

Dossier: Fideicomiso

Selección de Jurisprudencia y Doctrina



Versión enero 2015

Contenido

LEGISLACIÓN.....	4
LEY 24.441.....	4
JURISPRUDENCIA	19
1 ACTO FIDUCIARIO	19
2 FIDEICOMISO DE GARANTÍA	27
3 PESIFICACIÓN	34
4 MEDIDAS CAUTELARES	38
5 CONCURSOS	43
6 COMPETENCIA.....	49
7 CASOS CONCRETOS	54
DOCTRINA	81
DEFENSA DEL CONSUMIDOR INMOBILIARIO Y EL FIDEICOMISO. A PROPÓSITO DEL DAÑO PUNITIVO	81
FIDEICOMISO: ELEMENTOS Y CARACTERES DEL FIDEICOMISO INMOBILIARIO	103
EL FIDEICOMISO COMO POSIBLE ESTRATEGIA DE FRAUDE	117
FIDEICOMISO DE GARANTÍA. UN INSTRUMENTO EFICAZ	132
INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY 25.798 DE "SALVATAJE" HIPOTECARIO Y SU REGLAMENTACIÓN	163
FUNDAMENTOS. CONSTITUCIONALIDAD. INTERVENCIÓN NOTARIAL. NATURALEZA Y COMPETENCIA TERRITORIAL	170
TRATAMIENTO IMPOSITIVO Y ASPECTOS JURÍDICOS DE LOS FIDEICOMISOS	176
ALGUNAS NOTAS SOBRE UN TIPO DE GARANTÍA AUTÓNOMA: EL FIDEICOMISO DE GARANTÍA	179
ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL FIDEICOMISO DE GARANTÍA	188
EL FIDEICOMISO DE GARANTÍA Y EL CONCURSO DEL FIDUCIANTE.....	197
FIDEICOMISO, QUIEBRA Y ACCIÓN REVOCATORIA CONCURSAL EN LA LEY 24.441	202
PERFILES ACTUALES EN LOS NEGOCIOS DE GARANTÍA.....	206
ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL FIDEICOMISO	218
FIDEICOMISO.....	225
CONTRATO DE FIDEICOMISO.....	227

LEGISLACIÓN

Ley 24.441

REGULACION DE LOS CONTRATOS DE FIDEICOMISO, LEASING, LETRAS HIPOTECARIAS
BUENOS AIRES, 22 DE DICIEMBRE DE 1994
BOLETIN OFICIAL, 16 DE ENERO DE 1995
- LEY VIGENTE -

REGLAMENTACION

Reglamentado por: Resolución 271/1995, DECRETO NACIONAL 780/1995
El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina reunidos en Congreso, etc. sancionan con fuerza de Ley:

OBSERVACIONES GENERALES

CANTIDAD DE ARTICULOS QUE COMPONEN LA NORMA 98

OBSERVACION: Art. 9 Ley 25.563 (B.O. 15/02/2002) Suspende por 180 días en los concursos preventivos, la totalidad de las ejecuciones judiciales y extrajudiciales previstas en la presente.

OBSERVACION: Art. 16 Ley 25.563 (B.O. 15/02/2002) Suspende por 180 días la totalidad de las ejecuciones judiciales y extrajudiciales previstas en la presente.

OBSERVACION: Se establecen pautas que se aplicarán en la presentación y calificación de las letras hipotecarias por disposición 5/02 del Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal (B.O. 26/06/2002)

OBSERVACION: Las disposiciones del Título V de la presente no serán de aplicación a lo regulado en la Ley 26.167, por art 8 de la ley 26.167 (B.O. 29/11/2006).

SUMARIO

CONTRATO DE FIDEICOMISO-LEASING-CREDITO HIPOTECARIO-EJECUCION HIPOTECARIA-CORRETAJE INMOBILIARIO

TITULO I

Del fideicomiso (artículos 1 al 26)

CAPITULO I (artículos 1 al 3)

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

ARTICULO 2.- El contrato deberá individualizar al beneficiario, quien podrá ser una persona física o jurídica, que puede o no existir al tiempo del otorgamiento del contrato; en este último caso deberán constar los datos que permitan su individualización futura.

Podrá designarse más de un beneficiario, los que salvo disposición en contrario se beneficiarán por igual; también podrán designarse beneficiarios sustitutos para el caso

de no aceptación, renuncia o muerte.

Si ningún beneficiario aceptare, todos renunciaren o no llegaren a existir, se entenderá que el beneficiario es el fideicomisario. Si tampoco el fideicomisario llegara a existir, renunciare o no aceptare, el beneficiario será el fiduciante.

El derecho del beneficiario puede transmitirse por actos entre vivos o por causa de muerte, salvo disposición en contrario del fiduciante.

ARTICULO 3.- El fideicomiso también podrá constituirse por testamento, extendido en alguna de las formas previstas por el Código Civil, el que contendrá al menos las enunciaciones requeridas por el artículo 4. En caso de que el fiduciario designado por testamento no aceptare se aplicará lo dispuesto en el artículo 10 de la presente ley.

Referencias Normativas: Ley 340

CAPITULO II

El fiduciario (artículos 4 al 10)

ARTICULO 4.- El contrato también deberá contener:

a) La individualización de los bienes objeto del contrato. En caso de no resultar posible tal individualización a la fecha de la celebración del fideicomiso, constará la descripción de los requisitos y características que deberán reunir los bienes;

b) La determinación del modo en que otros bienes podrán ser incorporados al fideicomiso;

c) El plazo o condición a que se sujeta el dominio fiduciario, el que nunca podrá durar más de treinta (30) años desde su constitución, salvo que el beneficiario fuere un incapaz, caso en el que podrá durar hasta su muerte o el cese de su incapacidad;

d) El destino de los bienes a la finalización del fideicomiso;

e) Los derechos y obligaciones del fiduciario y el modo de sustituirlo si cesare.

ARTICULO 5.- El fiduciario podrá ser cualquier persona física o jurídica. Sólo podrán ofrecerse al público para actuar como fiduciarios las entidades financieras autorizadas a funcionar como tales sujetas a las disposiciones de la ley respectiva y las personas jurídicas que autorice la Comisión Nacional de Valores quien establecerá los requisitos que deban cumplir.

ARTICULO 6.- El fiduciario deberá cumplir las obligaciones impuestas por 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.

ARTICULO 7.- El contrato no podrá dispensar al fiduciario de la obligación de rendir cuentas, la que podrá ser solicitada por el beneficiario conforme las previsiones contractuales ni de la culpa o dolo en que pudieren incurrir él o sus dependientes, ni de la prohibición de adquirir para sí los bienes fideicomitados.

En todos los casos los fiduciarios deberán rendir cuentas a los beneficiarios con una periodicidad no mayor a un (1) año.

ARTICULO 8.- Salvo estipulación en contrario, el fiduciario tendrá derecho al reembolso de los gastos y a una retribución. Si ésta no hubiese sido fijada en el contrato, la fijará el juez teniendo en consideración la índole de la encomienda y la importancia de los deberes a cumplir.

ARTICULO 9.- El fiduciario cesará como tal por:

a) Remoción judicial por incumplimiento de sus obligaciones, a instancia del fiduciante; o a pedido del beneficiario con citación del fiduciante;

b) Por muerte o incapacidad judicialmente declarada si fuera una persona física;

- c) Por disolución si fuere una persona jurídica;
- d) Por quiebra o liquidación;
- e) Por renuncia si en el contrato se hubiese autorizado expresamente esta causa. La renuncia tendrá efecto después de la transferencia del patrimonio objeto del fideicomiso al fiduciario sustituto.

ARTICULO 10.- Producida una causa de cesación del fiduciario, será reemplazado por el sustituto designado en el contrato o de acuerdo al procedimiento previsto por él. Si no lo hubiere o no aceptare, el juez designará como fiduciario a una de las entidades autorizadas de acuerdo a lo previsto en el artículo 19. Los bienes fideicomitidos serán transmitidos al nuevo fiduciario.

CAPITULO III

Efectos del fideicomiso (artículos 11 al 18)

ARTICULO 11.- Sobre los bienes fideicomitidos se constituye una propiedad fiduciaria que se rige por lo dispuesto en el título VII del libro III del Código Civil y las disposiciones de la presente ley cuando se trate de cosas, o las que correspondieren a la naturaleza de los bienes cuando éstos no sean cosas.

Referencias Normativas: Ley 340

ARTICULO 12.- El carácter fiduciario del dominio tendrá efecto frente a terceros desde el momento en que se cumplan las formalidades exigibles de acuerdo a la naturaleza de los bienes respectivos.

ARTICULO 13.- Cuando se trate de bienes registrables, los registros correspondientes deberán tomar razón de la transferencia fiduciaria de la propiedad a nombre del fiduciario. Cuando así resulte del contrato, el fiduciario adquirirá la propiedad fiduciaria de otros bienes que adquiera con los frutos de los bienes fideicomitidos o con el producto de actos de disposición sobre los mismos, dejándose constancia de ello en el acto de adquisición y en los registros pertinentes.

ARTICULO 14.- Los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario y del fiduciante.

La responsabilidad objetiva del fiduciario emergente del artículo 1113 del Código Civil se limita al valor de la cosa fideicomitada cuyo riesgo o vicio fuese causa del daño si el fiduciario no pudo razonablemente haberse asegurado.

Referencias Normativas: Ley 340 Art.1113

ARTICULO 15.- Los bienes fideicomitidos quedarán exentos de la acción singular o colectiva de los acreedores del fiduciario.

Tampoco podrán agredir los bienes fideicomitidos los acreedores del fiduciante, quedando a salvo la acción de fraude. Los acreedores del beneficiario podrán ejercer sus derechos sobre los frutos de los bienes fideicomitidos y subrogarse en sus derechos.

ARTICULO 16.- Los bienes del fiduciario no responderán por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, las que sólo serán satisfechas con los bienes fideicomitidos. La insuficiencia de los bienes fideicomitidos para atender a estas obligaciones, no dará lugar a la declaración de su quiebra. En tal supuesto y a falta de otros recursos provistos por el fiduciante o el beneficiario según previsiones contractuales, procederá a su liquidación, la que estará a cargo del fiduciario, quien deberá enajenar los bienes que lo integren y entregará el producido a los acreedores conforme al orden de privilegios previstos para la quiebra; si se tratase de

fideicomiso financiero regirán en lo pertinente las normas del artículo 24.

ARTICULO 17.- El fiduciario podrá disponer o gravar los bienes fideicomitidos cuando lo requieran los fines del fideicomiso, sin que para ello sea necesario el consentimiento del fiduciante o del beneficiario, a menos que se hubiere pactado lo contrario.

ARTICULO 18.- El fiduciario se halla legitimado para ejercer todas las acciones que correspondan para la defensa de los bienes fideicomitidos, tanto contra terceros como contra el beneficiario.

El juez podrá autorizar al fiduciante o al beneficiario a ejercer acciones en sustitución del fiduciario, cuando éste no lo hiciere sin motivo suficiente.

CAPITULO IV

Del fideicomiso financiero (artículos 19 al 20)

ARTICULO 19.- Fideicomiso financiero es aquel contrato de fideicomiso sujeto a las reglas precedentes, en el cual el fiduciario es una entidad financiera o una sociedad especialmente autorizada por la Comisión Nacional de Valores para actuar como fiduciario financiero, y beneficiario son los titulares de certificados de participación en el dominio fiduciario o de títulos representativos de deuda garantizados con los bienes así transmitidos.

Dichos certificados de participación y títulos de deuda serán considerados títulos valores y podrán ser objeto de oferta pública.

La Comisión Nacional de Valores será autoridad de aplicación respecto de los fideicomisos financieros, pudiendo dictar normas reglamentarias.

ARTICULO 20.- El contrato de fideicomiso deberá contener las previsiones del artículo 4 y las condiciones de emisión de los certificados de participación o títulos representativos de deuda.

CAPITULO V

De los certificados de participación y títulos de deuda (artículos 21 al 22)

ARTICULO 21.- Los certificados de participación serán emitidos por el fiduciario. Los títulos representativos de deuda garantizados por los bienes fideicomitidos podrán ser emitidos por el fiduciario o por terceros, según fuere el caso. Los certificados de participación y los títulos representativos de deuda podrán ser al portador o nominativos, endosables o no, o escriturales conforme al artículo 8 y concordantes de la ley 23.576 (con las modificaciones de la ley 23.962). Los certificados serán emitidos en base a un prospecto en el que constarán las condiciones de la emisión, y contendrá las enunciaciones necesarias para identificar el fideicomiso al que pertenecen, con somera descripción de los derechos que confieren.

Podrán emitirse certificados globales de los certificados de participación, para su inscripción en regímenes de depósito colectivo. A tal fin se considerarán definitivos, negociables y divisibles.

Referencias Normativas: Ley 23.576 Art.8, Ley 23.962

ARTICULO 22.- Pueden emitirse diversas clases de certificados de participación con derechos diferentes. Dentro de cada clase se otorgarán los mismos derechos. La emisión puede dividirse en series.

CAPITULO VI

De la insuficiencia del patrimonio fideicomitado en el fideicomiso financiero (artículos 23 al 24)

ARTICULO 23.- En el fideicomiso financiero del capítulo IV, en caso de insuficiencia del patrimonio fideicomitado, si no hubiere previsión contractual, el fiduciario citará a asamblea de tenedores de títulos de deuda, lo que se notificará mediante la publicación de avisos en el Boletín Oficial y un diario de gran circulación del domicilio del fiduciario, la que se celebrará dentro del plazo de sesenta días contados a partir de la última publicación, a fin de que la asamblea resuelva sobre las normas de administración y liquidación del patrimonio.

ARTICULO 24.- Las normas a que se refiere el artículo precedente podrán prever:

- a) La transferencia del patrimonio fideicomitado como unidad a otra sociedad de igual giro;
- b) Las modificaciones del contrato de emisión, las que podrán comprender la remisión de parte de las deudas o la modificación de los plazos, modos o condiciones iniciales;
- c) La continuación de la administración de los bienes fideicomitados hasta la extinción del fideicomiso;
- d) La forma de enajenación de los activos del patrimonio fideicomitado;
- e) La designación de aquel que tendrá a su cargo la enajenación del patrimonio como unidad o de los activos que lo conforman;
- f) Cualquier otra materia que determine la asamblea relativa a la administración o liquidación del patrimonio separado.

La asamblea se considerará válidamente constituida cuando estuviesen presentes tenedores de títulos que representen como mínimo dos terceras partes del capital emitido y en circulación; podrá actuarse por representación con carta poder certificada por escribano público, autoridad judicial o banco; no es necesaria legalización.

Los acuerdos deberán adoptarse por el voto favorable de tenedores de títulos que representen, a lo menos, la mayoría absoluta del capital emitido y en circulación, salvo en el caso de las materias indicadas en el inciso b) en que la mayoría será de dos terceras partes (2/3) de los títulos emitidos y en circulación.

Si no hubiese quórum en la primera citación se deberá citar a una nueva asamblea la cual deberá celebrarse dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha fijada para la asamblea no efectuada; ésta se considerará válida con los tenedores que se encuentren presentes. Los acuerdos deberán adoptarse con el voto favorable de títulos que representen a los menos la mayoría absoluta del capital emitido y en circulación.

CAPITULO VII

De la extinción del fideicomiso (artículos 25 al 26)

ARTICULO 25.- El fideicomiso se extinguirá por:

- a) El cumplimiento del plazo o la condición a que se hubiere sometido o el vencimiento del plazo máximo legal;
- b) La revocación del fiduciante si se hubiere reservado expresamente esa facultad; la revocación no tendrá efecto retroactivo;
- c) Cualquier otra causal prevista en el contrato.

ARTICULO 26.- Producida la extinción del fideicomiso, el fiduciario estará obligado a entregar los bienes fideicomitados al fideicomisario o a sus sucesores, otorgando los instrumentos y contribuyendo a las inscripciones registrales que correspondan.

TITULO II

Contrato de "leasing" (artículos 27 al 34)

*ARTICULO 27.- NOTA DE REDACCION (DEROGADO POR LEY 25248)

Derogado por: LEY 25.248 Art.27 ((B.O. 14/6/00) ARTICULO DEROGADO)

Nota de redacción. Ver: Resolución 741/1999 Art.1 (RES. DE LA SECRETARIA DE INDUSTRIA, COMERCIO Y MINERIA (B.O. 8/10/99). SE DISPONE QUE LOS BIENES COMERCIALIZADOS EN ESTE ART. PODRAN OBTENER LOS BENEFICIOS DEL DECRETO 257/99)

*ARTICULO 28: NOTA DE REDACCION (DEROGADO POR LEY 25248)

Derogado por: LEY 25.248 Art.27 ((B.O. 14/6/00) ARTICULO DEROGADO)

Nota de redacción. Ver: Resolución 741/1999 Art.1 (RES. DE LA SECRETARIA DE INDUSTRIA, COMERCIO Y MINERIA (B.O. 8/10/99). SE DISPONE QUE LOS BIENES COMERCIALIZADOS EN ESTE ART. PODRAN OBTENER LOS BENEFICIOS DEL DECRETO 257/99)

*ARTICULO 29.- NOTA DE REDACCION (DEROGADO POR LEY 25248)

Derogado por: LEY 25.248 Art.27 ((B.O. 14/6/00) ARTICULO DEROGADO)

Nota de redacción. Ver: Resolución 741/1999 Art.1 (RES. DE LA SECRETARIA DE INDUSTRIA, COMERCIO Y MINERIA (B.O. 8/10/99). SE DISPONE QUE LOS BIENES COMERCIALIZADOS EN ESTE ART. PODRAN OBTENER LOS BENEFICIOS DEL DECRETO 257/99)

*ARTICULO 30.- NOTA DE REDACCION (DEROGADO POR LEY 25248)

Derogado por: LEY 25.248 Art.27 ((B.O. 14/6/00) ARTICULO DEROGADO)

Nota de redacción. Ver: Resolución 741/1999 Art.1 (RES. DE LA SECRETARIA DE INDUSTRIA, COMERCIO Y MINERIA (B.O. 8/10/99). SE DISPONE QUE LOS BIENES COMERCIALIZADOS EN ESTE ART. PODRAN OBTENER LOS BENEFICIOS DEL DECRETO 257/99)

*ARTICULO 31.- NOTA DE REDACCION (DEROGADO POR LEY 25248)

Derogado por: LEY 25.248 Art.27 ((B.O. 14/6/00) ARTICULO DEROGADO)

Nota de redacción. Ver: Resolución 741/1999 Art.1 (RES. DE LA SECRETARIA DE INDUSTRIA, COMERCIO Y MINERIA (B.O. 8/10/99). SE DISPONE QUE LOS BIENES COMERCIALIZADOS EN ESTE ART. PODRAN OBTENER LOS BENEFICIOS DEL DECRETO 257/99)

*ARTICULO 32.- NOTA DE REDACCION (DEROGADO POR LEY 25248)

Derogado por: LEY 25.248 Art.27 ((B.O. 14/6/00) ARTICULO DEROGADO)

Nota de redacción. Ver: Resolución 741/1999 Art.1 (RES. DE LA SECRETARIA DE INDUSTRIA, COMERCIO Y MINERIA (B.O. 8/10/99). SE DISPONE QUE LOS BIENES COMERCIALIZADOS EN ESTE ART. PODRAN OBTENER LOS BENEFICIOS DEL DECRETO 257/99)

*ARTICULO 33.- NOTA DE REDACCION (DEROGADO POR LEY 25248)

Referencias Normativas: Ley 340 Art.1113

Derogado por: LEY 25.248 Art.27 ((B.O. 14/6/00) ARTICULO DEROGADO)

Nota de redacción. Ver: Resolución 741/1999 Art.1 (RES. DE LA SECRETARIA DE INDUSTRIA, COMERCIO Y MINERIA (B.O. 8/10/99). SE DISPONE QUE LOS BIENES

COMERCIALIZADOS EN ESTE ART. PODRAN OBTENER LOS BENEFICIOS DEL DECRETO 257/99)

*ARTICULO 34.- NOTA DE REDACCION (DEROGADO POR LEY 25248)

Derogado por: LEY 25.248 Art.27 (B.O. 14/6/00) ARTICULO DEROGADO)

TITULO III

De las letras hipotecarias (artículos 35 al 49)

ARTICULO 35.- Las letras hipotecarias son títulos valores con garantía hipotecaria.

ARTICULO 36.- La emisión de letras hipotecarias sólo puede corresponder a hipotecas de primer grado y estar consentida expresamente en el acto de constitución de la hipoteca.

ARTICULO 37.- La emisión de letras hipotecarias extingue por novación la obligación que era garantizada por la hipoteca.

ARTICULO 38.- La emisión de letras hipotecarias no impide al deudor transmitir el dominio del inmueble; el nuevo propietario tendrá los derechos y obligaciones del tercer poseedor de cosa hipotecada. La locación convenida con posterioridad a la constitución de la hipoteca será inoponible a quienes adquieran derechos sobre la letra o sus cupones. El deudor o el tercero poseedor tienen la obligación de mantener la cosa asegurada contra incendio en las condiciones usuales de plaza; el incumplimiento causa la caducidad de los plazos previstos en la letra.

ARTICULO 39.- Las letras hipotecarias son emitidas por el deudor, e intervenidas por el Registro de la Propiedad Inmueble que corresponda a la jurisdicción donde se encuentre el inmueble hipotecado, en papel que asegure su inalterabilidad, bajo la firma del deudor, el escribano y un funcionario autorizado del registro, dejándose constancia de su emisión en el mismo asiento de la hipoteca. Las letras hipotecarias deberán contener las siguientes enunciaciones:

- a) Nombre del deudor y, en su caso, del propietario del inmueble hipotecado;
- b) Nombre del acreedor;
- c) Monto de la obligación incorporada a la letra, expresado en una cantidad determinada en moneda nacional o extranjera;
- d) Plazos y demás estipulaciones respecto del pago, con los respectivos cupones, salvo lo previsto en el artículo 41 para las letras susceptibles de amortizaciones variables;
- e) El lugar en el cual debe hacerse el pago;
- f) Tasa de interés compensatorio y punitivo;
- g) Ubicación del inmueble hipotecado y sus datos registrales y catastrales;
- h) Deberá prever la anotación de pagos de servicios de capital o renta o pagos parciales;
- i) La indicación expresa de que la tenencia de los cupones de capital e intereses acredita su pago, y que el acreedor se halla obligado a entregarlos y el deudor a requerirlos;
- j) Los demás que fijen las reglamentaciones que se dicten.

También se dejará constancia en las letras de las modificaciones que se convengan respecto del crédito, como las relativas a plazos de pago, tasas de interés, etcétera, las letras hipotecarias también podrán ser escriturales.

ARTICULO 40.- Las letras hipotecarias se transmiten por endoso nominativo que se hará en el lugar habilitado para ello en el título, o en su prolongación; deberá constar el nombre del endosatario, quien podrá volver a transmitir el título bajo las mismas formas, y la fecha del endoso. No es necesaria notificación al deudor, y éste no podrá

oponer al portador o endosatario las defensas que tuviere contra anteriores endosatarios o portadores del título salvo lo dispuesto en el artículo 42, in fine. El endoso de la letra hipotecaria es sin responsabilidad del endosante.

ARTICULO 41.- Las letras hipotecarias tendrán cupones para instrumentar las cuotas de capital o servicios de intereses. Quien haga el pago tendrá derecho a que se le entregue el cupón correspondiente como único instrumento válido acreditativo. Si la letra fuera susceptible de amortización en cuotas variables podrá omitirse la emisión de cupones; en ese caso el deudor tendrá derecho a que los pagos parciales se anoten en el cuerpo de la letra, sin perjuicio de lo cual serán oponibles aun al tenedor de buena fe los pagos documentados que no se hubieren inscrito de esta manera.

ARTICULO 42.- El pago se hará en el lugar indicado en la letra.

El lugar de pago podrá ser cambiado dentro de la misma ciudad, y sólo tendrá efecto a partir de su notificación al deudor.

ARTICULO 43.- Verificados los recaudos previstos en el artículo precedente, la mora se producirá en forma automática al solo vencimiento, sin necesidad de interpelación alguna.

ARTICULO 44.- El derecho real de hipoteca incorporado al título se rige por las disposiciones del Código Civil en materia de hipoteca.

Referencias Normativas: Ley 340

ARTICULO 45.- El portador de la letra hipotecaria o de alguno de los cupones puede ejecutar el título por el procedimiento de ejecución especial previsto en el título IV de esta ley cuando así se hubiere convenido en el acto de constitución de la hipoteca. De ello deberá dejarse constancia en la letra y en los cupones.

ARTICULO 46.- Al título valor son subsidiariamente aplicables, en cuanto resulten compatibles, las reglas previstas por el decreto ley 5965/63 para la letra de cambio.

Referencias Normativas: Decreto Ley 5.965/63

ARTICULO 47.- Las acciones emanadas de las letras hipotecarias prescriben a los tres (3) años contados desde la fecha del vencimiento de cada cuota de capital o interés.

ARTICULO 48.- La cancelación de la inscripción de la emisión de las letras, y por ende de la hipoteca, se podrá hacer a pedido del deudor mediante la presentación de las letras y cupones en su caso con constancia de haberse efectuado todos los pagos de capital e intereses. El certificado extendido por el juez tendrá el mismo valor que las letras y/o cupones a los efectos de su presentación para la cancelación de la hipoteca.

ARTICULO 49.- Las personas autorizadas a hacer oferta pública como fiduciarios o a administrar fondos comunes de inversión, podrán emitir títulos de participación que tengan como garantía letras hipotecarias o constituir fondos comunes con ellos, conforme las disposiciones reglamentarias que se dicten.

TITULO IV

De los créditos hipotecarios para la vivienda (artículos 50 al 51)

ARTICULO 50.- En los créditos hipotecarios para la vivienda otorgados de conformidad con las disposiciones de esta ley, los gastos de escrituración por la traslación de dominio e hipoteca a cargo del cliente por todo concepto, excluidos los impuestos, e incluido el honorario profesional, no podrán superar el dos por ciento (2%) del precio de venta o la valuación del inmueble; cuando deba otorgarse hipoteca, el honorario podrá convenirse libremente.

Los aportes a los regímenes de previsión para profesionales -si correspondiere- y otras contribuciones, exceptuadas las tasas retributivas de servicio de naturaleza local, serán proporcionales a los honorarios efectivamente percibidos por los profesionales intervinientes.

ARTICULO 51.- En los créditos hipotecarios para la vivienda el plazo se presume establecido en beneficio del deudor, salvo estipulación en contrario. Es inderogable por pacto en contrario la facultad del deudor de cancelar el crédito antes de su vencimiento cuando el pago fuere de la totalidad del capital adeudado, el contrato podrá prever una compensación razonable para el acreedor cuando la cancelación anticipada se hiciera antes de que hubiere cumplido la cuarta parte del plazo total estipulado.

TITULO V

Régimen especial de ejecución de hipotecas (artículos 52 al 67)

ARTICULO 52.- Las hipotecas en las cuales se hayan emitido letras hipotecarias con la constancia prevista en el artículo 45, y todas aquellas en que se hubiere convenido expresamente someterse a las disposiciones de este título, podrán ejecutarse conforme las reglas siguientes.

ARTICULO 53.- En caso de mora en el pago del servicio de amortización o intereses de deuda garantizada por un plazo de sesenta (60) días, el acreedor intimará por medio fehaciente para que se pague en un plazo no menor de quince (15) días, advirtiendo al deudor que, de no mediar pago íntegro de la suma intimada, el inmueble será rematado por la vía extrajudicial. En el mismo acto, se le intimará a denunciar el nombre y domicilio de los acreedores privilegiados, embargantes y ocupantes del inmueble hipotecado.

ARTICULO 54.- Vencido el plazo de la intimación sin que se hubiera hecho efectivo el pago, el acreedor podrá presentarse ante el juez competente con la letra hipotecaria o los cupones exigibles si éstos hubiesen circulado, y un certificado de dominio del bien gravado, a efectos de verificar el estado de ocupación del inmueble y obtener el acreedor, si así lo solicita, la tenencia del mismo.

