

EL FIDEICOMISO
Regulación en el Derecho Argentino.

(Trabajo premiado por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Concurso de Monografías Jurídicas, 1996)

SUMARIO

PRESENTACION

- 0.- *INTRODUCCION - INCORPORACION DEL FIDEICOMISO EN LA LEY 24.441*
- 1.- *NOCION DE FIDEICOMISO. NEGOCIO FIDUCIARIO.*
- 2.- *CONCEPTO GENERAL Y NOTAS DISTINTIVAS*
- 3.- *DEFINICION EN LA LEY*
- 4.- *CONSTITUCION DEL FIDEICOMISO: CONTRATO O ACTO DE ULTIMA VOLUNTAD*
- 5.- *ELEMENTOS ESENCIALES Y REQUISITOS*
- 6.- *CARACTERISTICAS DEL CONTRATO DE FIDEICOMISO*
- 7.- *LA PERSONA DEL FIDUCIARIO.*
- 8.- *OBLIGACIONES DEL FIDUCIARIO*
- 9.- *DERECHOS Y FACULTADES DEL FIDUCIARIO*
- 10.- *CESE DEL FIDUCIARIO*
- 11.- *REEMPLAZO DEL FIDUCIARIO*
- 12.- *LOS BIENES FIDEICOMITIDOS*
- 13.- *LOS EFECTOS RESPECTO DE TERCEROS*
- 14.- *LA SITUACION DE LOS BIENES FIDEICOMITIDOS Y LA SEPARACION DE PATRIMONIOS*
- 15.- *LIMITES A LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA*

16.- LIQUIDACION DEL FIDEICOMISO

BIBLIOGRAFIA

0.- INTRODUCCION - LA INCORPORACION DEL FIDEICOMISO EN LA LEY 24.441

La finalidad de este capítulo es considerar el moderno ordenamiento que regula el fideicomiso, la Ley 24.441, priorizando el estudio de su constitución por vía del contrato.

No significa esto en modo alguno, que se reste importancia a otras implicancias que derivan de la norma mencionada y que sin duda revisten gran interés -como lo referente al dominio, o el régimen registral- sino que pretendemos acentuar el estudio sobre el acto jurídico bilateral que surge de la nueva regulación por la novedad que la misma presenta, y también, justo es reconocerlo, por seguir cierta vocación personal que nos empuja hacia esa temática.

Para ello recurrimos al propio texto legal, y tratamos de analizar con sencillez sus enunciados, orientándonos, como arriba hemos reconocido, como quien estudia una figura contractual, teniendo en cuenta las partes involucradas, y los derechos y obligaciones que nacen del negocio jurídico.

La ley resultará, en muchos casos, insuficiente para contemplar toda la problemática a plantearse con motivo del fideicomiso que ella ha creado. Prestigiosos juristas han denunciado ya omisiones, o fallas de técnica legislativa en el texto sancionado. Pero nuestro objetivo será de momento, tratar de comprender y de explicar este cuerpo de derecho positivo; en el convencimiento que como toda obra humana resulta perfectible; y que ahora el perfeccionamiento del "Derecho del Fideicomiso" se traslada a los doctrinarios y a los tribunales, a quienes les toque analizar y aplicar la obra dada por el legislador.

Si bien el fideicomiso es una institución que no ha resultado extraña en la vida jurídica nacional, es con la reciente entrada en vigencia de la Ley 24.441 (publicada el 16 de enero de 1995) cuando se recepta esta modalidad contractual en el ordenamiento legislativo argentino, pues la mencionada norma lo regula de manera expresa -arts. 1 a 26- dotándolo de un régimen propio.

La redacción original del Código Civil Argentino trata en el artículo 2662 el dominio fiduciario -como una especie del dominio imperfecto- explicando que es el que se adquiere en un fideicomiso singular, subordinado a durar hasta el cumplimiento de una condición resolutive, o hasta el vencimiento de un plazo, y para el efecto de restituir la cosa a un tercero. Es decir que el codificador se ocupó de la cuestión al momento de tratar los derechos reales (Libro Tercero), pero omitió considerar su constitución por contrato.

El proyecto de reformas al Código Civil elaborado por la comisión creada por el Poder Ejecutivo (Decreto 468, Año 1992), previó la incorporación del fideicomiso en el título de los contratos, regulándolo en los artículos 1296 a 1314 de una manera idéntica a como lo hace la presente ley 24.441; en sus dieciocho primeros artículos. Dicho proyecto debe reconocerse como fuente del actual ordenamiento.

Es probable que ante la demora en la discusión de los proyectos de reforma al Código, el legislador haya optado por recurrir a una ley de contenido múltiple, que regula distintos instrumentos de inversión; y procura ciertamente dar repuesta a la larga espera de implementación de un régimen amplio del fideicomiso, y también del leasing, como contratos típicos y nominados en el derecho argentino¹.

Corresponde también hacer presente previo ingresar a su análisis, que la ley 24.441 posee como objetivo general el que enuncia su titulación, es decir, el financiamiento y construcción de viviendas; habiéndose puesto de resalto que "la 24.441 es, típicamente, una ley macroeconómica. Su metodología no oculta que se trata de alimentar la financiación -el crédito destinado a esos fines- de la construcción de viviendas y asegurar a ese crédito garantías suficientemente eficaces y efectivas"². Pero independientemente de ese objetivo la norma ha incorporado en nuestro régimen la regulación de un importante contrato, que debemos estudiar más allá de que aquellas aspiraciones del legislador se vean concretadas.

1.- NOCION DEL FIDEICOMISO. FIDEICOMISO Y NEGOCIO FIDUCIARIO.

En términos generales podríamos afirmar que, en una primera aproximación, por fideicomiso entendemos un negocio en el que hay una transferencia de propiedad (*provisoria, relativa, condicionada*) a una persona de confianza que la ejercerá durante un tiempo, pero con la reconocida intención de luego transferir esa propiedad a otra persona que ya estaba predeterminada desde el inicio de la relación.-

La misma etimología de la palabra lo va indicando; ya que la raíz *fides* significa fe, confianza; y el compuesto *commito*, encargado, mandatario, lo que en resumidas cuentas muestra una persona en la que se deposita confianza, un delegado. Así en es sistema jurídico anglosajón se emplea para designar el instituto la denominación "*trust*", que precisamente quiere decir fe³. Más aún, se llega a afirmar que "el fideicomiso que hoy se incorpora a

¹ . Cfr. GUASTAVINO, Elías P.; Fideicomiso, Leasinga, Letras Hipotecarias y Otros Aspectos de la Ley 24.441; J.A. 1995 - B, p. 1061.

² . MORELLO, Augusto Mario; Aspectos Procesales de la Ley 24.441 de Financiamiento y Construcción de Vivienda, JA 1995-II, 765. Agrega además, como intencionalidad de la norma: "... busca tutelar al acreedor en su manifestación de los grandes grupos financieros que a través del crédito hipotecario son los que deben costear la construcción de viviendas y la provisión de créditos hipotecarios para esa finalidad." (p. 767).

³ . Cfr. GUELPERIN, Ernesto; en Enciclopedia Jurídica Omeba, T. XII, p. 192; Bibliográfica Argentina, 1966.

nuestra legislación es una figura inspirada en el *trust* anglosajón⁴", más que en la figuras del fideicomiso del derecho romano; pero no hay dudas que de ambas toma e incorpora el elemento confianza-fidelidad como integrante indispensable de la relación.

Es decir, es una figura jurídica donde intervienen la transferencia de propiedad y la confianza, como los trazos mas gruesos que vamos detectando en el entramado. Si quisiéramos hacer una rápida composición mental; por fideicomiso debemos pensar: *Lo que le doy a uno para que le entregue a otro.*

Así, en la concepción clásica de la institución se entendía el fideicomiso como una disposición de última voluntad en virtud de la cuál el testador dejan sus bienes o parte de ellos, encomendados a la buena fe de una persona para que, al morir esta a su vez o al cumplirse determinadas condiciones o plazos, transmita la herencia a otro heredero o invierta el patrimonio del modo en que se le haya previamente indicado.

