado erróneamente, para nosotros, Fondos de Inversión Directa (FID) porque a nuestro criterio son simplemente la organización de emprendimientos productivos con causa en un fideicomiso. Estos casos, por ejemplo, son los más variados y difundidos en Argentina y se han referido en especial a: (i) a desarrollos inmobiliarios y (ii) a la actividad agrícola para la producción de cereales en campos de terceros. En estos últimos los inversores provienen del mercado de capitales y existe un tercero designado en carácter de Fiduciario, que en general es una entidad financiera. Se suma a ellos un operador profesional, generalmente un estudio de profesionales agrónomos con experiencia suficiente en materia de producción de cereales, y una organización de control¹⁴. Aquí no nos referiremos a las características de los fiduciarios en los fideicomisos financieros y nos centramos en el fideicomiso de administración en general sin abundar en detalles diferencias en relación a la clasificación de la ley 24.441 en relación a este tipo de fideicomisos por exceder a estas páginas su consideración. Las legislaciones latinoamericanas, en su gran mayoría, distinguen entre fiduciarios profesionales y comunes. A los primeros se les exige determinados requisitos

¹⁰ SCOCCO, Mónica, “*Cuando la extrapresupuestariedad y la defensa del federalismo van de la mano*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2004-D, pág. 1417-1425.

¹¹ ROSENFELD, L. Carlos, “*Antecedentes históricos del Fideicomiso*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 1998-E, pág. 1197.

¹² RODRIGUEZ AZUERO, Sergio, “*Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina*”, Primera Edición, Legis Editores S.A., Colombia, 2005, pág. 386.

¹³ BORISSOVA, Universidad de Luxemburgo, “*La fiducia en el Gran Ducado de Luxemburgo: presentación de una técnica contractual*”, en ARROYO I AMAYUELAS, Esther (directora), “*El trust en el Derecho Civil*”, con la colaboración de Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia; Departament d’Innovació, Universitat i Empresa, Registradors de Catalunya y Col-legi de Notaris de Catalunya, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, pág. 197.

¹⁴ CATUOGNO, Juan Luis, y, GÓMEZ DE LA LASTRA, Manuel, “*Fideicomisos y fondos de inversión directa: vehículos idóneos para asociarse, producir y crecer*”, publicado en www.eldial.com.

patrimoniales y administrativos y es obligatoria su intervención en fideicomisos bancarios o financieros y los segundos, los fiduciarios comunes, pueden atender los restantes negocios fiduciarios¹⁵.

Dentro de los fideicomisos de inversión también podemos mencionar a los denominados fideicomisos inmobiliarios que se constituyen como grupos cerrados de inversores originantes que aseguran los aportes suficientes como para llegar a finalizar la obra. Algunos de ellos se aseguran el financiamiento de la obra con las denominadas “preventas”, atrayendo a compradores que están interesados en aprovechar el menor precio de un emprendimiento que es todavía proyecto o recién está en el pozo, es decir sin iniciar la actividad constructiva. El fiduciario administrador en estos casos obtiene así los fondos suficientes como para cubrir el costo de la construcción y el precio de la tierra¹⁶. El fideicomiso denominado inmobiliario es el marco jurídico apropiado para el desarrollo y comercialización de emprendimientos urbanísticos tales como barrios cerrados, clubes de campo, complejo de oficinas o viviendas¹⁷. Comúnmente se celebra un contrato entre las partes, fiduciante y fiduciario, por el cual el transmitente fiduciante se obliga a transferir a favor del fiduciario la propiedad fiduciaria de un inmueble a los efectos de llevar a cabo el emprendimiento urbanístico. En dicho contrato se especifica, entre otras cosas, el objeto de la fiducia, los derechos y obligaciones de las partes, facultades del fiduciario, su remuneración y forma de sustitución, posibilidad de emitir títulos de deuda o certificados de participación si el fideicomiso es financiero, destino de los bienes fideicomitados al momento de la finalización del contrato, características del emprendimiento constructivo, plazos, condiciones, formas de extinción y demás elementos relevantes para las partes y los terceros¹⁸. Respecto a estos emprendimientos la aplicación del fideicomiso encuentra su razón fundante en la seguridad que ofrece el patrimonio de afectación que origina esta figura¹⁹. En general los fideicomisos para negocios inmobiliarios o agrícolas dan lugar a inversiones directas²⁰ pero no por ellos se convierten en Fondos de Inversión Directa (FID) como hemos planteado.

¹⁵ CAMERINI, Marcelo A., “*El fideicomiso civil y el fideicomiso financiero*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-F, pág. 998.

¹⁶ LISOPRAWSKI, Silvio, “*Fideicomisos inmobiliarios. Oferta pública de fideicomisos no financieros*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-D, pág. 912.

¹⁷ ESTÉVEZ CAMBRA, Sebastián, “*El fideicomiso. Una modalidad, el inmobiliario*”, Anales de legislación argentina, Boletín informativo, Año 2007, Número 6, Tomo LXVII-B, pág. VI.

¹⁸ DE HOZ, Marcelo, “*Contrato de fideicomiso. Alternativa para emprendimientos urbanísticos y productivos*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2003-A, pág. 1067.

¹⁹ ORELLE, José María, “*Financiación de emprendimientos inmobiliarios a través del fideicomiso*”, Suplemento Especial La Ley “Emprendimientos inmobiliarios”, Buenos Aires, Argentina, Director: Eduardo L Gregorini Clusellas, pág. 9.

