

SECCION DOCTRINA

CONTRATO DE FIDEICOMISO

Pablo Rafael Banchio

1. INTRODUCCIÓN

Sin abundar en la explicación que se presenta "infra" y sin desconocer algunas de las grietas e insuficiencias de este trabajo, nos introduciremos al tema del fideicomiso principiendo con sus orígenes históricos como institución del Derecho Romano, continuando con el análisis que presenta la figura en nuestro derecho y culminando con su regulación legal a partir de la Ley 24.441.

Luego de ello y a fin de comprender cabalmente el sentido de las tesis expuestas, recurriremos en el marco teórico al análisis de los distintos tipos de fideicomisos y las clasificaciones que de ella nos brinda la norma legal supradicha.

En cumplimiento de las consignas establecidas haremos una breve referencia al tratamiento que al instituto brinda el Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación, actualmente en debate y la situación de la figura en el derecho comparado, con especial referencia al *common law*. Finalmente, cerraremos el trabajo con una brevísima conclusión sobre la materia objeto de este estudio.

2. EL FIDEICOMISO ROMANO

Para la mejor precisión del concepto, la palabra "fiduciario" proviene del latín: *fiducia*, que se traduce como "confianza", y que "fideicomiso", en su raíz latina, *fideicomissum* proviene de *fides*, que significa fe, y de *comissus*, que significa comisión, encargo también confiado). Según el Diccionario enciclopédico hispanoamericano fideicomiso es "la disposición testamentaria por la cual el testador deja su hacienda o parte de ella encomendada a la fe de uno para que ejecute su voluntad"¹. El basamento del fideicomiso romano descansa sobre los principios morales de la buena fe y la confianza.

Esta figura nació entonces, primitivamente, con los atributos de una comisión en confianza y fue utilizada por el derecho romano, plasmada en los institutos: a) la *Fiducia cum creditore contracta*, y b) la *Fiducia cum amico contracta*.

La primera de ellas tenía por objeto garantizar al acreedor el pago de una deuda mediante la entrega en propiedad de una cosa, que sería restituída al hacerse efectivo el pago. La segunda, al contrario de la anterior, el acto de entrega se constituía en interés del fiduciante.

La *fiducia* daba al fiduciario la custodia o administración, pero frente a cualquier tercero ajeno a la relación, éste era el propietario del bien, permaneciendo oculta la convención que limitaba sus atribuciones.

En sus orígenes fue el recurso empleado por el testador para eludir las numerosas

¹ Edición española, Barcelona, 1912, t. IX, p. 335.

limitaciones e incapacidades que para heredar establecía el Derecho Romano, de manera tal que para lograr su propósito, el testador debía valerse de un medio indirecto, es decir, instituir heredero a una persona de su confianza, capaz para recibir una herencia o legado, para que éste a su vez, como heredero fiduciario y apelando a su buena fe y recta conciencia, una vez fallecido el testador, hiciera entrega de la herencia o legado a quien aquél le había indicado en vida habría de ser el beneficiario.

Se hizo necesario empero, ante los abusos de confianza arbitrar las medidas de protección imprescindibles para obligar al heredero fiduciario a restituir los bienes recibidos al verdadero destinatario de los mismos, disponiéndose en tal sentido en época del emperador Augusto, que los cónsules vigilaran el cumplimiento de los fideicomisos, creándose luego el cargo de *pretor fideicomisario*, invistiéndose a dicho funcionario de facultades para obligar al heredero aparente a dar cumplimiento a lo oportunamente dispuesto por el testador².

Ampliando lo dicho, nos refiere LISOPRAWISKY que el fideicomiso de origen romano; se introdujo principalmente con dos objetos: primero, facilitar los actos de última voluntad buscando un medio de que dispusiesen de sus bienes los peregrinos, o quienes por otras causas no pudiesen hacer el testamento romano; segundo, hacer llegar las herencias a las personas incapacitadas por ley para ser herederas, pero que no obstante merecen ser remuneradas por los servicios que habían prestado a los testadores". Leemos en el mismo autor que "las leyes de

² CORREA LARGUIA, Luis: *Fideicomiso, características y aplicación práctica en los sistemas de ahorro y préstamo*, en Revista del Notariado 1982, página 70, Buenos Aires, 1982.

Partidas, en su afán de imitar el derecho romano, introdujeron en España los fideicomisos"; la 14^o, tít. V, partida VI, define la institución fideicomisaria así: "Fideicomisaria sustitución, quiere decir establecimiento que es puesto en fe de alguno que la herencia deja en su mano que la dé a otro"³.

CARREGAL recuerda que esta característica del fideicomiso testamentario en el derecho romano (su aptitud para alcanzar por vía oblicua objetivos vedados por la ley) contribuyó a su desprestigio, resabio de lo cual lo constituyen los arts. 3723 y 3730 del Código Civil, que prohíben la sustitución fideicomisaria⁴.

La forma de negocio de confianza que adoptó el derecho romano fue *el pactum fiduciae*, que tomó las figuras de la *fiducia cum creditore contracta* y *fiducia cum amico contracta*⁵.

La primera tenía la finalidad de garantizar al acreedor el pago de una deuda mediante la entrega en propiedad de una cosa, la que debía serle restituida al hacerle efectivo el pago. En la *fiducia cum amico contracta*, al contrario de la anterior, el acto de entrega en propiedad de la cosa a un *amico* se constituía en interés del fiduciante. La fiducia daba al fiduciario la custodia o administración, pero frente a los terceros él era el propietario del bien, "permaneciendo oculta la convención que limitaba sus atribuciones. Vemos, pues, tres aspectos distintos: el fideicomiso sucesorio, la fiducia de garantía y el encargo en confianza".

³ LISOPRAWISKY, Silvio; *Tratado de Fideicomiso*, Lexis Nexis Argentina, 1^a edición, Buenos Aires, .2003

⁴ Ver infra.

⁵ CARREGAL, Mario A., *El fideicomiso, regulación jurídica y posibilidades prácticas*, Universidad, Buenos Aires, 1982, páginas 74 y 75.

De las especies descritas nos interesa destacar por su mayor vinculación con el crédito, la *fiducia cum creditore* o de garantía. En ella la transmisión de la cosa se hacía en garantía de una obligación. El acreedor fiduciario recibía de su deudor bienes y la autorización para que, en caso de incumplimiento, el primero pudiera mantenerlos en su propiedad definitivamente, o enajenarlos para cobrar la deuda, aun cuando en uno u otro caso el valor de la cosa excediese el de la deuda garantizada. Los abusos, que existieron, fueron limitados por el *acta fiduciae* emergente del pacto de *fiduciae*, que obligaba al acreedor a restituir la cosa o bien a indemnizar los daños y perjuicios originados cuando la restitución se hacía imposible por culpa de éste. Al caer en desuso, en el último tramo del período clásico del derecho romano, la *mancipatio* y la *in iure cessio*, como forma de transmisión de la propiedad, contratos reales de garantía como la prenda y la hipoteca sustituyeron a la *fiducia cum creditore*⁶.

3. EVOLUCIÓN POSTERIOR

Cuando el Derecho romano comienza a tener influencia en Europa a partir de la Edad Media y es receptado en los ordenamientos jurídicos del continente, puede advertirse como empieza a desnaturalizarse la función primigenia de esta figura.

Durante el régimen feudal el fideicomiso, al igual que el mayorazgo trajeron aparejado el estancamiento de la propiedad inmobiliaria en poder de las familias

⁶ LISOPRAWSKY, Silvio; *Tratado de Fideicomiso*, Lexis Nexis Argentina, 1ª edición, Buenos Aires, 2003.

aristocráticas o de ciertas instituciones llamadas de "manos muertas", estableciéndose un orden de sucesión por tiempo indefinido, ya que, en las instituciones fideicomisarias, el testador, a fin de que permanecieran los bienes en la misma familia o en entidades determinadas, instituía al heredero y lo gravaba con la obligación de restituirlos a una serie de herederos sucesivos por varias generaciones, según las instrucciones del testador⁷.

3.1 FIDEICOMISO EN EL DERECHO GERMÁNICO

Los antecedentes del fideicomiso en el derecho germánico se localizan en tres institutos: la prenda inmobiliaria, el *manusfidelis* y el *Salman* o *treuhand*. En el esquema germánico, el poder atribuido al fiduciario (*treuhander*) es limitado en función de su finalidad. En el negocio fiduciario germánico la transmisión se hace bajo condición resolutoria, estableciéndose una propiedad limitada en virtud de la retracción automática a que queda sujeto el bien en favor del fiduciante, que restablece su primitiva condición de titular del derecho, lo que le permite, incluso, reivindicar el bien de cualquier tercero que lo detente. Es un claro ejemplo de lo que se denomina "patrimonio de destino" o "affecto"⁸.

En síntesis, la estructura de la fiducia de tipo germánico conduce a una división de derechos que convierte al fiduciario en propietario o acreedor formal o legal, mientras que la propiedad o el derecho de crédito material corresponden al fiduciante.

⁷ CORREA LARGUIA, Luis; *op. cit.*, pagina 72.

⁸ LISOPRAWSKY, Silvio; *Tratado de Fideicomiso*, Lexis Nexis Argentina, 1ª edición, Buenos Aires, 2003.