También suele rápidamente asociarse el fideicomiso con esa categoría denominada "negocios fiduciarios". Un "negocio fiduciario" sería en términos generales el que se ubica en aquella hipótesis en la cual existe una finalidad seriamente querida por las partes, pero para la cual se emplea un medio jurídico excesivo en el sentido de que produce mayores efectos de aquellos que serían necesarios para obtener tal finalidad. Desde ya que el fideicomiso no es un negocio fiduciario puro, con el contenido y el alcance propios de esta figura⁵.

Hay precedentes jurisprudenciales que se ocuparon de definir el negocio fiduciario, en la forma que hoy describiríamos al fideicomiso previsto por la ley: "En sustancia, el negocio fiduciario (...) es el que produce el traspaso efectivo (no hay mera apariencia como en la simulación propiamente) de un derecho que debe ser determinado del fiduciante al fiduciario, quien a su vez se obliga a transmitirlo a un tercero o a restituirlo al fideicomitente (el pacto de fiducia limita la facultad de disposición del fiduciario pese a la transmisión real del derecho a su favor), por lo que el negocio descansa en la confianza que el transmitente reposa en el adquirente ..."⁶.

De cualquier manera, pensamos que para comprender acabadamente la naturaleza del fideicomiso receptado en la ley 24.441, no resulta ocioso tener presente la consideración de lo que constituye un negocio fiduciario, tomando sin embargo como nota distintiva que este constituye una categoría autónoma en la cual la "fiducia" es un elemento substancial, y que puede perseguir una finalidad

⁴ . MOISSET DE ESPANES, Luis; Contrato de Fideicomiso, Revista del Notariado 1995 - Número Extraordinario, p. 61; Buenos Aires, mayo de 1995.-

⁵ . RODRIGUEZ AZUERO, Sergio; Contratos Bancarios; p.598, Felaban; Bogotá, 1979.-

⁶ . CNCiv., Sala D, 21.9.83. ED, 108 p. 124.

ajustada al orden jurídico, o violatoria de dicho orden".⁷

2.- CONCEPTO GENERAL Y NOTAS DISTINTIVAS

Tratando ahora de precisar más las definiciones, por fideicomiso, en general, puede entenderse un negocio jurídico por el cual una parte recibe de otra un encargo respecto de un bien determinado, cuya propiedad se le transfiere a título de confianza, para que al cumplimiento de un plazo o condición le dé un destino previamente convenido⁸.

Se caracteriza el negocio en primer término por originar desplazamiento de propiedad de bienes combinado, es decir que hay primero enajenación de bienes de una parte hacia otra, y luego un nuevo movimiento por el cual se vuelven a enajenar los bienes en favor del sujeto designado desde un principio como destinatario.

Se habla de la transferencia de la *propiedad "fiduciaria"* lo que sugiere la idea de una limitación en la propiedad, que concretamente es estar sujeta a la carga de que pasará a otra persona no bien se cumpla un plazo o se verifique una condición. Es decir que todo fideicomiso se halla limitado en el tiempo, y finalizará normalmente al advenimiento de una de esas circunstancias previstas.

La "*fiducia*", el "*pactum fiduciae*", también es nota característica del instituto, y revela que se trata de un negocio basado en confianza, en fe, de una parte respecto de la otra, lo que cobra importancia para considerar que se trata de un negocio *intuitu personae*.

También en este punto resulta conveniente destacar que en el fideicomiso la propiedad se ejerce en beneficio de un tercero, aunque los bienes que lo constituyen no pasan a formar parte de su patrimonio.

Sintetizando, el objeto del contrato es la transferencia de la propiedad de bienes de una persona a otra, con el encargo de que los administre o enajene y con el producto de su actividad cumpla la finalidad establecida por el instituyente, en beneficio de un tercero.⁹

⁷ .- MOSSET ITURRASPE, Jorge; *Negocios Simulados, Fraudulentos y Fiduciarios*; T. II, p.211; Ediar, Bs.As., 1975.

⁸ . Véase: CARREGAL, Mario A.; *El Fideicomiso*, p. 47, Edit. Universidad; Bs.As., 1982.- En sentido similar FARINA define: "El contrato de fideicomiso (o simplemente fideicomiso) es aquel por el cual una parte (fiduciario) recibe de la otra (fideicomitente) un encargo respecto de un bien determinado, cuya propiedad este último se obliga a transferirle a título de confianza, para que el fiduciario, sujeto a un plazo o condición, le dé el destino convenido". *Contratos Comerciales Modernos*, p. 361; Astrea, Bs.As. 1993.

⁹ .- Véase en tal sentido: RODRIGUEZ AZUERO, Sergio; *Contratos Bancarios*; p. 617, Felaban, Bogotá, 1979.

3.- DEFINICION EN LA LEY

La ley 24.441 establece en su primer artículo la definición legal del fideicomiso, expresando que habrá fideicomiso cuando una persona -llamada fiduciante- le transmita la propiedad fiduciaria de unos bienes determinados a otra persona -designada como fiduciario- que se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato -denominado el beneficiario- y a transmitir los bienes al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario, o a fideicomisario.

La ley describe la situación, el instituto mismo del fideicomiso, pero sin referirse todavía a sus fuentes. Como más adelante se verá, el fideicomiso puede tener origen en un contrato, o constituirse por testamento; es decir, y he aquí una peculiaridad, puede nacer de un acto jurídico bilateral (contrato) o de uno unilateral (testamento).

Como en este trabajo nos proponemos analizar esta moderna legislación referida al fideicomiso principalmente en cuanto a su constitución *mediante contrato*, digamos que será de su esencia que dos partes se pongan de acuerdo para definir una situación jurídica por la que se transfiera la propiedad a título fiduciario de un bien o de un conjunto de bienes, sujeta a los límites dados en la presente ley, y dentro de los plazos que ella admite, y que esa propiedad se ejerza en interés de un tercero. Por último, la propiedad deberá ser transferida al advenimiento de un plazo o condición, que operara la extinción del negocio.

Los protagonistas de la operación, indispensables, son:

- A) El llamado **fiduciante**, que es titular del dominio de una cosa, y que se la transfiere a otro;
- B) El que llamamos *fiduciario*, que adquirirá la propiedad de la cosa al sólo efecto de ejercerla en beneficio de otro sujeto designado¹⁰;
- C) El que se denomina *beneficiario* y es quien aprovechará o disfrutará por el ejercicio que en su beneficio se haga de la propiedad transmitida; y,
- D) El fideicomisario, quien una vez cumplido el plazo o verificada

¹⁰ . La situación especial en que se encuentra el fiduciario como titular de bienes es certeramente diagnosticada por MOISSET DE ESPANES, quien a partir de ella advierte: "Lo que la ley denomina "fideicomiso", en un ejemplo aún más claro de "difusión" de una figura jurídica propia del common law, hacia los países de sistema romanista, como el nuestro. Se trata en realidad del "trust" anglosajón, donde el fiduciario sólo tiene el manejo de los bienes para administrarlos -incluso con algún poder de disposición- pero al sólo efecto de cumplir más adecuadamente con los fines del fideicomiso; en consecuencia no es un verdadero propietario de esos bienes.- Luis MOISSET DE ESPANES; Ley N° 24.441, Financiamiento de la Vivienda y la Construcción; Prólogo, p. 11; Alveroni, Córdoba, 1995.

la condición recibirá la propiedad definitiva de los bienes. Este papel puede ser ocupado por el fiduciante, por el beneficiario, o por un tercero.