El juez dará traslado de la presentación por cinco (5) días al deudor a los efectos de las excepciones previstas en el artículo 64. El juez ordenará verificar el estado físico y de ocupación, designando a tal fin al escribano que proponga el acreedor. Si de esa diligencia resulta que el inmueble se encuentra ocupado, en el mismo acto se intimará a su desocupación en el plazo de diez (10) días, bajo apercibimiento de lanzamiento por la fuerza pública. El lanzamiento no podrá suspenderse, salvo lo dispuesto en el artículo 64.

No verificada en ese plazo la desocupación, sin más trámite se procederá al lanzamiento y se entregará la tenencia al acreedor, hasta la oportunidad prevista en el artículo 63. A estos fines, el escribano actuante podrá requerir el auxilio de la fuerza pública, allanar domicilio y violentar cerraduras y poner en depósito oneroso los bienes que se encuentren en el inmueble, a costa del deudor. Todo este procedimiento tramitará in audita parte, y será de aplicación supletoria lo establecido en los códigos de forma.

ARTICULO 55.- El acreedor estará facultado para solicitar directamente al Registro de la Propiedad un informe sobre el estado del dominio y gravámenes que afectaren el inmueble hipotecado, con indicación del importe de los créditos, sus titulares y domicilios.

ARTICULO 56.- Asimismo el acreedor podrá:

a) Solicitar directamente en el registro correspondiente la expedición de un segundo testimonio del título de propiedad del inmueble, con la sola acreditación de ese carácter y a costa del ejecutado;

b) Requerir la liquidación de las deudas que existan en concepto de expensas de la propiedad horizontal, impuestos, tasas y contribuciones que pesen sobre el inmueble, bajo apercibimiento que de no contarse con dichas liquidaciones en el plazo de diez (10) días hábiles desde la recepción de su solicitud, se podrá subastar el bien como si estuviera libre de deudas. Los reclamos que se dedujeran por aplicación de lo dispuesto anteriormente no afectarán el trámite de remate del bien gravado.

ARTICULO 57.- Verificado el estado del inmueble, el acreedor ordenará por sí, sin intervención judicial, la venta en remate público del inmueble afectado a la garantía, por intermedio del martillero que designe y con las condiciones usuales de plaza. Se deberán publicar avisos durante tres (3) días en el diario oficial y en dos (2) diarios de gran circulación, uno al menos en el lugar de ubicación del inmueble. El último aviso deberá realizarse con una anticipación no mayor de dos (2) días a la fecha fijada para el remate. En el remate estará presente el escribano quien levantará acta.

ARTICULO 58.- La base de la subasta será el monto de la deuda a la fecha de procederse a la venta y los avisos deberán -como mínimo- informar sobre la superficie cubierta, ubicación del inmueble, horario de visitas, estado de la deuda por tasas, impuestos, contribuciones y expensas, día, hora y lugar preciso de realización de la subasta.

ARTICULO 59.- El deudor, el propietario y los demás titulares de derechos reales sobre la cosa hipotecada deberán ser notificados de la fecha de la subasta por medio fehaciente con siete (7) días hábiles de anticipación, excluido el día de la subasta.

ARTICULO 60.- Realizada la subasta, el acreedor practicará liquidación de lo adeudado según el respectivo contrato y las pautas anteriormente dispuestas, más los gastos correspondientes a la ejecución, los que por todo concepto no podrán superar el tres por ciento (3%) del crédito. Procederá a depositar el remanente del precio a la orden del juez competente junto con la correspondiente rendición de cuentas documentada dentro de los cinco (5) días siguientes. El juez dará traslado al deudor de la citada presentación de la acreedora por el término de cinco (5) días a los efectos de la impugnación o aceptación de la liquidación. De no mediar embargos, inhibiciones u otros créditos, y existiendo conformidad entre deudor y acreedor con respecto al remanente, éste podrá entregar directamente a aquél dicho remanente.

ARTICULO 61.- Si fracasare el remate por falta de postores, se dispondrá otro reduciendo la base en un veinticinco por ciento (25%). Si tampoco existieren postores se ordenará la venta sin limitación de precio y al mejor postor. No se procederá al cobro de suma alguna en concepto de honorarios por los remates fracasados.

Si resultare adquirente el acreedor hipotecario procederá a compensar su crédito.

ARTICULO 62.- Cuando el comprador no abonare la totalidad del precio en tiempo, se efectuará nuevo remate. Aquél será responsable de la disminución real del precio que se obtuviere en la nueva subasta, de los intereses acrecidos y de los gastos ocasionados.

ARTICULO 63.- La venta quedará perfeccionada, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 66, una vez pagado el precio en el plazo que se haya estipulado y hecha la tradición a favor del comprador, y será oponible a terceros realizada que fuere la inscripción registral correspondiente. El pago se hará directamente al acreedor cuando éste sea titular de la totalidad del crédito.

El remanente será depositado dentro del quinto día de realizado el cobro.

Si hubiere más de un acreedor el pago se hará al martillero interviniente, quien descontará su comisión y depositará el saldo a la orden del Juez para que éste cite a todos los acreedores para distribuir la suma obtenida.

Si el acreedor ostenta la tenencia del inmueble subastado, podrá transmitirla directamente al comprador; caso contrario y no habiendo mediado desposesión anticipada deberá ser realizada con intervención del juez, aplicándose en lo pertinente el artículo 54.

La protocolización de las actuaciones será extendida por intermedio del escribano designado por el acreedor, sin que sea necesaria la comparecencia del ejecutado, y deberá contener constancia de:

- a) La intimación al deudor en los términos del artículo 53;
- b) La notificación del artículo 59;
- c) La publicidad efectuada;
- d) El acta de la subasta.

Los documentos correspondientes serán agregados al protocolo.

Los embargos e inhibiciones se levantarán por el juez interviniente con citación de los jueces que han trabado las medidas cautelares, conforme a las normas de procedimiento de la jurisdicción.

ARTICULO 64.- El ejecutado no podrá interponer defensas, incidente o recurso alguno tendiente a interrumpir el lanzamiento previsto por el artículo 54 ni la subasta, salvo que acredite verosíblemente alguno de los siguientes supuestos:

- a) Que no está en mora;
- b) Que no ha sido intimado de pago;
- c) Que no se hubiera pactado la vía elegida; o
- d) Que existieran vicios graves en la publicidad.

En tales casos el juez competente ordenará la suspensión cautelar del lanzamiento o de la subasta.

Si el acreedor controvierte las afirmaciones del ejecutado, la cuestión se sustanciará por el procedimiento más abreviado que consienta la ley local. Si por el contrario reconociese la existencia de los supuestos invocados por el ejecutado, el juez, dejará sin efecto lo actuado por el acreedor y dispondrá el archivo de las actuaciones salvo en el caso del inciso d), hipótesis en la cual determinará la publicidad que habrá que llevarse a cabo antes de la subasta.

ARTICULO 65.- Una vez realizada la subasta y cancelado el crédito ejecutado, el deudor podrá impugnar por la vía judicial, por el procedimiento más abreviado que solicite el deudor:

- a) La no concurrencia de los hechos que habilitan la venta; '
- b) La liquidación practicada por el acreedor;
- c) El incumplimiento de los recaudos establecidos en el presente título por parte del ejecutante.

En todos los casos el acreedor deberá indemnizar los daños causados, sin perjuicio de las sanciones penales y administrativas a que se hiciere pasible.

ARTICULO 66.- Dentro de los treinta (30) días corridos de efectuada la ejecución extrajudicial, el deudor podrá recuperar la propiedad del inmueble si pagara al adquirente el precio obtenido en la subasta, más el tres por ciento (3%) previsto en el artículo 60.

ARTICULO 67.- Si el precio obtenido en la subasta no cubriera la totalidad del crédito

garantizado con la hipoteca, el acreedor practicará liquidación ante el juez competente por el proceso de conocimiento más breve que prevé la legislación local. La liquidación se sustanciará con el deudor, quien podrá pedir la reducción equitativa del saldo que permaneciere insatisfecho después de la subasta, cuando el precio obtenido en ella fuera sustancialmente inferior al de plaza, teniendo en cuenta las condiciones de ocupación y mantenimiento del inmueble.

TITULO VI

Reformas al Código Civil (artículos 68 al 76)

ARTICULO 68.- Nota de redacción: (MODIFICA CODIGO CIVIL)

Modifica a: Ley 340 Art.980 (Párrafo final incorporado.)

ARTICULO 69.- Nota de redacción: (MODIFICA CODIGO CIVIL)

Modifica a: Ley 340 Art.997 (Párrafo final incorporado.)

ARTICULO 70.- Se aplicarán las normas de este artículo y las de los artículos 71 y 72, cuando se cedan derechos como componentes de una cartera de créditos, para:

- a) Garantizar la emisión de títulos valores mediante oferta pública;
- b) Constituir el activo de una sociedad, con el objeto de que ésta emita títulos valores ofertables públicamente y cuyos servicios de amortización e intereses estén garantizados con dicho activo;
- c) Constituir el patrimonio de un fondo común de créditos.

ARTICULO 71.- La cesión prevista en el artículo anterior podrá efectuarse por un único acto, individualizándose cada crédito con expresión de su monto, plazos, intereses y garantías. En su caso, se inscribirá en los registros pertinentes.

Los documentos probatorios del derecho cedido se entregarán al cesionario o fiduciario o, en su caso, a un depositario o al depositario del fondo común de créditos.

ARTICULO 72.- En los casos previstos por el artículo 70:

- a) No es necesaria la notificación al deudor cedido siempre que exista previsión contractual en el sentido. La cesión será válida desde su fecha;
- b) Sólo subsistirán contra el cesionario la excepción fundada en la invalidez de la relación crediticia o el pago documentado anterior a la fecha de cesión;
- c) Cuando se trate de una entidad financiera que emita títulos garantizados por una cartera de valores mobiliarios que permanezcan depositados en ella, la entidad será el propietario fiduciario de los activos. Sin embargo los créditos en ningún caso integrarán su patrimonio.

ARTICULO 73.- Nota de redacción: MODIFICA (CODIGO CIVIL)

Modifica a: Ley 340 Art.2662 (Sustituido.)

ARTICULO 74.- Nota de redacción: (MODIFICA CODIGO CIVIL)

Modifica a: Ley 340 Art.2670 (Segundo párrafo incorporado.)

ARTICULO 75.- Nota de redacción: (MODIFICA CODIGO CIVIL)

Modifica a: Ley 340 Art.3936 (Segundo párrafo incorporado.)

ARTICULO 76.- Nota de redacción: (MODIFICA CODIGO CIVIL)

Modifica a: Ley 340 Art.3876 (Ultimo párrafo incorporado.)

TITULO VII

Modificaciones al régimen de corretaje (artículo 77)

ARTICULO 77.- Para la matriculación y el desempeño del corredor no será exigible el hallarse domiciliado en el lugar donde se pretende ejercer.

En los casos de corretaje inmobiliario de viviendas nuevas sólo se recibirá comisión del comitente. En las restantes operaciones la comisión al comprador no podrá exceder el 1 1/2 del valor de compra.

TITULO VIII

Modificaciones a la Ley de (artículo 78)

Fondos Comunes de Inversión

ARTICULO 78.- Nota de redacción: MODIFICA LEY 24083.

Modifica a: Ley 24.083 Art.1 (Párrafos finales incorporados.), Ley 24.083 Art.2 (Sustituido.), Ley 24.083 Art.13 (Inciso a) sustituido.), Ley 24.083 Art.14 (Inciso c) sustituido e inciso e incorporado.), Ley 24.083 Art.17 (Sustituido.), Ley 24.083 Art.18 (Párrafo incorporado.), Ley 24.083 Art.21 (Párrafo incorporado.), Ley 24.083 Art.25 (Segundo, tercer y cuarto párrafos incorporados.)

TITULO IX

Modificaciones al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (artículo 79)

ARTICULO 79.- (Nota de redacción) (MODIFICA CODIGO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION)

Modifica a: Ley 17.454 Art.598 (Sustituido.)

TITULO X

Modificaciones al Régimen Registral (artículos 80 al 81)

ARTICULO 80.- Cuando la ley lo autorice pueden ser inscritos los instrumentos privados, siempre que la firma de sus otorgantes esté certificada por escribano público.

ARTICULO 81.- La situación registral sólo variará a petición de:

- a) El autorizante del documento que se pretende inscribir, o su reemplazante legal;
- b) Quien tuviere interés para asegurar el derecho que se ha de registrar.

TITULO XI

Modificaciones al Código Penal (artículo 82)

ARTICULO 82.- Nota de redacción: (MODIFICA CODIGO PENAL).

Modifica a: Ley 11.179 - TEXTO ORDENADO POR DECRETO 3992/84 Art.173 (Incisos 12), 13) y 14) incorporados.)

TITULO XII

Modificaciones a las leyes impositivas (artículos 83 al 85)

CAPITULO I (artículos 83 al 85)

ARTICULO 83.- Los títulos valores representativos de deuda y los certificados de participación emitidos por fiduciarios respecto de fideicomisos que se constituyan para la titulización de activos, serán objeto del siguiente tratamiento impositivo:

a) Quedan exentas del impuesto al valor agregado las operaciones financieras y prestaciones relativas a su emisión, suscripción, colocación, transferencia, amortización, intereses y cancelación, como así también las correspondientes a sus garantías;

b) Los resultados provenientes de su compraventa, cambio, permuta, conversión y disposición, como así también sus intereses, actualizaciones y ajustes de capital, quedan exentos del impuesto a las ganancias, excepto para los sujetos comprendidos en el Título VI de la Ley de Impuesto a las Ganancias (texto ordenado 1986) y sus modificaciones. Cuando se trate de beneficiarios del exterior comprendidos en el título V de la citada norma legal, no regirá lo dispuesto en su artículo 21 y en el artículo 104 de la Ley 11.683

(texto ordenado 1978) y sus modificaciones.

El tratamiento impositivo establecido en este artículo será de aplicación cuando los referidos títulos sean colocados por oferta pública.

Referencias Normativas: Ley 20.628 ((T.O. 1986).), LEY 11.683 - TEXTO ORDENADO POR DECRETO 2861/1978 Art.104

ARTICULO 84.- A los efectos del impuesto al valor agregado, cuando los bienes fideicomitidos fuesen créditos, las transmisiones a favor del fideicomiso no constituirán prestaciones o colocaciones financieras gravadas.

Quando el crédito cedido incluya intereses de financiación, el sujeto pasivo del impuesto por la prestación correspondiente a estos últimos continuará siendo el fideicomitente, salvo que el pago deba efectuarse al cesionario o a quien éste indique, en cuyo caso será quien lo reciba el que asumirá la calidad de sujeto pasivo.

ARTICULO 85.- Las disposiciones del presente capítulo entrarán en vigencia el primer día del mes subsiguiente al de la publicación de la presente ley.

TITULO XIII

Desregulación de aspectos vinculados a la construcción en el ámbito de la Capital Federal (artículos 86 al 98)

ARTICULO 86.- Agrégase al artículo 2.1.3.7 del Código de la Edificación (ordenanza 33.387 oficializada por ordenanza 33.515 de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires) el siguiente párrafo:

Ante la presentación de la documentación exigida para la ejecución de obras que requieran permiso, se expedirán inmediatamente y en un mismo acto, el número de expediente y la registración, postergando cualquier análisis sobre aquella documentación para la etapa siguiente de fiscalización, basada en la responsabilidad profesional.

ARTICULO 87.- Agrégase al inciso a) del artículo 2.1.2.2. del Código de la Edificación (ordenanza 33.387 oficializada por la 33 515 de la Municipalidad de Buenos Aires), como último párrafo el siguiente:

Quando la entrega de los certificados exigidos para el permiso de obra demorase más de cuarenta y ocho (48) horas, el interesado quedará autorizado para suplirlos con la presentación de la solicitud correspondiente en la que constará el incumplimiento del plazo antes mencionado.

ARTICULO 88.- Derógase la exigencia del registro de gestores, prevista por el artículo 2.5.9.6. del Código de Edificación (ordenanza 33.387 oficializada por ordenanza 33.515).

ARTICULO 89.- Redúcese el costo del derecho de ocupación y uso de la vía pública con obradores de empresas privadas por cuenta de terceros, previsto por el artículo 26 de la Ordenanza Tarifaria para el año 1994 (47.548), a la suma de cinco centavos (\$ 0,05).

ARTICULO 90.- Redúcese la contribución por publicidad prevista por el artículo 65 de la Ordenanza Tarifaria para el año 1994 (47 548), al cinco por ciento (5%) del valor anual de la mayor tarifa para un aviso frontal simple conforme el artículo 13.4.14 del Código de la Publicidad (ordenanza 41.115), con un importe único para toda la Capital.

ARTICULO 91.- Derógase el artículo 2 y la obligación de percibir honorarios por etapas prevista en los capítulos II, III y IV del arancel aprobado por decreto ley 7887/55.

Deroga a: Decreto Ley 7.887/55 Art.2

ARTICULO 92.- Derógase el artículo 2.1.1.4. del libro segundo del Código de Ética para la Agrimensura, Arquitectura e Ingeniería, aprobado por decreto 1099/84.

Modifica a: DECRETO NACIONAL 1099/1984 Art.2 (Punto 2.1.1.4. derogado.)

ARTICULO 93.- Derógase la intervención del Consejo Profesional respectivo en la extensión del certificado de encomienda de tareas profesionales, previsto en el apartado 4, inciso a), del artículo 2 1.2.2. del Código de la Edificación (ordenanza 33.387, oficializada por ordenanza 33.515).

ARTICULO 94.- Prohíbese a los colegios profesionales de agrimensura, arquitectura e ingeniería exigir a sus matriculados, en forma previa a la realización de actividades en que éstos asuman responsabilidad profesional, cualquier clase de certificado de habilitación y registro de encomienda.

ARTICULO 95.- Suprímese el Registro Municipal de Profesionales al que se refiere el artículo 2.5.9.1. y concordantes del Código de la Edificación (ordenanza 33.387, oficializada por ordenanza 33 515) y créase, en su reemplazo un Registro de Profesionales Sancionados, donde figurarán exclusivamente aquellos profesionales que hayan sido suspendidos o inhabilitados para ejercer en el ámbito municipal.

Podrán ejercer libremente su profesión en el ámbito de la Capital Federal, de conformidad con lo establecido por el decreto 2293 del 2 de diciembre de 1992, quienes no se encuentren incluidos en el Registro de Profesionales Sancionados mencionado en el párrafo anterior.

Referencias Normativas: Decreto Nacional 2.293/92

ARTICULO 96.- Derógase el visado del consejo profesional respectivo del letrado reglamentario de obra, previsto en el apartado 5, inciso a), del artículo 2.1.2.2. del Código de la Edificación (ordenanza 33.387, oficializada por ordenanza 33.515).

ARTICULO 97.- Déjase sin efecto toda norma legal que se oponga al contenido de la presente ley.

ARTICULO 98.- Comuníquese al Poder Ejecutivo.

FIRMANTES

PIERRI - MAZZUCCO - Pereyra Arandía de Pérez Pardo - PiuZZi

JURISPRUDENCIA

1 | Acto fiduciario

Identificación SAIJ : C0000603

SUMARIO

SIMULACION:CONCEPTO-TESTAFERRO-ACTO FIDUCIARIO

La simulación tiene lugar, entre otros casos cuando por el acto o contrato se constituyen o transmiten derechos a personas interpuestas, que no son aquéllas para quienes en realidad se constituyen o transmiten (artículo 955 del Código Civil).

Sin embargo la interposición de personas no presenta carácter unívoco a la hora de su caracterización. La doctrina concuerda en que la típica convención de testafarro - o interposición simulada- implica el acuerdo simulatorio entre disponente y adquirente y otro acuerdo, también simulatorio, entre el adquirente y el destinatario final del acto de disposición, beneficiario. Es decir intervienen tres personas, unidas entre sí por acuerdos simulatorios que encubren el negocio real o disimulado. Pero esta convención de testafarro se distingue de la denominada interposición fiduciaria que consiste en un negocio o contrato real. A diferencia del testafarro, el fiduciario adquiere efectivamente la cosa o el derecho del enajenante o fiduciante pero hay entre ambos un pacto de fiducia del cual pueden surgir limitaciones a los derechos o poderes del fiduciario, sea imponiendo obligaciones en favor del fiduciante, sea obligándolo a retransmitir el bien al propio fiduciante o a un tercero (conf. Mosset Iturraspa, "Negocios simulados, fraudulentos y fiduciarios", Bs. As. 1975, t. II, p.224, nro 124; Guastavino, "Actos fiduciarios" en: "Estudios en homenaje a Héctor Lafaille", Bs. As., 1968, p. 365, nro 1; Goldschmidt, "Trust, fiducia y simulación", L.L. 67-777; Rivera, "Acción de simulación", E.D., 60 899; Carranza, "El negocio fiduciario" en "Juris", 26-347).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 340 Art.955

DATOS DEL FALLO

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

Sala A (ESCUTI PIZARRO DE MUNDO ZANNONI)

SAPORITI DE VIGNALE, EMMA c/ SAPORITI GERARDO s/ S-suc y otros. s- simulación y nulidad de acto jurídico.

SENTENCIA del 29 DE AGOSTO DE 1985

Nro.Fallo: 85020931

Identificación SAIJ : C0000604

SUMARIO

SIMULACION:CONCEPTO-TESTAFERRO-ACTO FIDUCIARIO

Mientras que en la convención de testafarro, la adquisición del sujeto interpuesto - precisamente, testafarro, "hombre de paja"- es simulada en el negocio fiduciario la adquisición del fiduciario es real y las limitaciones al derecho que ha adquirido o la obligación de retransmitir el bien a un tercero son el contenido de un negocio obligacional -el pacto de fiducia- que vincula exclusivamente a fiduciante con fiduciario. El negocio fiduciario es un negocio "de confianza" (arg. art. 989, Cód.Civil), atípico en nuestra ley positiva, que presupone una atribución real de bienes o derechos y obligaciones a cargo del adquirente que, por el efecto relativo de todo vínculo de orden obligacional o creditorio (arg. art. 1199, Código Civil), sólo le son exigibles por el fiduciante. Esto destaca la diferencia con el negocio simulado en que el verdadero destinatario final, el beneficiario de la interposición simulada mediante testafarro, es parte del acuerdo simulatorio.-

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 340 Art.989, Ley 340 Art.1199

DATOS DEL FALLO

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala A (ESCUTI PIZARRO DE MUNDO ZANNONI)

SAPORITI DE VIGNALE EMMA c/ SAPORITI GERARDO s/ s-suc y otros s-simulación y nulidad de acto jurídico.

SENTENCIA del 29 DE AGOSTO DE 1985

Nro.Fallo: 85020932

Identificación SAIJ : G0000604

SUMARIO

ADMINISTRACION FRAUDULENTA-COMPETENCIA POR EL TERRITORIO-PRORROGA DE LA COMPETENCIA-SIMULACION:CONCEPTO-TESTAFERRO-ACTO FIDUCIARIO

A los efectos de determinar la competencia territorial en los delitos de administración fraudulenta debe prevalecer el domicilio en el cual tenía el asiento principal de sus negocios, la firma que habría sido administrada en forma irregular, sobre el domicilio convenido en la constitución de la sociedad por las partes. Sostener lo contrario significaría vulnerar el principio de improrrogabilidad en materia de competencia penal (art. 19 CPC).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 11.179 - TEXTO ORDENADO POR DECRETO 3992/84 Art.173 (INC. 7), Código Procesal Penal Art.19

DATOS DEL FALLO

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

Sala 03 (MASSONI LOUMAGNE OCAMPO)

DEPRATY, O. s/ COMPETENCIA. DEFRAUDACION. ADMINISTRACION FRAUDULENTA.

INTERLOCUTORIO, 0000018911 del 23 DE MAYO DE 1985

Nro.Fallo: 85060119

Identificación SAIJ : C0038336

SUMARIO

SIMULACION-ACTO FIDUCIARIO

No es acertado identificar un contrato de índole fiduciaria con una simulación relativa, porque no se trata de la intención de ocultar la existencia de la obligación que justificara la entrega en garantía, sino de convenir que, en caso de no saldarse la prestación, ésta quedará satisfecha mediante la entrega de los derechos transmitidos en garantía y condicionados al cumplimiento de la deuda.-

DATOS DEL FALLO

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

Sala A (MOLTENI)

NEME, Norma Nur c/ REVIRIEGO DE CARDINALE, Mirta Inés y otro s/ COBRO DE SUMAS DE DINERO

SENTENCIA del 30 DE MAYO DE 1996

Nro.Fallo: 96020386

Identificación SAIJ : N0010360

SUMARIO

COMPETENCIA-COMPETENCIA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL-ENTIDADES BANCARIAS-ACUERDO DE MEDIACION-CONEXIDAD-ACTO FIDUCIARIO

Resulta competente la justicia civil y comercial federal para entender en una cuestión en la que se pretende ejecutar contra una entidad bancaria, un convenio celebrado entre las partes en el marco de una mediación cuando, -como en el caso-, surge que: a) la composición de la deuda deriva de la formalización de diversos convenios de financiación de proyectos constructivos con garantía fiduciaria sobre los inmuebles en que se ejecutaron las obras, en el marco de la línea de financiamiento de emprendimientos constructivos con transmisión de dominio fiduciario del banco y destinados a la financiación de proyectos constructivos ubicados en distintas localidades del país, b) que era intención de las partes suscribir dicho convenio a fin de acordar los saldos de deuda registrados, procedimientos,

condiciones y pautas para su cancelación, como también pautas de liberación a favor de las empresas de unidades de vivienda y otros inmuebles afectados a la garantía fiduciaria del banco, y c) se comprometían a efectuar las presentaciones necesarias en orden a una causa judicial promovida por la pretensora contra el banco accionado en trámite ante un juzgado nacional en lo civil y comercial federal. Ello pues, procede dirimir la cuestión de competencia por razones de estricta conexidad y "no" en razón de la materia en favor de la justicia nacional en lo civil y comercial federal, toda vez que no puede escindir el objeto de la pretensión anterior (en la especie, incumplimiento contractual) en el tribunal indicado, toda vez que se pretende ejecutar una deuda de composición compleja, plasmada en el convenio referido y las actuaciones indicadas, atento la inexistencia de constancias de desistimiento de aquellas actuaciones.

DATOS DEL FALLO

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala B (DIAZ CORDERO - BUTTY.)

COMPAÑIA FINANCIERA DE CREDITOS HIPOTECARIOS SA c/ BANCO HIPOTECARIO SA S/ s/
EJECUTIVO.

SENTENCIA del 8 DE NOVIEMBRE DE 2002

Nro.Fallo: 02130691

Identificación SAIJ : B2960776

SUMARIO

LEGITIMACION PASIVA-LEGITIMACION PROCESAL-FIDEICOMISO-CONTRATOS-
ADMINISTRADOR FIDUCIARIO-DEMANDADO

Dado que la ley define al fideicomiso como un contrato, resulta inviable pretender encausar la acción contra el fideicomiso, pues el único legitimado pasivo es el fiduciario, quien tiene la obligación legal de responder a todas las acciones que se inicien respecto de los bienes fideicomitidos.