Se fracciona el derecho de propiedad en *dominium legitimum* y *dominium material*. Esta concepción, de tipo feudal, pasó al derecho inglés, y más precisamente al *trust*, como podremos observar al analizar el instituto.

3.2 FIDEICOMISO EN DERECHO ANGLOSAJÓN

Siglos más tarde la idea originaria del fideicomiso fue evolucionada por el derecho anglosajón transformándola en lo que hoy se conoce como "*trust*" o confianza donde resulta en un desdoblamiento de la propiedad legal en cabeza del "*trustee*" y de la propiedad de equidad o "*equity*" en la del beneficiario, considerado verdadero propietario en el régimen de equidad que complementa al legal.

De ahí que sus aplicaciones hayan trascendido la esfera familiar ya que el "*trust*" se ha vinculado íntimamente con los negocios de la vida moderna. Si bien nos referiremos inextenso en el punto Derecho Comparado⁹, a este *trust*, podemos definirlo como una relación en virtud de la cual el beneficiario está obligado a depositar su entera confianza en el fiduciario, atento al control que este sobre los bienes e intereses del primero. Recordemos que, en cuanto al carácter personal de la relación fiduciaria, el fiduciario está generalmente obligado a no delegar en otra persona su deber de ejecutar y alcanzar el fin que se le encomendó.

Existen en el COMMON LAW como veremos mas detalladamente infra¹⁰, dos categorías

fundamentales de *trust*: a) el expreso y b) el implícito. El primero se forma por la sola voluntad expresa del fiduciante, el otro es el que resulta como consecuencia de la interpretación que hacen los tribunales a partir de la intención de las partes.

3.2.1 DIFERENCIAS ENTRE EL ANGLOSAJÓN Y EL FIDEICOMISO ROMANO

Además de la diferencia ya observada acerca de la idea de una doble propiedad subyacente del *trustee* por un lado y del beneficiario por el otro, el negocio fiduciario de origen romano admite el contrato en favor de terceros, mientras que en el derecho inglés no se admite la estipulación en favor de terceros¹¹.

Por ello, en el *trust* se requieren tres personas: el constituyente (*settlor*), el fiduciario (*trustee*) y el beneficiario; aunque excepcionalmente el *settlor* puede instituirse a sí mismo como *trustee*. En el derecho anglosajón un *trust* puede ser constituido por el *settlor* por acto *inter vivos* unilateral. Si bien para ser *trustee* (fiduciario) se requiere la aceptación, ésta no es asimilable a la aceptación de una oferta contractual; de ahí que el *trust* pueda existir sin designación del *trustee* en el acto de constitución.

El *trust* ha sido calificado como negocio fiduciario "impuro", por estar regulado legislativamente; ello hace que el beneficiario no se halle librado sólo a la fe o confianza depositada en el fiduciario, sino que cuente con medios jurídicos para forzar al *trustee* a cumplir con sus obligaciones. Por esa razón, para cierta

⁹ Ver infra punto 10.6.

¹⁰ Puntos 10.6 en adelante

¹¹ LISOPRAWSKY, Silvio; *Tratado de Fideicomiso*, Lexis Nexis Argentina, 1ª edición, Buenos Aires, .2003.

doctrina (por ejemplo, para Garrigues), el *trust* no encuadraría dentro del concepto de negocio fiduciario¹².

En el derecho continental europeo posterior, el advenimiento de la Revolución Francesa produjo la supresión de las instituciones fideicomisarias, y si bien a la llegada de Napoleón al poder fueron reestablecidos tales derechos a los testadores, la sustitución fue definitivamente abolida por Francia en 1849, sirviendo de ejemplo a los demás países con legislaciones inspiradas en el "*Code Civil*" francés.

4. LA SITUACIÓN EN NUESTRO DERECHO

La legislación argentina brindaba la definición del fideicomiso en el Código Civil, Libro Tercero. De los derechos reales, Título VII. Del dominio imperfecto. El artículo 2661 lo define como el derecho real revocable o fiduciario de una sola persona sobre una cosa propia, mueble o inmueble, o el reservado por el dueño perfecto de una cosa que enajena solamente su dominio útil.

Por su parte el artículo 2662 dice (antes de la reforma de la ley 24.441) que 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.

SALVAT ha dicho que nos encontrábamos frente a una disposición que carece de

¹² IDEM

interés práctico y de aplicación¹³, en tanto MARIANI DE VIDAL ha expresado que se trataba por el momento de un instituto dormido y entendía que en el derecho moderno donde aparecen día a día nuevas figuras negociables no debe ser desatendido¹⁴.

5. DERECHO ARGENTINO VIGENTE. LA LEY 24.441

Efectivamente, con la sanción de la ley 24.441, se ha reintroducido en la legislación argentina la figura del fideicomiso que cobró desde entonces con un importante auge en nuestro sistema jurídico y en la vida económica, financiera y de intercambio de bienes y servicios.

Con la regulación legal del contrato de fideicomiso, se posibilitó además ingresar en el terreno de la titulización; proceso que consiste en emisión de títulos de deuda con respaldo en activos ilíquidos, que son colocados entre los inversores. Lo cual crea un mercado secundario de créditos en el cual son negociados los títulos valores resultantes de la conversión de los flujos de fondos originales¹⁵.

Este es un instrumento que permite regular los derechos y obligaciones entre las personas con una mayor sencillez y flexibilidad que las instituciones

¹³ SALVAT, Raymundo M., *Tratado de Derecho Civil Argentino*. Derechos reales, página 617, Buenos Aires, 1927

¹⁴ MARIANI DE VIDAL, Marina; *Introducción en KIPER*, Claudio Marcelo; *Régimen Jurídico del Dominio Fiduciario*, Buenos Aires, 1990.

¹⁵ BAGLIETTO, Sebastián J.; *Aplicación y problemática del contrato de fideicomiso*, La Ley, Tomo 1996-A, página 1269, Buenos Aires, 1996.

tradicionales, sin perjuicio de la certeza y seguridad jurídica con la que todo contrato comercial debe contar.

El fideicomiso logra acotar y distribuir riesgos de un modo diferente a las tradicionales estructuras utilizadas en nuestro país. Esa diferente estructura de riesgos permite organizar negocios y relaciones de carácter patrimonial que hasta hoy era imposible dentro de nuestro acotado "universo simbólico" ya que permite aislar los activos extraídos del patrimonio del fiduciante para constituir un acervo separado del patrimonio del fiduciante y del fiduciario.

Es esta una de las aristas más importantes en este tipo de contrato y la constituye la independencia del patrimonio fideicomitido que a todos los efectos legales se encuentra separado de los del fiduciario y fiduciante.

Ello implica que los bienes objeto del contrato se encontrarán a salvo de la acción individual o colectiva de los acreedores de ambos cocontratantes. Los bienes comprendidos devienen entonces inmunes frente a la eventual insolvencia del fiduciante, pues no pueden ser agredidos por sus acreedores ni por los del fiduciario, salvo claro está la acción de fraude. Como contrapartida los bienes del fiduciario no responderán por las obligaciones contraídas en el cumplimiento del fideicomiso, por lo que nos encontramos con dos patrimonios separados en cabeza de una sola persona.

6. CONTRATO DE FIDEICOMISO

Conforme al artículo 1 de la ley 24.441 habrá fideicomiso cuando una persona fiduciante transmita la

propiedad fiduciaria de bienes determinados a otro fiduciario, quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato como beneficiario, y a transmitirlo al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario.

De la definición legal dada en el artículo 1 se infiere que el objeto del contrato de fideicomiso puede ser el de garantía, administración o inversión y dentro de cada una de las actividades puede estructurarse para servir al negocio específico¹⁶.

QUINTANA FERREYRA sostiene que "el fideicomiso importa la transmisión de un bien efectuada por un sujeto, llamado fiduciante, a otro denominado fiduciario, el que queda obligado a disponer de dicho bien conforme lo ordena aquel".

CARREGAL puntualiza el aspecto subjetivo del negocio indicando que el fiduciante, aquel por el cual una persona recibe de otra un encargo respecto de un bien determinado cuya propiedad transfiere a título de confianza, para que el cumplimiento de un plazo o de una condición le dé el destino indicado¹⁷.

En cualquier caso, se evidencia con nitidez que en el intento de adecuar el fideicomiso a los sistemas jurídicos, se distingue del derecho angloamericano, donde no siempre es un contrato, en tanto allí puede ser una declaración¹⁸.

¹⁶ BAGLIETTO, op. cit. página 1265

¹⁷ CARREGAL, Mario A., op. cit. páginas 74 y 75.

¹⁸ BENEDINI, Federico; "Responsabilidad del fiduciario según la ley 24.441", página 3, Buenos Aires, 20/07/2001.

7. PARTES

En principio encontramos dos partes esenciales en el contrato de fideicomiso: a) el fiduciante y el b) el fiduciario, aunque la ley, como veremos introduce otras partes del contrato.

El propietario del bien que se transfiere en fideicomiso, y estipula el destino que darse, se denomina fiduciante.

A quién se le transfiere la titularidad de los bienes en fideicomiso y debe respetar el destino previsto en el contrato, llamada fiduciario.

Empero, como dijimos, se advierte la presencia de una tercera persona, llamada beneficiario, es aquel en cuyo favor se fideicomiten los bienes.