²⁰ ESTÉVEZ CAMBRA, Sebastián, “*El fideicomiso. Una modalidad, el inmobiliario*”, Anales de legislación argentina, Boletín informativo, Año 2007, Número 6, Tomo LXVII-B, pág. I.

Existen algunos fideicomisos de administración específicos como el régimen especial de Administración de las Entidades Deportivas con Dificultades Económicas que instituye los "Fideicomisos de Administración con Control Judicial" en el derecho argentino por la ley 25.284. El carácter de fiduciante corresponde, en esta norma, a la asociación o entidad civil deportiva propietaria de los bienes fideicomitados; el de fiduciario, al órgano que en cada caso sea creado al efecto que debe ser integrado por expertos en gestión deportiva; y el de beneficiario, a los acreedores y dependientes de la entidad, a quienes la ley dispone proteger²¹. En este caso en particular el objetivo ha sido el salvataje financiero de los Clubes de Fútbol.

II. El Fiduciario.

El fiduciario podrá ser cualquier persona con capacidad suficiente para cumplir con lo indicado en el fideicomiso²² por ello puede ser fiduciario toda sociedad comercial que su instrumento constitutivo expresamente la capacite para recibir por contrato o por testamento la propiedad fiduciaria²³. Las leyes de México, Panamá y Liechtenstein requieren para ser fiduciario, autorización especial al efecto; en Venezuela sólo pueden serlo “las instituciones bancarias y las empresas de seguros constituidas en el país, a las cuales conceda autorización el Ejecutivo Nacional, por Resolución del Ministerio de Hacienda o de Fomento, respectivamente”²⁴; en Colombia “los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias, especialmente autorizados por la Superintendencia bancaria”²⁵; en México sólo las instituciones financieras pueden serlo²⁶; en Perú están autorizadas sólo algunos tipos de empresas²⁷; en Luxemburgo pueden actuar como

²¹ CASADÍO MARTÍNEZ, Claudio Alfredo, “Fideicomisos de administración de entidades deportivas con dificultades económicas”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-E, pág. 731-739.

²² GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., “Fideicomiso. Apreciaciones sobre las nuevas normas”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 1995-E, pág. 1226.

²³ Ley 3284, Código de Comercio de Costa Rica, CAPÍTULO XII Del fideicomiso, Artículo 637.

²⁴ Artículo 12 de la Ley Venezolana conforme MARTIN SANTISTEBAN, Sonia, “El instituto del trust en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios del civil law”, Primera Edición, Cizur Menor Aranzadi, Navarra, 2005, pág. 203.

²⁵ Artículo 1226.3 de la Ley Colombiana conforme MARTIN SANTISTEBAN, Sonia, “El instituto del trust en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios del civil law”, Primera Edición, Cizur Menor Aranzadi, Navarra, 2005, pág. 203.

²⁶ GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., “Fideicomiso. Apreciaciones sobre las nuevas normas”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 1995-E, pág. 1226.

²⁷ Ley 26.702: “Art. 242.—Empresas autorizadas a desempeñarse como fiduciarios. Están autorizadas para desempeñarse como fiduciarias, COFIDE, las empresas de operaciones múltiples a que se refiere el inciso A del artículo 16 y las empresas de servicios fiduciarios que señala el inciso b-5 del artículo mencionado, así como las empresas del numeral 1º del artículo 318”.

fiduciarios los bancos, sociedades de inversión de capital variable o fijo, empresas de titulización, sociedades administradores de fondos de inversión, de fondos de pensiones, compañías aseguradoras, y organismos públicos que operen en el ámbito financiero que son objeto de control por una autoridad de regulación²⁸; y, en Francia no pueden ser fiduciarios más que los bancos y otras entidades financieras²⁹.

Sin duda alguna el fiduciario en el fideicomiso (el *trustee* en el *trust*) es el sujeto más importante de la figura porque a su alrededor gira todo el esquema legal del instituto. Es el único sujeto imprescindible³⁰ y el personaje central de la figura³¹. Por ello entendemos que la aceptación de su encargo debe ser expresa³² ya que la aceptación tiene carácter constitutivo³³ y entonces el fiduciario tendría un derecho previo antes de configurarse como fiduciario que es aquel de aceptar o rechazar el nombramiento en ese carácter ya que ello supone el perfeccionamiento o no del contrato³⁴. La aceptación de la fiducia es esencial para que ésta resulte plenamente constituida³⁵ por lo que la

²⁸ BORISSOVA, Universidad de Luxemburgo, “*La fiducia en el Gran Ducado de Luxemburgo: presentación de una técnica contractual*”, en ARROYO I AMAYUELAS, Esther (directora), “*El trust en el Derecho Civil*”, con la colaboración de Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia; Departament d’Innovació, Universitats i Empresa, Registradors de Catalunya y Col·legi de Notaris de Catalunya, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, pág. 192.

²⁹ BARRIÈRE, Francois, Université Pantheon-Assas (París II), “*El equivalente francés del trust o la fiducia como instrumento comercial*” en ARROYO I AMAYUELAS, Esther (directora), “*El trust en el Derecho Civil*”, con la colaboración de Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia; Departament d’Innovació, Universitats i Empresa, Registradors de Catalunya y Col·legi de Notaris de Catalunya, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, pág. 126. En igual sentido ARROYO I AMAYUELAS, Esther, “*¿Y si universalizamos el trust, también en Cataluña?*”, en ARROYO I AMAYUELAS, Esther (directora), “*El trust en el Derecho Civil*”, con la colaboración de Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia; Departament d’Innovació, Universitats i Empresa, Registradors de Catalunya y Col·legi de Notaris de Catalunya, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, pág. 473 citando el artículo 2015 del Código Civil. En igual sentido KIPER, Claudio M, y LISOPRAWSKI, Silvio, “*La ley francesa de fideicomiso*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-F, pág. 982.