4.- CONSTITUCION DEL FIDEICOMISO: CONTRATO O ACTO DE ULTIMA VOLUNTAD

El fideicomiso como acto jurídico puede constituirse mediante un contrato, lo cual parece la modalidad más natural para su nacimiento¹¹. Para ello se exigirán que concurren los elementos constitutivos de todo contrato¹² -consentimiento, objeto y causa- y los requisitos de validez referidos al contrato específico: capacidad de las partes, forma.¹³

La ley 24.441 ha creado en el fideicomiso un nuevo contrato nominado, o mejor será decir, típico (entendiendo la tipicidad como la "acogida y regulación de una serie de supuestos de hecho concretos, por un ordenamiento jurídico determinado"¹⁴), pues encuentra en la norma además de su denominación, una regulación específica, diferente de las otras modalidades contractuales previstas.¹⁵

Y no solamente por acto jurídico bilateral puede originarse el fideicomiso. La legislación vigente autoriza también que sea constituido por testamento (artículo 3º) en cualquiera de las formas previstas en el Código Civil. De acuerdo con ello entonces, podrá constituirse bajo el título de institución de herederos, o

¹¹ . Así el artículo 2º de la ley comienza expresando "El contrato deberá individualizar al beneficiario, ... "; lo que indica que este acto jurídico es el que el legislador ha presumido será el modo más habitual para instituir fideicomiso.

¹² . Cfr. BOFFI BOGGERO, Luis M.; Tratado de las Obligaciones, T. I, p.118 y ss. Omeba, Bs.As. 1958; MOSSET ITURRASPE, Jorge, Contratos, p. 55; Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1995.

¹³ . Adviértase que la transmisión de la propiedad fiduciaria, puede hacerse gratuitamente -por donación por ejemplo- o no; y dependerá de que acto jurídico se trate para establecer a que formas estará sujeto.

¹⁴ . DE CASTRO Y BRAVO, Federico; El Negocio Jurídico, Madrid, 1971, p. 202.

¹⁵ . Así opina Fernando LOPEZ DE ZAVALIA: "Nos inclinamos a pensar que estamos ante un nuevo contrato típico. ...la asignación de un título especial implica la intención de separarlo de los contratos clásicos, cada uno de los cuales tiene su título especial.- Estamos ante un nuevo contrato típico que no es subsumible en ninguno de los otros contratos típicos existentes y que recibe una regulación específica por obra de la ley 24.441." Teoría de los Contratos, Tomo 5, Parte Especial (4), p. 777, Zavalía, Bs.As., 1995.

bajo el título de legado (artículo 3606 C.Civil); y mediante testamento ológrafo, testamento por acto público, o testamento cerrado¹⁶.

5.- ELEMENTOS ESENCIALES Y REQUISITOS

Como elemento esencial, y además peculiarísimo, razonamos nosotros que para la existencia del fideicomiso, tendrá que haber una doble, disociada y sucesiva transferencia de la propiedad de un bien o un conjunto de bienes. En efecto, en un primer momento la transferencia de la propiedad fiduciaria de la persona del fiduciante a la persona del fiduciario. Y en un segundo momento, final del fideicomiso, la transferencia de bienes de parte del fiduciario, al fideicomisario, o al fiduciante, o al beneficiario.

Un segundo elemento esencial será el plazo o condición a que se supedita esa segunda transferencia.

Y también resulta esencial a nuestro juicio, que la primera transferencia de propiedad sea a título fiduciario, entendiéndose con ello que no se incorpora al patrimonio del sujeto designado como fiduciario, sino como patrimonio separado y afectado a una finalidad prevista.

Los requisitos del acto jurídico están contenidos en la propia ley 24.441, (artículos 3 y 4); y pueden enunciarse de la siguiente manera:

1º) La individualización del beneficiario: impuesta por el artículo 2º de la ley, y que podrá ser una persona de existencia visible, o de existencia ideal (art. 32 del Código Civil), y que será el sujeto que aprovechará el ejercicio de la propiedad que haga el fiduciario. La ley prevé que puede haber pluralidad de beneficiarios; o sustitutos en caso que alguno no aceptase. Por defecto, a falta de aceptación de beneficiario, o en el supuesto que no llegue a existir¹⁷, los beneficios alcanzarán primero al fideicomisario, y por defecto de este, al fiduciante. Resaltemos que en cuanto el fideicomiso se instituya mediante contrato, será requisito no sólo la individualización, sino también la aceptación por parte de este pues "Para que pueda recibir el beneficio es

¹⁶ . Tengase en cuenta que "el fideicomiso testamentario, empero, no altera la prohibición de las sustituciones fideicomisarias en las que el traspaso de bienes está supeditado a la muerte del heredero (art. 3723 y sptes. C.Civil y sus notas); ni modifica la intangibilidad de la porción legítima de los herederos forzosos (art. 3591 y sptes.)." GUASTAVINO, Elías P.; Fideicomiso, Leasings, Letras Hipotecarias y Otros aspectos de la Ley 24.441. JA 1995 - B, p. 1064.

¹⁷ . De allí también colegimos la posibilidad que el beneficiario (y aún el fideicomisario) puedan ser una persona por nacer; ya que su existencia como personas físicas, comienza desde su concepción en el seno materno (artículo 70 C.Civil).

menester que lo acepte. Aunque haya habido una estipulación en favor de un tercero, si éste no la acepta, no será el destinatario de los beneficios"¹⁸

2º) La individualización de los bienes: Pueden ser de cualquier tipo, abarcando inclusive objetos incorpóreos que sean susceptibles de tener valor (artículo 2312 del C.Civil). Sin embargo, de no ser posible la individualización a la fecha de constitución del fideicomiso, bastará la descripción de los requisitos y características que habrán de reunir los bienes (artículo 4, inciso "b").

3º) El modo de incorporar nuevos bienes: El contrato determinará la manera en que otros bienes pasen a integrar el patrimonio fideicomitido; por ejemplo a través de agregados que transmita el fiduciante, a los fines del artículo 16, 3º párrafo, de la ley 24.441.

4º) El plazo o condición: Corresponde que el contrato disponga cual habrá de ser el plazo durante el cual se mantendrá el fideicomiso, que no podrá exceder de 30 años; o la condición a que está sometida la transmisión de propiedad fiduciaria.¹⁹

5º) El destino final de los bienes: El contrato debe designar quien será en definitiva, y cumplido el plazo u ocurrida la condición, el destinatario final de los bienes. Si está contenida la estipulación en favor de un tercero -fideicomisario o beneficiario- para que sea finalmente propietario de los bienes, tendrá que surgir expresamente del instrumento contractual.

6º) Los Derechos y obligaciones del fiduciario: Si bien sus principales deberes están descriptos en la ley (artículos 6 y sgtes., Ley 24.441), será menester que el contrato especifique sus obligaciones, estableciendo también con claridad sus derechos, como la retribución que corresponderá a su tarea.

¹⁸ .- MOISSET DE ESPANES, Luis; Contrato de Fideicomiso; Revista del Notariado, 1995 (Número Extraordinario), p. 67, Bs.As.; Mayo de 1995.

¹⁹ . El plazo fijado en treinta años , se ha dicho que "Es una cuestión de política legislativa, de criterios o puntos de vista, ... A favor de un plazo más breve al recogido en la norma puede invocarse la expectativa del beneficiario o del fideicomisario, la seguridad jurídica, la circulación de las riquezas. A favor de una extensión como la acordada -amplia-, la necesidad de posibilitar los emprendimientos relevantes o de jerarquía que necesitan ser amortizados a través del tiempo.". HIGHTON - MOSSET ITURRASPE - PAOLANTONIO - RIVERA; Reformas al Derecho Privado, Ley 24.441 p. 25; Rubinzal Culzoni, Santa Fe; 1995.

7º) El modo de sustitución del fiduciario: El contrato tiene que prever de que manera se reemplazará al fiduciario en caso de ocurrir que el designado caiga en imposibilidad, o sea removido, o renuncie. Si la previsión no resulta del contrato, se recurre a la ley ha dado por defecto, en el artículo 10, confirmando al juez la facultad de designar fiduciario a una entidad financiera o sociedad autorizada al efecto conforme el artículo 19 den la ley 24.441.