Finalmente, el artículo 1 de la ley se refiere a una cuarta parte, el fideicomisario sin precisar su función, siguiendo la posición de FARINA sostenemos que el vocablo fideicomisario en el artículo 1 recibe la acepción estricta. Con él se designa únicamente al destinatario final como ocurre con el artículo 26, que emplea el vocablo en sentido amplio, es decir a quien se le transmiten los bienes para el caso que los beneficiarios no lo aceptaren o renunciaren o no llegasen a existir.

Siendo así que la responsabilidad del fiduciario es objetiva y se limita al valor de los bienes integrantes del fideicomiso, siempre y cuando este no hubiese podido razonablemente asegurarse¹⁹.

¹⁹ Ibídem.

8. DOMINIO FIDUCIARIO

El Capítulo III de la ley en análisis regula el dominio fiduciario que es una de las variantes posibles que puede resultar de la utilización de los negocios fiduciarios.

KIPER nos dice que es importante diferenciar el negocio fiduciario del dominio fiduciario. El primero está configurado por la relación contractual, como la ley lo posibilita *supra*, mientras que el segundo es el derecho real que surge de aquella, y nos aclara, que no todo negocio fiduciario tiene por fin constituir un dominio fiduciario²⁰.

Así resulta del artículo 11 de la ley 24.441, pues éste dice que sobre los bienes fideicomitados se constituye una propiedad fiduciaria que se rige por lo dispuesto en el Código Civil en el Libro Tercero. De los derechos reales, Título VII que trata sobre el dominio imperfecto, y las disposiciones de la ley analizada cuando se trate de cosas, o a las que correspondieren a la naturaleza de los bienes cuando éstos no sean cosas.

Debemos recordar que el Título VII del Libro II del Código se refiere al dominio imperfecto y que el artículo 73 de la ley 24.441 ha sustituido al artículo 2662, ya visto en este trabajo²¹ por el siguiente texto: 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

²⁰ KIPER, Claudio Marcelo; *Fideicomiso. Dominio Fiduciario. Securitización*, Depalma, Buenos Aires, 1995, página 163.

²¹ Ver *supra*, página 9.

entregar la cosa a quien corresponda según el contrato, el testamento o la ley.

9. CARACTERÍSTICAS DEL DOMINIO FIDUCIARIO

De la definición realizada en el punto anterior podemos distinguir dos características salientes del dominio fiduciario antes analizado y que lo distinguen del dominio pleno: a) la falta de plenitud y b) la falta de perpetuidad.

La falta de plenitud surge del artículo 17 de la ley 24.441 que es bastante impreciso en su redacción, ya que no surge claramente de él cuáles son exactamente las hipótesis que comprende.

En efecto, si bien el fiduciario tiene, en principio, libertad de enajenación de los inmuebles recibidos en fideicomiso, dicho artículo establece la posibilidad de limitar esta facultad. Pero no queda claro cuáles son los que comprende esta restricción a la transferibilidad del dominio.

Efectivamente, la doctrina mayoritaria ha definido de tres causas de indisponibilidad: a) porque el acto de enajenación contraría los fines del fideicomiso; b) porque el fideicomiso expresamente prohíbe la enajenación en forma absoluta, y c) porque aquél le impone como requisito adicional el consentimiento del fiduciante o del beneficiario, y éste no concurre.

La falta de perpetuidad emerge del artículo 74 de la ley 24.441. El viejo artículo 2670 del Código Civil decía: "Revocándose el dominio con efecto retroactivo, el antiguo propietario está autorizado a tomar el inmueble libre de todas las cargas, servidumbres o hipotecas con lo que hubiese gravado el propietario desposeído,

o el tercer poseedor; pero está obligado a respetar los actos administrativos que hubiese hecho".

El artículo 74 de la ley 24.441 ha agregado un segundo párrafo, que dispone: "Quedan a salvo los actos de disposición realizados por el fiduciario de conformidad con lo previsto en la legislación especial".

No cabe duda de que, si los actos realizados son en contravención a las limitaciones del artículo 17, provoca la nulidad del acto y no su revocación, pero si la violación de alguna de aquellas cláusulas ha sido impuesta como condición resolutoria del dominio, el acto además de ser nulo, es revocable.

Esto corrobora a la antigua postura que consideraba aplicable el artículo 2670 del Cód. Civil tanto al dominio revocable, como al dominio fiduciario.

El párrafo agregado por la ley 24.441 ha introducido una importante excepción al principio según cual la revocación retroactiva del dominio permite recobrar el inmueble "libre de todas las cargas", aunque se halle en poder de sucesores particulares.

En efecto, en el caso del dominio fiduciario, la revocación del dominio no tendrá, en principio, efecto retroactivo sobre los actos de disposición que han quedado firmes, salvo que el fiduciario haya realizado actos de disposición en contra de lo previsto en el contrato. Así, revocado el dominio deberá volver el bien al mismo estado jurídico que tenía al momento de constitución del fideicomiso²².

²² VIDAL AURNAGUE, Sebastián, *"Análisis de la figura del fideicomiso"*, Edición del autor, Buenos Aires, 1999, página 4.

10. PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

El Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación, actualmente en debate dedica al fideicomiso dos capítulos, el 30, donde lo nomina “Contrato de fideicomiso” y el 31 donde establece el tratamiento del Dominio fiduciario, además de una mención en el Régimen de tutela, donde en su artículo 125 autoriza al Juez a transmitir los bienes del tutelado a su cargo a un Fideicomiso “u otras inversiones seguras” a cargo de una entidad autorizada para ofrecerse públicamente como fiduciario, siempre que el tutelado sea el beneficiario.

Haciendo abstracción de esa mención, le brinda un tratamiento renovado acorde al derecho comparado expuesto en este trabajo y las líneas jurisprudenciales en la materia establecidas desde la vigencia de la ley 24.441 a la fecha.

Regula más ampliamente el fideicomiso en garantía que tantos inconvenientes trajo en su implementación y especifica las características del dominio fiduciario de manera más concreta que la caracterizada por la doctrina, aunque, claro está, participando de las mismas características, aportando clarificaciones respecto del fideicomiso financiero.

En resumen, podría decirse que hace un triple tratamiento del instituto, como figura del derecho de familia (en el caso de la tutela), del derecho de los contratos (“contrato de fideicomiso) y del derecho real (dominio fiduciario).

Le dedica en esos dos capítulos 8 secciones y un articulado que se extiende desde el

1666 al 1707, haciendo una detallada descripción de sus elementos acorde a la importancia que ha adquirido la figura en nuestro derecho.

10.1 CONTRATO DE FIDEICOMISO

Concepto: Establece que hay contrato de fideicomiso cuando una parte, llamada fiduciante, transmite o se compromete a transmitir la propiedad de bienes a otra persona denominada fiduciario, quien se obliga a ejercerla en beneficio de otra llamada beneficiario, que se designa en el contrato, y a transmitirla al cumplimiento de un plazo o condición al fideicomisario.

Contenido: Especifica que el contrato debe contener: a) la individualización de los bienes objeto del contrato, b) la determinación del modo en que otros bienes pueden ser incorporados al fideicomiso, c) el plazo o condición a que se sujeta la propiedad fiduciaria; d) la identificación del beneficiario, o la manera de determinarlo conforme, e) el destino de los bienes a la finalización del fideicomiso, con indicación del fideicomisario a quien deben transmitirse y f) los derechos y obligaciones del fiduciario y el modo de sustituirlo.

Plazo: Respecto del plazo legal establece una duración máxima de treinta años desde la celebración del contrato (con excepciones) cumplidos los cuales cesa el fideicomiso y los bienes deben transmitirse por el fiduciario a quien esté designado en el contrato.

Forma: Será un contrato formal, pudiendo ser celebrado por instrumento público o privado, excepto cuando se refiere a bienes, por ejemplo, inmuebles, buques o

aeronaves, cuya transmisión debe ser celebrada por instrumento público.

Objeto: Pueden ser objeto del fideicomiso todos los bienes que se encuentran en el comercio excepto herencias futuras.

Partes: En relación con los sujetos no innova respecto de la legislación vigente, observando la doctrina que bien pudo haberse eliminado la figura del fideicomisario, ausente en algunos fideicomisos llamados latinoamericanos e inspirados en nuestro derecho. Así quedan entonces el fiduciante (no está legislado directamente), el beneficiario (no está definido el concepto) pero puede ser una persona "humana" o jurídica, que puede no existir o al tiempo del otorgamiento del contrato. No queda claro si se refiere a las personas por nacer o a una jurídica ya que luego dice que deben constar los datos que permitan su individualización futura, dejando planteado el interrogante.

Lo mismo acontece respecto del fiduciario aunque aquí excluye la "futuridad" y establece reserva respecto de entidades financieras autorizadas a funcionar como tales, sujetas a las disposiciones de la ley respectiva y las personas jurídicas que autoriza el organismo de contralor de los mercados de valores, que debe establecer los requisitos que deben cumplir, que dicho sea de paso acaba de tener aprobación legislativa, con contenidos contradictorios respecto del régimen de inscripción, suscripción y minorías.

