

Fideicomiso de garantía: posibilidad de que el fiduciario adquiera bienes del patrimonio fiduciario en el momento de su ejecución por falta de pago

Por Ixiel Peluffo. Trabajo final del Premaster Semipresencial CUDES-Universidad Austral. Edición 2012.

Sumario: 1.- Antecedentes. 2.- Normativa Legal. 3.- Objeto del fideicomiso. 4.- Sujetos- Responsabilidad del Fiduciario. 5.- Bienes que componen el patrimonio fideicomitado. 6.- Esquema del fideicomiso de garantía. 7.- Cláusulas prohibidas del Fideicomiso. 8.- Virtudes de la figura. 9.- Bibliografía consultada.

1.- Antecedentes

La historia del fideicomiso tiene más de 2000 años de existencia, tanto así que ya desde la época del imperio romano se hacía uso de este tipo de contratos. Cabe mencionar que originalmente fue utilizada esta estructura jurídica con el objeto de soslayar trabas legales que impedían darle a determinados bienes cierto destino. La base sobre la que se fundamentó desde el origen fue la confianza que el transmitente de un bien depositaba en el adquirente. La transferencia se realizaba en propiedad teniendo el adquirente las facultades derivadas de su condición de dueño de la cosa, de acuerdo con las instrucciones del transmitente.

Frente al amplio poder jurídico que el transmitente daba al adquirente, éste se comprometía a usar ese poder dentro de los límites impuestos por el fiduciante y teniendo en cuenta el fin restringido y acordado, al cual se apuntaba, respetando la voluntad de aquél. Con el correr del tiempo y en atención a los abusos en que

incurría el adquirente, al no respetar los encargos fiduciarios o por excederse en los mismos, fue limitándose su potestad sobre los bienes transmitidos, manteniendo su condición de titular jurídico pero con poderes recortados por la normativa jurídica y por la intervención de la justicia, que priorizaron la voluntad del constituyente y los derechos de los beneficiarios por sobre el derecho de propiedad que aquél ostentaba. Con sus dos formas principales, la llamada “fiduciae cum creditote” y la denominada “fiduciae cum amico”.

La primera representa una forma de garantía. En este caso la persona que solicitaba un préstamo a otra lo que hacía era traspasarle sus bienes como garantía, mientras el préstamo estuviera vigente. Una vez cancelada la obligación los bienes eran devueltos por el acreedor a su respectivo dueño. En su forma original esta figura se prestó a abusos porque en algunos casos el acreedor podía hacer uso irrestricto de los bienes a su favor. Posteriormente se buscaron formas para que esto no suceda de manera tan marcada.

De acuerdo con Sergio Rodríguez Azuero, esta figura fue de gran importancia, ya que vino a cumplir un papel muy importante, antes de la aparición de los documentos de garantía tal y como los conocemos actualmente. Sin embargo, representaba dos grandes desventajas: - Cuando el acreedor, abusando de su posición enajenaba el bien, el deudor quedaba en una difícil posición, pues, careciendo de acción real, no podía perseguir el bien en manos de terceros y tenía que limitarse a ejercer una acción personal contra su acreedor quien podía declararse insolvente o caer en mala situación de negocios. - El deudor no tenía la posibilidad de conservar el bien a título precario, el acreedor siempre podía demandar la entrega del bien respectivo.

2.- Normativa legal

Para la legislación Argentina, el fideicomiso tiene un ámbito estructural, conceptual y jurídico amplio. Su existencia data del año 1995. En la actualidad el fideicomiso, está normado en el artículo 1º de la Ley N° 24.441, que señala que *“habrá fideicomiso cuando una persona (fiduciante) transmita la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (fiduciario), quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato (beneficiario), y a transmitirlo al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario.”* Según Karina Barbosa en nuestra legislación el fideicomiso (fiducia significa “fe, confianza”, etc.) es una figura jurídica que permite aislar bienes, flujos de fondos, negocios, derechos, etc. en un patrimonio independiente y separado con diferentes finalidades. Es un instrumento de uso muy extendido en el mundo. Su correlato anglosajón es el trust. Se perfecciona a través de un contrato regulado por dicha normativa. La misma es clara, y genérica, y es considerada segura y aplicable a una gran variedad de asuntos en razón de sus características y ventajas comparativas.