6.- CARACTERES DEL CONTRATO

Podemos señalar los siguientes caracteres constantes en el contrato para constituir un fideicomiso:

a) Es consensual, y se concluye con el consentimiento de las partes. Si bien es cierto que el fiduciario debe entregar la cosa objeto del contrato, no es esto un requisito para que quede concluido, sino que hace ya al cumplimiento específico de las obligaciones derivadas de este contrato.²⁰

b) Es bilateral, ya que las partes quedan recíprocamente obligadas con prestaciones a su cargo.

c) Es oneroso, a consecuencia de lo dicho en el punto anterior; y porque las ventajas que se procura a una de las partes le es concedida por la prestación que la otra ha comprometido;

d) Es no formal; sin embargo a los fines de su oponibilidad frente a terceros se requiere la inscripción prevista por el artículo 13 de la ley 24.441.

e) Es conmutativo, en tanto que es dado a las partes conocer las ventajas y pérdidas que el contrato les significará, al momento de su celebración

f) Es de tracto sucesivo, o de cumplimiento continuado, pues sus efectos se prolongan en el tiempo.

7.- LA PERSONA DEL FIDUCIARIO

La ley autoriza para actuar como fiduciario, a cualquier persona física o jurídica (artículo 5). Para ofrecerse públicamente a actuar como fiduciario, sólo se autoriza a entidades financieras que hayan cubierto los requisitos establecidos en la ley y autorizadas a la vez por la Comisión Nacional de Valores.

Fiduciario es el sujeto que interviene como parte en el negocio de fideicomiso, y que adquiere la propiedad fiduciaria de

²⁰ . LOPEZ DE ZAVALIA opina en igual sentido (Teoría de los Contratos, cit.p. 781), y expresa: Un contrato real requiere la tradición de la cosa, lo que por hipótesis supone que la cosa ya está perfectamente individualizada, por lo que hasta las cantidades quedan individualizadas (doc. art. 609 C.Civ.) y el artículo 4 inc. A, no lo exige, pues se coloca en la posibilidad de que no sea posible la individualización "a la fecha de celebración del fideicomiso".

los bienes que le transmite el fiduciante; con la misión ordenada de ejercer esa propiedad en beneficio de otro sujeto; y la obligación de transmitir los bienes al advenimiento de un plazo o condición.

8.- OBLIGACIONES DEL FIDUCIARIO

Dada la importancia de la prestación a cargo del fiduciario, algunas de sus obligaciones han sido objeto de especial regulación en la ley; como vemos seguidamente:

a) DEBERES DE PRUDENCIA Y DILIGENCIA

La normativa impone (artículo 6º; Ley 24.441) que el fiduciario deberá cumplir las obligaciones que le impone 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.

Digamos antes que nada que la obligación principal del fiduciario es ejercer la propiedad fiduciaria de los bienes transmitidos, en interés de la persona designada como beneficiario. Lógicamente, y teniendo en cuenta que la confianza es un elemento imbrincado en esta relación, habrá que suponer que la elección del fiduciante recaerá sobre alguien que además de presentar aptitud para el cargo, le genere personal confianza.

La ley se refiere al modo en que debe el fiduciario dar cumplimiento a sus obligaciones en cuanto a tal. En ese sentido le manda obrar munido de la "**prudencia y diligencia del buen hombre de negocios**" y consciente de estar actuando "**sobre la base de la confianza depositada en él**".

Por tanto antes que nada el fiduciario está obligado a ser prudente, esto es, a obrar de manera cuidada y previsor, evitando riesgos innecesarios, razonando de antemano acerca de lo que es bueno y lo que es malo para su cometido.²¹

Se exige además al fiduciario que opere con *diligencia*, y esto es que en el cumplimiento de su cometido ponga cuidado, prontitud, desvelo, y realice todo lo que sea conducente para una gestión exitosa, como lo pondría un buen hombre de negocios. En este sentido creemos que debe aplicarse analógicamente la regla del

²¹ . Que la ley obligue a ser prudente, importa toda una situación para el fiduciario. Ciertamente es que prudentes debemos ser en todos los negocios, propios y ajenos; pero en esta norma el legislador establece que no tolera la imprudencia: la imprevisión, la ligereza, el descuido. Siendo más precisos definamos: "*La obra de la prudencia es la de deliberar bien. Ahora bien, la deliberación es una búsqueda en la cual, partiendo de ciertos supuestos, nos orientamos hacia una conclusión. Y esto es obra de la razón. Por lo tanto la prudencia requiere que el hombre sepa razonar bien.*" (Santo Tomás de Aquino, S.T., II - II, 49, 5). De allí es fácil concluir que el fiduciario debe ser una persona *razonable*.

artículo 1907 del Código Civil y abstenerse el fiduciario de realizar actos que sean manifiestamente dañosos para el beneficiario o para el fiduciante.²²

b) RENDICION DE CUENTAS

Otro de los deberes que pesa sobre la persona del fiduciario es el de rendir cuentas²³. La ley impone este deber específico al ordenar (artículo 7) que obligación esta que no puede ser dispensada por el contrato. Es por tanto, de orden público la disposición, y tutelada con lo ordenado en el artículo 21 del C.Civil, no pudiendo ser dejada sin efecto por convención de los particulares.

En el fideicomiso esta confiada la administración (en amplio sentido) de un bien, de un patrimonio, de una universalidad jurídica de bienes. De allí que la obligación de rendir cuentas surja como inseparable del fideicomiso. Al no dar la ley un régimen propio y determinado sobre el modo de cumplir esta obligación, es menester recurrir a la regulación que en el Código Civil se proporciona para el mandato, artículos 1909 a 1911; entendiéndose por lo tanto que debe el fiduciario "**dar cuenta de sus operaciones**"²⁴ en los términos que el contrato se lo haya impuesto, o cuando se lo solicite el beneficiario, con periodicidad no mayor de un año (cfr. último párrafo del artículo 7)

Esta obligación importa el deber de formular una relación integral y detallada de ingresos y egresos relacionados con el ejercicio de la propiedad fiduciaria, que en forma explicativa y documentada muestren el estado de la actividad encomendada y los

²² . Esta parece ser una de las más elementales normas de prudencia, y consisten en no obrar con notorio perjuicio de los intereses de las otras partes, por más que lo haga sin exceder los límites de sus poderes, sin traicionar esa confianza. (Cfr. BORDA, Guillermo; Tratado de Derecho Civil Argentino; Contratos, II p. 435, Abeledo Perrot, Bs.As., 1974).

²³ . "La obligación de rendir cuentas en el Derecho Civil, por nacer exclusivamente del contrato o del cuasicontrato, sólo afecta al interés privado y, por lo tanto, permite dispensar su cumplimiento; en el derecho comercial es una obligación inherente al ejercicio del comercio, de naturaleza contractual y legal, que no admite su dispensa" S.C.B.A.; 30.4.54; LL 75-491; y en idéntico sentido: JA 1946-II-607; LL 93-207.

²⁴ . Si bien como llevamos dicho, el fideicomiso tiene naturaleza de un contrato civil, y por ende la regulación supletoria de la Ley 24.441 ha de ser el Código Civil; es válido tener presente las disposiciones que en cuanto a rendición de cuentas están contenidas en los artículos 68 a 72, 229 y 277 del Código de Comercio, en especial esta última cuando indica que se debe dar "**cuenta detallada y justificada de todas las operaciones y cantidades entregadas o percibidas**".

resultados exactos de sus gestión²⁵.

El incumplimiento, o cumplimiento defectuoso de la obligación de rendir cuentas, dará derecho a pedir la remoción judicial del fiduciario, a instancia del fiduciante, o del beneficiario, según admite el primer inciso del artículo 9 de la Ley.

c) RESPONDER POR LOS DAÑOS CAUSADOS POR DOLO O CULPA

El mismo artículo 7 de la Ley 24.441 impide que por el contrato se dispense al fiduciario "**de la culpa o dolo en que pudieren incurrir él o sus dependientes**". Está consagrada de suyo la obligación de responder por daños que se ocasionen al beneficiario, al fiduciante, o al fideicomisario por una conducta culposa o dolosa de parte del fiduciario.

Esta obligación tiene fundamento en las normas generales que consagran la responsabilidad civil contractual (artículos 1137 y 1197 del C.Civil) y extracontractual (artículos 1077, 1078, 1109 del C.Civil). Es que a nuestro juicio la naturaleza de la responsabilidad que cabe al fiduciario frente a las otras partes es obviamente contractual si el fideicomiso encuentra su origen en un contrato, en tanto que será extracontractual si se instituyó por acto de última voluntad.