El fideicomisario si está definido, como la persona a quien se transmite la propiedad al concluir el fideicomiso permitiendo que sea el fiduciante, el beneficiario, o una persona distinta ambos, pero excluyendo como hasta ahora al fiduciario.

Regula algunos aspectos como el estándar de actuación con "la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él", utilizando un cartabón muy amplio y ambiguo sobre el que hubo precisiones en materia de, por ejemplo, sociedades comerciales, que no se tuvieron en cuenta, es decir un estándar muy abierto, con palabras de textura amplia y multívoca. Una oportunidad desperdiciada.

También le establece la obligación de rendir cuentas a solicitud del beneficiario, fiduciante o fideicomisario, con una periodicidad no mayor a un año, pero nada dice respecto de si no media solicitud de las partes antes de ese plazo ni de cómo se exonera de esa obligación ni en qué tiempo le prescribe.

Extinción: Establece las causas de cesación enumerando taxativamente las mismas y convirtiéndolas en un numerus clausus del modo que sigue: a) remoción judicial, b) incapacidad, inhabilitación y capacidad restringida judicialmente y muerte, si es una persona humana; c) disolución, si es una persona jurídica; d) quiebra o liquidación y e) renuncia.

Sustitución: Prevé la sustitución del fiduciario que era un problema en la práctica real y ahora esquematiza de mejor manera, pero tampoco muy clara, lo cual puede verse en la regulación misma pero convengamos que, en materia de fideicomisos financieros es dificultosa cuando no está designado el sustituto o cuando se hace necesario pedir la intervención judicial.

10.2 FIDEICOMISO EN GARANTÍA

De manera esperada por la existencia de lagunas en la interpretación legal, ahora sí, regula el fideicomiso en garantía de manera más amplia estableciendo que si el fideicomiso se constituye con fines de garantía, el fiduciario puede aplicar las sumas de dinero que ingresen al patrimonio, incluso por cobro judicial o extrajudicial de los créditos o derechos fideicomitados, al pago de los créditos garantizados.

Regula y establece además los efectos de la propiedad fiduciaria sobre los bienes fideicomitados, los efectos frente a terceros del carácter fiduciario de la propiedad y determina para el caso de bienes registrables, la toma de razón en los registros correspondientes de la calidad fiduciaria de la propiedad a nombre del fiduciario.

En un artículo que ha despertado polémicas, el reformado 1685, por el Poder Ejecutivo Nacional en relación con la redacción original del Anteproyecto, pero en línea con la nueva ley del mercado de capitales establece la obligación del fiduciario de contratar un seguro contra la responsabilidad civil que cubra los daños causados por las cosas objeto del fideicomiso.

Posteriormente aclara que los bienes fideicomitados quedan exentos de la acción singular o colectiva de los acreedores del fiduciario y establece el procedimiento por deudas y la liquidación por insuficiencia de los bienes fideicomitados para atender a las obligaciones.

Respecto de las acciones, el futuro artículo 1689 establece que el fiduciario está legitimado para ejercer todas las acciones

que correspondan para la defensa de los bienes fideicomitados, contra terceros, el fiduciante, el beneficiario o el fideicomisario y autoriza al juez a que fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario, ejerzan acciones en sustitución del fiduciario, cuando éste no las ejerciere.

10.3 EL FIDEICOMISO FINANCIERO

10.3.1 IMPORTANCIA DE ESTA FIGURA

Resulta interesante analizar la ingeniería financiera desarrollada en estos últimos años, en los grandes centros financieros y mercados de valores internacionales. El gran desarrollo de la banca de inversión y la llamada "securitización", que la acompañó hizo que todo crédito, se convirtiera en un título negociable, vendible, sujeto a cotización y a especulación. Ello se desarrolló, utilizando la figura del fideicomiso financiero desplazando al viejo rol intermediario clásico de la Banca Comercial, sometida a los controles recomendados por los Acuerdos de Basilea, con límites de endeudamientos rígidos para los bancos acreedores.

En virtud de ello, la banca, en general, desarrolló una lógica de funcionamiento de maximización de la rentabilidad de corto plazo, expandiendo sus "productos", sin tener en cuenta, en absoluto, su exposición al riesgo.

La "securitización", consistía en distribuir el riesgo de cada crédito, considerado probablemente como incobrable, entre

muchos otros, supuestamente seguros²³. Este paquete colectivo de créditos era el "activo" que se negociaba en los mercados de valores mundiales.

Esta técnica se aplicaba a cualquier tipo de crédito, ya sea deudas privadas (hipotecas, tarjetas de crédito, corporativos, etc.), obligaciones negociables, movimiento a futuro de los mercados de valores, precios de las materias primas, índice de precios diversos, o deudas públicas, como Bonos emitidos por los países²⁴.

En nuestro derecho vigente, a falta de una regulación legal exhaustiva existen también figuras contractuales de convalidación en la práctica de los instrumentos conocidos en derecho comparado con "securitización", "titulización" o "paquetización" utilizadas en los mercados financieros.

La securitización, o titulización, es una transformación de activos ilíquidos en títulos valores negociables (activos más líquidos). Consiste en reunir y agrupar ("paquetizar") un conjunto de activos crediticios (hipotecas, pagares, cheques, cupones de tarjetas de crédito), para que sirvan de respaldo a la emisión de títulos valores o certificados de participación (negociables en un mercado secundario).

Básicamente es afectar un crédito a un título, sustituyendo activos que permite a los emisores de títulos obtener financiamiento de los mercados de capitales. En estos mercados (tanto bursátil como extrabursátil), los bancos median,

pero no asumen el riesgo crediticio ya que la contingencia queda en cabeza del tenedor final del título (inversor)

Para ser activos susceptibles de titulización el conjunto debe ser homogéneo, debe reunir características análogas en materia de plazos, sistemas de amortización, tasas de interés, etc. que aseguren un flujo de fondos predecible, de modo que se puedan distinguir, sin dificultad, los riesgos inherentes a cada paquete de activos a securitizar, para que pueda ser clara la elección de la relación rentabilidad-riesgo por la que opte cada inversor.

En este sentido existen varios tipos de activos: -préstamos (hipotecarios, prendarios, personales, etc.), facturas y cheques de pago diferido, cupones de tarjetas de crédito, leasing y hasta pagares. Los vehículos de "securitización" en el Derecho Argentino que permiten la titulización son además del fideicomiso financiero, los fondos comunes de inversión cerrados (de crédito), las obligaciones negociables garantizadas y las letras hipotecarias²⁵.

De la simple lectura de los instrumentos permitidos, los vehículos más utilizados son el fideicomiso financiero y los fondos comunes de inversión porque separan el activo securitizado de la empresa originante y en nuestra realidad financiera, con excepción de algunos pocos fideicomisos cerrados, se utiliza abundantemente el fideicomiso financiero.

²³ KIPER, Claudio Marcelo; *Fideicomiso. Dominio Fiduciario. Securitización*, Depalma, Buenos Aires, 1995.

²⁴ Rossi, Rodolfo, *Es el ying y el yang de la nueva ingeniería financiera.*, Buenos Aires, 1° de Noviembre de 2009.

²⁵ KIPER, Claudio Marcelo; *Fideicomiso. Dominio Fiduciario. Securitización*, Depalma, Buenos Aires, 1995.

10.3.2 DERECHO COMPARADO.
FORMAS.

En el ámbito internacional se conocen tres formas de securitización o tipos de paquetización: a) pura o con exposición fuera del balance ("*off balance sheet*"), b) con exposición dentro del balance ("*in balance sheet*") y c) mixta.

a) Con exposición fuera del balance: Los créditos son transmitidos, en fideicomiso, del originante, al emisor (fiduciario) mediante venta, cesión o endoso. El emisor emite certificados de participación para colocarlos en el mercado de capitales. El originante, se desprende de sus créditos y, por lo tanto, desaparecen de su activo, en tanto que en su patrimonio no inciden como pasivo los títulos de deuda. Los pagos de los deudores de los créditos cedidos se depositan en una cuenta del fideicomiso, destinándose esos fondos a pagar según las condiciones de emisión, generalmente, los gastos administrativos y fees, luego los servicios de intereses y la amortización de los certificados de participación.

b) Con exposición dentro del balance: Es una emisión de títulos garantizados, donde la cartera securitizada "no sale" del activo del originante, en tanto los títulos garantizados integran su pasivo. El flujo de fondos que los títulos generan no garantiza el pago de capital e interés. En una estructura de este tipo la mayor o menor solvencia del originante influye en la decisión de los inversores, por lo que el emisor, se ve obligado a ofrecer garantías adicionales además de la calificación.

c) Mixto: Es una combinación de atributos de las dos variantes anteriores debido a que, si bien, los activos a securitizar siguen formando parte del patrimonio del

originador, los ingresos obtenidos por el flujo de fondos de los activos securitizados garantizan, exclusivamente, el pago de capital e intereses que generan los títulos emitidos.

10.3.3 ORIGEN DE LA CRISIS DE 2008 EN EE.UU Y ACTUALMENTE ESPAÑA.

Como consecuencia de la política de Clinton que prometía la distribución igualitaria de la riqueza, el parlamento norteamericano sancionó la ley *Gramm-Leach-Bliley* en noviembre de 1999, que derogó la severa norma financiera anterior, la ley *Glass-Steagal* de 1933. Esta ley fue redactada por Carter Glass, ex secretario del Tesoro y fundador del Sistema de la Reserva Federal y por el senador Henry Bascom Steagall, establecía una clara diferenciación entre bancos con la consiguiente limitación de su actuación en la intermediación financiera.