DATOS DEL FALLO

CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL , AZUL, BUENOS AIRES
(Peralta Reyes - Galdós - Longobardi)

Anit, Hilda Haydeé c/ Fideicomiso Fiverac y Tutelar Fiduciaria S.A. s/ Juicio Sumario

SENTENCIA, 56.238 del 10 DE MAYO DE 2012

Nro.Fallo: 12010052

Identificación SAIJ : Q0016882

SUMARIO

CONTRATO FIDUCIARIO-OBLIGACIONES DEL FIDUCIARIO

La debida diligencia exigida al fiduciario no es la de un "padre de familia", sino la de un "hombre de negocios".- Esta rige en materia comercial, y especialmente en los contratos de fideicomiso, desde que expresamente está contenida en el art. 6 de la Ley Nro. 24.441.- Para satisfacer la pauta valorativa rectora sintetizada bajo la fórmula precisa de "gestión de confianza", ese precepto señala que el fiduciario deberá cumplir las obligaciones impuestas por la ley o la convención, con la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios que actúa sobre la confianza depositada en él.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.441 Art.6

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA , RAWSON, CHUBUT

(Daniel Luis Caneo Fernando Royer José Luis Pasutti)

I.B. N.V. (Sucursal Argentina) y Otros c/ Provincia del Chubut s/ Demanda Contencioso Administrativa

SENTENCIA, 06-C-05D del 22 DE DICIEMBRE DE 2005

Nro.Fallo: 05150077

Identificación SAIJ : Z0109594

SUMARIO

VERIFICACION DE CREDITOS-ACREEDOR QUIROGRAFARIO-NEGOCIO FIDUCIARIO

Una de las innovaciones importantes de la ley 25.589 ha sido la verificación y el voto de los acreedores fiduciarios y otros legitimados por una colectividad de acreedores. El crédito del titular fiduciario que es también beneficiario es eventual y quirografario, dado que el verdadero fin del convenio es el desenvolvimiento de la operatoria, en virtud de la cual la constructora sólo asume la obligación de garantizar el supuesto incierto de insuficiencia de los bienes fideicomitidos. Si la operatoria se desenvuelve normalmente, el acreedor no pretenderá cobrar a la constructora, pues habrá ido cobrando a través de la venta de unidades y titulación; por el contrario, si los fondos resultan insuficientes, entonces responderá la constructora conforme al convenio. Para determinar el monto verificable debe tomarse el que corresponde a la fecha de insinuación del crédito, y dejar a salvo la posibilidad de su variación, ya que cuanto más tiempo pase, menor habrá de ser el monto del crédito, porque se habrá ido logrando el mayor número de titulaciones.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: LEY 25589

DATOS DEL FALLO

CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL , SANTIAGO DEL ESTERO, SANTIAGO DEL ESTERO

Cámara 02 (CONTATO-BRUCHMAN DE BELTRAN-NUÑEZ En minoría: NUNEZ Z109539 al Z109542/ Z109595 En mayoría: CONTATO Z109590 al Z109594)

MAUD, ELIAS s/ CONCURSO PREVENTIVO-INCIDENTE DE REVISION DEL BANCO HIPOTECARIO S.A. SENTENCIA, 11662 del 20 DE AGOSTO DE 2003

Nro.Fallo: 03220227

Identificación SAJJ : C0402707

SUMARIO

FIDEICOMISO-ACTO FIDUCIARIO:REQUISITOS-MEDIDAS CAUTELARES-LEVANTAMIENTO DEL EMBARGO:IMPROCEDENCIA

1- En el fideicomiso la transferencia de los bienes a favor del fiduciario impediría que los acreedores pudieran agredirlos, quedando dichos bienes protegidos de cualquier acción persecutoria, salvo la acción de fraude para los acreedores del fiduciante.

2- Sin embargo, no procede el levantamiento de un embargo por honorarios trabado sobre una cuenta corriente de titularidad del fiduciario, si conforme a lo pactado en el contrato de fideicomiso, el fiduciante conserva a su exclusivo cargo la administración, disposición y contabilidad de los bienes fideicomitados. Ello, en virtud de que no se operó una verdadera transmisión de la titularidad de los bienes del fiduciante (a quien se pretende ejecutar los honorarios)al fiduciario.

DATOS DEL FALLO

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL Sala J (VERÓN, MATTERA, WILDE.)

VENTURINI, Sergio C. c/ VARGAS, Rubén y otro s/ DAÑOS YPERJUICIOS.

INTERLOCUTORIO del 6 DE FEBRERO DE 2007

Nro.Fallo: 07020100

Identificación SAJJ : N0015281

SUMARIO

DAÑOS Y PERJUICIOS-RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL-RESPONSABILIDAD DEL BANCO:IMPROCEDENCIA-BANCO HIPOTECARIO SA-CONTRATO FIDUCIARIO-FIDEICOMISO DE GARANTIA

Cabe admitir la excepcion de falta de legitimación pasiva opuesta por el Banco Hipotecario SA y rechazar la demanda promovida en su contra como responsable, en su condición de dueño fiduciario, por la transmisión a un tercero del dominio de un inmueble que se encontraba reservado a favor del accionante con compromiso de una futura venta, tornando imposible, de tal manera, la pertinente escrituración; toda vez que:.

1. La participación del Banco Hipotecario SA, como continuadora del Banco Hipotecario Nacional (ley 24855), en la operación conocida como "línea de crédito para la financiación de emprendimientos constructivos con transmisión de dominio fiduciario", constituye una operatoria bajo la forma de una financiación atípica, para la construcción de viviendas familiares, en la que se pacta un fideicomiso de garantía que cubre, en definitiva, el préstamo que el banco otorga al desarrollista u originante del emprendimiento constructivo.

2. Dicho fideicomiso de garantía opera en la etapa de construcción; por él se transfiere a título de confianza la propiedad del inmueble donde se levantara el edificio, y se ceden al banco todos los derechos y acciones que el desarrollista u originante tiene sobre el proyecto, inclusive los créditos y dinero provenientes de la preventa o venta de las unidades funcionales que se construyan, lo cual le permite al banco fiduciario contar con un flujo de fondos para asegurar el recupero del crédito.

3. El fideicomiso garantiza, de tal manera, el cumplimiento del contrato de préstamo o contrato de financiación que el banco otorga al desarrollista u originante, pero con la particularidad de que también se reserva recurso contra este último si el proyecto resulta insuficiente para el pago del crédito otorgado (conf. Freire, B., "El fideicomiso - sus proyecciones en los negocios inmobiliarios", Buenos Aires, 1997, págs. 264-7).

4. Dicho recurso del banco fiduciario contra el desarrollista u originante tiene dos posibles variantes: la primera posibilidad es ejecutar la garantía en el estado en que se encuentre; y la segunda, continuar con la obra y luego vender las unidades funcionales para recuperar el crédito; ambas son formas de ejecución de la garantía y, cualesquiera sea el caso, siempre se entiende que el banco fiduciario actúa por cuenta y riesgo del originante, esto es, bajo responsabilidad patrimonial de este último; porque los resultados del negocio siguen siendo del originante, aunque primero sean aplicados a cancelar el crédito de la entidad.

5. Por haber ejecutado la garantía fiduciaria, el banco fiduciario no reemplaza al anterior constructor, asumiendo sus derechos y obligaciones; no es un caso de subrogación legal, ni de novación subjetiva, sino de ejercicio del denominado "step in", o sea, del derecho del banco fiduciario de intervenir por sí mismo en el contrato, tomando las medidas que crea convenientes (conf. Freire, B., ob. cit., p. 271).

6. Concordando con ello y ratificando que el banco fiduciario no es el titular de la relación jurídica sustancial relativa a la adquisición de la vivienda elegida por la accionante, el contrato de fideicomiso señala que el fiduciante y el originante liberan al fiduciario de toda responsabilidad emergente de las preventas o ventas de unidades correspondientes al proyecto, aclarando que dicha responsabilidad corresponde, en todos los supuestos, al beneficiario, que a la sazón es el propio fiduciante.

7. Si bien el "fideicomisario" (destinatario final de los bienes) puede demandar al fiduciario para lograr el cumplimiento de su obligación de suscribir la correspondiente escritura de dominio y contribuir a su inscripción registral (conf. Kiper, C. y Lisoprawski, S., "Obligaciones y responsabilidades del fiduciario", págs. 57 a 85, Buenos Aires, 1999; Bueres, A. y Highton, E., "Código civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial", T. 5-A, P. 817, Nº 20, Buenos Aires, 2004) y a fortiori, cuando por su culpa ello se haga imposible, puede demandarlo por resarcimiento de los daños y perjuicios pertinentes (arg. cciv: 889), lo cierto y evidente es que la accionante no ostenta la calidad de "fideicomisaria", como tampoco la de "beneficiaria" del fideicomiso, pues ambas corresponden -según el contrato respectivo- al fiduciante.

8. Ello así, la accionante carece de título contra el banco para demandarlo por daños y perjuicios invocando su condición de fiduciario, no pudiendo tampoco reclamarle la restitución de las sumas abonadas, aún cuando el Banco Hipotecario SA se lo hubiese ofrecido, por carta documento, pues tal oferta debe ser entendida como hecha por cuenta y orden del originante, sin que de ello pueda derivarse una personal asunción de legitimación pasiva por parte de la entidad bancaria.

DATOS DEL FALLO

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala D (Gerardo G. Vassallo - Juan José Dieuzeide - Pablo D. Heredia)
MOLINA, ADRIANA MARCELA c/ BANCO HIPOTECARIO S.A. s/ ORDINARIO
SENTENCIA, 70.339/02 del 14 DE AGOSTO DE 2007
Nro.Fallo: 07130763

2 | Fideicomiso de garantía

Identificación SAIJ : Z0008649

SUMARIO

FIDEICOMISO DE GARANTIA:NATURALEZA JURIDICA

Si bien es cierto que para demostrar las ventajas del fideicomiso en garantía tradicionalmente se lo compara en primer lugar con la hipoteca y la prenda, de naturaleza real, lo cierto es que los autores nacionales mayoritariamente se inclinan por considerarlo una garantía personal.-

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA , SANTIAGO DEL ESTERO, SANTIAGO DEL ESTERO

(LLUGDAR-JUAREZ CAROL-SUAREZ)

MAUD ELIAS s/ CONCURSO PREVENTIVO-INCIDENTE DE REVISION DEL BANCO HIPOTECARIO S.A. - CASACION.-

SENTENCIA, 22074 del 17 DE NOVIEMBRE DE 2005

Nro.Fallo: 05220038

Identificación SAIJ : Z0008669

SUMARIO

FIDEICOMISO DE GARANTIA:CONCEPTO;ALCANCES

El fideicomiso con fines de garantía es un instituto por el cual las partes pretenden eludir la excesiva onerosidad y difícil ejecución que presentan otras garantías, pudiendo dentro del amplio campo del principio de la autodeterminación contractual, establecer los medios más adecuados para evitar costos y fijar vías extrajudiciales de liquidación de bienes. En ese contexto la nota más trascendente del fideicomiso de garantía es el ius vendendi o sea, el derecho que tiene el fiduciario de vender o ejecutar los bienes fideicomitados, con el fin de satisfacer su crédito o el del beneficiario, sin acudir a los tribunales.-

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA , SANTIAGO DEL ESTERO, SANTIAGO DEL ESTERO

(LLUGDAR-JUAREZ CAROL-SUAREZ)

MAUD ELIAS s/ CONCURSO PREVENTIVO-INCIDENTE DE REVISION DEL BANCO HIPOTECARIO S.A. - CASACION.-

SENTENCIA, 22074 del 17 DE NOVIEMBRE DE 2005

Nro.Fallo: 05220038

Identificación SAIJ : Z0008673

SUMARIO

FIDEICOMISO DE GARANTIA-LICITUD-VALORACION

Dado que nuestro ordenamiento legal proporciona al deudor fiduciante los medios para encauzar la actuación del acreedor, o en su caso obtener el resarcimiento correspondiente, el contrato de fideicomiso en garantía no puede valorarse como contrario a la moral y a las buenas costumbres.-

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA , SANTIAGO DEL ESTERO, SANTIAGO DEL ESTERO

(LLUGDAR-JUAREZ CAROL-SUAREZ)

MAUD ELIAS s/ CONCURSO PREVENTIVO-INCIDENTE DE REVISION DEL BANCO HIPOTECARIO S.A. - CASACION.-

SENTENCIA, 22074 del 17 DE NOVIEMBRE DE 2005

Nro.Fallo: 05220038

Identificación SAJ : Q0016875

SUMARIO

CONTRATO DE FIDEICOMISO-FIDEICOMISO DE GARANTIA

Aún cuando la Ley 24.441 ha pretendido remozar nuestro ordenamiento con institutos que permitan movilizar la actividad económica y captar la inversión, la prudencia indica que en un sistema causalista como el nuestro, debe tenerse cuidado con la total autonomía de la garantía, dado que existen diversos grados de accesoriedad.- Siguiendo la opinión de Alicia PUERTA DE CHACÓN, desde una postura moderada, interpreto que no es necesaria ni la especialidad ni la accesoriedad inicial, esto es, al momento de la constitución de la propiedad fiduciaria en garantía; pero ciertamente sí lo será al momento de la realización del bien fideicomitado.- El crédito debe existir y ser exigible en la oportunidad de cobro y el instrumento que lo acredite -con todos sus elementos esenciales- habrá de completarse con el de garantía.- Inicialmente, el contrato de fideicomiso como título o causa debe contener el contrato de aseguramiento regulatorio de todas las alternativas de crédito (sustitución, ampliación, etc.) y establecer al menos la relación preexistente entre el potencial acreedor y el potencial deudor.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.441

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA , RAWSON, CHUBUT

(Daniel Luis Caneo Fernando Royer José Luis Pasutti)

I.B. N.V. (Sucursal Argentina) y Otros c/ Provincia del Chubut s/ Demanda Contencioso Administrativa

SENTENCIA, 06-C-05D del 22 DE DICIEMBRE DE 2005

Nro.Fallo: 05150077

Identificación SAJJ : Z0109590

SUMARIO

FIDEICOMISO DE GARANTIA

El fiduciario no puede incorporar los bienes del patrimonio separado al suyo propio, o sea adjudicarse para sí el objeto dado en garantía, antes ni después de que se verifique el pago de la deuda.

DATOS DEL FALLO

CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL , SANTIAGO DEL ESTERO, SANTIAGO DEL ESTERO

Cámara 02 (CONTATO-BRUCHMAN DE BELTRAN-NUÑEZ En minoría: NUNEZ Z109539 al Z109542/ Z109595 En mayoría: CONTATO Z109590 al Z109594)

MAUD, ELIAS s/ CONCURSO PREVENTIVO-INCIDENTE DE REVISION DEL BANCO HIPOTECARIO S.A. SENTENCIA, 11662 del 20 DE AGOSTO DE 2003

Nro.Fallo: 03220227

Identificación SAJJ : A0065519

SUMARIO

CONTRATOS CIVILES-FIDEICOMISO-FIDEICOMISO DE GARANTIA:CONCEPTO

El fideicomiso con fines de garantía es un instituto por el cual las partes pretenden eludir la excesiva onerosidad y difícil ejecución que presentan otras garantías, pudiendo dentro del amplio campo del principio de la autodeterminación contractual, establecer los medios más adecuados para evitar costos y fijar vías extrajudiciales de liquidación de bienes (Disidencia de los Dres. Carlos S. Fayt y Adolfo Roberto Vázquez).

DATOS DEL FALLO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

(Voto: Mayoría: Belluscio, Petracchi, Boggiano, López, Maqueda. Disidencia: Fayt, V zquez.)

E.C.G. S.A. c/ Banco Hipotecario S.A. s/ medidas cautelares

SENTENCIA del 4 DE NOVIEMBRE DE 2003

Nro.Fallo: 03000165

Identificación SAJJ : A0065520

SUMARIO

CONTRATOS CIVILES-FIDEICOMISO-FIDEICOMISO DE GARANTIA:CARACTERES

La nota más trascendente del fideicomiso de garantía es el ius vendendi, o sea, el derecho que tiene el fiduciario de vender o ejecutar los bienes fideicomitados, con el fin de satisfacer su crédito o el del beneficiario, sin acudir a los tribunales (Disidencia de los Dres. Carlos S. Fayt y Adolfo Roberto Vázquez).

DATOS DEL FALLO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
(Voto: Mayoría: Belluscio, Petracchi, Boggiano, López, Maqueda. Disidencia: Fayt, V zquez.)
E.C.G. S.A. c/ Banco Hipotecario S.A. s/ medidas cautelares
SENTENCIA del 4 DE NOVIEMBRE DE 2003
Nro.Fallo: 03000165

Identificación SAJ : A0065521

SUMARIO

FIDEICOMISO-FIDEICOMISO DE GARANTIA-MEDIDAS CAUTELARES-RESPONSABILIDAD CIVIL

Si el fiduciario no actuara con la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios que su especial posición le impone (art. 6, de la ley 24.441), frente al ejercicio abusivo o ilegítimo del ius vendendi por parte del fiduciario, están al alcance del fiduciante las normas sobre responsabilidad civil y, eventualmente, lo dispuesto por el art. 173, inc. 13, del Código Penal, pero desvíos de esa naturaleza no pueden ser supuestos ab initio en el marco de una acción de resolución del contrato de fideicomiso de garantía, ni ese marco puede servir para el dictado de medidas cautelares (Disidencia de los Dres Carlos S. Fayt y Adolfo Roberto Vázquez).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 11.179 - TEXTO ORDENADO POR DECRETO 3992/84 Art.173, Ley 24.441 Art.6

DATOS DEL FALLO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
(Voto: Mayoría: Belluscio, Petracchi, Boggiano, López, Maqueda. Disidencia: Fayt, V zquez.)
E.C.G. S.A. c/ Banco Hipotecario S.A. s/ medidas cautelares
SENTENCIA del 4 DE NOVIEMBRE DE 2003
Nro.Fallo: 03000165

Identificación SAJ : Z0008651

SUMARIO

FIDEICOMISO DE GARANTIA:NATURALEZA JURIDICA-CONDICIONES-DETERMINANTES

El contrato de fideicomiso de garantía crea una garantía de tipo personal, que no participa de los caracteres de las garantías reales, ya que el simple hecho de que para su efectivización sea menester la transferencia del dominio fiduciario no es suficiente a los fines de asignar naturaleza real a este tipo de garantía. La transferencia fiduciaria del bien dará nacimiento a un derecho real (dominio fiduciario), pero el acto de garantía propiamente dicho tendrá matices personales, ya que el fiduciario ejercerá el dominio fiduciario a favor del acreedor.-

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA , SANTIAGO DEL ESTERO, SANTIAGO DEL ESTERO
(LLUGDAR-JUAREZ CAROL-SUAREZ)
MAUD ELIAS s/ CONCURSO PREVENTIVO-INCIDENTE DE REVISION DEL BANCO HIPOTECARIO S.A. -
CASACION.-
SENTENCIA, 22074 del 17 DE NOVIEMBRE DE 2005
Nro.Fallo: 05220038

Identificación SAJ : Z0008660

SUMARIO

FIDEICOMISO DE GARANTIA:CONCEPTO

El fideicomiso en garantía, es la operación a través de la cual una persona (el fiduciante) transmite la propiedad fiduciaria de ciertos bienes a otra persona, (el fiduciario) para que la retenga en garantía de cumplimiento de una o más obligaciones que se deben al fiduciario o a una tercera persona, en ambos casos el beneficiario.-

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA , SANTIAGO DEL ESTERO, SANTIAGO DEL ESTERO
(LLUGDAR-JUAREZ CAROL-SUAREZ)
MAUD ELIAS s/ CONCURSO PREVENTIVO-INCIDENTE DE REVISION DEL BANCO HIPOTECARIO S.A. -
CASACION.-
SENTENCIA, 22074 del 17 DE NOVIEMBRE DE 2005
Nro.Fallo: 05220038

Identificación SAJ : Z0008663

SUMARIO

FIDEICOMISO DE GARANTIA:REGIMEN LEGAL

La ley 24.441 no regula de manera específica el fideicomiso de garantía, pero tampoco prohíbe, ni expresa ni tácitamente, la celebración del mismo, ya que no ha estado en mente del legislador prohibir dicha clase de operatoria.-

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.441

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA , SANTIAGO DEL ESTERO, SANTIAGO DEL ESTERO
(LLUGDAR-JUAREZ CAROL-SUAREZ)
MAUD ELIAS s/ CONCURSO PREVENTIVO-INCIDENTE DE REVISION DEL BANCO HIPOTECARIO S.A. -
CASACION.-
SENTENCIA, 22074 del 17 DE NOVIEMBRE DE 2005
Nro.Fallo: 05220038

Identificación SAIJ : Z0008667

SUMARIO

FIDEICOMISO DE GARANTIA:CONCEPTO

El fideicomiso de garantía ha sido entendido como aquel que se constituye con la finalidad primordial de asegurar obligaciones propias del fiduciante con un tercero con los bienes fideicomitidos. De esta forma el fiduciante transfiere al fiduciario bienes presentes o futuros individualizados, en garantía del cumplimiento de un crédito propio o ajeno quedando determinado:a) el procedimiento a seguir en caso de incumplimiento y b) el destino del remanente -si lo hubiere- luego de la liquidación y pago del crédito.-

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA , SANTIAGO DEL ESTERO, SANTIAGO DEL ESTERO
(LLUGDAR-JUAREZ CAROL-SUAREZ)

MAUD ELIAS s/ CONCURSO PREVENTIVO-INCIDENTE DE REVISION DEL BANCO HIPOTECARIO S.A. - CASACION.-

SENTENCIA, 22074 del 17 DE NOVIEMBRE DE 2005

Nro.Fallo: 05220038

Identificación SAIJ : Z0008668

SUMARIO

FIDEICOMISO DE GARANTIA-CONFORMACION:REQUISITOS

El fideicomiso en garantía, aunque coincida el fiduciario con el beneficiario principal es lícito, siempre y cuando se lo haya concebido en forma prudente y se haya determinado en forma clara y precisa los procedimientos a seguir en caso de incumplimiento y el destino de los posibles remanentes que pudieren quedar luego de liquidado y satisfecho el crédito, no siendo óbice al respecto la prohibición del art. 7 de la ley 24.441.-

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA , SANTIAGO DEL ESTERO, SANTIAGO DEL ESTERO
(LLUGDAR-JUAREZ CAROL-SUAREZ)

MAUD ELIAS s/ CONCURSO PREVENTIVO-INCIDENTE DE REVISION DEL BANCO HIPOTECARIO S.A. - CASACION.-

SENTENCIA, 22074 del 17 DE NOVIEMBRE DE 2005

Nro.Fallo: 05220038

Identificación SAIJ : Z0008672

SUMARIO

FIDEICOMISO DE GARANTIA-FUNCION SOCIAL

El fideicomiso en garantía aparece como el esquema más adecuado para proteger los intereses en juego, protegiendo así un verdadero interés social, como es el acceso a la vivienda.-

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA , SANTIAGO DEL ESTERO, SANTIAGO DEL ESTERO
(LLUGDAR-JUAREZ CAROL-SUAREZ)

MAUD ELIAS s/ CONCURSO PREVENTIVO-INCIDENTE DE REVISION DEL BANCO HIPOTECARIO S.A. -
CASACION.-

SENTENCIA, 22074 del 17 DE NOVIEMBRE DE 2005

Nro.Fallo: 05220038

3 | Pesificación

Identificación SAIJ : K0023872

SUMARIO

ACCION DE AMPARO-REORDENAMIENTO DEL SISTEMA FINANCIERO-PESIFICACION-BANCOS-FIDEICOMISO

No se comparte la sentencia dictada por la Sala II de esta Cámara el 6/7/04, in re "Gabarret, Alfredo", toda vez que, -contrariamente a lo que se afirma en su considerando XII- el Banco Comafi se comprometió a satisfacer el crédito redondo "por un monto limitado" -el de los pasivos contablemente determinados a la luz de las ormas jurídicas impugnadas por el actor-, no resultando válido incrementar la responsabilidad que voluntariamente asumió por la consecuencia que en el Contrato de Fideicomiso -celebrado el mismo 19/8/02 entre el Scotiabank (fiduciante), el ABN AMRO Bank NV (fiduciario) y los Bancos Comafi y Bansud (beneficiarios de la exclusión de activos)- se previera -en cuanto importa- la aplicación de los fondos depositados para reembolsarle los pagos que debiese afrontar con motivo de reclamos judiciales vinculados con la pesificación de los depósitos (ver cap 4º, art. 17, punto g), lo que no traduce sino una diligente conducta previsoras respecto de eventuales resoluciones judiciales que incrementasen la responsabilidad asumida. (Del voto del juez Buján, cons. V. E).

DATOS DEL FALLO

CAMARA NAC. APELAC. EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

Sala 01 (Buján, Coviello.)

"Rodríguez, Nélida c/ EN-PEN- Dto 1.570/01 s/ amparo ley 16.986".

SENTENCIA, 3062/02 del 31 DE AGOSTO DE 2004

Nro.Fallo: 04100003

Identificación SAIJ : K0023876

SUMARIO

ACCION DE AMPARO-REORDENAMIENTO DEL SISTEMA FINANCIERO-PESIFICACION-BANCOS-FIDEICOMISO

Fue previsto un fideicomiso entre las entidades involucradas (el Scotiabank Quilmes S.A. como fiduciante, el ABN Amro Bank como fiduciario y los bancos Comafi S.A. y Bansud S.A. como beneficiarios del mecanismo de exclusión de activos y pasivos) a fin de responde a pagos a los Bancos..."para reembolsarle cualquier pago o compromiso

que los bancos deban afrontar por cualquier causa o motivo vinculado a reclamos, acciones judiciales consistentes en amparos, medidas autosatisfactivas o precautorias, sentencias definitivas u otras similares, con motivo y ocasión de la pesificación y/o reprogramación de depósitos y/o cualquier otro depósito privilegiado de la Entidad conforme la L.E.F. 21.526" (conf. art. 17 inc. g) del Contrato de Fideicomiso). (Cons. III).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 21.526

DATOS DEL FALLO

CAMARA NAC. APELAC. EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

Sala 03 (Argento, Grecco.)

"Perri Hugo Carlos c/ PEN- ley 25.561, dtos 1.570/01 y 214/02 s/ amparo ley 16.986".

SENTENCIA, 25407/02 del 17 DE AGOSTO DE 2004

Nro.Fallo: 04100004

Identificación SAIJ : N0015259

SUMARIO

DERECHO PROCESAL-EMERGENCIA ECONOMICA-MEDIDAS CAUTELARES-FACULTADES DEL JUEZ-FIDEICOMISO-PESIFICACION

1. Cabría desestimar el pedido de medidas cautelares efectuado, en virtud de que ellas coinciden o se confunden con la finalidad del reclamo; toda vez que fueron solicitadas, en protección de sus derechos, por quienes, dentro del marco de un contrato de fideicomiso -que contemplaba la emisión de tres tipos de valores fiduciarios: títulos de deuda senior; títulos de deuda clase "b" y certificados de participación, cuya metodología de cobro establecía que los segundos podrían percibir su capital una vez que se hubieran amortizado totalmente los primeros valores, e intereses si concurrían ciertas condiciones, y los tenedores de certificados tendrían derecho al cobro, ya sea de capital o intereses, luego de amortizados los primeros y los segundos-, y ante la actitud asumida por el fiduciario al sobrevenir la emergencia con la consiguiente "pesificación", que haciendo caso omiso de tal conversión y argumentando la existencia de intereses contrapuestos entre las distintas categorías, abrió una cuenta en custodia, depositó allí los fondos y retuvo cualquier pago, iniciaron acción declarativa a fin de que se deje establecido que los valores se mantengan en moneda origen mas allá del dictado de las normas de emergencia.
2. Sin embargo, teniendo en cuenta la importancia del derecho que se intenta proteger y a fin de evitar perjuicios o gravámenes innecesarios, corresponde dictar una medida distinta de la solicitada y mas limitada en sus alcances (cpr: 204).
3. Procederá, entonces, disponer, como medida innovativa, que el fiduciario desafecte la suma retenida y proceda a efectuar los pagos que por capital e intereses correspondan a los tenedores de la primera categoría, según la pauta de conversión fijada por la corte suprema en el precedente "massa" del 27.12.06, aplicando la pesificación a razón de u\$s 1 = \$ 1,40, mas el coeficiente de estabilización de referencia (cer) y un interes del 4% anual no capitalizable desde que abrió la cuenta en custodia

hasta su efectivo pago, previa caución real; sin que ello importe adelantar opinión sobre el fondo de la cuestión.