³⁰ MARTIN SANTISTEBAN, Sonia, “*El instituto del trust en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios del civil law*”, Primera Edición, Cizur Menor Aranzadi, Navarra, 2005, pág. 57.

³¹ MOREAU, Rémi, “*Protección de los espacios naturales y fiducia de utilidad social: la experiencia quebequesa*”, en ARROYO I AMAYUELAS, Esther (directora), “*El trust en el Derecho Civil*”, con la colaboración de Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia; Departament d’Innovació, Universitats i Empresa, Registradors de Catalunya y Col·legi de Notaris de Catalunya, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, pág. 261.

³² GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., “*Fideicomiso. Apreciaciones sobre las nuevas normas*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 1995-E, pág. 1226.

³³ AMÉNDOLA, Manuel Alejandro, “*Fideicomiso testamentario: cuestiones controvertidas*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2008-A, pág. 952-958.

³⁴ LENARDON, Fernando Roberto, “*Fideicomiso gubernamental*”, Osmar D. Buyatti Librería Editorial, Buenos Aires, Argentina, 2008, pág. 45.

³⁵ Así lo determina, por ejemplo, el artículo 1265 del Code civil du Québec, conforme MOREAU, Rémi, “*Protección de los espacios naturales y fiducia de utilidad social: la experiencia quebequesa*”, en

aceptación de la encomienda por parte de una sociedad comercial deberá cumplir con todos los requisitos necesarios para que el acto sea válido en el marco del tipo societario del fiduciario y de las disposiciones de su contrato social. En la simple fiducia el fiduciario no tiene la misma importancia porque su investidura no es legal³⁶. No será habitual entonces que el fiduciante o fideicomitente no proceda al nombramiento del fiduciario en un fideicomiso pero si así sucediera hay legislaciones que lo contemplan y delegan en la jurisdicción el nombramiento del mismo³⁷. En este caso igualmente será necesaria la validez de la decisión de aceptación del mandato judicial por parte del órgano societario correspondiente.

La naturaleza de la función del fiduciario es discutida. Coincidimos en que existen similitudes que podrían llevar a la aplicación de la teoría del órgano pero el fiduciario no es un órgano del fideicomiso ni siquiera en el caso de que actúe colegiadamente como lo autorizan la mayoría de las legislaciones³⁸.

La crítica de los autores se presenta cuando se analiza que el fiduciario, sujeto de derecho con patrimonio propio es a la vez titular de un patrimonio independiente al que no se le aplican las mismas reglas relativas a los sujetos titulares ya que no se trata de una persona (ni natural ni jurídica) sino en todo caso de un contrato³⁹. En el derecho anglosajón le corresponde al fiduciario la propiedad con un título no pleno porque su derecho se encuentra sujeto a los límites de actuar en beneficio ajeno⁴⁰.

ARROYO I AMAYUELAS, Esther (directora), *“El trust en el Derecho Civil”*, con la colaboración de Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia; Departament d’Innovació, Universitats i Empresa, Registradors de Catalunya y Col·legi de Notaris de Catalunya, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, pág. 261.

³⁶ DE ARESPACOHAGA, Joaquín, *“El “trust”, la fiducia y figuras afines”*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pág. 66.

³⁷ Ley 3284, Código de Comercio de Costa Rica, CAPÍTULO XII Del fideicomiso: “Art. 638.—Si por cualquier causa faltare el fiduciario, el nombramiento del sustituto será hecho por el fideicomitente y en defecto de este, por el Juez civil de su jurisdicción a solicitud de parte interesada, siguiendo los trámites correspondientes a los actos de jurisdicción voluntaria”.

³⁸ JUNYENT BAS, Francisco, y, MOLINA SANDOVAL, Carlos A., *“Bases para una reforma del régimen del fideicomiso a propósito de la necesidad de su inscripción”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-C, pág. 782-790.

³⁹ ALLENDE, Lisandro A., y BORDA, Guillermo J., *“Apuntes sobre la práctica del fideicomiso”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-D, pág. 1267.

⁴⁰ MARTIN SANTISTEBAN, Sonia, *“El instituto del trust en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios del civil law”*, Primera Edición, Cizur Menor Aranzadi, Navarra, 2005, pág. 57.

El fiduciario es el sujeto titular del dominio fiduciario⁴¹ y quien deberá ejercerlo en beneficio del beneficiario hasta tanto se cumpla el plazo o condición, momento en que deberá transmitir el dominio a quien se designe para recepcionarlo al finalizar el fideicomiso y es quien contrata con los terceros pero no participa de las utilidades ni responde por las pérdidas⁴². El fiduciario es el llamado a cumplir el encargo específico para el que se instituyó el fideicomiso y por ello tiene sobre los bienes fideicomitados los derechos propios del *dominus* con las limitaciones propias de la temporalidad característica de esta especie de dominio imperfecto, las limitaciones resultantes de la manda recibida del fiduciante y las derivadas de la naturaleza de los bienes que constituyen el patrimonio fideicomitado⁴³.