Digamos también que no era necesario que la ley expresamente estableciera la imposibilidad de dispensar el dolo por anticipado; estando ya suficientemente ordenado en el artículo 507 del Código Civil.

Agréguese que la extensión de la reparación debida comprenderá los perjuicios efectivamente sufridos y las ganancias dejadas de percibir ya por el beneficiario, ya por aquel a quien debía entregarse la cosa al finalizar el fideicomiso, pudiendo añadirse también la reparación al daño moral, en caso de haberse producido (artículos 522 y 1078 del Código Civil).

d) NO ADQUIRIR PARA SI LOS BIENES FIDEICOMITIDOS

La ley no admite la posibilidad de que el fiduciario adquiera para sí los bienes fideicomitidos, prohibición que no puede dispensarse por el contrato.

Por cierto que ha de entenderse no puede hacerlo por sí, ni por persona interpuesta, tal como ocurre con la prohibición que el

²⁵ . Se ha entendido que no sustituyen a la rendición de cuentas: Los balances, las planillas que resumen operaciones, las facturas que contienen el estado del debe y del haber; las liquidaciones que no contienen la explicación de las partidas que la integran ni hacen referencia concreta a los documentos que respaldan las distintas partidas, la transcripción de libros o de pericias contables, la simple puesta a disposición de libros y papeles para ser examinados; la simple remisión a piezas del expediente. Cfr. jurisprudencia citada por ALCONADA ARAMBURU, Carlos R.; Código de Comercio y Leyes Complementarias Anotados; Depalma, Bs. As.; 1968.

Código Civil impone al mandante de comprar las cosas que el mandante le ha ordenado vender (artículo 1918). Estimamos que la prohibición se mantiene en tanto dure el fideicomiso, pues por ser equiparable a una incapacidad de derecho que impide contratar con cosas especiales (artículo 1160 del C.Civil), dada en atención a la calidad que ostenta la persona del fiduciario respecto de los bienes, para impedir o prevenir abusos, e igual que en otras situaciones, la ley por razones de orden público, de moral, de buena costumbre, establece que ciertas personas no pueden contratar con otras; o que no pueden hacerlo con cosas determinadas²⁶

La contravención de esta prohibición configura una infidelidad por parte del fiduciario, y en nuestro criterio autoriza su remoción según lo estipulado en el artículo 9 de la ley.

e) TRANSMITIR EL BIEN FIDEICOMITIDO

Tiene el fiduciario la obligación impuesta en el artículo 1 de la ley, y que es de la naturaleza misma de la institución, de que una vez cumplido el plazo o la condición por la que se constituyó el fideicomiso, le transmita la propiedad de la cosa a aquel que se designó en el acto jurídico originario. Ello ha de ser conjuntamente con la entrega de los títulos, documentos y papeles que en su momento le hubiese dado el fiduciario, o que hubiese recibido durante el giro de su actividad.

La ley de todos modos ha dispuesto expresamente el deber imponiendo -artículo 26- que producida la extinción del fideicomiso, el fiduciario estará obligado a entregar los bienes fideicomitidos al fideicomisario o a sus sucesores, otorgando los instrumentos y contribuyendo a las inscripciones registrales que correspondan²⁷.

9.- DERECHOS Y FACULTADES DEL FIDUCIARIO

a) REEMBOLSO DE GASTOS Y RETRIBUCION

La ley dispone el derecho del fiduciario a que se le reembolsen los gastos ocasionados con motivo de su gestión; y también le establece el derecho a percibir retribución por la actividad, salvo estipulación en contrario (artículo 8).

El reembolso corresponderá cuando el fiduciario haya abonado gastos relativos a los bienes de la propiedad fiduciaria,

²⁶ . cfr. PIANTONI, Mario A.; Contratos Civiles; p.90; Marcos Lerner Edit. Cba., 1978.

²⁷ . La cuestión relativa a la inscripción reviste importancia. MOISSET DE ESPANES ha señalado que "Extinguido el dominio fiduciario, sea por vencimiento del plazo, sea por cumplimiento de la condición, sea por revocación, resulta indispensable que este hecho se refleje en un cambio de la titularidad registral". Modificaciones al Régimen Registral y al Código Civil; en: Ley 24.441 ... cit., p. 132.

extrayendo fondos de su propio patrimonio.

Aunque la ley no lo menciona expresamente, el obligado a reembolsar será el beneficiario, no habiendo disposición en el contrato, si los gastos se realizaron a los fines de asegurar el giro normal o la finalidad natural de los bienes fideicomitidos.²⁸

Por otro lado la ley ha entendido que la labor del fiduciario se presume onerosa. La retribución que se le debe tiene a nuestro criterio la naturaleza jurídica de gaje, estipendio, contraprestación en definitiva por el servicio que ciertamente presta el fiduciario, y que bien puede ser para él un medio legítimo de obtener sustento. La excepción será la gratuidad del trabajo del fiduciario, que deberá estar expresamente pactada; y en este caso la carga de la prueba estará en cabeza del obligado al pago, o del beneficiario.

Si las partes no hubiesen fijado el monto de lo que debe pagarse al fiduciario, la ley dispone que lo fije el Juez, determinando que el criterio para establecer la cuantía de la retribución será la "índole de la encomienda" y "la importancia de los deberes a cumplir"; para lo cual ha de tener presente el juzgador principalmente la cantidad de esfuerzo que necesariamente debe poner el fiduciario para cumplir su cometido; y considerar también el valor de los bienes objeto del fideicomiso, para con esas pautas justipreciar el estipendio.

b) DISPONER O GRAVAR LOS BIENES FIDEICOMITIDOS

En lo inherente a las funciones que cumple, el fiduciario está facultado en primer lugar a disponer, o a gravar los bienes fideicomitidos, cuando así lo requieran los fines del fideicomiso (artículo 17, Ley 24.441).

La norma le confiere una amplia autorización sobre los bienes, no sólo de administración, sino también de disposición, en tanto sea conducente a la finalidad que se ha tenido en miras al constituir el fideicomiso. En consecuencia, el límite al ejercicio de estos poderes del fiduciario, está dado por la conveniencia que representen para obtener la finalidad a la que apunta el negocio jurídico²⁹.

²⁸ . En tal sentido LOPEZ DE ZAVALIA explica: "Si se trata de gastos para la producción de los frutos y el contrato no lo ha previsto de otro modo, pensamos que -interpretando de buena fe- los gastos son carga de los frutos (doct. arts. 2438/9 C.Civ.) y deducibles de ellos, por lo que ante la falta de disponibilidades, deberá ejercerse contra el beneficiario, quien, por lo demás, es quien tiene derecho a la rendición de cuentas." FIDEICOMISO, LEASING, LETRAS HIPOTECARIAS, EJECUCION HIPOTECARIA, CONTRATOS DE CONSUMO; p. 128, Zavalia, Bs.As., 1996.

²⁹ . "Tales fines son interpretados a su manera, puesto que es su aptitud negocial la que al menos en principio debe primar". HIGHTON - MOSSET ITURRASPE - PAOLANTONIO - RIVERA; Reformas al

Para el ejercicio de esas facultades, no es necesario que el fiduciario requiera consentimiento al fiduciante o al beneficiario, a menos que así se hubiese pactado.

c) LEGITIMACION PARA EJERCER ACCIONES

El fiduciario puede ejercer todas las acciones que correspondan para la defensa de los bienes fideicomitidos, tanto en contra de terceros, como en contra del beneficiario (artículo 18). Esta legitimación reconocida por la ley lo faculta ya a iniciar procesos tendientes a la protección del patrimonio, ya a comparecer en defensa del mismo en procesos que de algún modo lo involucren. Aquellas inclusive, pueden dirigirse contra el mismo beneficiario, cuando de cualquier modo agrede o ponga en peligro los bienes dados en fideicomiso.

Por su parte el fiduciante o el beneficiario, pueden solicitar autorización judicial, para que se les permita ejercer acciones en sustitución del fiduciario, cuando este sin motivo suficiente no lo hiciera.