4. Tal desmovilización y distribución de los fondos permite avanzar en la amortización de los títulos de la primera categoría -los de la segunda se pagan luego- y se deja a salvo el derecho que pudiese corresponderles ante la eventualidad de que, por sentencia definitiva, se les reconociera el derecho que reclaman de sustraer sus acreencias de la normativa de emergencia; Ello así, pues no se ordenara ningún pago a favor de los requirentes, pues los importes que resulten de la amortización de los títulos de primera categoría se mantendrá en custodia.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 17.454 Art.204

DATOS DEL FALLO

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL (SALA - ARECHA - RAMIREZ.)

BACS BANCO DE CREDITO Y SECURITIZACION SA c/ FIRST TRUST OF NEWYORK NATIONAL S/ s/ RDINARIO S/ MEDIDA CAUTELAR.

SENTENCIA, 20814/07 del 21 DE AGOSTO DE 2007

Nro.Fallo: 07130755

Identificación SAIJ : C0408154

SUMARIO

DAÑOS Y PERJUICIOS-EMERGENCIA ECONOMICA-FIDEICOMISO-PESIFICACION-INTERESES-TASAS DE INTERES

1- Establecida la responsabilidad por el incumplimiento en otorgar la posesión y escritura traslativa de dominio de una entidad bancaria - en su real actuación como vendedor de unidades en construcción y receptor de las cuotas debidas por el comprador -, al ser condenada a la devolución de los pagos pesificados con la adición del CER, en tanto, si bien la deuda no excede el límite fijado por la ley 26.167, como no se trata de un crédito garantizado con hipoteca sobre un inmueble destinado a vivienda familiar única y permanente, si se cumple los restantes recaudos normativos, no corresponde aplicar sus dispositivos. 2- En estas condiciones cuando la deuda se pesificó y el acreedor no la impugnó, pero sí la tasa de interés del seis por ciento anual, corresponde la aplicación de intereses conforme a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del banco de la Nación Argentina desde la fecha de cada uno de los pagos realizados y hasta el efectivo pago. Se procura así el resguardo de los derechos constitucionales de ambas partes, al intentar una distribución proporcional del esfuerzo dado que el deudor es una entidad bancaria, y sin olvidar la aplicación del derecho del consumidor que también se extiende a las áreas inmobiliaria y financiera. (Sumario Nº20310 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: LEY 26.167

DATOS DEL FALLO

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala J (WILDE, VERÓN.)

BARRIENTOS, Marcelo Rafael c/ BANCO HIPOTECARIO S.A. s/ DAÑOS YPERJUICIOS.

SENTENCIA del 20 DE ABRIL DE 2010

Nro.Fallo: 10020498

4 | Medidas cautelares

Identificación SAJ : N0004617

SUMARIO

TERCERIAS-TERCERIA DE DOMINIO-EMBARGO-TRABA DEL EMBARGO-FIDEICOMISO
INMOBILIARIO-DOMINIO FIDUCIARIO

No resulta procedente una tercería de dominio, por la que se intenta el levantamiento de un embargo trabado sobre un inmueble, que adquiriera un padre para su hijo -promotor de la tercería-, si la aceptación de la compra por este último se efectuó después de la traba de la cautelar resistida. Cuando el comprador adquiere un bien inmueble para un tercero, se trata de una estipulación en favor de terceros, y no una gestión de negocios. Se configura así una adquisición contractual de un inmueble, por cuenta y orden de un tercero -beneficiario-, que deberá aceptar la adquisición mediante escritura pública, conservando el comprador el derecho de revocar el beneficio, mientras este no hubiese sido aceptado. La aceptación del beneficiario es un acto unilateral, que surte efectos desde su declaración, sin necesidad del consentimiento del comprador.

Producida la misma, recién el beneficio se torna irrevocable. El instituto jurídico se traduce en un dominio del bien con modalidades especiales, asimilable a las que componen el dominio fiduciario que regula el cciv: 2662, existiendo una situación provisoria, o de inestabilidad en la titularidad dominial, que ha de quedar resuelta al aceptarse la adquisición, o revocarse el beneficio. Pero hasta entonces, el fideicomisario sólo tiene un derecho a adquirir el dominio, y no el dominio mismo, que permanece en cabeza del comprador. Por lo que los acreedores del comprador se encuentran habilitados para agredir el bien, hasta tanto el beneficiario acepte la operación.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 340 Art.2662

DATOS DEL FALLO

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala B (MORANDI - PIAGGI - DIAZ CORDERO)
PEÑA, HORACIO HECTOR S/ TER. DE DOMINIO EN AUTOS: "TARANTINO, LEONARDO CARLOS
c/ PEÑA, HECTOR H. s/ EJECUTIVO
SENTENCIA del 24 DE AGOSTO DE 1990
Nro.Fallo: 90131008

Identificación SAJ : N0007586

SUMARIO

MEDIDA DE NO INNOVAR:PROCEDENCIA;REQUISITOS-FIDEICOMISO-FIDEICOMISO
INMOBILIARIO-FRAUDE-ACCION REVOCATORIA-DOMINIO FIDUCIARIO

Si se inició un incidente de medida precautoria para obtener el embargo sobre

determinados inmuebles pertenecientes en condominio a ciertas personas individuales y, -la petición fue fundada en la fianza constituida por esas personas en favor de una sociedad anónima, -actualmente fallida- y en el incumplimiento atribuido a esa sociedad respecto del pago del precio de diversas compraventas, presuntamente acordadas entre ella y la iniciante- de los informes requeridos al Registro de la Propiedad Inmueble, respecto del dominio de los citados bienes cuya afectación fue pretendida, surge que los fiadores habían transmitido en propiedad fiduciaria las fracciones individuales que les pertenecieron, según las disposiciones de la Ley 24441, procede que, en la acción de fraude que la peticionaria promovería futuramente (Ley 24441: 15, última parte). A más la ley procesal autoriza a solicitar medidas cautelares "antes" de promover la acción de fondo, sea cual fuere el objeto de esta (CPr: 195) y, por su parte, la peticionaria expresó el derecho que pretende asegurar, concretó la medida pedida con arreglo al CPr: 230, e invocó el cumplimiento de los requisitos genéricos exigidos por las normas rituales.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 17.454 Art.195, Ley 17.454 Art.230, Ley 24.441 Art.15

DATOS DEL FALLO

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL Sala D (ROTMAN - CUARTERO)

INDUSTRIAS DE MAIZ SA c/ ALBERIO, RICARDO s/ MED. PRECAUTORIA.

SENTENCIA del 5 DE SETIEMBRE DE 1997

Nro.Fallo: 97130582

Identificación SAIJ : N0007373

SUMARIO

EJECUCION DE HONORARIOS-EMBARGO:PROCEDENCIA-BIENES EMBARGABLES-DEUDOR-PATRIMONIO-ACCIONES SOCIETARIAS-TRANSMISION DE ACCIONES-FIDEICOMISO
Si el ejecutante de honorarios, expuso que el único bien conocido de la deudora estaba constituido por determinadas acciones de una SA de cuya emisión accionaria le pertenecerían cuatro quintos, las cuales fueron entregadas en fideicomiso en los términos de la ley 24441 y, solicitó que se trabase embargo "para el supuesto que se concrete la venta de los citados títulos sobre los derechos que sobre los mismos tenga la reclamada", petición que por su parte, fue estimada por el a quo, quien dispuso decretar la medida "respecto de las sumas que pudieran resultar a favor de la accionada por la eventual venta de las acciones de su propiedad correspondientes al ente societario", resulta improcedente -como en el caso-, que la fiduciaria del paquete accionario se agravie de la citada providencia, con base en que por tratarse de un "patrimonio de afectación" diferente del que corresponde a la fiduciante, se embargó el patrimonio fideicometido. Ello, pues si bien es cierto que los bienes fideicometidos quedan exentos de la acción singular o colectiva de los acreedores del fiduciario (conforme lo prevé la ley 24441: 15), sin embargo, la impugnada resolución "no" dispuso embargar el patrimonio fideicometido (las acciones) sino el producto de la enajenación de aquel. Por tanto, el derecho al producto "eventual" de

la venta de acciones compone el patrimonio de la deudora (CCiv: 2312 y su nota), de manera que ese derecho es susceptible de ser embargado.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 340 Art.2312, Ley 24.441 Art.15

DATOS DEL FALLO

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala D (ROTMAN - CUARTERO - ALBERTI)

MANOUKIAN, RICARDO c/ DERYMANT SA. s/ ORD. S/ INC. DE EJECUCION DE HONORARIOS.

SENTENCIA del 29 DE ABRIL DE 1997

Nro.Fallo: 97130440

Identificación SAIJ : S0003131

SUMARIO

EMBARGO-FIDEICOMISO FINANCIERO-LEVANTAMIENTO DEL EMBARGO:IMPROCEDENCIA
La condición de terceros ajenos al contrato financiero de fideicomiso de las partes que intervinieron en la relación obligacional que se ejecuta en autos, hace que el levantamiento ordenado bajo la normativa de la ley 24441, inaplicable al caso, deba revocarse. Tratan los arts. 15 y 17 de la ley 24441 de dos supuestos de limitaciones legales, el artículo 15 de limitación de responsabilidad del fiduciario con relación a sus acreedores sean individuales o colectivos, y el artículo 17 de limitación de facultades del fiduciario, con relación a las partes que intervinieron en el negocio fiduciario, ambas con relación al fideicomiso financiero, en este caso registrado en el inmueble de propiedad de la coejecutada Ilda Navarro de Acuña, quien no intervino en su celebración. Por lo tanto, el fideicomiso celebrado por el acreedor hipotecario no modificó la disponibilidad de su patrimonio, como tampoco alcanza a sus demás acreedores personales. Su patrimonio como universalidad de bienes, artículo 2312 Código Civil, sigue constituyendo la prenda común de los acreedores, entre quienes se encuentra el actor de ambos, a su vez tercero en la relaciones que emergen del contrato de fideicomiso.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 340 Art.2612, Ley 24.441 Art.1, Ley 24.441 Art.11 al 15, Ley 24.441 Art.19

DATOS DEL FALLO

CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL, SALTA, SALTA
Sala 04 (Ruiz-Carlsen)

Finanfácil S.A. c/ Navarro, Ilda Alicia; Acuña, Jorge Luis s/ Ejecutivo

INTERLOCUTORIO, 9703839 del 30 DE ABRIL DE 1998

Nro.Fallo: 98170037

Identificación SAIJ : A0065518

SUMARIO

RECURSO EXTRAORDINARIO:REQUISITOS PROPIOS-PROCEDENCIA DEL RECURSO-
SENTENCIA ARBITRARIA-DEFECTOS EN LA CONSIDERACION DE EXTREMOS CONDUCTENTES-
MEDIDAS CAUTELARES-FIDEICOMISO

Corresponde dejar sin efecto la medida cautelar si el a quo no advirtió que la misma afecta de un modo insuperable las facultades que el fideicomiso de garantía concede al banco apelante respecto de la liquidación extrajudicial de los bienes fideicomitidos, tornándolas inoperantes en contra de la naturaleza misma de ese tipo de negocio (Disidencia de los Dres. Carlos S. Fayt y Adolfo Roberto Vázquez).

DATOS DEL FALLO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
(Voto: Mayoría: Belluscio, Petracchi, Boggiano, López, Maqueda. Disidencia: Fayt, V zquez.)
E.C.G. S.A. c/ Banco Hipotecario S.A. s/ medidas cautelares
SENTENCIA del 4 DE NOVIEMBRE DE 2003
Nro.Fallo: 03000165

Identificación SAIJ : A0065522

SUMARIO

FIDEICOMISO-MEDIDAS CAUTELARES-MORA

La admisión, a pedido del fiduciante, de una medida cautelar inhibitoria del ius vendendi del fiduciario, es el vehículo más simple y sencillo para que aquél se sustraiga de las consecuencias de un negocio que voluntariamente aceptó, con olvido de que es el propio fiduciario, o sea, el destinatario de esa medida, quien contractualmente está habilitado para determinar si existe o no el incumplimiento moroso que autoriza el ejercicio de dicho ius vendendi (Disidencia de los Dres. Carlos S. Fayt y Adolfo Roberto Vázquez).

DATOS DEL FALLO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
(Voto: Mayoría: Belluscio, Petracchi, Boggiano, López, Maqueda. Disidencia: Fayt, V zquez.)
E.C.G. S.A. c/ Banco Hipotecario S.A. s/ medidas cautelares
SENTENCIA del 4 DE NOVIEMBRE DE 2003
Nro.Fallo: 03000165

Identificación SAIJ : N0012521

SUMARIO

PROCESOS DE EJECUCION-JUICIO EJECUTIVO-EMBARGO-LEVANTAMIENTO DEL EMBARGO-

FIDEICOMISO-PERJUICIO A TERCEROS

Cabe levantar el embargo trabado sobre ciertos créditos de la ejecutada, toda vez que ellos aparecen comprendidos en un contrato de fideicomiso suscripto con anterioridad a la traba del referido embargo (ley 24441 art. 15); ello así, mas allá de la legitimidad de la ejecutada para requerir el levantamiento de esos embargos, y de la legitimación del fiduciario del citado fideicomiso para hacer lo propio del modo en que lo hizo -no siendo parte en estas actuaciones-, pues resulta inadmisibles mantener un embargo sobre bienes que evidentemente no integran en la actualidad el patrimonio de la ejecutada y, además, es deber del tribunal evitar injustificados perjuicios que puedan afectar a terceros, cuando ellos son evidentes.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.441 Art.15

DATOS DEL FALLO

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL (CUARTERO - DIAZ CORDERO (SALA INTEGRADA).)

MUAS, ALICIA c/ COOPERATIVA DE VIV. CRED. 15 DE AGOSTO LTDA. s/ EJECUTIVO S/ INC. DE APELACION.

SENTENCIA, 22796/04 del 10 DE JUNIO DE 2004

Nro.Fallo: 04130527

5 | Concursos

Identificación SAIJ : A0076358

TEMA

REVOCAION DE SENTENCIA-EJECUCION HIPOTECARIA-VERIFICACION DE CREDITOS-MUTUO-SISTEMA DE REFINANCIACION HIPOTECARIA-REFINANCIACION HIPOTECARIA-LEY DE CONCURSOS-OBLIGACIONES DEL FIDUCIARIO-SUBROGACION LEGAL

Corresponde dejar sin efecto la sentencia que revocó la suspensión de la ejecución hipotecaria al considerar que resultaba innecesario que el actor cumpliera con la verificación de su crédito en el concurso del ejecutado como lo exigía el último párrafo del art. 21 de la ley 24.522 si omitió considerar que, pese a que el mutuo en ejecución había sido admitido en el sistema de refinanciación hipotecaria creado por la ley 25.798, el fiduciario no había efectuado pago alguno al acreedor por lo que, no operada la subrogación legal prevista en los arts. 16, inc. j) de la citada norma y 7° de la ley 26.167, la relación entre actor y demandado y sus calidades de acreedor y deudor, respectivamente, se mantenían intactas.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.522 Art.21, LEY 25.798 Art.16, LEY 26.167 Art.7

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

(Lorenzetti - Fayt - Maqueda - Zaffaroni)

Zylbersztejn, Abraham Gecel c/ González, Mario Daniel y Otro s/ Ejecución especial

SENTENCIA del 11 DE FEBRERO DE 2014

Nro.Fallo: 14000012

Identificación SAIJ : N0010256

SUMARIO

QUIEBRA-COMPETENCIA-LIQUIDACION DE ENTIDADES FINANCIERAS-FIDEICOMISO-RESOLUCIONES JUDICIALES

Del dictamen fiscal 91022:

Es competente el juez que entiende en la liquidación judicial de una entidad financiera, para ordenar al banco fiduciario del fideicomiso al que se había transferido -en un desprolijo proceso de exclusión de activos y pasivos del banco liquidado, ordenado por el banco central- el activo, pero no el pasivo, aun cuando se trataba de la misma operación comercial, abonar directamente al incidentista -una firma exportadora domiciliada en el extranjero- el importe que había percibido de la importadora a la

que se le había debitado esa suma en la cuenta corriente que tenía en la entidad en liquidación, en concepto de pago de la operación de importación documentada mediante carta de crédito, toda vez que ese activo originado en el saldo deudor de la cuenta corriente del importador había sido transferido al banco fiduciario, y que aquel había cancelado oportunamente la deuda, y la medida adoptada por el juez de grado tendiente a evitar que el importador pague dos veces la misma obligación, sobre todo considerando que a la quiebra no le asisten contra esa parte derechos creditorios, en razón del débito realizado en su cuenta al vencimiento de la obligación no fue rebatida concretamente por el fiduciario.

DATOS DEL FALLO

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala C (DI TELLA - CAVIGLIONE FRAGA - MONTI.)
BANCO MAYO CL S/ L. JUDICIAL S/ INC. POR EUI HO SON OF CHUNG WOOTEKILE CO. LTD.
SENTENCIA del 26 DE NOVIEMBRE DE 2002
Nro.Fallo: 02130587

Identificación SAIJ : N0010829

SUMARIO

CONCURSOS-LIQUIDACION-BANCOS-CREDITO LABORAL:PROCEDENCIA-JUEZ DEL
CONCURSO:FUNCIONES-COMPETENCIA-FIDEICOMISO

Del dictamen fiscal 88986:

Resulta competente el juez que entiende en la liquidación de una entidad bancaria, para dar curso a las presentaciones de los acreedores laborales y resolver sobre la pertinencia o no de tales créditos, conforme lo solicitado por el banco fiduciario, toda vez que el examen de los actos administrativos del banco central y los términos en que fue concebido y celebrado el contrato de fideicomiso, especialmente alguna de sus cláusulas, arrojan dudas sobre el alcance de sus disposiciones, lo que presupone la competencia del a quo para realizar una determinación semejante, máxime cuando lo que se decida al respecto incide directamente en la determinación del pasivo de la quiebra, y por su parte la legitimación del banco fiduciario para peticionar ésta dada por su interés en el esclarecimiento de la cuestión planteada a fin de dar cumplimiento al pacto de fiducia.

(En el caso, si bien entre los beneficiarios del fideicomiso no se encontraban estos acreedores, ya que debían ser desinteresados con los bienes que integraban el patrimonio del fiduciante -hoy en liquidación-, se estableció en ciertas cláusulas que el fideicomiso pagaría los créditos laborales en el supuesto de que la entidad no contara con fondos suficientes y sólo por la diferencia entre los fondos que ésta aporte y el monto total necesario, por lo que si bien antes de la

liquidación judicial del fiduciante no era necesaria una decisión jurisdiccional para pagar esos créditos, si después, la declaración del juez sobre la calidad de deudor del banco era imprescindible).

DATOS DEL FALLO

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala C (DI TELLA - CAVIGLIONE FRAGA - MONTI.)
BANCO MAYO C.L. s/ QUIEBRA S/ INC. DE APELACION PROMOVIDO POR BANCO COMAFI SA.
SENTENCIA del 6 DE AGOSTO DE 2002
Nro.Fallo: 02131160

Identificación SAJJ : N0010539

SUMARIO

CONCURSOS-FIDEICOMISO-TITULOS DE CREDITO-RESTITUCION DE SUMAS:IMPROCEDENCIA

Del dictamen fiscal 87766:

Resulta improcedente que un incidentista pretenda que se le restituyan ciertos títulos valores otorgados en fideicomiso cuando, -como en el caso-, surge que el sujeto pasivo de ese reclamo no es la quiebra sino el banco central; máxime aún, si el mismo pretensor aludió que el organismo de contralor financiero era el anterior órgano administrador y obligado a la referida restitución de los bonos. Asimismo cabe destacar, que no procedió encausar el trámite del actual reclamo por la vía establecida por la L.C. art.280 y ccs.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.522 Art.280

DATOS DEL FALLO

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala B (DIAZ CORDERO - PIAGGI - BUTTY.)
CIA. FINANCIERA UNIVERSAL SA s/ QUIEBRA S/ INC. DE RESTITUCION DE BIENES POR FATUR,
CARLOS Y OTRO.
SENTENCIA del 8 DE OCTUBRE DE 2002
Nro.Fallo: 02130870

Identificación SAJJ : N0010734

SUMARIO

ENTIDADES FINANCIERAS-CREDITO HIPOTECARIO-CREDITO POR HONORARIOS-CREDITO PRIVILEGIADO:ALCANCES-FIDEICOMISO

Si dentro de los activos de un banco cuya exclusión, en los términos de la Ley 21526 art. 35 bis, dispuso el banco central autorizando su transferencia a otra entidad financiera con los alcances del fideicomiso celebrado, se encontraba la acreencia por honorarios de los ex letrados de aquél que se pretende ejecutar, la cuestión no podrá resolverse de acuerdo a las reglas del derecho común -Vg. CCIV art.3270- sino de conformidad con las que regulan la actividad bancaria y financiera, esto es la Ley 21526 -cfr. art. 35 bis, v-a)-, que deja a salvo la posibilidad de ejecución forzada de activos excluidos transferidos cuando tuvieren por objeto -entre otros- el cobro de créditos hipotecarios; ello así en tanto resulta in controvertido que la acreencia de los letrados goza de ese privilegio, cabe admitir la acción pero sólo hasta el límite de lo obtenido por la enajenación del bien, pues el contrato de fideicomiso, no autoriza el reclamo en mayor extensión o con otro alcance, ya que no surge que el fiduciario haya asumido la condición de deudor de honorarios generados por la actuación de los ex letrados del cedente.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 340 Art.3270, Ley 21.526 Art.35 Bis

DATOS DEL FALLO

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala E (ARECHA - RAMIREZ - GUERRERO.)

BANCO MEDEFIN SA c/ DE GIACOMI, JUAN E HIJOS s/ EJECUCION HIPOTECARIA.

SENTENCIA del 28 DE AGOSTO DE 2002

Nro.Fallo: 02131065

Identificación SAIJ : N0017771

SUMARIO

QUIEBRA-EXTENSION DE LA QUIEBRA-GRUPO ECONOMICO-FIDEICOMISO

Corresponde admitir la demanda de extensión de quiebra incoada por la sindicatura falencial, contra la sociedad controlada por la fallida, en los términos del artículo 161, inciso 3º de la LCQ. Ello así, pues: A) La fallida es titular del 90 % del paquete accionario de la sociedad demandada. B) La demandada tenía su domicilio social inicial en la sede central del Banco en liquidación; el director titular de la accionada, era a la vez el vicepresidente del banco, quien tuvo una activa participación en las operaciones que tendieron a sustraer gran parte de los activos de la fallida para incorporarlos a las distintas empresas del grupo económico. C) Como sociedad de bolsa, la demandada permitió que otras sociedades del grupo

económico actuaran en nuestro país sin estar debidamente inscriptas para ello. D) La demanda participó en el fideicomiso formado sobre el activo del banco, por un lado como parte del activo a liquidar de y, por otro, como acreedora en su carácter de titular de un plazo fijo; asumiendo roles incompatibles que evidencian la confusión patrimonial existente entre la fallida y la sociedad de bolsa. E) No cabe pasar por alto los fines extrasocietarios que se insinúan en la actividad de la firma demandada, a instancias de su controlante -la aquí fallida-, que tuvo como resultado la frustración de los derechos de terceros -los genuinos acreedores de ambas entidades-, con las connotaciones que describe el art. 54 in fine de la LSC. En conclusión, se advierte el control jurídico -ante la participación accionaría que permitía a la fallida formar la voluntad social de la controlada-, tanto como un control operativo real y permanente, puesto al servicio de la sociedad holding del grupo que ambas integraban, y no parece dudable que se ha consumado aquí la hipótesis que contempla la ya referida norma del ordenamiento falencial.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 19.550 Art.54, Ley 24.522 Art.161

DATOS DEL FALLO

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL (Monti - Garibotto.)

Banco Medefin UNB SA c/ Socimer International Bank Limited y otros s/ ordinario. s/ quiebra SENTENCIA, 62820/08 del 30 DE JUNIO DE 2011

Nro.Fallo: 11130404

Identificación SAIJ : N0017770

SUMARIO

QUIEBRA-EXTENSION DE LA QUIEBRA-GRUPO ECONOMICO-FIDEICOMISO

Cabe admitir la demanda de extensión de quiebra incoada por la sindicatura falencial, contra una de las sociedades que integraban el grupo económico de la entidad bancaria fallida, en los términos del artículo 161, inciso 3º de la LCQ. Varios indicios demuestran la confusión patrimonial. A) El mutuo principal que habría realizado la demandada a favor del banco jamás se concretó, según surge de los informes contables el dinero nunca ingresó en el activo de la fallida -quien aparecía como prestamista en realidad habría obtenido un crédito de sus propios co-contratantes, y habría cedido su condición de deudora a la fallida a través de un "préstamo puente", generando un crédito a su favor como parte de esa misma cesión (por la

transferencia de una cartera de créditos)-. B) Los referidos acuerdos no se encuentran debidamente registrados por la entidad quebrada, ni tampoco en los libros de la accionada. C) La sociedad accionada -también en liquidación- no se encuentra inscrita en la Inspección General de Justicia para ejercer actos de comercio en nuestro país, y tampoco lleva registros contables en el territorio, sino que ellos se encontraban en un depósito en Uruguay. Tampoco ejercía actividad comercial en Bahamas (país de origen), sino que sólo actuaba a través de sus subsidiarias en diferentes países (Argentina, Chile, España, etc.). D) La demandada contaba con sólo cinco empleados, todos directores, dos de los cuales eran funcionarios de la sociedad controlante del grupo económico. La representación de todas las sociedades del grupo era desarrollada ambiguamente por las mismas personas. E) Por último, se advierte la participación activa que tuvo la accionada en la creación de un fideicomiso sobre los bienes del banco fallido, en donde negoció la disponibilidad de los activos y pasivos de aquél en forma discrecional, como si fueran propios. En suma, teniendo en cuenta la totalidad de los antecedentes, se consideran cumplidos los presupuestos exigidos por la ley concursal para extender la quiebra a la accionada.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.522 Art.161

DATOS DEL FALLO

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL (Monti - Garibotto.)

Banco Medefin UNB SA c/ Socimer International Bank Limited y otros s/ ordinario. s/ quiebra

SENTENCIA, 62820/08 del 30 DE JUNIO DE 2011

Nro.Fallo: 11130404

6 | Competencia

Identificación SAIJ : N0007531

SUMARIO

COMPETENCIA: DETERMINACION-COMPETENCIA ORDINARIA-COMPETENCIA POR LA MATERIA-COMPETENCIA COMERCIAL-DAÑOS Y PERJUICIOS-RENDICION DE CUENTAS-LUCRO CESANTE-DAÑO MORAL-COMPETENCIA FEDERAL: IMPROCEDENCIA-BANCO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES-FIDEICOMISO-EMPRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES-PRIVATIZACIONES-PROPIEDAD PARTICIPADA

Resulta competente la justicia comercial para entender en una causa en la que los accionantes -ex-empleados de ENTel, privatizada en el marco del acuerdo general de transferencia del 29.12.92-, demandan al Banco Ciudad de Bs. As., en su carácter de fideicomisario o fiduciario del programa de propiedad participada de Telecom Argentina Stet France Telecom SA, por rendición de cuentas, cobro de pesos, lucro cesante y daño moral. Ello, pues el reclamo se centra en actos regidos por el derecho privado de naturaleza comercial, ya que se objeta la labor del banco accionado en la órbita de desempeño como entidad financiera, y en su carácter de depositario y fiduciario de las acciones de una empresa transferida, por lo que no se advierte que la situación amerite la intervención del fuero federal -como en el caso lo propuso el juez a quo-, de naturaleza restrictiva y de excepción, máxime en el territorio de la Capital Federal, donde no existe diferenciación entre órganos judiciales ordinarios y federales, por cuanto unos y otros tienen carácter nacional (conf. C.S.J.N.; "Cascales, Amilcar c/ Bco. de la Ciudad de Bs. As. s/ Repetición", 01.10.92).