Nada impide que pueda actuar más de un fiduciario y así lo puede autorizar o prohibir el propio fideicomiso. Se deberá cuidar de que no existan inconvenientes o impedimentos operativos para ello⁴⁴ y determinar la solución en cada conflicto que se pueda suscitar entre cofiduciarios y la clara división de responsabilidades. Algunas legislaciones en particular han dado solución a este conflicto a través de mecanismos judiciales como sucede en Costa Rica⁴⁵. No es recomendable, según nuestro criterio, la existencia de cofiduciarios por los innumerables problemas prácticos que ello puede ocasionar⁴⁶. El Tribunal Federal suizo en el año 1952 estimó que en el caso de la

⁴¹ En el caso de que los bienes sean registrables, el registro se hará a nombre del fiduciario como indica, por ejemplo a) la Ley 3284, Código de Comercio de Costa Rica, CAPÍTULO XII Del fideicomiso: “Art. 636.—El fideicomiso de bienes sujetos a inscripción deberá ser inscrito en el registro respectivo. En virtud de la inscripción el bien quedará inscrito en nombre del fiduciario en su calidad de tal”; b) la ley argentina 24.441: “Art. 13.—Cuando se trate de bienes registrables, los registros correspondientes deberán tomar razón de la transferencia fiduciaria de la propiedad a nombre del fiduciario”.

⁴² GOTLIEB, Verónica; VEZZONI, Malvina, y COPPOLETTA, Sebastián C., “*El acreedor laboral frente al fideicomiso*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2008-F, pág. 917 y ss.

⁴³ SCOCCO, Mónica, “*Cuando la extrapresupuestariedad y la defensa del federalismo van de la mano*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2004-D, pág. 1417-1425.

⁴⁴ GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., “*Fideicomiso. Apreciaciones sobre las nuevas normas*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 1995-E, pág. 1226.

⁴⁵ Ley 3284, Código de Comercio de Costa Rica, CAPÍTULO XII Del fideicomiso: “Art. 639.—El fideicomitente puede designar varios fiduciarios para que conjunta o sucesivamente desempeñen el fideicomiso y establecer el orden y las condiciones en que deben sustituirse. Art. 640.—Salvo lo que en contrario se establezca en el acto constitutivo, cuando se designen dos fiduciarios, estos deberán obrar conjuntamente. La falta de acuerdo entre ellos será resuelta por el juez competente, siguiendo los trámites establecidos para los actos de jurisdicción voluntaria. Si se designaren tres o más, sus decisiones las tomarán por mayoría. El empate lo decidirá el nombrado en primer lugar. Art. 641.—Cuando sean varios los fiduciarios, el que disienta de la mayoría o no haya participado en la resolución, sólo será responsable de la ejecución llevada a cabo por sus cofiduciarios, en los siguientes casos: a) Si delega, indebidamente sus funciones; b) Si aprueba, consiente o encubre una infracción al fideicomiso; y c) Si con culpa o negligencia graves, omite ejercer una vigilancia razonable sobre los actos de los demás”.

⁴⁶ LENARDON, Fernando Roberto, “*Fideicomiso gubernamental*”, Osmar D. Buyatti Librería Editorial, Buenos Aires, Argentina, 2008, pág. 45.

pluralidad de fiduciarios, los derechos del fiduciario premuerto no forman parte de su sucesión sino que acrecían a los cofiduciarios restantes⁴⁷.

El fiduciario no podrá delegar sus funciones, pero sí designar, bajo su responsabilidad, a los auxiliares y apoderados que demande la ejecución de determinados actos del fideicomiso que lo justifiquen por su especificidad o complejidad⁴⁸. La responsabilidad del fiduciario ante los beneficiarios no se extingue por la delegación⁴⁹. Sin embargo con cierta frecuencia, en los países anglosajones, suele incluirse la "*Lucking clause*", llamada así recordando el precedente jurisprudencial inglés, por la cual el *trustee* es autorizado a delegar en terceros el *management* de las compañías controladas y a abstenerse de intervenir salvo que lleguen a su conocimiento irregularidades⁵⁰.

En la normativa comparada no se acepta en general que el fiduciario reúna además la calidad de beneficiario porque se produciría una desnaturalización del negocio fiduciario. Así en Estados Unidos de América se considera que el único fiduciario de un *trust* no puede ser el único beneficiario del negocio porque se trataría de una especie de obligación consigo mismo. El Código Civil de Québec, en el artículo 1275 prohíbe al fiduciario ser beneficiario exclusivo. La Ley Peruana, en relación con el fideicomiso en garantía, prohíbe que el acreedor sea fiduciario^{51/52}.

⁴⁷ DUNAND, Jean-Philippe, Universidad de Neuchatel y Lausana, "*La fiducia o las fiducias en Derecho suizo: una protección desigual y lagunosa de los patrimonios fiduciarios*" en ARROYO I AMAYUELAS, Esther (directora), "*El trust en el Derecho Civil*", con la colaboración de Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia; Departament d'Innovació, Universitats i Empresa, Registradors de Catalunya y Col·legi de Notaris de Catalunya, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, pág. 238.

⁴⁸ Ley 3284, Código de Comercio de Costa Rica, CAPÍTULO XII Del fideicomiso, Art. 643.

⁴⁹ GIOVENCO, Arturo C., "*La delegación de funciones en el fideicomiso financiero. Límites, condiciones y deberes de control*", Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, LA LEY, Tomo 2009-D, pág. 1281.