10.- CESE DEL FIDUCIARIO

La ley se ha ocupado de establecer una serie de causas, que sin constituir a nuestro juicio tipología en estricto sentido, han de presentarse para que pueda operar la cesación en el cargo del fiduciario; sin perjuicio de lo cual, subsistirá el fideicomiso con otro fiduciario designado en reemplazo.

Tales causas son enumeradas en cuatro incisos del artículo 9, y se explican de la siguiente manera:

1º) Remoción judicial a solicitud de parte: Ante el incumplimiento de obligaciones impuestas al fiduciario en la ley, o en el acto jurídico que origina el fideicomiso, se autoriza al fiduciante o al beneficiario a solicitar judicialmente la remoción. De ser el beneficiario quien solicita la medida, se debe dar audiencia al fiduciante³⁰. Para dar lugar al pedido de remoción, entendemos nosotros que han de configurarse conductas del fiduciario que seriamente lo justifiquen, como bien puede ser la violación de alguna de las prohibiciones enunciadas en el artículo 7; o una actuación imprudente que suponga el riesgo de comprometer los bienes fideicomitidos.

2º.- Por muerte o incapacidad judicialmente declarada, si fuera una persona física; motivo que guarda correlato con los dispositivos de

Derecho Privado, p.56, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1995.

³⁰ . Ello no significa, enseña LOPEZ DE ZAVALIA, que se requiera conformidad al fiduciante, sin simplemente que debe ser oído en sus razones, valoradas luego por el juez, quien tiene el poder de remover. Teoría de los Contratos; T. 5, Parte Especial, p. 809, Zavalía, 1995.

los artículos 103, y 54 y ss. del C.Civil; y que obviamente hacen necesaria la designación de un nuevo sujeto para que actúe en papel de fiduciario.

3°.- Por disolución, si fuere una persona jurídica, lo que motiva que deje de existir -artículo 48 del Código Civil- y por ende imposibilita continuidad en la gestión fiduciaria.

4°.- Por quiebra o liquidación; dispone el artículo, y pensamos nosotros que la cesación operará desde que la quiebra es declarada por sentencia, arts. 77 y 88 de la Ley 24.522; o desde que es declarada la liquidación por autoridad competente para aquellas personas jurídicas que tienen ese trámite autorizado.-

6°.- Por renuncia: La ley dispone que será válida la renuncia del fiduciario, sólo si el contrato hubiese expresamente autorizado tal causa. De lo cual se colige que a falta de disposición expresa, la ley ha querido que el cargo de fiduciario sea irrenunciable. Creemos por nuestra parte que debe entenderse no se admite renuncia **sin justa causa**, y que ya por incumplimiento de deberes del fiduciante, ya por algún motivo de orden personal de suficiente gravedad, podrá recibirse la renuncia del fiduciario sin penalidades a su cargo³¹.

Ahora bien, la renuncia, según lo señala la parte final del artículo, debe necesariamente estar precedida de la transferencia del patrimonio objeto del fideicomiso a quien le ha de sustituir o al destinatario. Caso contrario hay que entender que no producirá efectos, y que el fiduciario renunciante seguirá sujeto a todas las obligaciones que le imponen la ley y el acto jurídico creador del fideicomiso. Es razonable la disposición de la norma toda vez que tiende a evitar efectos dañosos que pueden acaecer en el interregno que transcurre entre la renuncia del fiduciario y la asunción del nuevo responsable.

11.- REEMPLAZO DEL FIDUCIARIO

A los fines de proveer el reemplazo del fiduciario cesante o renunciante, la ley dispone (artículo 10) la designación del sustituto designado en el contrato³²; o que se lleve a cabo el procedimiento previsto en el acto jurídico para proveer la

³¹ . Se ha señalado con acierto que la renuncia de quien ha sido designado por su profesionalidad, aptitudes, experiencia, no es un hecho normal ni común; de ahí que deban evitarse situaciones caprichosas, infundadas, mezquinas, en perjuicio del fideicomitente o del beneficiario. (HIGHTON, MOSSET ITURRASPE, PAOLANTONIO, RIVERA; Reformas al Derecho Privado; p. 43; Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1995.

³² . La norma dice "contrato", pero corresponde entender que se refiere al acto jurídico creador del fideicomiso, que como hemos visto, puede ser un acto de última voluntad (cfr.art. 3).

sustitución.

La primera hipótesis es entonces que el acto que dio nacimiento al fideicomiso, habiendo previsto la posibilidad de cese o de renuncia, tenga designado ya al sustituto; y en este caso creemos que la asunción de sus funciones debería operar de modo automático, una vez que se haya verificado el supuesto legal. A guisa de ejemplo, existiendo una resolución judicial que disponga el cese del fiduciario designado, desde el momento mismo que quede firme entrará en funciones el sustituto previsto.

Existe también la posibilidad de que en lugar de designar a un sustituto, el acto jurídico disponga un procedimiento para la provisión del cargo de fiduciario. Disponer, por ejemplo, que el mismo será designado por el fiduciante.

Si el acto jurídico no ha previsto la vicisitud, o si el reemplazante designado no acepta; la ley ordena que el Juez designe como fiduciario a una entidad financiera o a una sociedad, de las que especialmente autorice la Comisión Nacional de Valores para actuar como fiduciario financiero, conforme lo que dispone el artículo 19 de la ley.

12.- LOS BIENES FIDEICOMITIDOS

Sobre los bienes que son objeto del negocio de fideicomiso, la ley ordena (artículo 11) que se constituye una propiedad fiduciaria, regida de acuerdo con el Título VII del Libro III del Código Civil y con la propia ley 24.441, cuando se trate de cosas; previendo se rijan por las disposiciones que correspondieren a la naturaleza de los bienes cuando éstos no sean cosas.

La ley entonces remite a los dispositivos relativos al dominio imperfecto, fiduciario y revocable -artículos 2661 y siguientes del Código Civil- que supletoriamente se aplicarán para dar marco jurídico al instituto del fideicomiso.

Téngase presente que el efecto principal del fideicomiso surge del primer artículo de la ley, y es transferir un bien o conjunto de bienes a un titular fiduciario que a la vez tendrá la obligación de transmitir esos bienes al cumplimiento del plazo o de la condición resolutoria prevista; ejerciendo mientras tanto la propiedad en beneficio de una persona predeterminada.

En la práctica, la situación jurídica real que detenta el fiduciario respecto de los bienes objeto del fideicomiso, "no es más que un administrador", como bien lo explica BONO, agregando que "tampoco tiene un verdadero *animus domini* sobre las cosas fideicomitidas (no las posee para sí)"³³. El aserto se comprueba sencillamente a nuestro juicio, si repasamos los deberes del fiduciario explicados en el capítulo anterior, que muestran notable analogía con la situación que ocupa el mandatario.

Maguer lo antedicho, nos parece razonable el criterio expuesto

³³ . BONO; Gustavo Alejandro; Fideicomiso; en "Ley 24.441. Financiamiento de la vivienda y de la construcción", p. 40, Alveroni; Córdoba; 1995.

por LOPEZ DE ZAVALIA, quien refiriéndose al artículo 11 de la ley sostiene "Leído, no según la redacción gramatical, sino según su espíritu, se concluye que el modelo del cual se parte es el de una transmisión del dominio pleno que queda modalizada en fiduciario, aplicándose las disposiciones del Título VII del Libro III del Código Civil"³⁴.

Esa opinión del jurista tucumano es corroborada por la reforma introducida al Código Civil por la misma ley, que deja actualmente redactado el artículo 2662 en los siguientes términos: "*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*"³⁵.

De ello entonces que en nuestra opinión el fideicomiso hace nacer un derecho real de dominio, considerado en su encuadre normológico como dominio fiduciario, y circunscrito a las disposiciones especiales previstas por del Título VII del Código Civil, "Del Dominio Imperfecto".³⁶

Corresponde añadir que según el artículo 14 -segunda parte- de la Ley, también corresponden al fiduciario los frutos de los bienes fideicomitidos; o los productos de los mismos con que se adquieran otros bienes.