Asimismo, y teniendo en cuenta que se trata de un contrato es de aplicación el artículo 1137 del Código Civil vigente *“Hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos”*. Como también el artículo 1144 y siguientes del mismo cuerpo legal, es decir que los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, excepto aquellos que, además, deben observar la forma señalada por la ley bajo sanción de nulidad. El artículo 1137 del Código Civil consagra que todos los contratos de derecho privado, inclusive los innominados, quedan sometidos a las reglas generales contenidas en esta sección –Fuentes de Obligaciones, Sección Primera, Contratos en General- salvo en cuanto resulten incompatibles con las reglas particulares de cada contrato. Cabe mencionar, que el

contrato de fideicomiso tiene además la legislación especial antes mencionada.

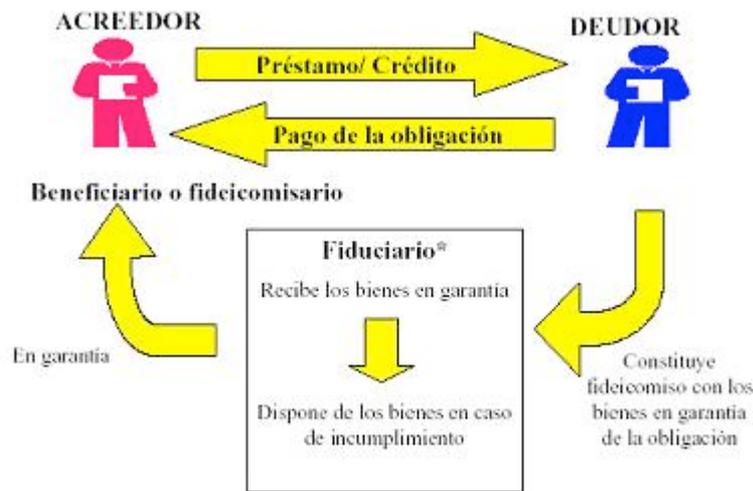
El Fideicomiso es un contrato, puesto que enmarca la voluntad de dos o más personas para crear, transmitir, reconocer, declarar, modificar o extinguir derechos y obligaciones.

3.- Objeto del fideicomiso

Esta figura, tiene una gran elasticidad. Son normas dispositivas del derecho privado. Existe diversidad de objetivos en la aplicación de la figura y permite realizar infinidad de operaciones. Es un negocio de transmisión plena, con obligaciones y potestad para el fiduciario, de disposición y cumplimiento de sus obligaciones y genera responsabilidad por la reparación de los daños ocasionados al beneficiario.

El fideicomiso de garantía es el mecanismo por el cual se transfiere al fiduciario un bien con el encargo de que ante el incumplimiento de la obligación del fiduciante (deudor) 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, es decir el beneficiario.

Es un sustituto al sistema tradicional de garantías, la diferencia con éstas radica en que, en caso de incumplimiento, la venta fiduciaria no es una ejecución forzada sino simple cumplimiento de una obligación alternativa. Es decir, se le transmiten al fiduciario los bienes puestos en garantía de la obligación contraída para que en caso de incumplimiento de dicha obligación proceda a su venta o entregue los bienes en propiedad al beneficiario o a un tercer acreedor, según se establezca.



*Persona física o jurídica con excepción de las entidades financieras.