⁵⁰ AYUSO, Javier Enrique, y LEMMA, Javier Martín, "*El private trust angloamericano visto desde el derecho argentino. Las lecciones de "De Luca" y "Eurnekian"*", Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2005-C, pág. 1131.

⁵¹ Ley 26.702: Art. 274.—Fideicomiso en garantía. La empresa que otorgue créditos con una garantía fiduciaria constituida con una tercera empresa fiduciaria se resarcirá del crédito incumplido con el resultado que se obtenga de la ejecución del patrimonio fideicomitado, en la forma prevista en el contrato o con el propio patrimonio fideicomitado cuando éste se encuentre integrado por dinero, dando cuenta, en este último caso a la superintendencia. Son excluyentes la calidad de fiduciario y acreedor.

⁵² El análisis de la legislación comparada surge de VAZQUEZ, Gabriela A., "*El fideicomiso de garantías: certezas y vacilaciones*", Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2006-A, pág. 1178.

III. Obligaciones del fiduciario.

En fin, el fiduciario es la persona en quien se confía conforme la esencia del instituto y por ello, como decía Joaquín GARRIGUES, tiene “una extraordinaria capacidad de abuso” por lo que deben establecerse claramente sus obligaciones y responsabilidades⁵³.

Algunas de las obligaciones del fiduciario son:

a) debe cumplir con lo indicado en el fideicomiso en relación a la función asignada ajustándose estrictamente a la ley y debe hacerlo de buena fe, es decir con ausencia de toda intención defraudatoria⁵⁴.

b) debe actuar con prudencia en la conservación y rendimiento del patrimonio fideicomitado. Para algunos autores y legislaciones debe obrar con la diligencia de un buen padre de familia^{55/56} y para otros debe comportarse conforme la prudencia y diligencia de un buen hombre de negocios en quien se ha depositado la plena confianza⁵⁷ pero en todos los casos debe hacerlo con un criterio de buena fe sin extraer provecho de su función y evitando conflictos de intereses⁵⁸. En Roma se requería *Diligentia* para todas las obligaciones derivadas de negocios de gestión y la jurisprudencia clásica denominaba culpa a la falta de diligencia debida⁵⁹. Además del criterio de la *bona fides*, sobre el que la figura del fideicomiso tiene su base y

⁵³ RODRIGUEZ AZUERO, Sergio, “*Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina*”, Primera Edición, Legis Editores S.A., Colombia, 2005, Prólogo de Gilberto PEÑA CASTRILLÓN, pág. XXXIV.

⁵⁴ CUENA BOY, Francisco, “El fideicomiso de residuo en el Derecho Romano y en la *tradición romanística hasta los códigos civiles*”, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, Santander, 2004, pág. 28.

⁵⁵ MARTIN SANTISTEBAN, Sonia, “*El instituto del trust en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios del civil law*”, Primera Edición, Cizur Menor Aranzadi, Navarra, 2005, pág. 59.

⁵⁶ Ley 3284, Código de Comercio de Costa Rica, CAPÍTULO XII Del fideicomiso: “Art. 645.—El fiduciario deberá emplear en el desempeño de su gestión el cuidado de un buen padre de familia...”

⁵⁷ CARREGAL, Mario A., “Fideicomiso: Le malade imaginaire”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2009-F, pág. 959-967.

⁵⁸ MARTIN SANTISTEBAN, Sonia, “*El instituto del trust en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios del civil law*”, Primera Edición, Cizur Menor Aranzadi, Navarra, 2005, pág. 59.

⁵⁹ GARCÍA GARRIDO, Manuel J., “*Derecho Privado Romano*”, Segunda edición, revisada, DYKINSON S.A., Madrid, 1984, pág. 355.

fundamento, se aplica el criterio de razonabilidad del *arbitrium boni viri*, es decir, la discreción que se considera propia de un buen varón⁶⁰. Si bien ambos criterios tienen estrecha relación y el segundo es postulado por el primero, ambos se reconducen en la conducta honesta y leal presupuesta por el fideicomiso⁶¹, instituto que se funda en la confianza. Algunas legislaciones establecen estrictas pautas de conducta como la ley Colombiana en el artículo 1234 del Código Comercial⁶² o el Código Civil de Québec en sus artículos 1278 a 1292⁶³. El derecho chino indica que el fiduciario debe actuar con honestidad, fidelidad, prudencia y eficiencia⁶⁴. En relación a la estipulación específica de la legislación societaria se suma la disposición del artículo 59 en relación a la conducta esperada por parte de los administradores y representantes de la sociedad que tiene el carácter de fiduciario.

c) debe detentar transitoriamente la titularidad de los bienes fideicomitidos. Deberá mantenerlos separados de sus propios bienes y de otros bienes que puede detentar como fiduciario en otros fideicomisos.

d) debe guardar confidencialidad sobre los términos del fideicomiso.

e) debe actuar a favor de los beneficiarios que por otra parte será la misión inserta en el fideicomiso. La totalidad de las facultades de los *trustees* sólo pueden ser ejercidas en interés de los beneficiarios y de acuerdo a los términos del instrumento constitutivo del fideicomiso. Algunos consideran que el único deber del fiduciario es actuar en interés de los beneficiarios. Es justamente en ese marco que su obligación es siempre proceder

⁶⁰ CUENA BOY, Francisco, “*El fideicomiso de residuo en el Derecho Romano y en la tradición romanística hasta los códigos civiles*”, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, Santander, 2004, pág. 20.