13.- LOS EFECTOS RESPECTO DE TERCEROS

La legislación ha ordenado que el carácter fiduciario del dominio transmitido, surtirá efectos frente a terceros desde el momento en que se cumplan las formalidades exigibles de acuerdo con la naturaleza de los bienes (artículo 12). A esta norma debe otorgársele correlato con el artículo 1184 del Código Civil.

La principal finalidad del dispositivo contenido en el artículo 12 de la ley 24.441 es la seguridad para los terceros -acreedores del fiduciante por ejemplo- que puedan tener interés en

³⁴ . LOPEZ DE ZAVALIA, Fernando; "Fideicomiso, Leasing; Letras Hipotecarias, Ejecución Hipotecaria, Contratos de Consumición"; cit.; p. 75.

³⁵ . El nuevo texto está introducido por el artículo 73 de la Ley 24.441. La anterior redacción disponía: "Dominio fiduciario es el que se adquiere en un fideicomiso singular, subordinado a durar solamente hasta el cumplimiento de una condición resolutive, o hasta el vencimiento de un plazo resolutive, para el efecto de restituir la cosa a un tercero"

³⁶ . Sin embargo, una de las más inteligentes propuestas que se hacen en doctrina es la de BONO, quien califica primero "este nuevo derecho como **dominio menos que imperfecto**", categorizando en definitiva el instituto como un "**cuasi dominio menos que imperfecto**" (Véase Gustavo Alejandro BONO, Fideicomiso; op. cit. ps. 41 y 42).

que no se altere la titularidad del bien; toda vez que transmitido el objeto y constituida la propiedad fiduciaria, se habrá separado del patrimonio del fiduciante. A falta de alguna de las formas impuestas por la ley para la transmisión, no será oponible a terceros el negocio de fideicomiso.

Por ello en el dispositivo siguiente (artículo 13) la ley se ocupa de establecer que tratándose de bienes registrables, los registros correspondientes deberán tomar razón de la transferencia fiduciaria de la propiedad a nombre del fiduciario. En ese orden de ideas ha señalado LOPEZ DE ZAVALIA que "lo que preocupa a la ley 24.441 es la oponibilidad contra terceros y le preocupa en el aspecto muy particular de que los bienes fideicomitados van a formar un patrimonio separado. Para la oponibilidad de ese patrimonio separado es preciso que el carácter de fiduciario (y no solamente la traslación del dominio inmobiliario) sea publicitado"³⁷. Por ello entendemos nosotros que constituyéndose el fideicomiso sobre bienes registrables, podrá el negocio jurídico surtir efectos entre partes desde que exista consentimiento y tradición; pero respecto de terceros será imprescindible para la oponibilidad que se verifique las formas impuestas; y que se tome razón en el registro que corresponda. Y no se pierda de vista, como enseña MOISSET DE ESPANES que "La norma comprende a todo tipo de bienes registrables, tanto inmuebles como muebles; el fiduciante, propietario original del bien y -como tal- su titular registral, transfiere esa propiedad al fiduciario, que deberá ser inscripto como nuevo titular registral"³⁸; y que habrá de verificarse en consecuencia la correspondiente anotación para la plena oponibilidad del negocio.

14.- LA SITUACION DE LOS BIENES FIDEICOMITIDOS Y LA SEPARACION DE PATRIMONIOS

La ley 24.441 ha establecido como regla general que los bienes fideicomitados constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciante y del fiduciario. Tal lo que expresamente se legisla en el artículo 14.

Se consagra con esto la creación de lo que se da en llamar "patrimonio de afectación", a los fines de mantenerlo aislado de la suerte que puedan tener los patrimonios "propios" o "particulares"

³⁷ . LOPEZ DE ZAVALIA, Fernando; Fideicomiso, ... citado, p. 79. Destaca este autor que "El dominio fiduciario *ex contractu* de cosas muebles no registrables se adquirirá con título y tradición. Cuestión distinta será, para estos, el de la prueba del "carácter" fiduciario, cuando se lo pretenda esgrimir contra terceros" (p. 80).

³⁸ . MOISSET DE ESPANES, Luis; Modificaciones al Régimen Registral y al Código Civil; en Ley 24.441 -Financiamiento de la Vivienda y la Construcción; p. 126, Alveroni, Córdoba, 1995.

-si se nos permite la licencia- del fiduciante o del fiduciario. Se introduce, como se ha enseñado, "la idea de un patrimonio que se aparte del principio de "unidad patrimonial, que no se integre a la universalidad de los bienes del fiduciario, en apartamiento de lo dispuesto en el artículo 2312 del Código Civil y su nota, un patrimonio sobre el cual pueda ejercerse un cierto "derecho de separación", para evitar la transgresión de los acreedores del fiduciante o, con mucha mayor razón, del fiduciario ... "³⁹.

En nuestro criterio acierta la norma con la especial ubicación jurídica que otorga a los bienes motivo del fideicomiso, pues no debe olvidarse que el objeto del negocio jurídico es afectar esos bienes a una finalidad determinada, que por cierto tendrá que ser lícita, y que por lo demás el negocio tendrá que realizarse de buena fe -artículo 1198 del C. Civil-, sin perjudicar a terceros -art. 1195 in fine-, y no tendrá valor si se realiza simuladamente o en fraude de derechos de terceros --artículos 955, 961 y 1044 C.Civil- con lo cual quedan suficientemente a salvo de intenciones ilícitas.

Agreguemos que en consonancia con esta consideración separada que se hace del patrimonio fideicomitado, la ley ha dispuesto expresamente (artículo 15) que los bienes quedarán exentos de toda acción singular o colectiva de los acreedores del fiduciario, y que tampoco podrán agredir esos bienes fideicomitados los acreedores del fiduciante, dejando por cierto a salvo, como antes hemos expresado, la acción por fraude. Si en cambio, están autorizados los acreedores del beneficiario para ejercer sus derechos sobre los frutos de los bienes fideicomitados, y subrogarse en sus derechos.

Del mismo modo se reafirma la separación patrimonial en el artículo 16 -primera parte- de la Ley 24.441 al expresamente disponer que los bienes del fiduciario no responderán por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, las que sólo serán satisfechas con los bienes fideicomitados. Ello indica a las claras que los acreedores cuyos créditos estén originados por la actividad propia del fideicomiso tendrán como prenda común para satisfacer su interés la totalidad de los bienes que integran el negocio fiduciario, pero no podrán extenderse hasta el patrimonio del fiduciario. Ello origina de suyo el deber del fiduciario de llevar cuentas claras de la administración, y con una honesta separación en la práctica de sus negocios propios, so pena de poder ubicarse en situación que ante la duda, se entienda que un negocio o un bien propio, pertenezca al fideicomiso. Se ha destacado sobre ello que "es importante que los terceros puedan conocer en todo momento cuales bienes pertenecen al patrimonio propio del fiduciario y cuales al patrimonio fideicomitado. ... por razones de

³⁹

. HIGHTON - MOSSET ITURRASPE - PAOLANTONIO - RIVERA; op. cit. p. 49. Se explica allí mismo que el sistema reconoce antecedentes en el derecho comparado: Del patrimonio autónomo hablan los Códigos de Colombia (art. 1233); de Comercio de Costa Rica (art. 634); y del patrimonio de afectación -sujeto a una finalidad prevista- la ley de México (art. 351), y de Honduras (art. 1048, Cod. de Comercio).

seguridad jurídica en caso de duda, frente a terceros, se presumirá que el bien pertenece al patrimonio propio del fiduciario"⁴⁰. Por nuestra parte pensamos que la duda debe resolverse a favor de la pertenencia al fideicomiso, como modo de acentuar la responsabilidad del fiduciario.

15.- LÍMITES A LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA

La ley 24.441 ha incorporado una cláusula (artículo 14, segunda parte) por la que establece un límite a la responsabilidad objetiva del fiduciario, emergente del artículo 1113 del Código Civil. Esta se limita al valor de la cosa fideicomitida cuyo riesgo o vicio fuese causa del daño, siempre que el fiduciario no haya podido razonablemente haberse asegurado.