4.- Sujetos o partes intervinientes

Las partes intervinientes en un contrato de fideicomiso – o “trust”- son:

1.- **Fiduciante:** se trata de la persona física o jurídica titular de dominio de los bienes que serían objeto del fideicomiso. Es el creador, y pierde su condición de titular una vez que constituye el contrato y lo firma. Puede reservarse el derecho de revocar el mismo, alterarlo o enmendarlo, y puede también reservarse el derecho de dirigir en materia de inversiones. Realiza el acto de disposición y entrega los bienes para ser afectados a un destino determinado. Para ser fiduciante debe tener capacidad de testar, contratar, gozar y ejercer derechos patrimoniales y de disposición.

2.- **Fiduciario:** es la persona a la cual se le transmite la propiedad legal de los bienes. Administra los bienes que le transmitieron. Posee la propiedad fiduciaria, y está obligado a cumplir con el fin indicado en el contrato o encargo realizado para los cuales los bienes han sido transmitido. Para ser fiduciario se requiere capacidad de gozar de los bienes y derechos que constituyen la materia y capacidad para ejercitar tales derechos. Es nombrado por

el fiduciante. En algunos tipos de fideicomiso se requiere habilidades especiales.

3.- **Beneficiario:** figura no descripta claramente por la ley 24.441, es aquel que goza del fruto proveniente de la administración del patrimonio fideicomitado. Es la persona a favor de quien se constituye y funciona el fideicomiso. Posee derechos como:

- a) obligar al fiduciario a que cumpla con los fines
- b) perseguir los bienes fideicomitados si se encuentran en manos de terceros por actos indebidos por el fiduciario,
- c) pedir la remoción del fiduciario en caso de falencia,
- d) reclamar la separación de los bienes afectados al fideicomiso u adquiridos con fondos provenientes del patrimonio fideicomitado,
- e) solicitar rendición de cuentas permanentemente.

El beneficiario debe ser designado de manera tal que no exista lugar a dudas sobre su identidad. El beneficiario debe estar correctamente individualizado en el contrato, debe ser una persona determinada, existente, y si este no acepta el beneficio por renuncia o desaparición debe preverse donde ingresara dicho beneficio. Siempre a cuenta de la acreencia, la cual debe encontrarse correctamente individualizada.

4.- **Fideicomisario:** puede ser el fiduciante original- es aquella persona a la cual el fiduciario le restituye los bienes una vez cumplido el plazo o condición indicada en el contrato. En caso que no se designe fideicomisario los bienes serán entregados al fiduciante. Se encuentra absolutamente prohibido que el fiduciario se constituya en fideicomisario.

Responsabilidad del fiduciario

El fiduciario tiene las responsabilidades del dueño y no goza de los frutos de su propiedad, ya que se trata del ejercicio de la titularidad, como si fuera un mandato.

El fideicomiso funciona como un patrimonio de afectación, dissociado de su dominio al que se imputan las obligaciones referentes al objeto contractual, por la actuación del fiduciario: Debe distinguirse en la actuación del fiduciario, la responsabilidad frente a los terceros con los que actúa a título de dómimo fiduciario –en este caso responde limitadamente con los bienes del patrimonio fideicomitado, salvo actuación dolosa; de la responsabilidad contractual frente a beneficiario y fiduciante, por el cumplimiento de las instrucciones del fideicomiso. Son deberes del fiduciario cumplir con las obligaciones legales con la prudencia de un buen hombre de negocios, el fiduciario actúa sobre la base de confianza (Art. 6 LF) y debe rendir cuentas al beneficiario periódicamente (Art. 7 LF). Ello así, toda vez que es el fiduciario quien administra los bienes fideicomitados y no el fiduciante y además, no lo hace en interés propio ni tampoco exclusivamente del fiduciante sino del beneficiario.