⁶¹ Citando a Desanti, CUENA BOY, Francisco, “*El fideicomiso de residuo en el Derecho Romano y en la tradición romanística hasta los códigos civiles*”, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, Santander, 2004, pág. 224.

⁶² “Título XI. De la fiducia. Art. 1234.—Otros deberes indelegables del fiduciario. Son deberes indelegables del fiduciario, además de los previstos en el acto constitutivo, los siguientes: 1. Realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia...”

⁶³ GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., “*Fideicomiso. Apreciaciones sobre las nuevas normas*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 1995-E, pág. 1226.

⁶⁴ Artículo 25 de la ley china de trust que dice: “...2. *the trustee shall fulfill his duties and perform the obligation of being honest, trustworthy and cautious, and managing effectively*” según ZHANG, Lihong, East China University of Political Science and Law, “La experiencia jurídica del trust en la República Popular China”, en ARROYO I AMAYUELAS, Esther (directora), “*El trust en el Derecho Civil*”, con la colaboración de Generalitat de Catalunya, Departament de Justicia; Departament d’Innovació, Universitats i Empresa, Registradors de Catalunya y Col·legi de Notaris de Catalunya, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, pág. 281.

de buena fe en interés de los beneficiarios y no conducirse contra dichos intereses por razones impropias⁶⁵.

f) debe rendir cuentas y en este sentido es propio que lleve una contabilidad de las operaciones⁶⁶. Esta obligación de rendir cuentas de su gestión debe cumplirse por lo menos una vez al año⁶⁷. La periodicidad para dicha rendición de cuentas se establecerá en el fideicomiso y caso contrario se debe fundar la exigencia en la razonabilidad negocial. Esta rendición de cuentas se refiere específicamente al fideicomiso y es distinta a la rendición de cuentas societaria que se debe regir de acuerdo al tipo a la normativa de la ley de sociedades comerciales.

g) debe contratar seguros para la protección de los bienes fideicomitidos cuando fuere razonable hacerlo y particularmente de responsabilidad civil a favor del patrimonio fideicomitado para resguardarlo de la responsabilidad que derive de los eventuales daños que puedan ocasionar las cosas que lo componen⁶⁸. Si el fiduciario no contrató seguros, porque no fue razonable hacerlo, pero ocurre un daño por el riesgo o vicio de cosas fideicomitidas, coincidimos con CARREGAL en relación a que responderá en primer lugar el fideicomiso plenamente y si los bienes que lo componen no fuesen suficientes, recién entonces, deberá responder el fiduciario con sus bienes personales, pero hasta el valor de la cosa cuyo riesgo o vicio produjo el daño⁶⁹.

h) debe defender el patrimonio fideicomitado ejerciendo todas las acciones a ese fin tanto contra terceros como contra el beneficiario⁷⁰. Para ello debe asegurar la custodia

⁶⁵ AYUSO, Javier Enrique, y LEMMA, Javier Martín, “*El private trust angloamericano visto desde el derecho argentino. Las lecciones de "De Luca" y "Eurnekian"*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2005-C, pág. 1131 citando a la Corte Real de Jersey in re “In the matter of the Esteem Settlement (Abacus (C.I.) Limited as Trustee - Grupo Torras S.A. and Culmer v. Al Sabah and four others”, 13/6/2003.

⁶⁶ KENNY, Mario Oscar, “*El fideicomiso en general y el financiero*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2009-E, pág. 1177..

⁶⁷ DE HOZ, Marcelo, “*Contrato de fideicomiso. Alternativa para emprendimientos urbanísticos y productivos*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2004-A, pág. 813-819.

⁶⁸ PACHECOY, Ramiro S., “*Responsabilidad objetiva del fiduciario en la Ley 24.441*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-F, pág. 1301.

⁶⁹ Mencionando a CARREGAL, Mario en PACHECOY, Ramiro S., “*Responsabilidad objetiva del fiduciario en la Ley 24.441*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-F, pág. 1301.

⁷⁰ LENARDON, Fernando Roberto, “*Fideicomiso gubernamental*”, Osmar D. Buyatti Librería Editorial, Buenos Aires, Argentina, 2008, pág. 48.

de la documentación necesaria para el ejercicio de los derechos del patrimonio fiduciario⁷¹.

i) cumplir con las obligaciones fiscales correspondientes al fideicomiso y a los bienes fideicomitados⁷². Estas obligaciones son distintas de aquellas que surgen a la sociedad como sujeto de derecho distinto del fideicomiso que se constituye como patrimonio separado y por ende sujeto tributario diferente.

j) preservar el patrimonio fideicomitado de acuerdo a su finalidad y dar aviso inmediato de cualquier desmejora, depreciación, usurpación, daño o riesgo que pueda afectar al patrimonio fideicomitado, al fideicomisario y al beneficiario⁷³ hasta el momento de la transmisión efectiva del mismo.

k) debe buscar tener conocimiento sobre el estado de solvencia del fiduciante por las implicancias que podría tener la aceptación de bienes en fideicomiso de una persona insolvente^{74/75}.