La cláusula parece que dudosamente aprobaría un examen de constitucionalidad; aunque el motivo de esta disposición ha sido fundado por autorizada doctrina en la defensa del patrimonio fideicomitido: Así como se lo separa para evitar las agresiones de los acreedores, se pone este tope para eludir las condenas que bien pudiera arrastrar buena parte del mismo⁴¹.

Veamos bien pues esta segunda parte del artículo 14 que introduce toda una novedad en el sistema nacional de la responsabilidad civil. Reza su texto: "*La responsabilidad objetiva del fiduciario emergente del artículo 1113 del Código Civil se limita al valor de la cosa fideicomitida cuyo riesgo o vicio fuese causa del daño si el fiduciario no pudo razonablemente haberse asegurado*".

Digamos que está claro, el precepto sólo se refiere a la responsabilidad objetiva, y que ninguna limitación habrá para el caso de que la responsabilidad se deba a culpa o dolo.

Además, el tope con el que se responde no es *todo lo que constituye el patrimonio fideicomitido*; sino sólo la cosa que originó el daño.

Ahora bien, a tenor de lo ordenado en la última parte del artículo, hay que decir que el tope a la responsabilidad no funcionará si el fiduciario podía haber razonablemente contratado seguro. De allí surge inmediatamente la siguiente cuestión: ¿En que casos no es razonablemente posible contratar seguro?. Sobre el punto se ha señalado certeramente que "Este criterio de razonabilidad es fundamental a la hora de determinar si la víctima

⁴⁰ . MANTILLA, Fernando R.; Una Introducción al Fideicomiso; JA 1995 - B, p. 791.

⁴¹ . HIGHTON - MOSSET ITURRASPE - PAOLANTONIO - RIVERA, op. cit. p. 51. Se añade en esa obra que la salvedad del texto parece necesaria, pues si bien los acreedores del fiduciario -como reza el texto siguiente- no pueden atacar los bienes fideicomitados, cuando sus créditos nazcan de otras relaciones extrañas a ellos, no parece razonable que el principio se mantenga cuando esas deudas tenga origen "en esos mismos bienes", en su índole, carácter o estado.

del daño tendrá como respaldo de su indemnización todo el patrimonio fideicomitado y hasta cubrir la totalidad de su crédito por daños o si, contrariamente, tendrá derecho a resarcirse sólo hasta el valor de la cosa que le causó el perjuicio."⁴².

Nosotros creemos que es "razonable" una conducta que cualquier persona de buen sentido hubiese adoptado; y nos pronunciamos además por un criterio sumamente restrictivo para interpretar el artículo, casi hasta afirmar que si se puede asegurar, se debe asegurar.

También opinamos que la disposición resulta inaplicable por inconstitucional, ya que genera manifiesta desigualdad -contra lo preceptuado en el artículo 16 de la Constitución Nacional- y puede en su caso vulnerar el derecho de propiedad de la víctima a quien el valor de la cosa no alcance a repararle el daño ocasionado, contra lo garantizado por el artículo 17 de la carta magna.-

16.- LIQUIDACION DEL FIDEICOMISO

El modo normal y natural por el cual se extingue el fideicomiso, ocurre con el advenimiento del plazo o condición al que se lo sujeta en su comienzo, y culmina en la transmisión de los bienes al sujeto designado como destinatario final (fiduciante, beneficiario, fideicomisario, art. 1).

Pero entre las vicisitudes que pueden acaecer en la vida de este negocio jurídico, existe la posibilidad que el ejercicio de la propiedad fiduciaria genere tal pasivo, que no alcance el valor de los bienes dados para cubrirlo.

El texto legal que regula la institución se ha ocupado de señalar que la insuficiencia de los bienes fideicomitados para atender las obligaciones que de él surjan, no dará lugar a la declaración de su quiebra (artículo 16, segunda parte). La solución traída por la ley 24.441 en el mencionado artículo es que a falta de otros recursos, provistos por el fiduciante o el beneficiario según lo dispuesto en el contrato⁴³, el fiduciario debe proceder a la liquidación, enajenando los bienes y entregando el producido a los acreedores, según el orden de privilegios previsto para la quiebra.

Vemos que la normativa prevé un primer supuesto, que sería una especie de "salvataje" con fondos que aportase el fiduciante o el beneficiario, a fin de hacer sobrevivir al negocio de fideicomiso.

⁴² . BONO, Gustavo Alejandro; Fideicomiso; op. cit., p. 30. El autor criteriosamente señala también la obligada distinción entre "imposibilidad de asegurar", caso que las compañías de seguro no cubran ese riesgo; e "irrazonabilidad de asegurar" un riesgo que en principio aparece como asegurable.

⁴³ . Vuelve la ley a referirse aquí a "previsiones contractuales", cuando debió aludir al "acto jurídico creador", ya que como lo llevamos dicho, este puede ser un testamento.

Pero si se descarta esa posibilidad, se procede a una liquidación extrajudicial sin quiebra, donde el fiduciario toma el papel de síndico y juez del concurso, efectuando en primer término las operaciones para reducir a dinero los bienes existentes en el fideicomiso, para luego realizar la distribución, tomando en cuenta los privilegios legales.

A tal fin deberá tener presente el orden que se establece en los artículos 240 y siguientes de la ley de concursos N° 24.522, recurriendo en su caso a las preferencias que son legisladas en el Título I de la Sección Segunda del Libro IV del Código Civil.

Estimamos que las decisiones del *fiduciario-liquidador* podrán ser impugnadas ante el Juez, quien deberá cuanto menos escuchar al acreedor inconforme; y finalmente discernirá como corresponde realizar la distribución⁴⁴

⁴⁴ . No pocos problemas son los que puede suscitar este procedimiento. BONO ejemplifica: ¿Como se tramitarán las verificaciones de crédito? ¿Cual será el efecto de una presentación tardía? ¿Que ocurrirá con los juicios pendientes iniciados antes de la liquidación?, etc. (op. cit., p. 36 y 37)

BIBLIOGRAFIA

- ALTERINI, Jorge; Resolución de Contratos y Dominio Revocable; ED t. 50 p. 639.
- BONO, Gustavo Alejandro; Fideicomiso; en Ley 24.441. Financiamiento de la Vivienda y la Construcción; Alveroni, Córdoba, 1995.
- CARREGAL, Mario Alberto; El Fideicomiso; Universidad, Bs.As.; 1982.
- FARINA, Juan M.; Contratos Comerciales Modernos; Astrea, Bs.As., 1993.
- HIGHTON, Elena I.; MOSSET ITURRASPE, Jorge; PAOLANTONIO, Martín E.; RIVERA, Julio César; Reformas al Derecho Privado - Ley 24.441, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1995.
- LOPEZ DE ZAVALIA, Fernando; Teoría de los Contratos, Tomo 5, Zavalía, Bs.As.; 1995.
Fideicomiso, Leasing, Letras Hipotecarias, Ejecución Hipotecaria; Contratos de Consumición; Zavalía, Bs.As., 1996.
- MANTILLA, Fernando R.; Una Introducción al Fideicomiso, JA 1995 - B, 789
- MOISSET DE ESPANES; Luis, Aspectos Registrales del Fideicomiso, JA 1995 - III, 725
Contrato de Fideicomiso, en Revista del Notariado; 1995 - Número Extraordinario; pags. 61 y sgtes.; Bs. As., 1995.
Modificaciones al Código Civil y al Régimen Registral; en Ley 24.441. Financiamiento de la Vivienda y la Construcción, Alveroni, Córdoba, 1995.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge; Negocios Simulados, Fraudulentos y Fiduciarios; Ediar, Bs.As., 1975.
Contratos; Rubinzal Culzoni, Santa Fe; 1995.
- MORELLO, Augusto Mario; Aspectos Procesales de la Ley 24.441 de Financiamiento y Construcción de Vivienda; JA 1995 -II, 765
- MUSTO, Nestor Jorge; Derechos Reales, T. II, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1994.
- PORTILLO, Gloria Yolanda; Modernos Contratos del Derecho; Juris, Rosario, 1993.
- RODRIGUEZ AZUERO, Sergio; Contratos Bancarios. Su Significación

en América Latina. Biblioteca Felaban; 2ª edición corregida,
Bogotá, 1979.