El administrador fiduciario debe obrar conforme el art. 59 Ley de Sociedades Comerciales, esto es con la diligencia y obrar de un buen hombre de negocios. Se trata de una obligación de medios y no de resultados. Sin embargo, cabe aclarar que el fiduciario debe cobrar una remuneración, y puede verse tentado a afectar el patrimonio a un beneficio personal. El administrador ejerce su función en interés del otorgante y del beneficiario. Cabría de otra manera una sanción de corroborarse una conducta oportunista.

5.- Bienes que pueden conformar el patrimonio fideicomitado

Conforme la ley de fideicomiso, puede integrar dicho patrimonio los bienes muebles e inmuebles, sujeto a prenda e hipoteca, créditos litigiosos, eventuales, condicionales, exigibles, aleatorios, a plazo, derecho sobre cosas presentes o futuras que se encuentren en el

comercio. No pueden ser incorporados en un fideicomiso los derechos inherentes a las personas, derechos de uso y habitación derechos a sucesiones futuras pensiones militares o civiles.

6.- Esquema de funcionamiento del fideicomiso de garantía

El fideicomiso de garantía, funciona de manera tal que el fiduciante, (deudor), transfiere el patrimonio dado en fiducia al fiduciario (tercero en confianza) para que ejerza el patrimonio a favor del beneficiario, en caso que este ultimo no cobre de su deudor. Resulta de vital importancia establecer cual será el mecanismo de ejecución en el caso de incumplimiento de la obligación principal

7.- Cláusulas prohibidas en el contrato de fideicomiso

El fiduciario tiene prohibido constituirse en fideicomisario y quedarse con bienes del patrimonio fiduciario. Dicha disposición se encuentra prevista en el artículo 7 al disponer:

“El contrato no podrá dispensar al fiduciario de la obligación de rendir cuentas, ... ni de la prohibición de adquirir para sí los bienes fideicomitados. En todos los casos los fiduciarios deberán rendir cuentas a los beneficiarios con una periodicidad no mayor a un (1) año.”

En el supuesto de falta de pago por parte del fiduciante al beneficiario, el fiduciario debe proceder a la ejecución forzada del bien, y debe conservar mínimos recaudos que aseguren al deudor una venta imparcial. De allí, se violaría la imparcialidad y la objetividad si el encargado de ejecutar el bien tendría intenciones de adquirir el mismo para sí.

8.- Virtudes del fideicomiso

Esta figura agiliza y disminuye los costos y tiempos de un proceso judicial, en la especie de una ejecución hipotecaria. Además, debido a la previa transferencia de la propiedad de estos bienes del patrimonio del fiduciante determina el principal efecto de aislar los

bienes fideicomitidos, integrando un patrimonio separado exento de las acciones de los acreedores del fiduciario y del fiduciante.

9.- Bibliografía consultada

- Arguello, Luis Alberto, “Manual de Derecho Romano”, Ed. Astrea 3ª edición, 1993.
- Azuero Sergio Rodríguez. “La Responsabilidad del Diké. Primera Edición. 1997.Fiduciario” (The Trustee’s Liability) Biblioteca Juridica
- Barbosa Karina “El Contrato de Fideicomiso. Regulación y Perspectivas de desarrollo en el Peru” Biblioteca virtual de Derecho Economia y Ciencias Sociales. Consultado en linea el 16/1/11
<http://www.eumed.net/libros/2010e/836/FIDEICOMISO%20EN%20ARGENTINA.htm>
- Carregal Mario Alberto, “El Fideicomiso, regulación jurídica y posibilidades practicas”, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1982.
- Carregal Mario Alberto, Derecho empresarial Actual. Ed. Declama 1996, pag 239 a 258.
- HERS LILIANA www.lilianahers.com.ar La Revisión Contractual. Una búsqueda ex post del equilibrio. Pág. 18
- Hers Liliana Isabel. “El fideicomiso desde la perspectiva legal” consultado (on line) en www.lilianahers.com.ar el 5/7/10.
- Kiper, Claudio M. “Régimen jurídico del dominio fiduciario”. La Ley. Buenos Aires. 1989.