Además de cesar el fiduciario en sus funciones por el cumplimiento de la tarea asignada podrá ser removido por incumplimiento de sus obligaciones. Sin embargo, el incumplimiento del fiduciario no produce la revocación del dominio a favor del fiduciante sino que habilita su remoción judicial a instancias del fiduciante o a pedido del beneficiario con citación del fiduciante. Asimismo podrá cesar como fiduciario la sociedad comercial por disolución; quiebra o liquidación de la misma; y, renuncia, si se hubiese autorizado expresamente esta causa en el contrato ya que el encargo es en principio irrenunciable⁷⁶. Se pueden preveer en el fideicomiso situaciones derivadas del concurso o quiebra del fiduciante e indicarse la conducta a seguir en cuanto a la

⁷¹ GIOVENCO, Arturo C., “*La delegación de funciones en el fideicomiso financiero. Límites, condiciones y deberes de control*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, LA LEY, Tomo 2009-D, pág. 1281.

⁷² LENARDON, Fernando Roberto, “*Fideicomiso gubernamental*”, Osmar D. Buyatti Librería Editorial, Buenos Aires, Argentina, 2008, pág. 88.

⁷³ ROSENFELD, L. Carlos, “*Antecedentes históricos del Fideicomiso*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 1998-E, pág. 1192.

⁷⁴ SOLER, Osvaldo H., y, CARRICA, Enrique D., “*El fideicomiso y el fraude*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2000-B, pág. 1193-1198.

⁷⁵ Entiéndese por persona insolvente aquella incapaz de pagar sus deudas por el desequilibrio patrimonial que sufre.

⁷⁶ GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., “*Fideicomiso. Apreciaciones sobre las nuevas normas*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 1995-E, pág. 1226.

continuación o resolución del contrato pero debe tenerse en cuenta que estas cláusulas no podrían lesionar principios de orden público⁷⁷.

El fiduciario será responsable objetivamente por el daño que puede ocasionar el riesgo o vicio de las cosas fideicomitidas, respecto de las cuales reviste el carácter de propietario, sin perjuicio de las características especiales del dominio fiduciario que ejerce. Habrá responsabilidad subjetiva para el fiduciario por culpa en su actuación o la de sus dependientes, dolo o culpa si la cosa fideicomitada fuere utilizada, culposa o negligentemente como un medio o instrumento para la provocar daño. El deber de vigilancia y su eventual consecuencia, la *culpa in vigilando* opera exclusivamente a favor de los beneficiarios del fideicomiso⁷⁸. No se puede dispensar la responsabilidad por dolo o culpa por actos en los que el fiduciario o sus dependientes hayan intervenido en virtud de cláusulas especiales y si existieren éstas deberán ser de interpretación restrictiva, tal como surge de la actual tendencia doctrinaria y jurisprudencial⁷⁹. Asimismo responderá el fiduciario con los bienes fideicomitados por las deudas contraídas en la ejecución del fideicomiso⁸⁰. Uno de los pocos fallos existentes relacionados con el fideicomiso en la República Argentina es en materia de abuso del derecho, resultando ejemplar el precedente sentado por la sala G de la Cámara Nacional Civil en el caso "Ortiz Pablo Darío contra T.G.R. Hipotecaria S.A. s/daños y perjuicios"⁸¹ en cuanto impide que la liberación de responsabilidad de un fiduciario profesional, pese a la existencia de cláusulas contractuales predispuestas, en el marco de

⁷⁷ DE HOZ, Marcelo, "Contrato de fideicomiso e ineficacia sobreviniente", Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2003-A, pág. 1067-1070.

⁷⁸ GIOVENCO, Arturo C., "La delegación de funciones en el fideicomiso financiero. Límites, condiciones y deberes de control", Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, LA LEY, Tomo 2009-D, pág. 1281.

⁷⁹ DE HOZ, Marcelo, "Contrato de fideicomiso e ineficacia sobreviniente", Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2003-A, pág. 1067-1070.

⁸⁰ PACHECOY, Ramiro S., "Responsabilidad objetiva del fiduciario en la Ley 24.441", Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-F, pág. 1301.

⁸¹ El fallo dictado por la Cámara Nacional en lo Civil, sala G en autos "Ortiz, Pablo D. c. TGR Hipotecaria S.A." condenó al fiduciario de un fideicomiso de garantía por considerarse que por su culpa ocasionó un daño moral a los compradores de una unidad de vivienda, como consecuencia de las fallas que ésta presentaba (aparentemente humedades) teniendo especialmente en cuenta los problemas de salud que aquejaban a aquéllos. Se trataba de un emprendimiento inmobiliario financiado por el fiduciario (suponemos que el prestatario sería el desarrollista), quien se habría reservado facultades de control de la construcción, ya que generalmente los desembolsos de los préstamos de esta naturaleza se realizan contra certificados de avance de obra. Todo conforme CARREGAL, Mario A., "El fideicomiso: su aplicación desde la sanción de la ley 24.441", Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-B, pág. 1165-1170, quien critica el fallo indicando que no puede rebajarse a uno de los contratantes al indigno papel de haber abusado de su posición contractual, simplemente por haber introducido una cláusula — la llamada predispuesta— que sólo clarifica con la mayor buena fe la naturaleza de su intervención en el negocio y en la ejecución de la obra, no asumiendo por lo tanto responsabilidades que no le corresponden.

una estructuración contractual compleja difícilmente comprensible para un consumidor medio⁸².