Esta nueva ley del gobierno de Clinton autorizó a los bancos comerciales a convertirse en verdadera "industria financiera" para ofrecer diversos "productos financieros" a través de la constitución de fideicomisos. El negocio de los bancos dejó de ser la solidez y la solvencia, para pasar a ser la expansión, la multiplicación de negocios y las oportunidades lucrativas.

Este cambio regulatorio de amplia permisividad fue alimentado por la expansión monetaria que Alan Greenspan provocó con sus constantes bajas de tasas de interés. La Reserva Federal se enroló en una política destinada a promover nichos especulativos con ropaje de fideicomisos financieros que sirvieran como *warehouses* -depósitos contenedores- del exceso de fondos creados por ella misma.

La creación de dinero destinado a financiar el déficit del gobierno y las aventuras bélicas como la Guerra de Irak, provocaron inflación en los artículos de consumo diario, los bienes intermedios y la producción industrial. La nueva y abundante masa de dinero se canalizaba hacia mercados especulativos -como las hipotecas *subprime*- permitiendo detener el flujo hacia aquellos mercados que constituían el corazón de la canasta del consumidor final.

Pero, finalmente se produjo un ingreso arrollador en los mercados OTC de *commodities* y los precios se dispararon, beneficiando al petróleo, la soja, el cobre y todos los granos.

Surgieron así distintas burbujas financieras, convalidadas por figuras jurídicas de fideicomisos, que crearon el ropaje para convertir los activos fijos en activos transmisibles.

Esta "securitización" dio lugar a la multiplicación de papeles negociables y la atomización de garantías por todos los mercados institucionales y OTC del mundo generando la aparición de los famosos activos tóxicos, creándose títulos de propiedad súper abstractos. Se emitía un documento legal sobre un activo fijo, al que se agrega otro instrumento titulado que cargaba a su vez con el valor de otro activo. Ambos papeles se "paquetizaban" y se añadían a otros documentos securitizados. Se mezclaban, dividían, subdividían y repartían en infinitos paquetes de innumerables *hedge funds*. Dentro de un mismo paquete -que solía recibir la calificación de notas doble A o triple A- se formaban los famosos "derivados financieros" o "bonos estructurados".

Aún hoy nadie sabe dónde están estos papeles fideicomitidos o "paquetizados", cuáles son, qué garantías tienen, cuánto valen, ni quién los posee. Sólo los nombres rimbombantes de ciertos Fondos para despertar el interés de inversores.

Con este proceso de "securitización", la Banca de inversión consiguió apalancar infinitas veces su propio capital. De ese modo crecían exponencialmente los negocios sobre los cuales sus directivos cobraban fabulosos "bonus anuales" y recibían "opciones de compra de acciones" para casos de retiro (*golden parachutes*).

Idénticos procedimientos se aplicaron imprudentemente sobre un elevado número de hipotecas de pésima calidad, que fueron extendiéndose como mancha de aceite por todo el mundo y provocaron la crisis de la Unión Europea, con foco, primero en Grecia, Portugal e Irlanda y ahora, con similares instrumentos que los descritos en Estados Unidos (hipotecas *subprime*), en España por la política similar aplicada por la administración ZAPATERO, que por ello debió renunciar anticipadamente a su gobierno.

10.3.4 TRATAMIENTO EN EL PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

Si tomamos en cuenta lo anterior y lo vivido por las economías referidas, es importante contar con una adecuada regulación de estos instrumentos que pueden crearse utilizando como vehículo de su concreción a la figura del fideicomiso financiero.

En ese sentido es saludable lo que se propone al respecto, el Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial de la

Nación que establece una novedosa regulación del fideicomiso financiero y que en apretada síntesis establece lo que sigue.

Concepto: es el contrato de fideicomiso en el cual el fiduciario es una entidad financiera o una sociedad especialmente autorizada por el organismo de contralor de los mercados de valores para actuar como fiduciario financiero, y beneficiarios son los titulares de los títulos valores garantizados con los bienes transmitidos.

Objeto del contrato: títulos valores que pueden ofrecerse al público en los términos de la normativa sobre oferta pública de títulos valores.

Contenido: el contrato de fideicomiso financiero debe contener los términos y condiciones de emisión de los títulos valores, las reglas para la adopción de decisiones por parte de los beneficiarios y la denominación o identificación particular del fideicomiso financiero.

Emisión de certificados de participación y títulos de deuda: Los certificados de participación son emitidos por el fiduciario. Los títulos representativos de deuda garantizados por los bienes fideicomitados pueden ser emitidos por el fiduciario o por terceros.

Caracteres: Los certificados de participación y los títulos representativos de deuda pueden ser al portador, nominativos endosables o nominativos no endosables, cartulares o escriturales, según lo permita la legislación pertinente. Los certificados deben ser emitidos sobre la base de un prospecto en el que consten las condiciones de la emisión, las enunciaciones necesarias para identificar el fideicomiso al que pertenecen, y la descripción de los derechos que confieren.

Certificados globales: Pueden emitirse certificados globales de los certificados de participación y de los títulos de deuda, para su inscripción en regímenes de depósito colectivo. A tal fin se consideran definitivos, negociables y divisibles.

Clases. Series. Pueden emitirse diversas clases de certificados de participación o títulos representativos de deuda, con derechos diferentes. Dentro de cada clase se deben otorgar los mismos derechos. La emisión puede dividirse en series. Los títulos representativos de deuda dan a sus titulares el derecho a reclamar por vía ejecutiva.

Asambleas de tenedores de títulos representativos de deuda o certificados de participación. Dice el artículo 1695, que, en ausencia de disposiciones contractuales en contrario, o reglamentaciones de la Comisión Nacional de Valores, en los fideicomisos financieros con oferta pública las decisiones colectivas de los beneficiarios se deben adoptar por asamblea, a la que se aplican las reglas de convocatoria, quórum, funcionamiento y mayorías de la ley de sociedades anónimas.

Cómputo. Si hubiera títulos representativos de deuda y certificados de participación en un mismo fideicomiso financiero, el cómputo del quórum y las mayorías se debe hacer sobre el valor nominal conjunto de los títulos valores en circulación.

Extinción: Las causales de extinción del fideicomiso son tres: a) el cumplimiento del plazo o la condición a que se ha sometido, o el vencimiento del plazo máximo legal; b) la revocación del fiduciante, si se ha reservado expresamente esa facultad y c) cualquier otra causal prevista en el contrato.

10.4 FIDEICOMISO TESTAMENTARIO

10.4.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS

El fideicomiso testamentario (*fideicommissum*) se empleaba, como vimos en el derecho romano, cuando el testador deseaba beneficiar *mortis causa* a una persona que carecía de capacidad hereditaria a su respecto, por lo que no le quedaba más recurso que rogar a su heredero fuese el ejecutor para dar al incapaz un objeto particular o parte del acervo hereditario. El testador, en su testamento, para establecer esta institución usaba los términos *rogo fideicommitto*. Al heredero beneficiado se lo denominaba "fiduciario", y a aquel a quien debía transmitirle los bienes, "fideicomisario". Estando el cumplimiento sujeto a la buena voluntad del fiduciario, se produjeron abusos hasta que, por disposición del emperador Augusto, los pactos quedaron sujetos a la intervención de los cónsules, y luego de un pretor especial, el *praetor fideicommissarium*.

Con Justiniano el heredero fideicomisario pasó de tener un derecho personal a adquirir un derecho real. El instituto del fideicomiso testamentario fue recogido por las legislaciones que siguieron la tradición romana, bajo la denominación de sustituciones fideicomisarias²⁶.

10.4.2 DERECHO ARGENTINO VIGENTE

Fueron prohibidas por el Código Napoleón para impedir, como en la práctica sucedía, la reunión de

importantes riquezas en pocas personas. Nuestro Código Civil Argentino da cuenta de esa orientación en los arts. 3723, 3730 y concordantes, que prohíben la sustitución fideicomisaria.

10.4.3 PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

El Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación lo regula en el artículo 1699 que dice que el fideicomiso también puede constituirse por testamento, el que debe contener, al menos, las enunciaciones requeridas por el contrato de fideicomiso que señalamos supra.

Establece además la nulidad del fideicomiso constituido con el fin de que el fiduciario esté obligado a mantener el patrimonio fideicomitado para ser transmitido únicamente a su muerte a otro fiduciario.

10.5 DOMINIO FIDUCIARIO

El capítulo 31 en el Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación (capítulo siguiente al anterior ya analizado) regula el dominio fiduciario al que define como aquel que se adquiere con 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.

Se aplican al dominio fiduciario las normas que rigen los derechos reales y, en particular las del dominio con el

²⁶ LISOPRAWSKY, Silvio; *Tratado de Fideicomiso*, Lexis Nexis Argentina, 1ª edición, Buenos Aires, 2003.

señalamiento, que resuelve lo planteado actualmente sobre el dominio imperfecto ya que expresamente señala que el dominio fiduciario hace excepción a la normativa general del dominio y, en particular, del dominio imperfecto en cuanto es posible incluir en el contrato de fideicomiso las limitaciones a las facultades del propietario contenidas en las disposiciones del Capítulo anterior.