DATOS DEL FALLO

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL Sala B (BUTTY - DIAZ CORDERO)

QUINTANA, ELIDA c/ BANCO DE LA CIUDAD DE BS. AS. s/ SUMARIO.

SENTENCIA del 4 DE JUNIO DE 1997

Nro.Fallo: 97130530

Identificación SAIJ : N0010321

SUMARIO

COMPETENCIA-COMPETENCIA EN RAZON DE LA MATERIA-COMPETENCIA COMERCIAL-CONTRATO DE FIDEICOMISO-COMPRVENTA DE ACCIONES

Del dictamen fiscal 91474:

Resulta competente el fuero comercial para entender en una causa

en la que se persigue que se condene a una entidad bancaria, al cumplimiento de una obligación que asumió en virtud del carácter de fiduciario atribuido en un contrato de fideicomiso en garantía. Ello pues, la mentada cuestión esta referida a un contrato de fideicomiso en garantía de un contrato de compraventa de paquetes accionarios de control de sociedades anónimas, que el pretensor dice haber celebrado con la defendida. En tal sentido cabe precisar, que el desplazamiento de los asuntos referidos en la Ley 25587 art. 6 al fuero federal, responde a una situación excepcional y, por ende, de interpretación restrictiva, vinculada a la aplicación de la legislación de emergencia económica instituida por la Ley 25561, por lo que no puede ser extendida a otras situaciones jurídicas como la antes descripta. A más, el fuero federal es de excepción, de competencia restrictiva y no resulta inexcusable, tanto más cuando se trata del ámbito de la Capital Federal, en la que los jueces federales y los nacionales revisten el mismo carácter federal y tienen el mismo origen constitucional.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: LEY 25.561, LEY 25587 Art.6

DATOS DEL FALLO

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala A (VIALE - MIGUEZ.)
NEW SAN SA c/ BNP PARIBAS SUC. BS. AS. s/ ORDINARIO
SENTENCIA del 15 DE NOVIEMBRE DE 2002
Nro.Fallo: 02130652

Identificación SAIJ : N0010784

SUMARIO

COMPETENCIA-TRIBUNALES ARBITRALES-PAGO POR CONSIGNACION-CONTRATO DE FIDEICOMISO

Del dictamen fiscal 90401:

Es competente el Tribunal Arbitral de la Bolsa de Comercio para entender en la demanda de pago por consignación, interpuesta en los términos del CCIV: art.757-1, contra cierto fondo solidario, con base en un contrato de fideicomiso, conforme a lo allí pactado y admitido por las partes; pues siendo la jurisdicción arbitral de excepción, las cláusulas que someten los conflictos a ella deben interpretarse en forma restrictiva, toda vez que implican una renuncia a la jurisdicción judicial; sin que obste a ello, la comparecencia del accionado a la audiencia a la que fue citado a comparecer conforme lo normado por el Decreto 91/98, que reglamenta la Ley 24573, cuyo artículo 1 instituye la mediación

obligatoria como trámite previo a la iniciación de todo juicio, ya que ésta no configura una instancia judicial, por lo que mal pudo en ella oponer la excepción de incompetencia, de manera que tal comparecencia, no puede entenderse como un consentimiento de la vía judicial para dirimir el conflicto, ni la tácita renuncia a la jurisdicción arbitral, máxime considerando que la declinación de un derecho es de aplicación restrictiva (CIV .art. 814).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 340 Art.757, Ley 340 Art.814, Ley 24.573 Art.1, DECRETO NACIONAL 91/1998

DATOS DEL FALLO

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL Sala C (DI TELLA - CAVIGLIONE FRAGA - MONTI.)
ATUEL FIDEICOMISOS SA c/ FONDO SOLIDARIO PARA EMPLEADOS ASOCIACION CIVIL S/ s/ SUMARIO. (LL 24.12.02, Fº 104.947).
SENTENCIA del 16 DE AGOSTO DE 2002
Nro.Fallo: 02131115

Identificación SAJJ : Z0008510

SUMARIO

REFINANCIACION HIPOTECARIA-FIDEICOMISO-LEGISLACION-COMPETENCIA FEDERAL
Lo referente a política bancaria, dación de bonos estatales a cambio de la garantía hipotecaria, modificación del régimen de la moneda y demás circunstancias atinentes a los principios del fideicomiso, se relaciona estrechamente con la materia federal, y por lo tanto resulta ajena al tratamiento y análisis de la justicia ordinaria.
Que ello así, la ley de Creación del Sistema de Refinanciación Hipotecaria modificada por la Ley 25.908, promueve el sistema creando en su Art.12 el Fideicomiso para la refinanciación y designando al Banco de la Nación Argentina, como fiduciario.
Establece también todo un procedimiento a aplicar, trasluciendo a través de toda la estructuración, neta esencia federal en la materia que lo regula.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: LEY 25.908

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA , SANTIAGO DEL ESTERO, SANTIAGO DEL ESTERO (JUAREZ CAROL- SUAREZ- LLUGDAR Opinión personal: Llugdar: Z7033/ Z8514/ Z8515)
LOMBARDI HECTOR VICENTE Y OTRA c/ BANCO HIPOTECARIO S.A s/ ACCION DE AMAPRO - APELACION
SENTENCIA, 21764 del 5 DE DICIEMBRE DE 2005
Nro.Fallo: 05220067

Identificación SAIJ : E0015455

SUMARIO

PROCEDIMIENTO LABORAL-BANCO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES-FIDEICOMISO-EXCEPCIONES PREVIAS-COMPETENCIA MATERIAL-JUSTICIA LABORAL

Aun cuando el Fideicomiso de Recuperación Crediticia ley 12.726 ha sido creado a fin de cobrar los créditos del Banco de la Provincia de Buenos Aires, dicha circunstancia no significa que se trate de un ente público local. La demandante presenta una personalidad jurídica diferenciada y la alegación de la vigencia del Derecho del Trabajo Privado genera la aptitud de la Justicia Laboral en los términos del art. 20 de la ley 18.345. (En el caso, el fideicomiso referido inicia demanda persiguiendo la restitución de dinero y daños y perjuicios contra quien fuera dependiente suyo. En primera instancia se declara la incompetencia de la Justicia Nacional del Trabajo para conocer en la acción de reintegro de sumas que habría percibido indebidamente el dependiente en el marco de un vínculo regido por la L.C.T.).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 12.726, Ley 18.345 - TEXTO ORDENADO POR DECRETO 106/98 Art.20

DATOS DEL FALLO

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL Sala 07 (Rodriguez Brunengo. Ferreiros.)

Fideicomiso de Recuperación Crediticia ley 12726 c/ AlzamendiMiguel Ignacio s/ daños y perjuicios.

SENTENCIA, 29386 del 27 DE MARZO DE 2008

Nro.Fallo: 08040115

Identificación SAIJ : C0409033

SUMARIO

CUESTIONES DE COMPETENCIA-FUERO CIVIL-EMBARGO PREVENTIVO-FIDEICOMISO

Es competente la Justicia Civil y no la Comercial para entender en el pedido de embargo preventivo solicitado por el beneficiario de un fideicomiso, como medida previa al pedido de remoción judicial del fiduciario -con el fin de administrar los bienes fideicomitados para cumplir con la construcción del emprendimiento inmobiliario para el cual se constituyó, porque es irrelevante el carácter societario del fiduciario, en tanto la naturaleza intrínseca de la relación es sustancialmente civil. (Sumario Nº20628 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil).

DATOS DEL FALLO

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala DE SUPERINTENDENCIA (RAMOS FEIJOO, CORTELEZZI, BARBIERI.)
FAINSTEIN, Abel Mario c/ FIDEICOMISO CHACRAS s/ MEDIDASPRECAUTORIAS s/ COMPETENCIA.
SENTENCIA del 24 DE FEBRERO DE 2011
Nro.Fallo: 11020039

7 | Casos concretos

Identificación SAIJ : A0075700

TEMA

FIDEICOMISO FINANCIERO-FALTA DE LEGITIMACION-SENTENCIA ARBITRARIA-
REESTRUCTURACION DE ENTIDADES FINANCIERAS-PERMUTA

Es arbitraria la sentencia que, al hacer lugar a la defensa de falta de legitimación activa, rechazó la demanda promovida por el fiduciario de un fideicomiso celebrado en el marco del proceso de restructuración en los términos del art. 35 bis de la ley 21.526 de Entidades Financieras si lo hizo sobre la base de consideraciones dogmáticas, desvinculadas de las concretas circunstancias del caso en tanto la inoponibilidad con relación a terceros del instrumento privado que documentó la permuta, como la alegada falta de acreditación de la notificación al deudor cedido, resultan insuficientes para resolver dicha falta de legitimación y la inoponibilidad de la personalidad jurídica con sustento en que las personas que suscribieron la citada permuta eran el presidente y vicepresidente de ambas sociedades sería hábil, eventualmente, para imputar los actos abusivos o fraudulentos a quienes los hayan cometido utilizando a la sociedad como pantalla (art. 54 de la ley 19.550) pero no permite concluir la falta de legitimidad del actor, que había asumido la posición contractual con las funciones que surgen del fideicomiso y de las resoluciones del Banco Central como organismo de control. -Del dictamen de la Procuración General al que la Corte remite-.

REFERENCIAS

*Referencias Normativas: Ley 21.526 Art.35 Bis , Ley 19.550 - TEXTO
ORDENADO POR DECRETO 841/84 Art.54*

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL
FEDERAL

(Highton, Maqueda, Toledo, Cabanilas)

Banco Comafi S.A. c/ Agromalen S.A. y otros s/ nulidad de cláusulas contractuales

SENTENCIA del 27 DE AGOSTO DE 2013

Nro.Fallo: 13000130

Identificación SAIJ : C0040076

SUMARIO

FIDEICOMISO-EFECTOS DEL CONTRATO

Aunque el fiduciante ocupe el lugar de beneficiario, resulta tercero respecto del contrato y sólo tiene un derecho personal a los frutos de los bienes fideicomitidos (Ley 24.441, art. 15) sin que pueda entenderse que se constituye en propietario del

porcentual que se adjudicó como beneficiario del contrato ni que tenga un derecho en expectativa al mismo.-

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.441 Art.15

DATOS DEL FALLO

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala L (SALA L)

ORCOYEN, Javier y otros c/ FORLANO, Carlos s/ MEDIDAS PRECAUTORIAS

INTERLOCUTORIO del 19 DE FEBRERO DE 1997

Nro.Fallo: 97020367

Identificación SAIJ : C0007354

SUMARIO

NULIDAD DEL ACTO JURIDICO-FALTA DE DISCERNIMIENTO-FIDEICOMISO

Si en el acto de constitución de fideicomiso realizado por la causante se incluyen legados a dos empleados domésticos fallecidos con anterioridad y a una prima hermana de la causante, cuyo deceso databa de diez años, ensayándose como defensa que ésta inmediatamente advirtió el error en que habían incurrido los abogados extranjeros que redactaron el acto y el mismo día suscribió su rectificación, ante la falta de toda prueba sobre la realidad de la mentada rectificación, deja en pie la insólita designación como legatarias de personas muy cercanas a la causante, ya fallecidas, una de ellas prima hermana desaparecida desde hacía una década. Se patentiza así una evidente falta de discernimiento al otorgar ese acto, pues del mismo brota la privación al menos circunstancial de ese requisito esencial del acto voluntario, que conduce a la declaración de su nulidad (artículos 474, 897, 900, 921, 1045 del Código Civil).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 340 Art.474, Ley 340 Art.897, Ley 340 Art.900, Ley 340 Art.921, Ley 340 Art.1045

DATOS DEL FALLO

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala C (Cifuentes Alterini Durañona y Vedia)

Kavanagh de Carabelli, Angela y otro c/ Kavanagh, Corina s/ Sucesión y otros - nulidad de acto jurídico

SENTENCIA del 15 DE AGOSTO DE 1991

Nro.Fallo: 91020400

Identificación SAIJ : Q0016877

SUMARIO

CONTRATO DE FIDEICOMISO:CARACTER

El fideicomiso es consensual porque queda perfeccionado con el acuerdo de voluntades, que conferirá acción para la entrega de la cosa.

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA , RAWSON, CHUBUT

(Daniel Luis Caneo Fernando Royer José Luis Pasutti)

I.B. N.V. (Sucursal Argentina) y Otros c/ Provincia del Chubut s/ Demanda Contencioso Administrativa

SENTENCIA, 06-C-05D del 22 DE DICIEMBRE DE 2005

Nro.Fallo: 05150077

Identificación SAIJ : Q0016878

SUMARIO

CONTRATO DE FIDEICOMISO:CARACTER

Que un sector de la doctrina enmarca al fideicomiso dentro de los contratos reales, confundiendo la naturaleza del contrato con los elementos que lo componen.

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA , RAWSON, CHUBUT

(Daniel Luis Caneo Fernando Royer José Luis Pasutti)

I.B. N.V. (Sucursal Argentina) y Otros c/ Provincia del Chubut s/ Demanda Contencioso Administrativa

SENTENCIA, 06-C-05D del 22 DE DICIEMBRE DE 2005

Nro.Fallo: 05150077

Identificación SAIJ : K0004421

SUMARIO

PRESTAMO BANCARIO-CESION DE CREDITOS:NATURALEZA JURIDICA-FIDEICOMISO

La cesión de créditos en garantía del pago de un préstamo bancario recibido por el cedente y la afectación de dichos créditos a una prenda comercial, son un negocio fiduciario que difiere de la transferencia de créditos prevista por el art. 1444 del Código Civil, ya que el fiduciante sólo concede al fiduciario, mediante una suerte de mandato, la facultad de cobrar el crédito contra un tercero, y, pagado el préstamo, el fiduciario debe devolver el crédito cuya titularidad no adquirió.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 340 Art.1444

DATOS DEL FALLO

CAMARA NAC. APELAC. EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL , CAPITAL FEDERAL,
CAPITAL FEDERAL

Sala 01 (MARI ARRIAGA GRECCO ESTEVEZ)

EMPRESA CONSTRUCTORA CARLOS B. PEUSER S.R.L. Y OTRA c/ DIRECCION NAC. VIALIDAD s/
REAJUSTE

SENTENCIA del 20 DE DICIEMBRE DE 1990

Nro.Fallo: 90100196

Identificación SAIJ : Z0008654

SUMARIO

FIDEICOMISO:NATURALEZA JURIDICA

El fideicomiso es un contrato de naturaleza consensual puesto que queda concluído para producir sus efectos propios desde que las partes hubiesen expresado en forma recíproca su consentimiento.-

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA , SANTIAGO DEL ESTERO, SANTIAGO DEL ESTERO
(LLUGDAR-JUAREZ CAROL-SUAREZ)

MAUD ELIAS s/ CONCURSO PREVENTIVO-INCIDENTE DE REVISION DEL BANCO HIPOTECARIO S.A. -
CASACION.-

SENTENCIA, 22074 del 17 DE NOVIEMBRE DE 2005

Nro.Fallo: 05220038

Identificación SAIJ : Z0008650

SUMARIO

CONTRATO DE FIDEICOMISO:NATURALEZA JURIDICA;CARACTER

La conformación de un patrimonio de afectación es un efecto del contrato de fideicomiso, pero no le otorga caracter de derecho real o de garantía real ya que se trata de un doble juego: el fiduciante se obliga a entregar la propiedad, el derecho real de dominio a favor del fiduciario. No se origina en un contrato real, de aquellos que se perfeccionan con la entrega de la cosa, sino en un contrato consensual, perfecto, con el sólo o mero consentimiento de las partes: fiduciante -fiduciario.-

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA , SANTIAGO DEL ESTERO, SANTIAGO DEL ESTERO
(LLUGDAR-JUAREZ CAROL-SUAREZ)

MAUD ELIAS s/ CONCURSO PREVENTIVO-INCIDENTE DE REVISION DEL BANCO HIPOTECARIO S.A. -
CASACION.-

SENTENCIA, 22074 del 17 DE NOVIEMBRE DE 2005

Nro.Fallo: 05220038

Identificación SAIJ : Z0008665

SUMARIO

FIDEICOMISO-FIDUCIARIO-BENEFICIARIO-BIENES FIDEICOMITIDOS

Es imposible concebir que el fiduciario no sea al menos, en alguna medida el beneficiario del fideicomiso, ya que todos los contratos de este tipo establecen que este último podrá cobrarse los gastos incurridos en el cumplimiento del fideicomiso y las comisiones pactadas por el desempeño de sus funciones sobre los bienes fideicomitidos.-

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA , SANTIAGO DEL ESTERO, SANTIAGO DEL ESTERO
(LLUGDAR-JUAREZ CAROL-SUAREZ)

MAUD ELIAS s/ CONCURSO PREVENTIVO-INCIDENTE DE REVISION DEL BANCO HIPOTECARIO S.A. - CASACION.-

SENTENCIA, 22074 del 17 DE NOVIEMBRE DE 2005

Nro.Fallo: 05220038

Identificación SAIJ : Z0008666

SUMARIO

FIDEICOMISO-FIDUCIANTE-FIDUCIARIO-CONFUSION-LEGISLACION

En cuanto a las posiciones de fiduciante y fiduciario la ley indica expresamente que el primero es persona distinta del segundo, vedando la posibilidad de que una persona se constituya en fiduciario de sus propios bienes; prescripción que en cambio no existe en el texto legal en el caso de fiduciario y beneficiario, por lo que puede concluirse que la confusión entre estas personas no está vedada.-

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA , SANTIAGO DEL ESTERO, SANTIAGO DEL ESTERO
(LLUGDAR-JUAREZ CAROL-SUAREZ)

MAUD ELIAS s/ CONCURSO PREVENTIVO-INCIDENTE DE REVISION DEL BANCO HIPOTECARIO S.A. - CASACION.-

SENTENCIA, 22074 del 17 DE NOVIEMBRE DE 2005

Nro.Fallo: 05220038

Identificación SAIJ : Q0019076

SUMARIO

CONTRATOS CIVILES-FIDEICOMISO

En lo relativo al origen contractual del fideicomiso, el acuerdo de voluntades puede partir

de una negociación que derive en un consentimiento causado de las partes interesadas o en los denominados contratos de adhesión.

DATOS DEL FALLO

CAMARA CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y MINERIA , COMODORO RIVADAVIA, CHUBUT
Sala A (Fernando Nahuelanca Julio Antonio Alexandre Graciela Mercedes García Blanco)
I.P. y C. SA s/ Concurso Preventivo
INTERLOCUTORIO, 49-C-07 del 18 DE ABRIL DE 2007
Nro.Fallo: 07150140

Identificación SAJ : 33012866

SUMARIO

LEY PENAL TRIBUTARIA-NON BIS IN IDEM-FIDEICOMISO

Si en una causa anterior por sentencia firme, con autoridad de cosa juzgada, se estableció que la maniobra supuestamente fraudulenta por la que se habían constituido los fideicomisos era lícita, un nuevo pronunciamiento sobre la legalidad de liquidar el impuesto, por períodos posteriores al comprendido en el otro proceso, amerita la posibilidad de escándalo jurisdiccional.

El voto concurrente agregó que con la sanción de la ley 24.769

-y su precedente la 23.771- lo que se pena en el caso de la evasión tributaria es la conducta de evadir el pago de los tributos mediante conductas fraudulentas u omisivas, por lo cual, para ser punible esta figura, debe estar acompañada de fraude.

En el caso las sucesivas declaraciones fueron ineficaces para inducir a error al órgano recaudador que conocía puntualmente de los fideicomisos y litigaba en sede administrativa los alcances de la imposición tributaria. (Dres. Rodríguez Basavilbaso, Catucci y Madueño).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.769

DATOS DEL FALLO

CAMARA NACIONAL DE CASACION PENAL , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala PENAL (Magistrados : Rodríguez Basavilbaso, Catucci, Madueño.)
Eurnekian, Eduardo s/ recuerdo de casación.
SENTENCIA, 9127 del 21 DE AGOSTO DE 2008
Nro.Fallo: 08261158

Identificación SAJ : G0032204

SUMARIO

ESTAFA-FIDEICOMISO-INSCRIPCION REGISTRAL-REVOCACION DEL SOBRESEIMIENTO

El fallo de la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, en autos "G. R., J. C. y otros s/estafa" (causa 1353/11) rta. 23/9/2011,

donde la Sala revoca el sobreseimiento dictado respecto de los imputados de una maniobra de fideicomiso, ordenando la profundización de la pesquisa. Sostuvieron los camaristas que si bien la defensa intentó sostener la atipicidad de la conducta, alegando que mas allá de que el fideicomiso no fue inscripto, el dinero dispensado a la parte igualmente fue utilizado para la finalización de la obra. Empero, entiende la Sala que teniendo en consideración que la formalización de un contrato de ese tipo, es lo que en definitiva permite la transmisión de la propiedad fiduciaria y en consecuencia el cumplimiento de su objeto, el argumento de la defensa no puede ser atendido. Agregan que inclusive la propiedad fue gravada en dos oportunidades mediante una hipoteca, lo cual de igual modo tornaría al menos litigioso el derecho de las partes sobre el inmueble. En relación a la presunta falta de diligencia en que habrían incurrido los querellantes al adherir al contrato de fideicomiso y realizar los pagos correspondientes, la Sala destaca que existen ciertas pautas de las constancias aportadas por la querella que impiden tomar este argumento como válido, y en tal sentido, la circunstancia de que la documentación haya sido íntegramente rubricada en su oportunidad, permitía darle ciertos visos de formalidad, así como también el hecho de que los querellantes fueran recibidos para acordar los términos de la operación en las instalaciones de la empresa que, según les fue informado en aquella ocasión, era el negocio familiar y se encontraba en actividad desde el año 1959, e inclusive en dicha ocasión también se les presentó a diversos profesionales que formaban parte del emprendimiento, todo lo cual, impide, de momento, que el eventual ardid presuntamente desplegado por los imputados, pueda ser descartado con la certeza necesaria para desvincularlos, pudiendo encuadrar la maniobra denunciada en alguna de las figuras del Capítulo IV, Título VI, del Código Penal, debiendo a todo evento profundizarse la investigación.-

DATOS DEL FALLO

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL , CAPITAL FEDERAL,
CAPITAL FEDERAL

Sala 04 (Alberto Seijas-Carlos Alberto González-Julio Marcelo Lucini)

G. R., J. C. s/ Estafa

SENTENCIA, 1353 del 23 DE SETIEMBRE DE 2011

Nro.Fallo: 11060024

Identificación SAJJ : S0003132

SUMARIO

FIDEICOMISO FINANCIERO-HIPOTECA

El bien fideicomiso; el crédito; es el que se conforma como un patrimonio separado de los patrimonios del fiduciante y del fiduciario y queda exento de la agresión singular o colectiva de los acreedores de ambos. En esto nada tiene que ver el inmueble de la ejecutada que es sólo el asiento de la garantía hipotecaria del crédito fideicomitado.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 340 Art.2312, Ley 340 Art.2612, Ley 24.441 Art.1, Ley 24.441

Art.11 al 15, Ley 24.441 Art.19

DATOS DEL FALLO

CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL, SALTA, SALTA
Sala 04 (Ruiz-Carlsen)
Finanfácil S.A. c/ Navarro, Ilda Alicia; Acuña, Jorge Luis s/ Ejecutivo
INTERLOCUTORIO, 9683055 del 30 DE ABRIL DE 1998
Nro.Fallo: 98170038

Identificación SAIJ : N0008401

SUMARIO

CONTRATO DE FIDEICOMISO-CONDICION SUSPENSIVA:PROCEDENCIA-CONDICION
RESOLUTORIA:PROCEDENCIA

Tanto la constitución como la extinción de un contrato de
fideicomiso pueden quedar sujetas a condiciones suspensivas o
resolutorias.

DATOS DEL FALLO

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL, CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala C (DI TELLA - CAVIGLIONE FRAGA)
FERNANDEZ, JORGE c/ CIA. FINANCIERA UNIVERSAL SA s/ ORD.
SENTENCIA del 26 DE MARZO DE 1999
Nro.Fallo: 99130095

Identificación SAIJ : N0008402

SUMARIO

CONTRATO DE FIDEICOMISO-EXTINCION DEL CONTRATO-VENCIMIENTO DEL PLAZO-MORA
AUTOMATICA:EFECTOS-INTERPELACION:IMPROCEDENCIA

Si en un contrato de fideicomiso se especifica que el mismo tendrá una duración
determinada, se extingue por cumplimiento de ese termino (art. 25 de la Ley 24441),
produciéndose la mora automática, puesto que existe un plazo cierto que torna operante
lo dispuesto por el art. 509 del C. Civil, siendo ello así, toda vez que el fideicomiso no se
encuentra reglado legalmente por normas que preceptúen sobre el cumplimiento de las
obligaciones en general y que, por lo tanto, debe recurrirse a la aplicación de la normativa
general que a su respecto establece la legislación de fondo, no pareciendo como requisito
previo, la obligación de interpelar por parte del fideicomisario, pues incluso el art. 26 de la
Ley 24441, establece que "producida la extinción del fideicomiso, el fiduciario estará
obligado a entregar los bienes fideicomitados al fideicomisario o a sus sucesores,
otorgando los instrumentos y contribuyendo a las inscripciones registrales que
correspondan".

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 340 Art.509, Ley 24.441 Art.25 al 26

DATOS DEL FALLO

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL, CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala C (DI TELLA - CAVIGLIONE FRAGA)
FERNANDEZ, JORGE c/ CIA. FINANCIERA UNIVERSAL SA s/ ORD.
SENTENCIA del 26 DE MARZO DE 1999
Nro.Fallo: 99130095

Identificación SAJJ : N0017392

SUMARIO

DERECHO PROCESAL-PROCESOS DE EJECUCION-EXCEPCION DE INHABILIDAD DE
TITULO:IMPROCEDENCIA-CONTRATO DE FIDEICOMISO

Es improcedente la excepción de inhabilidad de título opuesta, en tanto el Contrato de Fideicomiso de Inversión acompañado por la accionada y agregado surge que: 1) el mismo venció en el año 2009; 2) que fue garantizado con la suscripción de un pagaré; 3) que como consecuencia de la duplicación en la instrumentación, al extenderse el "contrato de fideicomiso" y el "pagaré", sólo este último sería el título ejecutivo restándole al certificado habilidad como tal a menos que se agregare también el cartular. (En el caso, la demandada no desconoció la suscripción del título que se ejecuta ni argumentó que la obligación emergente del mismo se encuentre cancelada).