En algunas legislaciones se contempla específicamente la responsabilidad penal del fiduciario. En el aspecto objetivo, el tipo penal es de los llamados delitos especiales propios que son aquellos en los que la norma requiere un círculo específico de personas cualificadas o autores idóneos mencionados en el tipo penal mediante los elementos descriptivos especiales del sujeto. Así, por ejemplo, en el Código Penal Argentino⁸³ se condena al titular fiduciario que en beneficio propio o de un tercero dispusiere, gravare o perjudicare los bienes fideicomitados y de esta forma defraudare los derechos de los cocontratantes. Dentro del género de las defraudaciones, este delito se enrola en la categoría de los abusos de confianza porque el desplazamiento patrimonial inicial se efectúa en el marco de un negocio jurídico válido, el fideicomiso, que se funda en la confianza, y el perjuicio al sujeto pasivo surge posteriormente cuando el administrador o fiduciario administra irregularmente el patrimonio fideicomitado abusando precisamente de esa confianza que fuere causa de la transferencia fiduciaria inicial. Dentro del tipo penal objetivo debe verificarse también como resultado la ocurrencia de un perjuicio patrimonial efectivo al sujeto pasivo que podrá ser el fiduciante, los beneficiarios y/o el fideicomitente, que en el caso de fideicomisos financieros serán los titulares de certificados de participación en el dominio fiduciario o de títulos representativos de deuda garantizados con los bienes transmitidos. En el campo del tipo penal subjetivo, se trata de un delito doloso que requiere del sujeto activo el conocimiento de su calidad de titular fiduciario. Debe saber que mediante su conducta dispone, grava o perjudica los bienes fideicomitados ocasionando un perjuicio, y querer efectivamente realizar la acción y producir el resultado disvalioso. Adicionalmente, el tipo penal requiere de un elemento subjetivo especial que guíe la conducta del autor ya que todo su accionar debe tener como fin específico la obtención de un beneficio para sí o para un tercero. Por ello sólo es admisible la forma del dolo directo por lo que cualquier otro fin que haya guiado su conducta torna atípica su acción. Ninguno de los tipos penales aplicables puede estar previsto en su forma culposa. En este caso, el cómplice debe actuar dolosamente y por ende la complicidad imprudente será impune⁸⁴. En el caso de la sociedad comercial valen aquí todas las disquisiciones doctrinarias sobre la imputación de conducta penal de las mismas.

⁸² LISOPRAWSKI, Silvio, “*Fideicomiso ni ángel ni demonio*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2007-E, pág. 1038 y ss.

⁸³ El artículo 173 inciso 12 del Código Penal Argentino, luego de su modificación por la ley 24.441 establece que: "sin perjuicio de la disposición general del artículo precedente (estafa genérica), se considerarán casos especiales de defraudación y sufrirán la pena que él establece (prisión de un mes a seis años) ... el titular fiduciario, el administrador de fondos comunes de inversión o el dador de un contrato de leasing, que en beneficio propio o de un tercero dispusiere, gravare o perjudicare los bienes y de esta manera defraudare los derechos de los cocontratantes."

⁸⁴ LISOPRAWSKI, Silvio, y DEL SEL, Juan María, “*Responsabilidad del Developer en el fideicomiso inmobiliario*”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2008-A, pág. 652-667.

IV.-Derechos del fiduciario.

Algunos de los derechos del fiduciario son:

- a) derecho a percibir una remuneración por su función.

- b) derecho al reintegro de gastos.

- c) derecho a ejercer libremente las acciones tendientes a cumplir con el mandato incluido en el fideicomiso.

- d) derecho a exigir transparencia en la transferencia de derechos a su favor. Resulta aplicable en los países de la Unión Europea la Tercera Directiva europea sobre el blanqueo de capitales, Directiva 2005/60/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005⁸⁵.

- e) derecho a detentar el dominio fiduciario de los bienes. Dicho carácter fiduciario del dominio tendrá efecto entre las partes desde su constitución, y frente a terceros desde que se cumplen las formalidades y recaudos exigibles por cada legislación y de acuerdo a la naturaleza de los bienes transferidos⁸⁶.

V.- Conclusiones.

Resulta que el fideicomiso de administración es aquel fideicomiso en virtud del cual se transmiten bienes al fiduciario para que los administre y con su producto cumpla los encargos del fiduciante o fideicomitente entregándoselos a éste, a un tercero o reinvirtiéndolos según se disponga.

⁸⁵ BARRIÉRE, Francois, Université Pantheon-Assas (París II), *“El equivalente francés del trust o la fiducia como instrumento comercial”* en ARROYO I AMAYUELAS, Esther (directora), *“El trust en el Derecho Civil”*, con la colaboración de Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia; Departament d’Innovació, Universitat i Empresa, Registradors de Catalunya y Col·legi de Notaris de Catalunya, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, pág. 121.

⁸⁶ GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., *“Fideicomiso. Apreciaciones sobre las nuevas normas”*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 1995-E, pág. 1226.

Dentro de ese concepto puede ser fiduciario toda sociedad comercial capacitada expresamente por su instrumento constitutivo para recibir por contrato o por testamento la propiedad fiduciaria.

La aceptación de su encargo debe ser expresa ya que la aceptación tiene carácter constitutivo y deberá cumplir con todos los requisitos necesarios para que el acto sea válido en el marco del tipo societario del fiduciario y de las disposiciones de su contrato social.

Entre las obligaciones del fiduciario, la obligación de actuar con prudencia en la conservación y rendimiento del patrimonio fideicomitido y en el cumplimiento de la manda fiduciaria se suma a la estipulación específica de la legislación societaria del artículo 59 en relación a la conducta esperada por parte de los administradores y representantes de la sociedad que tiene el carácter de fiduciario. Asimismo la obligación de rendición de cuentas fiduciaria se agrega al específico requerimiento societario sobre el particular dispuesto para cada tipo social.