El artículo 1704 establece las facultades del titular del dominio fiduciario que tiene las mismas del dueño perfecto, en tanto los actos jurídicos que realiza se ajusten al fin del fideicomiso y a las disposiciones contractuales pactadas.

Los tres artículos siguientes tratan la irretroactividad de la extinción del dominio fiduciario ya no tiene efecto retroactivo respecto de los actos realizados por el fiduciario, excepto que no se ajusten a los fines del fideicomiso y a las disposiciones contractuales pactadas, y que el tercer adquirente carezca de buena fe y título oneroso. Respecto de la readquisición del dominio perfecto establece que, producida la extinción del fideicomiso, el fiduciario de una cosa queda inmediatamente constituido en poseedor a nombre del dueño perfecto. Si la cosa es registrable se requiere inscribir la readquisición y si la inscripción no es constitutiva, se requiere igualmente a efecto de su oponibilidad.

El artículo 1707 regula los efectos cuando la extinción no es retroactiva diciendo que son oponibles al dueño perfecto todos los actos realizados por el titular del dominio fiduciario. Si la extinción es retroactiva el dueño perfecto readquiere, entonces, el dominio libre de todos los actos jurídicos realizados.

10.6 DERECHO COMPARADO. EL TRUST DEL DERECHO INGLÉS.

Aun cuando la designación de *trust* se emplea comúnmente para designar a las grandes combinaciones económico financieras, su verdadera acepción jurídica implica el derecho de propiedad de cosas muebles e inmuebles que una persona tiene en favor de otras.

En la definición más generalizada el *trust* es "un estado de relación fiduciaria respecto de bienes que sujeta a la persona por quien dichos bienes son poseídos a deberes en equidad y a manejar dichos bienes para beneficio de otra persona, la cual se origina como resultado de la manifestación de la intención de crearlo"²⁷.

Según la definición del *Restatement of the law of trust*, transcrita por SERRANO TRASVIÑA, "un *trust* es una relación fiduciaria con respecto a determinados bienes, por lo cual la persona que los posee (*trustee*) está obligada en derecho equidad a manejarlos en beneficio de un tercero (*cestui que trust*). Este negocio surge como resultado de un acto volitivo expreso de la persona que crea el *trust* (*settlor*). Lo característico del *trust* y probablemente una de las diferencias más importantes que lo distinguen del fideicomiso de origen romano, es la existencia de dos propiedades que concurren sobre los mismos bienes: el *trustee* es el propietario legal y el *cestui que trust* (beneficiario) recibe protección como propietario en equidad"²⁸.

²⁷ LISOPRAWSKY, Silvio; *Tratado de Fideicomiso*, Lexis Nexis Argentina, 1ª edición, Buenos Aires, .2003.

²⁸ IDEM.

10.6.1 EL *USE*. EL DERECHO COMÚN Y LA EQUIDAD.

El antecedente del *trust* es el *use*, cuya aparición se remonta a la Edad Media, como vía para eludir las confiscaciones en tiempos de las guerras dinásticas y de persecuciones políticas que se abatían sobre los vencidos, así como la exacción de tributos feudales y el rigor de las leyes contra las "manos muertas" (*status of mortmain*) -1217-, que prohibía a las congregaciones religiosas la propiedad inmueble. Según MAITLAND, el uso es un término curioso que se podría pensar que proviene del latín *usus*, pero en realidad deriva de *opus*. Ya en los siglos VII y VIII se puede comprobar en documentos jurídicos lombardos y francos, la utilización de la expresión *ad opus* como equivalente a "en su representación". Con ello queda descartado que el *fideicommissum* romano sea el antecedente del uso, como sostienen BLACKSTONE y PERRY²⁹.

El *use* consistió básicamente en que una persona (*settlor*) propietaria de tierras, traspasase a otra (*feoffee to use*) el dominio de ellas, con el entendimiento, entre las partes, que aun cuando el cesionario fuera el dueño legítimo de la cosa, una tercera persona (*cestui que use*) tendría el derecho de gozar y disfrutar de todos los beneficios y prerrogativas del verdadero propietario. El cesionario (*feoffee*) recibía la plena propiedad de la cosa, pero no aprovecharía en su propio beneficio sino con el encargo, confiado a su buena fe, de que poseyera para uso exclusivo del *cestui que use*, que podía ser el mismo *settlor*. En el origen de la institución las obligaciones del *feoffee to use* quedaban sujetas sólo a imperativos

morales y religiosos, ya que, al no existir el instituto para el *common law* (derecho común), aquél debía comportarse como cualquier propietario. La imposibilidad de resolver con equilibrio los conflictos entre el *feoffee* y el *cestui*, debido a que las soluciones se inclinaban en favor del primero por aplicación del *common law*, se resolvió con el remedio de la equidad (*ex aequo et bono*)³⁰.

A esta altura para comprender el *trust* y su predecesor el *use*, LISOPRAWKY, a quien seguimos en la explicación de esta figura anglosajona se refiere al dualismo que caracteriza al derecho inglés, trasladado luego a los Estados Unidos y a Canadá, con excepción de las provincias de Louisiana y Quebec, respectivamente.

El derecho común (*common law*), producto del sistema feudal, mediante el cual se impartía justicia para todos, resultó sumamente rígido y formal, frente al crecimiento de una nación que había dejado de ser puramente rural. Las peticiones de justicia de los súbditos, que buscaban ante el rey el remedio que no atinaban a dar las cortes, fueron trasladadas al canciller, quien hacía justicia por medio de la equidad, dando soluciones que el derecho común no había podido encontrar.

La equidad fue entonces, dice BLACKSTONE, citado por LISOPRAWKY, la corrección de lo que, dentro de la ley, por razón de su universalidad, es deficiente. De esta forma se desarrolló un sistema de jurisprudencia separado y distinto, que da origen al *equity* como norma separada del derecho sajón común. A comienzos del siglo XV, durante el reinado de los Tudor, el Tribunal de la Cancillería asumió tal función. El sistema de

²⁹ LISOPRAWKY, Silvio; *Tratado de Fideicomiso*, Lexis Nexis Argentina, 1ª edición, Buenos Aires, 2003.

³⁰ IDEM

doble jurisdicción se mantuvo hasta la segunda mitad del siglo pasado (1893), momento en que fue unificado³¹.

La Cancillería, por medio de la equidad, morigeró los abusos del *use*, su cumplimiento no dependió ya sólo de la conciencia del *feoffee to use*, sino que el canciller podía compelerlo a cumplir sus obligaciones, cuyo incumplimiento estaba sancionado con la pena de prisión hasta que el rebelde obedeciera. Para acabar con la práctica, ya convertida en derecho consuetudinario, de los *uses*, y como intento de volver a los privilegios y prerrogativas feudales durante el reinado de Enrique VIII, el Parlamento inglés sancionó la ley de usos (1534), disponiendo que quien gozaba de un *use* sería considerado en lo sucesivo como propietario de pleno derecho. Durante algún tiempo se impidió la existencia de los dos propietarios, legal y equitativo, respecto de una misma cosa, que caracterizaba al *use*. No obstante, ello, la aplicación de la ley quedó limitada por una serie de excepciones vigorizadas por las cortes de equidad³².

10.6.2 EL *TRUST*. CONCEPTO. LA DOBLE PROPIEDAD: LEGAL Y EQUITATIVA

El *trust* puede constituirse mediante dos segregaciones del dominio pleno: a) traspasando el título legal a determinada persona, condicionando el fideicomiso en favor del otorgante o de un tercero y b) sin ningún traspaso, separando el llamado "patrimonio-equitativo" fundado en el derecho equidad, del "dominio legal"

apoyado en el *common law* y convirtiéndose el primitivo propietario -en quien ambas categorías de dominio están fusionadas- en el *trustee* o fiduciario del propio bien en favor del fideicomisario designado por él mismo.

Como consecuencia del sistema jurídico dualista del derecho angloamericano, el *common law* (derecho común) sólo se ocupa de la "propiedad legal". Al regular los derechos relativos a esta clase de dominio no toma en cuenta al fideicomiso, de tal suerte que frente al fiduciario o "propietario legal", el fideicomisario -si está en posesión del bien- ocupa el lugar de un tenedor a quien el titular permite la tenencia material de la cosa, y frente a terceros el fideicomisario posee a nombre del fiduciario. Los bienes constituidos en fideicomiso son propiedad del fiduciario, quien tiene la facultad de disposición de ellos y mientras están en su poder quedan sujetos a todas las consecuencias jurídicas que se derivan del título de propiedad.

Pero en el "derecho-equidad" (*equity*) y en los tribunales que ejercen su jurisdicción, aun cuando se reconoce al fiduciario como "propietario legal" de los bienes, lo colocan en subordinación absoluta a los derechos del propietario-equitativo (fideicomisario), que es quien goza del patrimonio constituido en su favor, recibe los frutos y tiene capacidad de disposición en las condiciones previstas en el acto constitutivo del fideicomiso³³.

Los tribunales de equidad impiden que el fiduciario extralimite sus facultades legales en su provecho, pudiendo obligarlo a ejercer o transmitir el título dominial con el objeto de preservar y hacer efectivos los

³¹ LISOPRAWKY, Silvio; *Tratado de Fideicomiso*, Lexis Nexis Argentina, 1ª edición, Buenos Aires, 2003.