DATOS DEL FALLO

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
(Barreiro - Ojea Quintana - Tevez.)
ORSI, DOMINGO ANGEL c/ BALZAROTTI, NORA s/ EJECUTIVO.
SENTENCIA, 66097/09 del 15 DE MARZO DE 2011
Nro.Fallo: 11130186

Identificación SAJJ : Z0109593

SUMARIO

FIDEICOMISO-TRANSFERENCIA DEL DOMINIO-POSESION

La cuestión referida a la transferencia de la propiedad y toma de posesión de los bienes fideicomitidos (en los términos y con el alcance del art.577 del Código Civil) carece de trascendencia, en tanto y en cuanto todos los actos realizados por el fiduciario lo son en ejercicio o en el marco de las facultades estipuladas en el contrato de fideicomiso.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 340 Art.577

DATOS DEL FALLO

CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL , SANTIAGO DEL ESTERO, SANTIAGO DEL ESTERO

Cámara 02 (CONTATO-BRUCHMAN DE BELTRAN-NUÑEZ En minoría: NUNEZ Z109539 al Z109542/ Z109595 En mayoría: CONTATO Z109590 al Z109594)

MAUD, ELIAS s/ CONCURSO PREVENTIVO-INCIDENTE DE REVISION DEL BANCO HIPOTECARIO S.A. SENTENCIA, 11662 del 20 DE AGOSTO DE 2003

Nro.Fallo: 03220227

Identificación SAIJ : Z0109513

SUMARIO

FIDEICOMISO:CARACTERISTICAS

La característica esencial del fideicomiso de la Ley 24.441 es la de tratarse de un patrimonio de afectación a un fin, que se distingue ontológicamente de la noción tradicional del derecho real de dominio. Los bienes transmitidos en fiducia constituyen un patrimonio de afectación autónomo, distinto del patrimonio del constituyente, del patrimonio del fiduciario y del patrimonio del beneficiario, sobre el cual ninguno de ellos tiene un derecho real de dominio. Integran un patrimonio diferente, que no puede ser afectado por las vicisitudes que corran los patrimonios de quien dio en fiducia, ni de quien los recibió para administrar, ni del destinatario final. El fideicomiso de raíz romana al que hace referencia el Código Civil se diferencia sustancialmente de la figura incorporada por la Ley Nro. 24.441. En efecto, el fideicomiso previsto en el artículo 2.662 del Código Civil, como una de las formas de dominio imperfecto, es una figura en la cual el titular -fiduciario- es un verdadero propietario. En otras palabras el fideicomiso del art. 2.662 concede una titularidad de derecho real fiduciario. Lo fideicomitido entra en el patrimonio general del fiduciario integrando parte del mismo. En tanto el fideicomiso incorporado a nuestro ordenamiento por la Ley de Financiamiento para la Vivienda y Construcción Nro. 24.441, es una normativa inspirada en el trust anglosajón, donde el fiduciario no es un verdadero propietario aunque tenga la titularidad y operatividad de los bienes.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 340 Art.2662, Ley 24.441

DATOS DEL FALLO

CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL , SANTIAGO DEL ESTERO, SANTIAGO DEL ESTERO

Cámara 02 (CONTATO-BRUCHMAN DE BELTRAN-NUÑEZ En minoría: NUNEZ Z109539 al Z109542/ Z109595 En mayoría: CONTATO Z109590 al Z109594)

MAUD, ELIAS s/ CONCURSO PREVENTIVO-INCIDENTE DE REVISION DEL BANCO HIPOTECARIO S.A. SENTENCIA, 11662 del 20 DE AGOSTO DE 2003

Nro.Fallo: 03220227

Identificación SAIJ : Z0109591

SUMARIO

FIDEICOMISO:NATURALEZA JURIDICA

Por la naturaleza jurídica del fideicomiso (la de ser un patrimonio de afectación), el titular fiduciario no es propietario aunque en los hechos se comporte como tal, a fin de cumplir con el fin del patrimonio afectado y, habiendo optado por la posición afirmativa en lo que respecta a la posibilidad de la coincidencia en la figura del fiduciario y beneficiario; corresponde expedirnos en sentido contrario a la aplicación de la doctrina del art.577 del Código Civil, el cual prevé que antes de la tradición de la cosa no se adquiere ningún derecho real. Ello porque el fideicomiso en garantía difiere del dominio imperfecto regulado por el Código Civil en el art. 2.662; atento a lo cual no puede aplicarse una construcción ajena al instituto que nos ocupa.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 340 Art.577, Ley 340 Art.2662

DATOS DEL FALLO

CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL , SANTIAGO DEL ESTERO, SANTIAGO DEL ESTERO

Cámara 02 (CONTATO-BRUCHMAN DE BELTRAN-NUÑEZ En minoría: NUNEZ Z109539 al Z109542/ Z109595 En mayoría: CONTATO Z109590 al Z109594)

MAUD, ELIAS s/ CONCURSO PREVENTIVO-INCIDENTE DE REVISION DEL BANCO HIPOTECARIO S.A. SENTENCIA, 11662 del 20 DE AGOSTO DE 2003

Nro.Fallo: 03220227

Identificación SAIJ : A0061887

SUMARIO

PROPIEDAD PARTICIPADA-FIDEICOMISO-ESTADO NACIONAL-ACREEDOR

Si bien, con arreglo a la normativa del art. 23 del decreto 584/93, el banco fideicomisario actuará como custodia en interés del Estado acreedor, en el caso del fideicomiso de garantía constituido por el depósito de las acciones dadas en prenda a favor del Estado vendedor (arts. 34, 35 y 36 de la ley 23.696), a quien atañe, en estricto, su designación (art. 22, dec. 584/93), ello no importa que la entidad financiera se encuentre totalmente desobligada respecto de los adquirentes de las acciones clase C o sea una mera mandataria del Estado, en el marco de un negocio jurídico complejo.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 23.696 Art.34 al 36, Decreto Nacional 584/93 Art.22, Decreto Nacional 584/93 Art.23

DATOS DEL FALLO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

(Voto: Mayoría: Moliné O'Connor, Belluscio, Boggiano, López, Vázquez. Abstención: Nazareno,

Fayt, Petracchi.)
Cutri, Eliseo y otros c/ Banco de la Ciudad de Buenos Aires. s/ fideicomiso
SENTENCIA del 12 DE DICIEMBRE DE 2002
Nro.Fallo: 02000732

Identificación SAJJ : A0061888

SUMARIO

PROPIEDAD PARTICIPADA-FIDEICOMISO

El fideicomiso suscripto en el marco del programa de propiedad participada es de "garantía y administración", e incluye no sólo obligaciones del banco fideicomisario a favor del Estado sino, también, otras en beneficio de los accionistas clase C, según la previsión del art. 24 del decreto 584/93 que establece que el contrato deberá contemplar el modo en que se implementarán los mecanismos de cobro, pago, liberación de acciones y distribución de ellas, establecidos en la ley 23.696 y toda otra cláusula destinada a la instrumentación del programa.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 23.696, Decreto Nacional 584/93 Art.24

DATOS DEL FALLO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
(Voto: Mayoría: Moliné O'Connor, Belluscio, Boggiano, López, Vázquez. Abstención: Nazareno, Fayt, Petracchi.)
Cutri, Eliseo y otros c/ Banco de la Ciudad de Buenos Aires. s/ fideicomiso
SENTENCIA del 12 DE DICIEMBRE DE 2002
Nro.Fallo: 02000732

Identificación SAJJ : A0061889

SUMARIO

PROPIEDAD PARTICIPADA-FIDEICOMISO-ACCIONISTAS

Corresponde confirmar la sentencia que -fundada en que el banco no había agotado los medios para obtener la provisión oportuna de los listados respectivos y que obraban en su poder los fondos depositados por las licenciatarias- mandó pagar los dividendos correspondientes a los años 1993/1994, con intereses, pues -sin perjuicio de la obligación primaria que puede corresponder al Estado- la obtención del padrón de accionistas clase C, no constituye un dato menor de la tarea de la entidad fideicomisaria, sino que condiciona gravemente su actuación en la fiducia, y su obtención es esencial al negocio.

DATOS DEL FALLO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
(Voto: Mayoría: Moliné O'Connor, Belluscio, Boggiano, López, Vázquez. Abstención: Nazareno, Fayt, Petracchi.)

Cutri, Eliseo y otros c/ Banco de la Ciudad de Buenos Aires. s/ fideicomiso
SENTENCIA del 12 DE DICIEMBRE DE 2002
Nro.Fallo: 02000732

Identificación SAIJ : Z0008653

SUMARIO

CONTRATO DE FIDEICOMISO-PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO-VALIDEZ
CONTRACTUAL

La tradición de la cosa no hace a la validez del contrato de fideicomiso, el mismo se perfecciona con el solo consentimiento de las partes, sino a sus efectos.-

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA , SANTIAGO DEL ESTERO, SANTIAGO DEL ESTERO
(LLUGDAR-JUAREZ CAROL-SUAREZ)
MAUD ELIAS s/ CONCURSO PREVENTIVO-INCIDENTE DE REVISION DEL BANCO HIPOTECARIO S.A. -
CASACION.-
SENTENCIA, 22074 del 17 DE NOVIEMBRE DE 2005
Nro.Fallo: 05220038

Identificación SAIJ : Z0008674

SUMARIO

FIDEICOMISO-BIENES FIDEICOMITIDOS-VENTA-GARANTIA

Si bien el art. 7 de la ley 24.441 prohíbe al fiduciario adquirir para sí los bienes fideicomitidos, el art. 17 lo faculta expresamente a disponer de los mismos cuando lo requieran los fines del fideicomiso, por lo que el ingreso de los bienes al patrimonio del acreedor del producido de su venta, no puede considerarse violatorio de norma alguna.

En el caso del fideicomiso en garantía se trata de una facultad que hace a su esencia y que resulta ventajosa frente a otras formas de garantía, como la hipoteca o la prenda en las que la venta del bien objeto de las mismas debe requerirse judicialmente.-

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.441 Art.7, Ley 24.441 Art.17

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA , SANTIAGO DEL ESTERO, SANTIAGO DEL ESTERO
(LLUGDAR-JUAREZ CAROL-SUAREZ)
MAUD ELIAS s/ CONCURSO PREVENTIVO-INCIDENTE DE REVISION DEL BANCO HIPOTECARIO S.A. -
CASACION.-
SENTENCIA, 22074 del 17 DE NOVIEMBRE DE 2005
Nro.Fallo: 05220038

Identificación SAIJ : N0010552

SUMARIO

PROCESOS DE EJECUCION-EXCEPCIONES PROCESALES:IMPROCEDENCIA-FIDEICOMISO-FALTA DE PRESENTACION

Cabe rechazar las excepciones opuestas por la ejecutada, cuando esta se limite a cuestionar la ausencia de agregación en la escritura acompañada de los instrumentos en los que se habría constituido el fideicomiso, en tanto el caso se asimila al de una cesión privada, pero obvio considerar que la exclusión de activos y pasivos que así se instrumento y de la que da cuenta el acta mencionada responde al mecanismo de reestructuración de entidades financieras consagrado por la Ley 21526 art. 35 bis, siendo en consecuencia suficiente la documentación agregada, máxime cuando el excepcionante no cuestiona la existencia del fideicomiso.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 21.526 Art.35 Bis

DATOS DEL FALLO

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL Sala C (DI TELLA - CAVIGLIONE FRAGA - MONTI.)

BANCO FINANSUR SA c/ AGRO INDUSTRIAS EL NIHUIL SA s/ EJECUTIVO.

SENTENCIA del 8 DE OCTUBRE DE 2002

Nro.Fallo: 02130883

Identificación SAIJ : I6001733

SUMARIO

FIDEICOMISO:EXCEPCIONES

Un fideicomiso financiero (art. 19 ley 24.441) y en virtud de las prescripciones de los arts. 70, 71 y 72 inc. b) de la ley citada, surge con meridiana claridad que "sólo subsistirán contra el cesionario (cesión de derechos como componentes de una cartera de créditos) la excepción fundada en la invalidez de la relación crediticia o el pago documentado anterior a la fecha de cesión". En autos no se ha planteado la invalidez de la escritura de cesión de créditos y tampoco se ha opuesto la excepción de pago documentado anterior a la fecha de cesión.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.441 Art.19, Ley 24.441 Art.70 al 72

DATOS DEL FALLO

CAMARA DE APELACIONES CIVIL COMERCIAL , CONCORDIA, ENTRE RIOS
Sala 02 (Rodríguez-Smaldone-Moreni)
BANCO FINANSUR S.A. c/ SENDRA MARIO ABEL s/ EJECUTIVO
INTERLOCUTORIO, 4424 del 1 DE ABRIL DE 2003
Nro.Fallo: 03080369

Identificación SAIJ : Z0109510

SUMARIO

FIDEICOMISO:CONCEPTO

El fideicomiso en sentido genérico, se inscribe dentro de aquellas estructuras jurídicas que persiguen dotar al sistema económico de una herramienta que permita hacer cumplir funciones de limitación de responsabilidad, mediante la afectación de un patrimonio a un objeto específico, resultando ese patrimonio la única fuente de repago y garantía de los acreedores del mismo. En nuestro país el Código Civil, ahora reformado por la Ley Nro. 24.441 legislaba sobre el fideicomiso en las disposiciones del Libro III Título VI referidas al "dominio imperfecto". Por su parte, la norma citada constituye una adaptación del trust anglosajón a un sistema como el nuestro, de Derecho continental. De ahí la definición de la ley que considere al constituyente, el fiduciante; y al trustee o fiduciario, quien ejerce los derechos de propiedad en beneficio de quien se designa en el contrato, el beneficiario. Además incorpora la figura del fideicomisario que puede coincidir con la del beneficiario o no, o con el propio fiduciante o resultar un tercero. Asimismo, se determina la separación de patrimonio en su artículo 14. En la amplitud del régimen que la ley dispensa al fideicomiso ordinario o general, se concibe al fideicomiso en garantía, que es el contrato en virtud del cual el deudor o un tercero (fiduciante) transmite la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra persona (fiduciario), en garantía de una deuda propia o ajena, quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato beneficiario), y con facilidad de aplicar las utilidades de los bienes al pago de la deuda (acreedor beneficiario).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.441

DATOS DEL FALLO

CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL , SANTIAGO DEL ESTERO, SANTIAGO DEL ESTERO
Cámara 02 (CONTATO-BRUCHMAN DE BELTRAN-NUÑEZ En minoría: NUNEZ Z109539 al Z109542/
Z109595 En mayoría: CONTATO Z109590 al Z109594)
MAUD, ELIAS s/ CONCURSO PREVENTIVO-INCIDENTE DE REVISION DEL BANCO HIPOTECARIO S.A.
SENTENCIA, 11662 del 20 DE AGOSTO DE 2003
Nro.Fallo: 03220227

Identificación SAIJ : Z0109514

SUMARIO

FIDEICOMISO:FINES

El fin del fideicomiso, es garantizar el cumplimiento de obligaciones; es una propiedad o dominio fiduciario en garantía o con fines de garantía. En tal situación, el fiduciario es un verdadero gestor patrimonial, es mucho más que un depositario o administrador. En realidad no se trata de un sujeto que desempeñe una función pasiva, dado que tiene las facultades de un propietario. Y esta es la ventaja comparativa que ofrece la propiedad fiduciaria como medio de garantía respecto de las demás.

DATOS DEL FALLO

CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL , SANTIAGO DEL ESTERO, SANTIAGO DEL ESTERO

Cámara 02 (CONTATO-BRUCHMAN DE BELTRAN-NUÑEZ En minoría: NUNEZ Z109539 al Z109542/ Z109595 En mayoría: CONTATO Z109590 al Z109594)

MAUD, ELIAS s/ CONCURSO PREVENTIVO-INCIDENTE DE REVISION DEL BANCO HIPOTECARIO S.A. SENTENCIA, 11662 del 20 DE AGOSTO DE 2003

Nro.Fallo: 03220227

Identificación SAIJ : Q0016870

SUMARIO

CONTRATO DE FIDEICOMISO:CARACTER

Los autores coinciden en que el contrato de fideicomiso -cualquiera de sus tipos- puede resultar un contrato oneroso o gratuito, según se haya fijado o no una retribución a favor del fiduciario.- No obstante, la onerosidad de la tarea del fiduciario se presume, ya que el art. 8 de la Ley Nro. 24.441 establece que éste tendrá derecho al reembolso de los gastos y a una retribución; y si no hubiese sido fijada, la fijará el Juez, considerando la índole de la encomienda y la importancia de los deberes a cumplir, de lo que se infiere que la gratuidad -en su caso- debe surgir expresa del mismo instrumento.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.441 Art.8

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA , RAWSON, CHUBUT

(Daniel Luis Caneo Fernando Royer José Luis Pasutti)

I.B. N.V. (Sucursal Argentina) y Otros c/ Provincia del Chubut s/ Demanda Contencioso Administrativa

SENTENCIA, 06-C-05D del 22 DE DICIEMBRE DE 2005

Nro.Fallo: 05150077

Identificación SAIJ : Q0016871

SUMARIO

CONTRATO DE FIDEICOMISO:CARACTER

Cualquiera fuera el tipo de fideicomiso considerado por su finalidad, el contrato es oneroso en el marco de aquella Ley; si los celebrados encuadran en la figura genérica del fideicomiso, en el fideicomiso de garantía (o en ///garantía), o si se trata de un tipo mixto: fideicomiso de garantía y de administración, no varía aquél carácter.

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA , RAWSON, CHUBUT

(Daniel Luis Caneo Fernando Royer José Luis Pasutti)

I.B. N.V. (Sucursal Argentina) y Otros c/ Provincia del Chubut s/ Demanda Contencioso Administrativa

SENTENCIA, 06-C-05D del 22 DE DICIEMBRE DE 2005

Nro.Fallo: 05150077

Identificación SAJ : N0012942

SUMARIO

CONTRATOS CIVILES-FIDEICOMISO:CARACTERES-BIENES

La descripción e identificación de los bienes encomendados al fiduciario importa no solo para configurar el alcance de la transferencia de la propiedad, sino también para determinar que han salido del patrimonio del fiduciante y no pueden, por consiguiente, ser reclamados por este para que se los restituyan -salvo que el fideicomiso sea revocable- ni tampoco ser perseguidos por sus acreedores. A la vez, dichos requisitos sirven de fundamento a la responsabilidad que el fiduciario asume respecto de los bienes, en cuanto a la segregación y autonomía del patrimonio fideicomitado, así como también respecto de la administración que le toca desempeñar en cumplimiento del encargo. La precisión en la identificación de los bienes transmitidos y la efectividad de la transferencia, son requisitos de índole práctica que condicionan el ulterior desenvolvimiento del fideicomiso, ya que confluyen en la definición del patrimonio que goza de las inmunidades previstas por la ley 24441 art. 16. El fiduciario ejerce la propiedad de los bienes, pero no en su propio provecho, como suele suceder con el dueño, sino que en interés de los beneficiarios. Por ello, la ley apela a una noción abstracta: "la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él" (art. 6).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.441 Art.6, Ley 24.441 Art.16

DATOS DEL FALLO

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL (BUTTY - DIAZ CORDERO.)

KENIGSBERG, BENJAMIN c/ INDEGAS SA s/ ORDINARIO.

SENTENCIA, 1 del 13 DE MARZO DE 2006

Nro.Fallo: 06130002

Identificación SAIJ : Z0008652

SUMARIO

FIDEICOMISO:CONTRATO-SUJETOS:DERECHOS Y OBLIGACIONES

Si el fiduciario no cumple con su deber de liquidar el bien y cancelar la acreencia del acreedor, éste no tendrá el ius perseguendi que caracteriza a los derechos reales, sino que gozará simplemente de una acción resarcitoria.

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA , SANTIAGO DEL ESTERO, SANTIAGO DEL ESTERO

(LLUGDAR-JUAREZ CAROL-SUAREZ)

MAUD ELIAS s/ CONCURSO PREVENTIVO-INCIDENTE DE REVISION DEL BANCO HIPOTECARIO S.A. - CASACION.-

SENTENCIA, 22074 del 17 DE NOVIEMBRE DE 2005

Nro.Fallo: 05220038

Identificación SAIJ : Z0008661

SUMARIO

FIDEICOMISO-SUJETOS:FUNCIONES-SUSTITUCION

El fiduciante es normalmente el deudor, pero nada impide que lo constituya para garantizar la deuda de un tercero. El fiduciario es normalmente el acreedor y se transforma en beneficiario pero nada impide que se constituya por una deuda en la que un tercero es acreedor, es decir en el ordenamiento actual, es perfectamente concebible el fideicomiso en garantía en el que el beneficiario y/o acreedor pueden ser tanto el beneficiario como el tercero, puesto que, si el fiduciario, es al mismo tiempo acreedor, cumple ambos roles: fiduciario y beneficiario, lo que no está prohibido conforme al régimen de la ley 24.441.-

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA , SANTIAGO DEL ESTERO, SANTIAGO DEL ESTERO

(LLUGDAR-JUAREZ CAROL-SUAREZ)

MAUD ELIAS s/ CONCURSO PREVENTIVO-INCIDENTE DE REVISION DEL BANCO HIPOTECARIO S.A. - CASACION.-

SENTENCIA, 22074 del 17 DE NOVIEMBRE DE 2005

Nro.Fallo: 05220038

Identificación SAIJ : Z0008664

SUMARIO

FIDEICOMISO-OBLIGACIONES DE LAS PARTES-INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO:EFECTOS

Si el fiduciario es al mismo tiempo el acreedor o beneficiario, accede a la propiedad

fiduciaria con la finalidad de cumplir con el destino previsto en la convención: si la deuda se paga, se devuelve el bien, y si no se paga se realiza el bien según las pautas contractuales y en caso de existir remanente, éste se restituye al fiduciante.-

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA , SANTIAGO DEL ESTERO, SANTIAGO DEL ESTERO
(LLUGDAR-JUAREZ CAROL-SUAREZ)
MAUD ELIAS s/ CONCURSO PREVENTIVO-INCIDENTE DE REVISION DEL BANCO HIPOTECARIO S.A. -
CASACION.-
SENTENCIA, 22074 del 17 DE NOVIEMBRE DE 2005
Nro.Fallo: 05220038

Identificación SAIJ : Z0008662

SUMARIO

FIDEICOMISO-GARANTIA FUNCION

Todo fideicomiso tiene una función de garantía, y ello es así porque está implícita en la necesidad de que los bienes fideicomitidos salgan del patrimonio del fiduciante e ingresen a un patrimonio especial y diferenciado del fiduciario, con el fin de que mediante un acto de confianza éste último asegure la entrega de los mismos, una vez producidas ciertas condiciones, a uno o varios beneficiarios.-

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA , SANTIAGO DEL ESTERO, SANTIAGO DEL ESTERO
(LLUGDAR-JUAREZ CAROL-SUAREZ)
MAUD ELIAS s/ CONCURSO PREVENTIVO-INCIDENTE DE REVISION DEL BANCO HIPOTECARIO S.A. -
CASACION.-
SENTENCIA, 22074 del 17 DE NOVIEMBRE DE 2005
Nro.Fallo: 05220038

Identificación SAIJ : Z0008670

SUMARIO

FIDEICOMISO-INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO-RESPONSABILIDAD DE LAS PARTES

Si el fiduciario no actuara con la prudencia y la diligencia del buen hombre de negocios que su especial posición le impone, frente al ejercicio abusivo o ilegítimo del ius vendendi por parte del fiduciario, están al alcance del fiduciante las normas sobre responsabilidad civil y eventualmete lo dispuesto por el art.173 inc.13 del Código Penal.-

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 11.179 - TEXTO ORDENADO POR DECRETO 3992/84 Art.173

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA , SANTIAGO DEL ESTERO, SANTIAGO DEL ESTERO
(LLUGDAR-JUAREZ CAROL-SUAREZ)
MAUD ELIAS s/ CONCURSO PREVENTIVO-INCIDENTE DE REVISION DEL BANCO HIPOTECARIO S.A. -
CASACION.-
SENTENCIA, 22074 del 17 DE NOVIEMBRE DE 2005
Nro.Fallo: 05220038

Identificación SAIJ : N0013259

SUMARIO

CONTRATOS CIVILES-FIDEICOMISO-PARTES

La forma en que está regulada la responsabilidad del fiduciario es una consecuencia ineludible de la separación de los patrimonios: el propio del fiduciario, constituido por los bienes de su propiedad, y el fideicomitado, que administra en interés ajeno y que oportunamente deberá transmitir, formado por bienes que integran un patrimonio de afectación. Sus acreedores, los propios del fiduciario, no pueden así agredir los bienes de su administración fiduciaria que, si bien figuran a su nombre, están sujetos a las obligaciones emergentes del pactum fiduciae. Y, de modo recíproco, los acreedores cuyos derechos nazcan de "esa administración fiduciaria", de los actos jurídicos de la más variada índole realizados en cumplimiento de la misma: actos de disposición y de gestión, conservatorios o no, no pueden agredir al patrimonio "propio" -no fiduciario- de esta administración en interés ajeno. Para ello, debe arbitrarse por todos los medios que se produzca la confusión de patrimonios (Adorno Luis, "La propiedad fiduciaria", Revista del Derecho Comercial, 2005-A, Ed. Lexis Nexis, Pág. 239 y ss).

DATOS DEL FALLO

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
(BARGALLO - CUARTERO.)
TARSHOP SA c/ VILLAFañE, ANDREA s/ EJECUTIVO.
SENTENCIA, 2 del 8 DE MARZO DE 2006
Nro.Fallo: 06130035

Identificación SAIJ : J0034782

SUMARIO

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD:PROCEDENCIA-SISTEMA DE REFINANCIACION HIPOTECARIA-MUTUO HIPOTECARIO-FIDEICOMISO-DERECHO DE DEFENSA EN JUICIO-RETIRO DEL EXPEDIENTE-NOTIFICACION-JUICIO-PARTES

Es procedente el recurso de inconstitucionalidad desde que la respuesta de la Alzada -al anular el fallo de baja instancia por violación del derecho de defensa y reenviar el expediente a un Juez subrogante para que tramite en debida forma la aplicación del procedimiento de la ley 25798 dando intervención al acreedor- omite hacerse cargo de extremos cuya consideración hubiese determinado una solución diferente para el recurso planteado.

Es que la premisa sobre la que se asienta todo el discurso de los juzgadores -afectación

de la "regularidad del contradictorio y con ello, (de) la garantía constitucional del debido proceso- resulta inconciliable con expresas constancias de la causa, de las cuales resulta que la ejecutante lejos estuvo de no tener noticia del acogimiento por los ejecutados al régimen de refinanciación hipotecaria (ley 25.798), sino que -muy por el contrario-, y en virtud del retiro de los autos por su apoderado, había quedado impuesta de las actuaciones que daban cuenta de aquél extremo.

En tales condiciones, no podía acogerse la argumentación de la ejecutante en el sentido de que no se le brindó "la oportunidad procesal de ser oída" , pues tal oportunidad existió sin que aquélla formulara objeción alguna, silencio que -cabe destacarlo- se erige en un obstáculo con directa incidencia sobre la viabilidad del planteo de inconstitucionalidad de las leyes 25.798 y 25.908 -que hubiese tenido que examinar el Juez subrogante en los términos del decisorio de la Alzada- a la luz de la exigencia de articulaciones de tal naturaleza sean formuladas en la primera oportunidad posible para el interesado, resultando en caso contrario el fruto de una inadmisibile "reflexión tardía". (De los Fundamentos del Dr. Gutiérrez a los que Adhiere el Dr. Spuler)

REFERENCIAS

Referencias Normativas: LEY 25.798, LEY 25.908

DATOS DEL FALLO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA , SANTA FE, SANTA FE
(GUTIERREZ - GASTALDI - NETRI - SPULER)

QUILICI, AUDELIA MARIA MASINO DE c/ FERNANDEZ, JORGE RAUL FERNANDO Y OTRA s/ RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD - EJECUCION HIPOTECARIA (EXPTE.: C.S.J. NRO. 472 AÑO 2006)
SENTENCIA del 1 DE MARZO DE 2007
Nro.Fallo: 07090017

Identificación SAJJ : J0036070

SUMARIO

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD:REQUISITOS PROPIOS-CUESTION NO CONSTITUCIONAL-SENTENCIA-CONGRUENCIA-JUEZ-FACULTADES DEL JUEZ-CALIFICACION JURIDICA-DELITOS-ESTAFA-FIDEICOMISO

Corresponde rechazar la queja fundada en una supuesta vulneración del principio de congruencia por habersele imputado al recurrente en la declaración indagatoria hechos ejecutados por una sociedad desde que el examen de la intimación efectuada permite comprobar lo acertado del temperamento seguido por el A quo, pues fácilmente se observa que al mismo se le hicieron conocer -al momento de brindársele la oportunidad de ejercer su defensa material- una serie de conductas claramente individualizadas: la celebración del boleto de compraventa sin el formulario confeccionado por el Banco, sin la participación de la originante y sin mediar autorización del agente fiduciario; el no haber ingresado suma alguna a la entidad financiera como consecuencia de la venta; el haber figurado en el acto como parte vendedora ocultando la afectación del bien, lo que hizo incurrir en error al comprador, pensando que la venta se efectuaba sobre títulos

perfectos.