³² IDEM

³³ LISOPRAWKY, Silvio; *Tratado de Fideicomiso*, Lexis Nexis Argentina, 1ª edición, Buenos Aires, 2003.

derechos del fideicomisario. Todos los que reciban del fiduciario un bien fideicomitado (cesionarios, herederos, legatarios, etc.) quedan obligados por el fideicomiso. Los acreedores del fiduciario no pueden hacer efectivo sus créditos sobre tales bienes, y si llegan a recibirlos lo hacen en el carácter, a su vez, de fiduciarios. Los mismos efectos se producen en el caso de quiebra del fiduciario. Sin embargo, el fideicomiso no es oponible al tercero adquirente a título oneroso y de buena fe. En tal caso el fideicomisario sólo tendrá una acción personal contra el fiduciario por incumplimiento del fideicomiso.

Reiteramos, en el fideicomiso anglo-americano hay dos títulos de propiedad sobre los mismos bienes que subsisten concurrentemente: el legal y el equitativo. Pero el dominio legal se tiene supeditado al de equidad. En consecuencia, para que el título de dominio sobre una cosa o la propiedad sobre un bien sea perfecto, debe ser reconocido por los dos sistemas jurídicos. Así, todo el que adquiere un bien por compraventa tiene derecho a exigir que el vendedor le transmita un título de propiedad que sea válido tanto para el *common law* como para el derecho-equidad³⁴.

El derecho del fideicomisario, y la acción para hacerlo efectivo, son de orden "equitativo" y no "legal"; por ello debe accionar (*bill in equity*) ante las "Cortes de Equidad", pudiendo dirigirse contra el fiduciario, y no contra terceros.

El fideicomiso genera un patrimonio que pertenece al fideicomisario, de carácter *sui generis*, no idéntico a la plena propiedad. Frente a la ley común, el derecho del

fideicomisario es inexistente y sólo es eficaz por la actuación legal del fiduciario; pero desde la ley más amplia, la *equity*, el derecho del fideicomisario existe en toda su plenitud, y sigue a la cosa donde se halle, hasta el límite que le impone la existencia de un tercer adquirente, de buena fe y a título oneroso. El derecho del fideicomisario es real en tanto sigue a la cosa y es personal en relación al fiduciario. Su naturaleza, como se puede observar, es mixta. El fideicomisario es acreedor del fiduciario, y no dueño, en derecho estricto, de la cosa³⁵.

10.6.3 SUJETOS DEL TRUST

Intervienen en el trust: a) El *settlor* fideicomitente o fiduciante; *creator* o *trustor*. es el constituyente y quien transmite la propiedad para la realización de un cierto fin que encomienda al *trustee*. Generalmente, una vez constituido el *trust* desaparece, salvo que fuere el beneficiario del *trust* (*living trusts*) o se reserve el derecho de revocar el *trust*, alterarlo o enmendarlo. Se puede reservar el derecho de dirigir al *trustee* en materia de inversiones en todos sus aspectos y el de vigilar los actos que, a su juicio, lo requieran.

b) El *trustee* es quien se constituye en titular legal del bien. Cualquiera puede serlo; basta tener la capacidad para ejercer y gozar de los derechos que son materia del *trust*. También las personas jurídicas pueden cumplir esa función. Pueden coincidir los caracteres del *settlor* (fiduciante) y *trustee* cuando dicho *settlor* se nombra a sí mismo *trustee*, siempre que tenga la capacidad suficiente de transmitir los bienes materia del *trust*, a un tercero.

³⁴ LISOPRAWSKY, Silvio; *Tratado de Fideicomiso*, Lexis Nexis Argentina, 1ª edición, Buenos Aires, 2003.

³⁵ IDEM.

En este caso no existe transmisión de bienes o derechos sino únicamente la separación de ellos dentro del patrimonio personal del *settlor-trustee*, al crearse el patrimonio propio del *trust*³⁶.

No es esencial que el *settlor* designe *trustee* en el momento de la celebración del *trust*, por cuanto el tribunal competente puede designar el fiduciario según reglas de equidad en caso de omisión, o si el designado con posterioridad no aceptara el cargo propuesto. En caso de incumplimiento de sus deberes, el *trustee* puede ser removido, y aun en ausencia de disposiciones legales o convencionales, la Corte de Equidad efectuará la remoción ordenándole que transmita la propiedad de los bienes fideicomitidos al nuevo *trustee*. En Inglaterra, y en algunos estados de Estados Unidos, la cesión de este último se hace en ciertos casos sin una transferencia del antiguo *trustee*, al nuevo fiduciario.

El principio que se aplica en las distintas circunstancias es el de conservación del *trust*. Por ello el *trust* sigue vigente aun cuando el *trustee* fuera incapaz, se rehúse a aceptar -expresa o tácitamente- el cargo, a lo que no está obligado, o renuncie a él. Si no estuviera convencionalmente previsto, será el tribunal competente el que designe el nuevo *trustee*³⁷.

El *trustee* sólo puede ser destituido por el autorizado en el acto de celebración o por el tribunal competente cuando cause perjuicio al interés del beneficiario. El principio siempre es por la validez y subsistencia del *trust*. El *trustee* está obligado a conducirse respecto de los

bienes como si fueran propios, teniendo como límite la licitud y la voluntad del *settlor*. En primer lugar, el *trustee* está obligado a desarrollar toda su buena fe, con la habilidad y la prudencia que se le suele exigir a un hombre probo y honesto en el cuidado de su patrimonio y en los negocios propios, amén de observar las obligaciones impuestas por la ley para la administración y cuidado de los bienes. En los casos de inversiones, el *trustee* puede recurrir a un consejo técnico, pero ello no lo libera de la necesidad de obrar prudentemente, ya que el consejo no opera como eximente de responsabilidad.

En la inversión de los recursos el *trustee* debe tener como objetivos el interés del *cestui*, de los futuros beneficiarios y la seguridad del capital. El lucro deber ser razonable, salvando siempre el riesgo especulativo y descartando cualquier sistema de juego en el trámite de los negocios. En ningún caso está autorizada la fusión del patrimonio del *trust* con el personal del *trustee* a fin de evitar el riesgo de perjudicar a los beneficiarios; en caso de contravención el *trustee* responderá con los bienes personales por los daños que ocasione la confusión c) *Cestui que trust* es el beneficiario del *trust*. Puede ser una persona definida o un grupo más o menos individualizado, o un propósito o finalidad, tal como la paz universal, la protección del medio ambiente o la conservación de la fauna, o la administración de herencias, etc.³⁸.

Los derechos de que es titular son fundamentalmente dos: 1) obligar al *trustee* a que cumpla con los fines del *trust*, y 2) perseguir los bienes sujetos al régimen del *trust*, cuando están en manos de

³⁶ LISOPRAWKY, Silvio; *Tratado de Fideicomiso*, Lexis Nexis Argentina, 1ª edición, Buenos Aires, 2003

³⁷ Idem

³⁸ LISOPRAWKY, Silvio; *Tratado de Fideicomiso*, Lexis Nexis Argentina, 1ª edición, Buenos Aires, 2003.

terceros por actos indebidos del *trustee* para reintegrarlos a la masa de la cual deben formar parte. También puede requerir la sustitución del *trustee*, y en caso de que se produzca su quiebra o disolución, la separación de la masa de todos los bienes afectados al *trust* o adquiridos con fondos del *trust*³⁹.

10.6.4. OBJETO DEL *TRUST*

El objeto del *trust* es el conjunto de bienes (específicos) afectados a un fin determinado por el *settlor* y transmitidos al *trustee*. Pueden ser objeto del *trust*, salvo prohibición legal expresa, los bienes muebles e inmuebles, corporales o inmateriales que están en el comercio.

El derecho que el mismo *trust* le confiere al *cestui que trust*, hecho prevalecer por la *equity*, induce a sostener, tal como lo advertimos, la existencia de una doble propiedad; la del fiduciario, según el *common law* -de carácter formal-, y la del beneficiario según la *equity* de carácter económico.

Sin embargo, este criterio se halla ya controvertido en Inglaterra, pues para algunos el beneficiario sólo goza de un derecho personal y, para otros, por la circunstancia de reconocérsele a aquél una acción real para obtener los bienes, excepto contra el tercer adquirente de buena fe, es titular de un *ius ad rem*⁴⁰.

³⁹ Idem.

⁴⁰ LISOPRAWSKY, Silvio; *Tratado de Fideicomiso*, Lexis Nexis Argentina, 1ª edición, Buenos Aires, 2003.

10.6.5. CLASES DE *TRUST*

Las dos grandes clases de *trust* en el derecho anglosajón son el *express trust* y el *implied trust*.

Los *implied trust* se subdividen en dos clases: *resulting trust* y *constructive trusts*. Pero muchos reservan el calificativo de *implied* sólo para los *resulting trust*, y otros niegan tal calificativo tanto a los *resulting* como a los *constructive trusts*, y lo reservan para una variedad de *express trusts* formada por los *implied express trusts* o *incompleted expressed trusts*.

En la categoría de *express trust* están aquellos que se constituyen por una manifestación expresa en tal sentido, o por expresiones que conducen a tal propósito (*impliedly*). A su vez, los *express trusts* se dividen en activos y pasivos. En los activos (*active, alive, special, operative*) el fiduciario o *trustee* tiene especiales deberes respecto del control, administración y disposición de los bienes fideicomitados. En los pasivos actúa como mero depositario, aunque la distinción en la práctica no siempre resulte posible. También los *express trusts* pueden ser completos (*completed*) e incompletos (*incompleted*), según se requiera o no instrumentos adicionales para el acto constitutivo del *trust*⁴¹.

Los *trusts* expresos requieren para su existencia de un acto de voluntad del *settlor*, con palabras que revelen la intención manifiesta e incontrovertible de que el negocio se constituya. La constitución del *trust* es válida cuando el instrumento relativo no está en poder del *cestui que trust* ni se entregue al *trustee*, a menos que el ordenamiento legal exija un documento escrito para la transmisión del

⁴¹ IDEM.

bien fideicomitido que se hace necesario cuando el *settlor* y el *trustee* son dos personas distintas. En este último supuesto, no importa que el *trustee* no disponga del documento constitutivo del *trust*, siempre que por otros actos del *settlor* se evidencie la creación del negocio.

En cambio, el negocio mencionado se frustrará cuando la transmisión de bienes fideicomitados que pasaron al *trustee* no se hagan con arreglo a las formalidades exigidas por el ordenamiento vigente en la materia, formalidades que variarán conforme al carácter de los derechos que se fideicomitan y la voluntad que el *settlor* manifieste al crear el *trust*⁴².

Los *implied trusts* se dividen a su vez en *resulting* o *primitive trusts* y en *constructive trusts*. La ley presume su existencia a partir de ciertos actos que denotan la intención de crearlos, por ejemplo, cuando en una adquisición onerosa, el *status* de comprador corresponde a una persona, pero el precio ha sido pagado por otra-.

Los *constructive trusts* surgen también de una presunción de la ley, pero no presumiendo intenciones de las partes, sino, al contrario, prescindiendo de ellas o contradiciéndolas, por razones de equidad. No es necesario una relación previa de *express trust*, pero sí de confianza, por ejemplo, quien recibe por error una cosa y la vende a un tercero de buena fe (*trustee* por el precio), o el caso de adquisición por fraude respecto del perjudicado, o cuando un ascendiente o testador expresa oralmente a su heredero o legatario su voluntad de dar a un derecho un determinado destino, y por los actos de

dicho heredero o legatario, confía en que su voluntad será cumplida, omitiendo dar forma al acto constitutivo⁴³.

Es frecuente que en el ámbito de los negocios se emplee el calificativo de *trust* para caracterizar contratos que guardan ciertas relaciones de confianza. Así, por ejemplo -según GARRIGUES- los llamados *investment trusts* no constituyen aplicaciones del negocio fiduciario en sentido estricto. Son sociedades que agrupan grandes masas de capital privado para invertir en títulos-valores que seleccionan y conforman así carteras variables.

Entre los capitalistas, que desean colocar su dinero en acciones u obligaciones, y la emisora de éstas, se interpone otra sociedad que desempeña funciones fiduciarias, convirtiéndose en propietaria de los títulos, en interés de sus propios accionistas. Pero si la cartera de valores no se entrega a un verdadero fiduciario ajeno a la sociedad, la relación entre ésta y sus socios se halla en el ámbito del derecho societario, y no en el de un negocio fiduciario. Las acciones que emiten estas sociedades no son otra cosa que títulos de participación en la sociedad, y los capitales que se colocan en ésta se convierten a su vez en acciones o títulos de deuda de sociedades elegidas para la inversión. FONTANARROSA, en cambio, ve en el *investment trust* una verdadera relación fiduciaria, donde la propiedad de los bienes del fondo es de titularidad del fiduciario bajo las condiciones del *trust agreement* (contrato de fideicomiso).

En cambio, el *voting trust* del derecho anglosajón es un verdadero negocio fiduciario: surge cuando la mayoría de los accionistas con derecho a voto transfieren

⁴² LISOPRAWASKY, Silvio; *Tratado de Fideicomiso*, Lexis Nexis Argentina, 1ª edición, Buenos Aires, 2003.

⁴³ IDEM

sus acciones a un fiduciario, dándole amplios poderes de disposición sobre esos títulos. Este último, a su vez, emite certificados a cambio de las acciones recibidas, que constituyen instrumentos perfectamente negociables. Se trata de una institución distinta del sindicato de acciones.

Por fin, cabe advertir que en la práctica bancaria se suele utilizar la designación de fiduciario, para ciertos negocios financieros o de administración, aprovechando el prestigio que gozan en las prácticas internacionales las sociedades que se dedican a ejecutar encargos de confianza de su clientela, cuando en realidad se trata de mandatos de mayor o menor amplitud, sin que los llamados fiduciarios se constituyan en propietarios⁴⁴.

11. CONCLUSIÓN

JOSÉ ORTEGA Y GASSET solía decir que investigar es tanto descubrir una verdad como su inverso, o sea demostrar un error. Saber es simplemente enterarse bien de esa verdad y poseerla una vez hecha o lograda. Todo lo que se haga con esa verdad lograda y poseída ya no es ciencia ni es investigación, salvo que su contenido sea puesto en cuestión y vuelto nuevamente a convertir en problema.

Por eso, el objeto de este trabajo no va más allá de la mera síntesis de la doctrina, la inclusión de algunos antecedentes históricos de la figura analizada y la interpretación del articulado de la Ley 24.441 (en la parte relativa al fideicomiso),

⁴⁴ LISOPRAWSKY, Silvio; *Tratado de Fideicomiso*, Lexis Nexis Argentina, 1ª edición, Buenos Aires, 2003.

a partir de las conclusiones arrojadas por la doctrina especializada en la materia.

Como en toda síntesis, se corre el riesgo de dejar fuera importantes temas o autorizadas opiniones, riesgo, empero, que deberá excusarse teniendo en cuenta que este trabajo no aspira a hacer un aporte al conocimiento del contrato de Fideicomiso ya que más que originalidad, he pensado en ofrecer una visión mas o menos amplia y sistemática de los postulados que se han desarrollado sobre el mismo en la doctrina argentina.

No está en mí la capacidad de aportar novedades a la elaboración doctrinaria del tema, sino sólo imponer el desarrollo de sus logros para emplearlos en nuestro trabajo, sin otro ánimo que el de haber proporcionado algunas reflexiones sobre el tema de este estudio y en la seguridad de que la amabilidad del lector sabrá disculpar mi audacia ya que mi finalidad no va más allá de un esfuerzo por exponer conceptos que arrojen luz sobre el problema didáctico objeto del presente.

Sin haber querido agotar de manera alguna los tópicos desarrollados, este trabajo ha tenido por objeto aportar un breve panorama introductorio al concepto del fideicomiso, avanzando con la categorización de este a través de las conceptualizaciones sistemáticas elaboradas por la doctrina de mayor preponderancia en la actualidad.

Es de esperar que esta pequeña contribución ayude al lector a interpretar el fenómeno contractual a la luz de la importancia que ha adquirido este negocio jurídico del fideicomiso a partir de la sanción de la ley 24.441 y lo que propone en materia normativa el Proyecto de Reformas del Código Civil de la Nación. Debido a la importancia que adquiere el tema en la discusión doctrinaria, este

trabajo ha pretendido enfocarlo desde la generalidad del mismo, esperando que el lector haya podido encontrar una guía a fin de facilitar la comprensión del fenómeno y de su contenido. Si eso llegara a ocurrir el aporte de este informe habrá cumplido el objetivo trazado y para el cual fue concebido.

BIBLIOGRAFIA CITADA

BAGLIETTO, Sebastián J.; Aplicación y problemática del contrato de fideicomiso, La Ley, Tomo 1996-A, página 1269, Buenos Aires, 1996.

BENEDINI, Federico; *"Responsabilidad del fiduciario según la ley 24.441"*, Buenos Aires, 20/07/2001.

CARREGAL, Mario A.; *El fideicomiso, regulación jurídica y posibilidades prácticas*, Universidad, Buenos Aires, 1982.

CORREA LARGUIA, Luis; *Fideicomiso, características y aplicación práctica en los*

sistemas de ahorro y préstamo, en Revista del Notariado 1982, Buenos Aires, 1982.

KIPER, Claudio Marcelo; *Fideicomiso. Dominio Fiduciario. Securitización*, Depalma, Buenos Aires, 1995.

LISOPRAWISKY, Silvio; *Tratado de Fideicomiso*, Lexis Nexis Argentina, 1ª edición, Buenos Aires, 2003.

ROSSI, Rodolfo; *Es el ying y el yang de la nueva ingeniería financiera.*, Buenos Aires, 1º de noviembre de 2009.

SALVAT, Raymundo M.; *Tratado de Derecho Civil Argentino. Derechos reales.* Buenos Aires, 1927.

SOLARI COSTA, Osvaldo; *Conveniencia de replantear los límites de la representación societaria*, La Ley, 1994-E,420.

VIDAL AURNAGUE, Sebastián; *Análisis de la figura del fideicomiso*, Edición del autor, Buenos Aires, 1999.