En otros términos: la maniobra ardidosa, el error de la víctima, el perjuicio patrimonial sufrido y el nexo entre todas estas circunstancias fueron descriptos e intimados de un modo que no puede considerarse violatorio de principios constitucionales, careciendo el planteo impugnativo relativo a un supuesto "reproche de actos societarios" del más mínimo sustento con la realidad del caso concreto.

DATOS DEL FALLO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA , SANTA FE, SANTA FE
(SPULER - ERBETTA (por sus fundamentos) - GASTALDI (por sus fundamentos) - GUTIERREZ)
J., D. A. s/ QUEJA POR DENEGACION DEL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD- -ESTAFA- (EXpte.:
C.S.J. NRO. 303 AÑO 2007)
SENTENCIA del 14 DE OCTUBRE DE 2008
Nro.Fallo: 08090233

Identificación SAIJ : J0036071

SUMARIO

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD-CUESTION NO CONSTITUCIONAL-APRECIACION DE LA PRUEBA-ESTAFA-DELITOS-TIPIFICACION-FIDEICOMISO

Es inadmisibles la queja desde que el impugnante no ha suministrado razones valederas que convenzan a este Cuerpo de que la Sala, en la valoración de los hechos y la prueba y la aplicación de la ley penal sustantiva, hubiera incurrido en alguna hipótesis de arbitrariedad.

Así, el A quo no soslayó considerar ni el perjuicio económico ni las declaraciones testimoniales, sino que integró expresamente tales elementos en su pronunciamiento pero los valoró -en función de lo que surgía del resto del plexo probatorio- de una manera distinta a la pretendida por la defensa, al interpretar que toda la deformación de lo debido, de la realidad emergente de los instrumentos legales a cumplir y del sentido y destino del dinero percibido, tenía la finalidad de convencer a futuros adquirentes de las ventajas, a partir de un menor precio, de la operación, procurando que el dinero de las preventas no ingresara directamente al banco para así poder disponer del mismo.

El hecho de que el recurrente presente la maniobra, entonces, como un mero incumplimiento contractual, no pasa de ser una versión de lo sucedido que ingresa en un terreno netamente interpretativo que no logra conmover los sólidos fundamentos dados por el A quo para resolver la cuestión, ni demuestra que se hubiera suministrado una respuesta reñida con las reglas de la sana crítica racional o carente de suficientes referencias al plexo probatorio de la causa.

DATOS DEL FALLO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA , SANTA FE, SANTA FE
(SPULER - ERBETTA (por sus fundamentos) - GASTALDI (por sus fundamentos) - GUTIERREZ)
J., D. A. s/ QUEJA POR DENEGACION DEL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD- -ESTAFA- (EXpte.:
C.S.J. NRO. 303 AÑO 2007)
SENTENCIA del 14 DE OCTUBRE DE 2008

Nro.Fallo: 08090233

Identificación SAIJ : A0071809

SUMARIO

FIDEICOMISO-HONORARIOS DEL ABOGADO-COBRO DE HONORARIOS:ALCANCES-SENTENCIA ARBITRARIA-APLICACION ERRONEA DE LA LEY

Corresponde revocar la sentencia que formuló una inadecuada interpretación y aplicación de las normas federales en juego, al habilitar las acciones de cobro de la letrada de la parte actora contra la totalidad de los bienes fideicomitidos, pues ello contraviene lo dispuesto en el art. 35 bis de la ley de entidades financieras y en las disposiciones de la ley 24.441, de modo que desvirtúa el sistema en ellas establecido para la enajenación de activos y pasivos excluidos; y las acciones de cobro, por ende sólo serán viables sobre el producido del recupero del crédito en razón del cual se efectuaron los trabajos remunerados, que se desarrollaron antes de la constitución del fideicomiso.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 21.526 Art.35 Bis , Ley 24.441

DATOS DEL FALLO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
(Mayoría: Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda, Zaffaroni. Abstencion: Petracchi, Argibay.)

Comafi Fiduciario Financiero S.A. c/ Muravchik, Abraham Jaime.

SENTENCIA del 15 DE MARZO DE 2011

Nro.Fallo: 11000009

Identificación SAIJ : N0017386

SUMARIO

CONTRATO DE FIDEICOMISO-OBLIGACIONES DE LAS PARTES-FACTURAS IMPAGAS

1 - Resulta procedente la demanda incoada por cobro de facturas impagas, emitidas en función de un contrato de provisión de prótesis y ortesis celebrado entre las partes. En ese contexto, resulta inadmisibles la postura de la U.T.E. accionada, quien pretende desconocer dicha relación contractual al manifestar que su parte sólo tuvo el papel de administradora de una Unidad de Gestión y Participación (UGP) integrada por ambas partes; y que competía al Instituto Nacional de Servicios para Jubilados y Pensionados (INSSJP) el pago de las prestaciones mediante depósito en cuenta corriente. Sin embargo, de los términos utilizados en los contratos adjuntados a la causa, se verifica que la demandada se atribuyó a sí misma el carácter de U.G.P. ("esta UGP no está exenta."); asimismo, la actuación de la accionante como prestadora -y no integrante de la UGP- emerge de diversos medios prueba (testimonial, documental, pericial, etc.). 2 - Por otro lado, aún cuando la demandada no observó la legitimación de la actora para reclamarle a su parte el crédito en cuestión, cabe señalar que a fines de garantizar el pago de los servicios fue constituido un fideicomiso, y se estableció que el INSSJP -

fiduciario- depositaría el pago en cuenta corriente contra la presentación de las facturas. Por lo tanto, la legitimación de la actora resulta de su condición de beneficiaria del fideicomiso, pues le asiste derecho a subrogarse en los derechos del fiduciario para reclamar del fiduciante si, como en el caso, los pagos se hicieron a este último y no consta ni se invoca que el fiduciario haya ejercitado acción al respecto (En similar sentido: Kiper, Claudio M. y Lisopraeski, Silvio V: "Tratado de Fideicomiso", Ed. Depalma, 2004, Bs. As., págs. 275/6 y 419). 3 - En consecuencia, la condena deberá recaer sobre los integrantes de la U.T.E. demandada en autos, quienes responderán en los términos del contrato que los vinculó y, a falta de especificación, en partes iguales (Ley 19550: 381 y CCIV: 691 y 698).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 340 Art.691 al 698, Ley 19.550 - TEXTO ORDENADO POR DECRETO 841/84 Art.381

DATOS DEL FALLO

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL (Bargalló - Caviglione Fraga - Sala.)

ANGIOCOR S.R.L. c/ M y H LIBEDINSKY S.A. Y OTROS U.T.E. -UGP- s/ ORDINARIO.

SENTENCIA, 19389/05 del 21 DE MARZO DE 2011

Nro.Fallo: 11130184

Identificación SAIJ : C0404168

SUMARIO

TASA DE JUSTICIA-BANCO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES-FIDEICOMISO

Como principio general la ley 23.898 establece que todas las actuaciones judiciales ante tribunales nacionales están sujetas al pago de tasa de justicia salvo excepciones dispuestas en esa misma norma u otro texto legal, que como tales deben interpretarse con criterio restrictivo.

Con relación al Banco de la Provincia de Buenos Aires, la exención que contempla la ley provincial 9.434 no puede ser admitida en tanto la previsión contenida en su art. 4º no alcanza al tributo de la tasa de justicia y además la normativa es local de manera que ese debe ser su alcance.

Por lo demás, corresponde que el banco de la Provincia de Buenos Aires abone la tasa de justicia por cuanto según lo pactado entre dicha institución - cedente - y el Comité de Administración del Fideicomiso leyes 12.726 y 12.790 cesionario - en virtud de ésta última ley la exención de pago de impuestos, carga o contribución, existente o a crearse, sólo se refiere al ámbito de la Provincia de Buenos Aires y no a esta jurisdicción.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 23.898

DATOS DEL FALLO

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

(BELLUCCI, AREÁN.)

FIDEICOMISO DE RECUPERACIÓN CREDITICIA LEY 12.726 c/ RODRÍGUEZ,Carla Valeria s/ PAGO DE TASA DE JUSTICIO.

SENTENCIA del 30 DE SETIEMBRE DE 2010

Nro.Fallo: 10020235

Identificación SAIJ : C0404169

SUMARIO

TASA DE JUSTICIA-EXENCION DE TASA DE JUSTICIA-FIDEICOMISO

La exención del pago de la tasa de justicia sólo puede comprender al Banco de la Provincia de Buenos Aires no al fiduciario del fideicomiso público creado por la ley 12.726 que conforma un patrimonio de afectación respecto de los créditos provenientes del Banco en procura de su cobro, dado que tiene una personalidad distinta del fiduciante. La figura jurídica procura el cobro de los créditos y su producido se destina al Estado Provincial que compensa a la entidad con un título de la deuda pero el crédito en ejecución como el producido se desvinculan del banco. Se trata de una persona jurídica distinta a la entidad bancaria provincial y de ser el poder judicial el que extendiera la exención, se trastocaría el orden republicano de gobierno al desdeñarse el carácter absoluto del principio de legalidad tributaria. En este sentido, todos los supuestos excepcionales son de interpretación restringida y deben ser determinados por el legislador.

DATOS DEL FALLO

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

(BELLUCCI, AREÁN.)

FIDEICOMISO DE RECUPERACIÓN CREDITICIA LEY 12.726 c/ RODRÍGUEZ,Carla Valeria s/ PAGO DE TASA DE JUSTICIO.

SENTENCIA del 30 DE SETIEMBRE DE 2010

Nro.Fallo: 10020235

Identificación SAIJ : C2003773

SUMARIO

PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO-REPRESENTACION

PROCESAL:CARACTER-SUSTITUCION DE PARTES-CONTRATO DE FIDEICOMISO:EFECTOS

De la celebracion de un contrato como es el fideicomiso no nace ni resulta un sujeto de derecho, sino tan solo se crea un patrimonio de afectación, destinado a la consecución del fin instituido por el fiduciante

DATOS DEL FALLO

CAMARA DE APEL. CONT. ADM. Y TRIB. DE LA CIUDAD AUT. DE BS. AS. , CIUDAD DE BUENOS AIRES, CIUDAD DE BUENOS AIRES

Sala 02 (Esteban Centanaro Eduardo A. Russo Nélida M. Daniele)

BANCO FINANSUR SA Y OTROS c/ GCBA s/ COBRO DE PESOS
SENTENCIA, 4568/0 del 14 DE SETIEMBRE DE 2006
Nro.Fallo: 06370144

Identificación SAIJ : N0018295

SUMARIO

DERECHO PROCESAL-JUICIO EJECUTIVO-TITULO INHABIL-CONTRATO DE FIDEICOMISO

No existe posibilidad de reconocer aptitud para proceder por vía ejecutiva en virtud de la obligación emergente de los certificados de beneficios y de administración emitidos en el marco de los contratos de Fideicomisos de Inversión, habida cuenta que tales instrumentos no reúnen los requisitos del Cpr: 531 para tornar procedente esa vía. Ello así, no sólo por la omisión de cumplir con las exigencias que la ley específicamente establece a ese efecto, sino porque tampoco proviene de un reconocimiento del deudor, quedando además incumplidos los requisitos de autonomía y aislamiento intelectual, que permiten establecer la existencia y exigibilidad de la obligación sin necesidad de integrar el título con otros documentos, o con presunciones acerca del cumplimiento de otras obligaciones y que resultan condición para la ejecución pretendida. Síguese de ello que a los fines de establecer la existencia y alcances de los derechos otorgados a los accionantes -como fiduciarios- aparece necesario adentrarse en la discusión de aspectos propios de la relación sustancial subyacente -Contrato de Fideicomiso de Inversión-, lo que se muestra incompatible con la limitación de conocimiento que es propia del juicio ejecutivo.- A más, el hecho de que el fiduciario no sea una entidad financiera o una sociedad autorizada por la Comisión Nacional de Valores -tal como ocurre en la especie- impiden considerar prima facie la operatoria involucrada en la especie como un fideicomiso financiero y, por ende, calificar los instrumentos adjuntados derechamente como títulos de valor en los términos expuestos por el artículo 19 y Cciv de la Ley 24441 (en igual sentido, esta CNCom., Sala D, 19.04.11, "Totasso Edgardo c/ Investment Administration SA s/ Ejecutivo").

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 17.454 Art.531, Ley 24.441

DATOS DEL FALLO

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
(Kölliker Frers - Míguez.)

PALMA GALLARDO RAUL FRANCISCO SAN PANCRACIO Y OTRO c/ TRUST & INVESTMENTS
ADMINISTRATION SA S/ s/ JECUTIVO.

SENTENCIA, 27760/09 del 26 DE ABRIL DE 2012
Nro.Fallo: 12130345

DOCTRINA

Una nueva aplicación del fideicomiso de entidades deportivas en concurso preventivo. El "caso Colón".

BARBIERI, PABLO CARLOS

Publicación: www.infojus.gov.ar, 4 DE SETIEMBRE DE 2014

TEMA

FIDEICOMISO-ENTIDADES DEPORTIVAS-CONCURSO PREVENTIVO

TEXTO

1. Breves reflexiones iniciales.

La situación patrimonial de varios clubes de fútbol en la Argentina, ameritó que sus autoridades dispongan el ingreso en procesos concursales. Han deducido su concurso preventivo entidades como San Lorenzo de Almagro, Huracán e Independiente, entre los más notorios. En otras hipótesis, la quiebra judicial se decretó en clubes como Ferrocarril Oeste, Comunicaciones, Belgrano de Córdoba y Talleres de Remedios de Escalada, entre otros.

A partir del año 2000 -y, producto de la quiebra del Rácing Club de Avellaneda- se dictó la ley 25.284, que estatuyó un proceso concursal especial para todas aquellas asociaciones civiles de primer grado, cuyo objeto sea la práctica deportiva en cualquiera de sus modalidades (cfr. art. 1°). Se instauró un sistema denominado "Fideicomiso de Administración con Control Judicial" que, en muchas de sus pautas, varía sustancialmente las previsiones de la Ley de Concursos y Quiebras No 24.522, sin perjuicio de su aplicación supletoria determinada por el artículo 26 de la normativa mencionada (1).

La ley suscitó distintos debates doctrinarios y su aplicación no estuvo exenta de ellos. No sólo en relación a la figura del "fideicomiso" como modo de administrar un patrimonio insolvente dentro del marco de un proceso concursal, sino también respecto a la viabilidad de establecer -por parte del órgano fiduciario- la posibilidad de conceder la explotación de la actividad deportiva a terceros, en un mecanismo que, dentro del ámbito del deporte argentino, se conoce como "gerenciamiento". Esta figura fue utilizada en las quiebras -luego "salvatajes" con la figura en análisis- de Rácing Club y Belgrano de Córdoba, entre otros.

Sobre este último tópico, sostuve la posibilidad legal de que dicha contratación se llevara a cabo en este marco, pero destacué, a su vez "algún tipo de reparos que puede generar la compatibilidad del fideicomiso de administración con control judicial instaurado por la ley 25.284 con el gerenciamiento de la actividad deportiva de las entidades sujetas a dicho procedimiento" (2).

La ley 25.284 determina dos modos diferentes de ingreso a este procedimiento, a saber:

-En las entidades deportivas -asociaciones civiles- de primer grado en quiebra judicial, su aplicación es de oficio, en tanto y en cuanto el juez "meritúe, prima facie la existencia de patrimonio suficiente para la continuación de la explotación" (cfr. art. 5), circunstancia ésta que también genera cierta dificultad interpretativa, máxime en aquellos

clubes en los cuales se practican disciplinas deportivas profesionales.

-En los clubes bajo concurso preventivo, "las autoridades de las mismas estarán legitimadas para ejercer la opción de continuar el trámite bajo las disposiciones de la presente ley. Dentro de los 60 días deberán presentar, ante el Juzgado interviniente, la ratificación por la asamblea de asociados" (cfr. art. 6° de la ley 25.284). Se trata, pues, de una decisión voluntaria de la Comisión Directiva de la entidad concursada, que requiere la ratificación de continuar el trámite prevista en el artículo 6° de la ley 24.522 por parte de la asamblea de asociados, exigiéndose, al respecto, la mayoría necesaria "para resolver asuntos ordinarios" (3).

Esta última posibilidad fue utilizada por el Club Atlético Newellos Old Boys de la ciudad de Rosario, Provincia de Santa Fe.

Recientemente, el Club Atlético Colón de la ciudad de Santa Fe hizo uso de esta opción, siendo ello aprobado judicialmente, el día 19 de agosto de 2014.

La resolución judicial posee aristas interesantes que ameritan el análisis de algunos puntos particulares, situación que llevo a cabo en los acápite siguientes.

2. Sobre el estado procesal del concurso preventivo y la presentación de la solicitud de ingreso al proceso previsto por la ley 25.284.

Tal como reza la sentencia señalada, la entidad deportiva concursada solicitó el acogimiento al régimen previsto en la ley 25.284 en etapa del cumplimiento del acuerdo preventivo homologado -la solicitud de concurso preventivo data del año 2006-.

Independientemente del deterioro patrimonial del club cesante que se consigna en la resolución de marras, vale la pena cuestionarse acerca de la procedencia del "Fideicomiso" de la ley señalada, encontrándose tan avanzado el proceso concursal preventivo.

Jurídicamente, no vemos ningún impedimento. Las disposiciones del artículo 6° de la ley 25.284 no estatuye ninguna circunstancia procesal particular para que la entidad concursada ingrese en dicho trámite. Por ende, no podrá establecerse ningún límite donde la ley no lo efectúa.

Amén de ello, la continuación de la actividad de la entidad se resguarda en compatibilidad con los objetivos perseguidos por el artículo 2°. Si el juez estima la existencia de "patrimonio suficiente para la continuación de la explotación" -como ocurrió en el fallo subexamine- los recaudos sustanciales para la admisión de la petición se encuentran reunidos.

3. La cuestión de la consolidación del pasivo.

Una de las cuestiones más importantes que encierra el ingreso en el régimen previsto por la ley 25.284 para una entidad deportiva concursada es la necesidad de consolidar el pasivo que afecta su patrimonio, sobre todo aquél considerado como posconcursal, esto es, los créditos que poseen causa o título posterior a la presentación de la petición de concurso preventivo y que, en la ley 24.522, quedaban fuera de su alcance (4).

Como en todo proceso concursal, ello resulta indispensable. Y no debemos olvidar que uno de los objetivos previstos por el "Fideicomiso..." al que me refiero es el de "garantizar el derecho de los acreedores a la percepción de sus créditos", tal como reza el artículo 2, inc. "d".

En consonancia, el artículo 13 de la normativa señalada dispone textualmente que "A los fines determinados en esta ley, el Juez dispondrá la consolidación del pasivo de conformidad con la

determinación que llevará a cabo el órgano fiduciario, según lo dispone el inciso d) del artículo 15. Para esta determinación se deberá tener en cuenta a los acreedores con pronunciamiento judicial firme, verificados y declarados admisibles, con o sin privilegios y a todos aquellos que pudieran resultar de las verificaciones substanciadas por la vía incidental. Asimismo, quedan incluidas todas las deudas que existan con los funcionarios y empleados de la quiebra, aun los que actuaron en concursos preventivos precedentes, como así también los honorarios devengados o a devengarse de todos los letrados y de los peritos de parte o judiciales de las entidades involucradas. Las resoluciones oportunamente dictadas producirán los efectos del artículo 37 de la Ley 24.522.

Todas las acciones iniciadas o a iniciarse, en contra de las entidades mencionadas en el artículo 1º, serán atraídas por el Juzgado interviniente, cualquiera sea el fuero o jurisdicción donde tramiten, para continuar ante aquél, las diligencias procesales que correspondieren."

El apartado 13 de la resolución judicial dictada en los autos "Club Atlético Colón" así lo dispone, estableciendo que la insinuación deberá llevarse a cabo en los términos previstos por los arts. 32 y ccs. de la ley 24.522, cuya aplicación supletoria, como ya se ha visto, es dispuesta por el artículo 26 de la ley 25.284.

Y el Órgano Fiduciario designado en la sentencia es aquél que llevará a cabo dicha trascendente labor dentro del procedimiento, cumpliendo así con lo dispuesto en la normativa especial referida.

Hasta aquí, ninguna cuestión para objetar. Podrá cuestionarse -hasta filosóficamente- la dirección de la ley 25.284; empero, la misma está plenamente vigente y el decisorio adoptado en "Colón" resulta formalmente adecuado.

4. Sobre las facultades del órgano fiduciario y el mantenimiento de las autoridades electas estatutariamente.

Es en este punto donde comienzan las innovaciones introducidas judicialmente. Y, en verdad, se aplica, casi a rajatabla, el precedente santafecino dictado en "Newellos Old Boys", entidad que, también, dentro del marco de un concurso preventivo, recurrió a la aplicación del procedimiento conocido como "Fideicomiso..." que se analiza en el presente comentario.

En efecto, el artículo 7º de la ley 25.284 establece que "la designación del órgano fiduciario desplaza a todos los funcionarios mencionados en el Título IV, Capítulo II, Sección I de la Ley 24.522 v y a los órganos institucionales y estatutarios que estuvieren actuando. Asimismo, dicho desplazamiento se hace extensivo a todos aquellos que no tengan designación expresa por parte de dicho órgano".

Entiendo que el objetivo perseguido por la ley es el de establecer un sistema de administración concordante con la figura del fideicomiso y, por otra parte, el de desvincular a la suerte futura del patrimonio de la entidad deportiva con las autoridades estatutarias que, en cierto modo, lo gestionaron hasta el ingreso en el procedimiento de la ley 25.284. La disposición no efectúa distingos por lo cual, en principio, sería aplicable tanto a los supuestos de clubes concursados como fallidos.

Sin embargo, desde calificada doctrina se pregonaba la inconstitucionalidad de esta norma (6) por considerarla violatoria del derecho de propiedad. Ello sin perjuicio de que el fallo subexamine señala ciertas inconsistencias en relación a experiencias pasadas ocurridas en otras instituciones deportivas sujetas a este régimen.

De allí que el decisorio contenga una suerte de distribución de competencias entre el órgano fiduciario y la comisión directiva electa

del club, sin desplazarla totalmente de sus funciones, concediéndole a ésta determinadas facultades que se relacionan con la administración diaria del club.

Debo formular, al respecto, algunas reflexiones:

-En primer término -y sin expedirme sobre la cuestionada constitucionalidad del referido artículo 7º-, es claro que la decisión judicial intenta preservar un cierto grado de administración por los órganos estatutariamente constituidos.

No creo que el Decreto Reglamentario de la ley 25.284 (7) genere como consecuencia "quitarle al club su esencia de tal", ni, mucho menos, "convertirlo -aunque transitoriamente- en una empresa comercial", tal como se puede apreciar en algunos considerandos de la decisión en examen. Coincido, sí, en que el régimen posee variadas inconsistencias que están relacionadas con la aplicación de una figura -el fideicomiso- que resulta extraña a los procesos concursales como modo de administrar el patrimonio de la entidad cesante.

-En los hechos, el club seguirá administrado por sus autoridades electas y las funciones del órgano fiduciario se reducirán a aquellas especificadas en la resolución judicial de marras, coincidiendo ello, en cierto modo, con lo propuesto desde alguna doctrina (8). Parece ello, de alguna manera, loable, máxime teniendo en cuenta las particularidades de la administración de cualquier entidad deportiva que practique disciplinas profesionales. Sin embargo, no parece ajustarse ello demasiado al espíritu de la normativa especial al respecto -ley 25.284 y su decreto reglamentario-.

-Queda en claro, sí, que la ley citada posee determinados vacíos que resulta necesario complementar judicialmente. Y, en ese contexto, la sentencia en análisis lo pone de manifiesto, sobre todo por la designación de determinadas figuras que se analizan a continuación.

5. Nuevas figuras designadas. La AFIP como "asesora".

El funcionamiento coordinado entre el órgano fiduciario y las autoridades estatutarias del club no es la única construcción novedosa del fallo que nos ocupa.

Quizás una de las mayores particularidades que presenta el decisorio es la designación de la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) como "asesora" del club cesante y el órgano fiduciario, en el cumplimiento de las cargas fiscales que correspondan y la denuncia ante el eventual incumplimiento de éstas.

A tal fin, el organismo público recaudador deberá designar un agente o un grupo de agentes que se encargue de dicha tarea. A mi entender, ello debe realizarse mediante la comunicación judicial correspondiente. Sobre el particular, también deseo formular algunas manifestaciones.

Por un lado, parece saludable la tendencia del magistrado interviniente de asegurar el cumplimiento de las obligaciones fiscales de la entidad deportiva en cuestión, máxime cuando, en el ámbito de la actividad deportiva profesional, ellas poseen determinadas peculiaridades que requieren conocimientos específicos al respecto.

Sin embargo, si la AFIP detecta incumplimientos, no se especifica cuál puede ser la sanción, más allá de las dispuestas por la legislación tributaria -o penal tributaria, en su caso- correspondiente.

Téngase en cuenta que, conforme al artículo 15, inc. b de la ley 25.284, es función del órgano fiduciario la de adoptar las medidas pertinentes a fin de no generar nuevos pasivos, entre los cuales, obviamente, se incluyen los de carácter fiscal.

Por ende, aparece como novedoso -y hasta saludable- que la AFIP intervenga en el asesoramiento de quienes llevarán a cabo la administración de la entidad deportiva; empero, parece que la resolución ha quedado a mitad de camino ante el supuesto de

incumplimiento de las obligaciones fiscales.

6. Las limitaciones en la administración patrimonial y una pequeña nota.

El punto 10 de la resolución judicial establece que tanto las cesiones, como las adquisiciones de derechos sobre los futbolistas que posea el club deben estar sujetas a autorización judicial.

La decisión es totalmente correcta y adecuada al texto del artículo 20 de la ley 25.284. La preservación del patrimonio fideicomitido es una de las líneas rectoras que persigue la normativa y, al respecto, la transferencia de derechos sobre futbolistas pueden resultar erogaciones o ingresos de fundamental importancia.

Nótese que el parámetro excede el impuesto en el artículo 16 de la ley 24.522, en el cual los límites a la concursada se imponen para los actos de disposición y todos aquellos que excedan el giro normal de la actividad de la concursada.

Es claro que el criterio fijado no ha alcanzado a las incorporaciones que el club llevó a cabo en el último período de traspasos dispuesto por la Asociación del Fútbol Argentino. En verdad, pareciera que la decisión de requerir el ingreso en el procedimiento previsto en la ley 25.284 -y el régimen de administración y disposición patrimonial algo más severo, establecido en la resolución judicial mencionada- ha sido posterior a este mercado de transferencias, sin perjuicio de que para la disposición de derechos se siguió el mecanismo previsto en el concurso preventivo. Lo que debe destacarse es que el patrimonio de un club -sobre todo en el estado en el cual denuncia el deudor- no solo puede verse afectado por la transferencia de "sus" futbolistas, sino también por las erogaciones que puede implicar el registro de los contratos para aquellos jugadores que lo representen en la temporada. Desde allí, es adecuado el criterio seguido en la sentencia, a pesar de la nota que resalto en relación a las incorporaciones realizadas con anterioridad.

En síntesis, vemos una nueva aplicación de la ley 25.284 bajo determinados parámetros que se enderezan a lo dispuesto en el precedente "Newellos Old Boys". El magistrado interviniente llena determinados vacíos previstos en la normativa citada. Y, en este contexto, será necesario preguntarse si esta doctrina podrá aplicarse, en el futuro, a otras entidades que posean similar situación jurídica.

Notas al pie:

1) Se dispone allí que "se aplicarán, en todo lo que no se oponga a la presente ley, las disposiciones del Código Civil, las leyes 22.315, 24.441 y 24.522, las de todas las leyes y decretos provinciales de policía en materia asociativa y las de los Códigos Procesales vigentes en cada jurisdicción".

2) Este tema excede el límite impuesto al presente comentario. Pueden verse las razones a esta objeción en BARBIERI, Pablo C., Fútbol y Derecho, segunda Edición, Ed. Universidad, Bs.As., 2005, págs.. 267/268.

3) Cfr. Art. 6, ley 24.522.

4) Es ésta la regla general que rige los procedimientos de insinuación al pasivo concursal (cfr. arts. 32, 200 y ccs. de la ley 24.522). A mayor abundamiento, véase BARBIERI, Pablo C., Verificación de Créditos, Ed. Universidad, Bs.As., 2008, pág. 75. En concordancia, GALINDEZ, Oscar A., Verificación de Créditos, 3° Edición, Astrea, Bs.As., 2001, pág. 12.

5) Entre otros, se incluye al síndico que estuviera actuando en el concurso preventivo.

6) Entre otros, JUNYENT BAS, Francisco - MOLINA SANDOVAL, Carlos, Salvataje de Entidades Deportivas. Ley 25.284, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, año 2001, No 3, pág. 309.

7) Decreto 825/2007.

8) DI TULLIO, José Antonio, Fideicomiso para entidades deportivas, op. cit. en nota anterior, pág. 393.

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.infojus.gov.ar

Fecha: 4 DE SETIEMBRE DE 2014

:

Editorial:

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.522, Ley 24.522 Art.6, Ley 24.522 Art.16, Ley 24.522 Art.32, Ley 24.522 Art.37, LEY 25284, LEY 25284 Art.6, LEY 25284 Art.7, LEY 25284 Art.15, LEY 25284 Art.20, LEY 25284 Art.26

Defensa del Consumidor Inmobiliario y el Fideicomiso. A propósito del Daño Punitivo

Texto completo.

CHIALVO, TOMÁS PEDRO

Publicación: www.saij.jus.gov.ar, 8 DE AGOSTO DE 2011

SUMARIO

DEFENSA DEL CONSUMIDOR-FIDEICOMISO INMOBILIARIO-RELACION DE CONSUMO-USUARIOS Y CONSUMIDORES-PROVEEDOR-DAÑO PUNITIVO-DAÑO AMBIENTAL

TEXTO

1.- INTROITO. JUSTIFICACIÓN

Varias son las aristas que resultan comprendidas en esta ley; tan vasto campo de aplicación resultara difícilmente abarcado por este trabajo, el cual al menos tratara de abordar el esquema elemental que plantea la nueva ley del consumidor -26.361-; el particular tópico -daños punitivos- figura extraña a nuestro sistema de responsabilidad civil, netamente resarcitorio, esto es el "daño punitivo".-

Ese marco normativo creo que resulta de gran importancia contrastado con la interpretación y aplicación de otros institutos del derecho, como es en este caso el fideicomiso inmobiliario, sobre el cual haré una breve referencia de cómo impactan las disposiciones de esta ley consumerista y de sus nuevos institutos que esta legislo -daño punitivo-

2.- CONSUMO Y FIDEICOMISO INMOBILIARIO

1.- La regulación en nuestro derecho.

La ley del consumidor, vino a reforzar la existencia y pervivencia de una verdadera relación sinalagmática, es decir, trata de alguna manera de reforzar a la parte débil de la contratación -consumidor-, frente a la otra parte preponderante de la relación contractual -proveedor-, ya que el derecho Privado contemporáneo se encuentra profundamente afectado por los cambios económicos- sociales signados por la masificación, la tecnología y la globalización(1), contexto en el cual se inserta esta figura que contiene elementos de la tecnología, la masificación que responde a nuevas necesidades negociales y culturales como es el "fideicomiso inmobiliario".-

López de Zabalía(2), caracterizaba la realidad contractual, -hoy puesta en crisis debido a la deficiencia de principios como la plena autonomía de la voluntad, la libertad plena de autodeterminación de las partes etc- como regida por los principios de la libertad de conclusión y de configuración del negocio jurídico. El primero de ellos consiste en la "posibilidad ofrecida a cada persona de contratar o no contratar y, en caso de contratar, de elegir con quien contrata y el segundo refiere a "la posibilidad de determinar el contenido contractual. Tales nociones surgen de la esencia del derecho contractual plasmado en los art. 1197 y 1198 del Código Civil.

Sucumben tales principios y dan lugar a este nuevo orden tuitivo del consumidor, donde podemos decir que frente a lo individual prevalece lo social. Reflexiona al respecto Iturraspe diciendo que "de las bandera de la Revolución Francesa poco o nada queda: la

libertad ha pasado a ser un privilegio de los fuertes, poderosos o económicamente satisfechos, los débiles o vulnerables no gozan de ella, la igualdad solo aparece en la teoría, la Sociedad actual es de los desiguales,al mercado concurren expertos en la comercialización, profesionales, en esta y personas que todo lo desconocen y que se ven empujadas por la insatisfacción...priva la imposición de los que tienen mayor poder de negociación.(3)

Como caracteriza Farina(4), a este nuevo régimen surgido frene a lo que denomina "relaciones jurídicas emergentes de las contrataciones mercantiles en las que una parte es (comúnmente) una empresa que impone sus condiciones generales de contratación (parte dominante) y la otra es el cliente aislado (parte débil), que se ve sometido a las cláusulas predispuestas por el primero, lo que podría suceder".

Por ello este régimen -defensa del consumidor- protectorio de la parte mas débil o vulnerable de la relación jurídica, se instituye en un orden tuitivo que algunos han dado a llamar "microsistema", y que surge frente a la crisis o decadencia del contrato tradicional, siendo el estado quien a través de la legislación, de los órganos pertinente, y además de los jueces, quien debe equilibrar esa relación jurídica estableciendo un orden jurídico que atribuya ventajas a la parte débil y cargas a la parte mas fuerte del contrato. Así la obligatoriedad de lo acordado quedara condicionada a que en el negocio se haya guardado el equilibrio sin aprovechamiento de la situación de las partes, caso contrario el mismo será ineficaz.

II.- La relación de consumo:

En primer orden debemos dejar aclarado, que con las reformas introducidas por la ley 26.361 a la ley 24.240, se ha buscado en consonancia con lo establecido en el art. 42 de la Constitución Nacional -que incorpora la protección al consumidor(5)- extender el ámbito de aplicación de la ley que esta ley de consumo. Protege de esta forma no solo a quienes contraten, sino a toda la relación de consumo, entendida ahora como vinculo jurídico entre consumidor y proveedor, que podrá tener principalmente como fuentes a la voluntad unilateral, al acto ilícito y al contrato -pudiendo ser este último oneroso o gratuito- en la medida que tenga como propósito -mediato o inmediato- una relación de consumo.(6)

Aclaración de por medio, primeramente veremos una caracterización genérica del usuario-consumidor, y proveedor para luego analizar el objeto de la relación de consumo.- Luego de ello podremos efectuar algunas consideraciones referentes a la aplicación de esta ley - en particular de la figura del daño punitivo que incorpora- a la figura que aquí tratamos de esclarecer, esto es el "fideicomiso inmobiliario".-

II.1.- Elemento subjetivo

La ley distingue en sus primeros artículos, a dos figuras o roles o posiciones contractuales que deben asumir las partes a fin de que le sea alcanzada la relación de consumo, una la del consumidor y otra la del proveedor.

A fin de ceñir el ámbito de aplicación al que pretendemos enderezar su estudio -esto es al fideicomiso como contrato-, la pregunta a responder podríamos formularla de la siguiente manera (alcanza, este régimen de consumo al fiduciario, beneficiario y fiduciante inmobiliario?)

a.- Usuario- Consumidor- o (adquirente del inmueble FIDUCIANTE-BENEFICIARIO).

A esta parte o esta posición generalmente será ocupada por el adquirente del bien inmueble en un fideicomiso inmobiliario, es decir quien en definitiva adquiere el rol de fiduciante adherente o beneficiario.

El art. 1 de la ley de Defensa del Consumidor caracteriza al consumidor como toda "...persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social..."

Lo que caracteriza a esta figura "consumidor" mas allá del objeto -que se modifico el término "contrata" por adquisición o utilización de bienes....etc, que será luego brevemente determinado-, requiere que sea "destinatario final de los bienes", esto significa que el producto o servicio que adquiere o utiliza, es retirado del mercado, no volviéndolo a reinsertar en él mediante su incorporación al nuevo proceso de elaboración de bienes o prestación de servicio(7), de esta inteligencia se desprende que necesariamente requiere no solo sacarlo del mercado, sino que también de manera definitiva lo no ocurriría en caso de utilizarlo como materia prima.

Incorpora igualmente la reforma a ley 24240. (ley 26.361), un nuevo concepto de consumidor o como correctamente debería ser utilizado de "usuario" esto es quien utiliza bienes o servicios sin ser parte de la relación de consumo, así, le asigna tal carácter a quienes sin ser parte de la relación de consumo, a) como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes y b) a quien de cualquier manera esta expuesto a una relación de consumo. A quien se lo llama consumidor "bystander"(8) (art. 1 ley 24240).

b.- Proveedor (Constructor, Developer, Desarrollador, comercializador) o FIDUCIARIO-

La ley no se conforma con la existencia de un consumidor para calificar la obligación cuya fuente es un vínculo jurídico en el que exista solo un consumidor, sino que la protección del régimen consumerista se hace efectiva cuando frente al consumidor o usuario existe esta otra persona en el polo pasivo de la obligación denominada "proveedor". A la misma la ley la califica como aquella persona "física o jurídica" de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios.-

Nuevamente aquí la ley define una cualidad especial, esto es la de desarrollarse manera "profesional". Resulta importante definir tal concepto, pues por nuestra tradición jurídica es común emparentar la profesionalidad con la habitualidad, tal como se desprende de quienes se dedicaron a estudiar los elementos primarios del derecho Comercial, pero aquí podemos observar que luego de enunciar tal requisito el plexo normativo expresa "...de manera profesional aún ocasionalmente". Se podría preguntar entonces "(se puede ser profesional aún ocasionalmente?" (9) ante lo que se responde que la Ley de Defensa del Consumidor no pide habitualidad en el proveedor sino conocimiento del negocio, es decir, un grado de "saber" u "oficio" que pone a esa parte en situación de superioridad a la otra, a la hora de celebrar o ejecutar el contrato.-

Deja vigente esta ley la exclusión de la categoría de proveedor a los profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello, pero sí incluye la publicidad que se haga de su ofrecimiento.

El profesional corredor.

Particular resulta el caso del corredor que interviene como fin de la cadena de comercialización del ese bien, departamento, terreno, del fideicomiso posicionando a los adquirentes como beneficiario o fiduciarios o bien como comercializadores de estos en caso que los mismos adquieran tal bienes para su comercialización. El marco de discusión esta abierto, en principio el corredor en su rol o como titular de la inmobiliaria se encuentra excluido de la aplicación de este régimen tuitivo del consumidor, pero ya se escuchan voces que pretenden que estos se vean alcanzados por la ley con fundamento en que en estos casos, la inmobiliaria es parte del "negocio", preponderando esa realidad sobre el espíritu de la ley de proteger al profesional matriculado. Así se tiene dicho que actualmente se observa que en algunos casos, la actuación del intermediario -sea o no corredor- se presenta vinculada al emprendimiento -léase fideicomiso- comercial del vendedor o del desarrollador del inmueble a comercializarse, aquí por lo tanto la tarea del corredor excede aquí el rol específico del corretaje(10) y por lo tanto no se encuentra alcanzado por la exclusión de la ley.

Es decir cuando la función del corretaje se ve subsumida en el ámbito empresario y forma parte de la cadena de comercialización se la incluye en la ley de Defensa del Consumidor.- Otros han ido al extremo de considerarla siempre(11) a esa tarea en la ley explican que "la realidad comercial del mercado inmobiliario argentino demuestra -en consonancia con la naturaleza mercantil de esta ocupación- que la actividad de intermediación inmobiliaria se organiza bajo la forma de explotación empresaria donde la promoción de sus servicios por medio de la publicidad constituye una herramienta esencial para el ejercicio profesional, y en donde además el corredor reviste -en la mayoría de los casos- la calidad de agente comercial o representante del desarrollista inmobiliario, encargado de la promoción del emprendimiento y del cierre de las operaciones que luego se instrumentan en contratos con cláusulas predispuestas donde el consumidor sólo puede declarar su aceptación sin posibilidad alguna de discutir el contenido del acuerdo. Este particular modo de ejercer el corretaje inmobiliario produce en los hechos un profundo desequilibrio comercial que afecta al consumidor en su condición de parte débil de la relación de consumo y que justifica ampliamente -a nuestro juicio- la aplicación del régimen tutelar del consumidor a las operaciones de intermediación inmobiliaria para garantizar la equivalencia de las prestaciones que emergen de ese vínculo"

En definitiva la sensatez de la postura ecléctica, haría pasible de los términos de la ley de defensa del consumidor, en forma solidaria con el constructor, fiduciario, desarrollista etc. al corredor cuando actúe como proveedor de bienes o servicios inmobiliarios que excedan el marco del corretaje, así también por el contenido de la publicidad del servicio de corretaje inmobiliario al que el consumidor accede (art. 1 ley 24240 in fine) siempre y cuando obviamente hablemos de un corredor matriculado por el colegio profesional respectivo.-

En conclusión

Así, entre las figuras que representa al proveedor, encontramos principalmente las de "construcción" y "comercialización", es decir dos funciones fácilmente asimilables a la figura en análisis. Otras tareas tales como el desarrollador o proyectista, la ley no los incluye expresamente pero cabe resaltar al respecto que la doctrina siempre fue partidaria de asignarle a las tareas descritas en la ley un carácter meramente enunciativo, es decir que prevalece ante todo la caracterización de profesionalidad de la actuación cualquiera

que sea ella y su finalidad, esto es destinada a consumidores o usuarios.

Los sujetos responsables serán entonces quienes construyan o comercialicen viviendas, típicamente, el constructor y el Developer inmobiliario, también lo serán siempre que actúen "en el marco de una actividad empresarial".

Por último el banco, en el marco de la relación entre la constructora y este, ante la existencia de un contrato de fideicomiso de garantía, los hace responsables a ambos frente al consumidor, ya que no puede mediante lo convenido por las partes perjudicar a los terceros.

II.2.- Elemento objetivo

Luego de efectuar una efímera determinación del concepto de consumidor y proveedor que caracterizan la existencia de la relación de consumo, resta determinar para que esta quede verdaderamente configurada, el objeto sobre la cual puede recaer.

En un primer lugar, y respecto del tema que nos ocupa debemos decir que a diferencia de la redacción anterior de la ley que solo comprendía en su ámbito de aplicación a los inmuebles nuevos destinados a vivienda y los lotes de terreno cuando sean adquiridos al mismo fin, siempre que los mismos se hayan ofertado en forma pública y a persona indeterminada, quedando ahora comprendidas todas las operaciones referentes a la adquisición de inmuebles, ya sean estos nuevos o usados y siendo indiferente el tipo de oferta realizada. La única condición como vimos es que sea quien lo adquiere destinatario final de la misma.

Desaparece también la exigencia de onerosidad del contrato o la relación, alcanzando este nuevo régimen también a todas las operaciones "gratuitas u onerosas".-

Incluye expresamente la ley cuestiones que quizás pudieran haber traído algún tipo de controversias, en el ámbito inmobiliario, así el final del art. 1, señala la ley "Queda comprendida la adquisición de derechos en tiempos compartidos, clubes de campo, cementerios privados y figuras afines". Ello así, desprende que también alcanza a la adquisición de derechos, como resulta del caso del régimen de tiempo compartido -pese a tener una regulación específica, mediante la ley 26.356-. Que la ley no requiere que el destino final sea vivienda, sino tampoco quedaría incluido el caso de una parcela de cementerio privado, como así también el caso de los Clubes de campo que donde pueden fundirse las formas de dominio, condominio o Propiedad horizontal.(12)

Así queda alcanzadas dentro de la órbita del fideicomiso de construcción, el contrato de locación de obra, donde el comitente (fiduciante o fiduciario) puede exigir al contratista la reparación de los daños causados por incumplimiento contractual cuando el edificio presente vicios o defectos constructivos mediante la acción de cumplimiento y, en algunos casos de incumplimiento, la resolución del contrato, o por vicios redhibitorios.

En el ámbito del contrato la compraventa, el adquirente (fiduciante, beneficiario, o 3ro que la adquiera de estos) de una vivienda o de otra propiedad inmueble, ya sea countries, barrios cerrados, clubes de campo.

En síntesis en esa relación de consumo el fiduciario responsable de un emprendimiento de construcción inmobiliaria es responsable y en consecuencia debe responder en virtud de las disposiciones de esta ley frente a los compradores (entendiendo que estos pueden asumir la forma de fiduciantes, beneficiarios y terceros compradores, estos últimos en virtud de la responsabilidad solidaria), interpretación que obedece a la circunstancia de que el fiduciario es titular del dominio, si bien con las características fiduciarias (art. 1 y 26 ley 24441 y art. 2662 y conc. del Código civil). Él es quien contrata con los compradores y en la mayoría de los casos en que se utiliza esta figura, quien dirige o controla el proceso

negocial y de construcción, generando la apariencia de confiabilidad basada en su gestión(13)

En el derecho comparado, un claro ejemplo del avance de ello es artículo 149 del Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, que introducen un régimen de responsabilidad objetiva del constructor y el promotor profesionales por los daños causados por defectos en la vivienda cuando éstos no sean resarcibles conforme a un régimen legal específico(14.)

III. Implicancias y efectos de aplicación de la ley del consumidor-

El objeto del presente trabajo exorbita el análisis exhaustivo de todas las consecuencias que provocaría la aplicación de las disposiciones tuitivas del consumidor a las relaciones emergentes del fideicomiso de construcción por lo que solo enumeraré algunas a los efectos de que podamos observar lo amplio y tuitivo de este regimen, a saber

- * Daños punitivos (art. 52 bis), que será objeto de tratamiento en el próximo punto.-
- * Interpretación del contrato favorable al consumidor, y en clara desventaja del fiduciario o proveedor (art. 3 LDC), máxime cuando existan dudas (art. 37 LDC)
- * Buena fe y deber de información cierta clara y detallada en el contrato de fideicomiso "el proveedor está obligado a suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, y las condiciones de su comercialización" (art. 4 LDC), pudiendo en tal caso el consumidor demandar la nulidad del contrato "En caso en que el oferente viole el deber de buena fe en la etapa previa a la conclusión del contrato o en su celebración o transgreda el deber de información o la legislación de defensa de la competencia o de lealtad comercial, el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o la de una o más cláusulas" (art. 37 LDC)
- * No convenidas cláusulas abusivas perjuicio de la validez del contrato, se tendrán por no convenidas: a) Las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños; b) Las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte; c) Las cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor (art. 37 LDC)
- * Efecto vinculante de la publicidad "Las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios prospectos, circulares u otros medios de difusión obligan al oferente y se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor (art. 8 LDC)"
- * Oferta al público indeterminado vinculante oferta dirigida a consumidores potenciales indeterminados, obliga a quien la emite durante el tiempo en que se realice, debiendo contener la fecha precisa de comienzo y de finalización, así como también sus modalidades, condiciones o limitaciones (art. 7 LDC)
- * Exigencia de Trato digno al consumidor adquirente del bien inmueble (art. 8 bis LDC)
- * Efecto especial de incumplimiento que faculta al consumidor, a su libre elección realizar lo siguiente: a) Exigir el cumplimiento forzado de la obligación, siempre que ello fuera posible; b) Aceptar otro producto o prestación de servicio equivalente; c) Rescindir el contrato con derecho a la restitución de lo pagado, sin perjuicio de los efectos producidos, considerando la integridad del contrato. Todo ello sin perjuicio de las acciones de daños y perjuicios que correspondan "(art. 10 bis LDC)
- * Exigencias de completitud del documento de venta (art. 10 LDC)
- * Régimen propio de los vicios redhibitorios (art. 18 LDC), Prescripción (art. 50 LDC)(15)

* Solidaridad entre proveedor fiduciario y constructora, Developer, director del proyecto etc. - también podemos incluir a la comercializadora inmobiliaria-, y en virtud de ello "el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena". (art. 40 LDC)

3.- EL DAÑO PUNITIVO Y SUS IMPLICANCIAS

I.- Generalidades

Primigeniamente la Responsabilidad Civil, que fue concebida como una venganza "venganza", es tomada por nuestro derecho como de carácter netamente "resarcitoria", resultando en consecuencia el límite de resarcimiento del daño ocasionado, su "reparación" en los términos del art. 1083 del C.Civil "El resarcimiento de daños consistirá en la reposición de las cosas a su estado anterior.... "(16)Dice Vélez en la nota al artículo "los jueces no podrán ordenar una reparación del honor..."reparat do injurias".

Tal sistema así delineado, fue ampliado en sus horizontes mediante la incorporación del resarcimiento extra-patrimonial, daño moral (1078 C.C) que no importa no un menoscabo de carácter patrimonial sino "espiritual". El mismo pese a las disputas doctrinarias que rechazaban el mismo hoy esta aceptado doctrinaria y jurisprudencialmente.

Vemos así, que tales lineamientos lejos están, de la idea de darle al derecho de daños una función preventiva.

En ese contexto se ha incorporado recientemente en la ley de defensa del consumidor este nuevo concepto -que ya se venía siendo motivo de discusión en ámbitos legislativos y doctrinarios - y que importa la reparación de un daño que va más allá de las conocidas esferas patrimonial o extramatrimonial, y se denomina "DAÑO PUNITIVO".

Tal figura, de origen anglosajón y que no se condice con nuestro sistema general de la responsabilidad civil Cumple entre otras una función preventiva del daño, lo que no es propio de nuestro derecho privado, salvo algunas excepciones, ej. daño temido. (art.1132). En el derecho comparado se citan como ejemplos de aplicación de esta figura el famoso caso del "Ford Pinto" o del similar "Chevrolet malibu"(17)

Al mismo lo podemos definir como ese "PLUS" de indemnización que excede el que le corresponde por los daños sufridos, en síntesis podríamos clasificar sus finalidades como las de a) Hacer DESAPARECER los beneficios injustamente obtenidos a través de la actividad dañosa. B) SANCIONAR al causante del daño intolerante; y c) PREVENIR O EVITAR el acaecimiento de hechos lesivos similares mediante un sistema de sanción que se caracteriza por ser difusa.

La doctrina nacional encabezada por BUSTAMANTE ALSINA ha considerado que los daños punitivos deben encuadrarse dentro de los denominadas "exemplary damages" siendo una indemnización incrementada, reconocida al actor por encima de lo que simplemente le compensaría el daño patrimonial, cuando ese daño ha sido agravado por circunstancias de violencia, opresión, malicia, fraude, engaño o conducta dolosa por parte del demandado. Su objeto es compensar al actor por la angustia sufrida, herida en sus sentimientos, vergüenza, degradación u otras consecuencias de la conducta ilícita o también para castigar al demandado por su mala conducta y lograr que se haga un

ejemplo del caso, previendo futuras inconductas semejantes ante el temor de la punición.

II.-Su incorporación al derecho argentino.

Como vimos el daño punitivo se incorporó a nuestro derecho a través del art. 49 bis de la ley de defensa del consumidor

Expresamente el texto regula "Daño Punitivo. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley."

No pocas críticas ha recibido entre las cuales se encuentra que se trata de una figura más vinculada al derecho penal que al civil, que otorga al juez facultades excesivas que lindan con la arbitrariedad, que puede en algunos aspectos resultar antiempresaria etc. Hasta algunos la han calificado de inconstitucional, dándole un certificado de defunción al mejor estilo del realismo mágico, valorando su aptitud constitucional como la "crónica de una muerte anunciada"

Conforme la redacción del texto el legislador, se puede avizorar que se requiere para su procedencia Ley 24.240 (ref. 26.361)

* Un incumplimiento por parte del proveedor de sus obligaciones legales o contractuales.

De tal redacción provinieron grandes críticas, ya que el legislador conforme la naturaleza de la figura no solicitó ningún elemento disvalioso en la conducta del proveedor. Sino solo el "incumplimiento".-

La forma legislada no se condice con la figura modelo de la cual ha sido tomada(18). Hemos desarrollado in extenso en este trabajo la conceptualización dada a la figura bajo estudio, con la cual se busca eliminar, por una parte, los beneficios injustamente obtenidos a través de la actividad dañosa, y a su vez castigar la actitud desaprensiva y desidiosa para con el afectado. Zavala de González al desarrollar los requisitos de procedencia de la figura establecía que uno de ellos era la "grave antijuridicidad de la actividad dañosa". Así, explicaba, junto con su hijo, que "El hecho lesivo y el daño resultante deben ser extremadamente injustos, expresivos de una clara iniquidad. No es necesario que medie un factor subjetivo de atribución contra el responsable, con relación específica al hecho perjudicial. Basta con una conducta objetivamente descalificable desde el punto de vista social, disvaliosa por inercia, indiferencia hacia el prójimo, desidia, abuso de una posición de privilegio. Inclusive, la indemnización puede imponerse al titular de la empresa fuente de la situación nociva, así no se demuestre la autoría cabal de aquél en la producción del hecho dañoso" (19) .

* Solo se aplica a instancia del damnificado, quien luego será destinatario de la indemnización,

* El juez la graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso,

* Fija un tope máximo de indemnización de 5 millones.

Otra vez el legislador en lugar de otorgar certeza a las relaciones jurídicas, deja en manos de los jueces la solución a la cuestión.(20)

III.- Su aplicabilidad al fideicomiso inmobiliario

Pese a las críticas que ha recibido la figura del daño punitivo, no debemos olvidar que estas nuevas formas contractuales, como el fideicomiso, sumado a las nuevas realidades económicas, que rompen el equilibrio contractual, lógicamente requieren una nueva respuesta desde el derecho. Y porque no pensar que puede justamente dentro del ordenamiento del consumo, este daño punitivo, ser necesario en nuestro ordenamiento y cumplir noblemente con el fin propuesto.

Perder de vista que el fideicomiso es un contrato basado en la confianza, implicaría desnaturalizar la figura en cuanto queda comprendida en la relación de consumo. Así, el fiduciante o beneficiario -quien resultara en definitiva el adquirente de la vivienda- deposita en manos del fiduciario el dinero o los bienes necesarios para que este lleve adelante el negocio y, si bien se encuentra acotado contractualmente en cuanto a su margen de acción, la realidad es que cuenta con "muy amplias facultades de disposición"(21)

Recordemos que en nuestro país no se requiere -pese a la envergadura económica de estos tipos de fideicomisos inmobiliarios- con la exigencia de que el fiduciario sea un profesional, nos encontramos así con expertos y buenos fiduciarios, existiendo de hecho muchísimos emprendimientos habitacionales se encuentran terminados y entregados o en vías de esto último. Sin embargo, como bien señala Matorrell citando Lisopawsky(22), junto a éstos están los "castillos de naipes", con ignotos e inexpertos fiduciarios, las más de las veces sociedades comerciales con un capital mínimo, sostenidos por contratos de fideicomiso más que elementales, sin elaboración, adecuación técnica al negocio ni cuidado profesional, o lisa y llanamente esperpentos. En estos últimos, especialmente, radica el verdadero peligro de fracaso y los consecuentes conflictos.

Debemos resaltar entonces que la característica más destacada del negocio fiduciario, entonces, se encuentra en la potestad de abuso por parte de aquél en quien se confía ("fiduciario", sea éste un Banco o un simple particular), porque - al habersele transmitido al mismo los resortes jurídicos pertinentes- el mismo los puede utilizar en interés del fiduciante (que es quien le transmitió los activos en cuestión) o en interés propio, que es lo no debe pero perfectamente puede hacer(23)

A la responsabilidad del fiduciario podemos sumar al estar abarcados por la ley de defensa del consumidor (solidaridad establecida en el art. 40 ley 24240) a todos quienes forman parte del negocio, esto es developers, empresa constructora, inversores, financistas etc. Así frente a estos verdaderos grupos inmobiliarios que ofrecen negocios muy tentadores a los cuales los diseñan casi sin capital propio sino dependiendo del capital aportado por los futuros adquirentes de las unidades inmuebles quines virtualmente compran un proyecto mas que una propiedad, y los cuales en general se tratan de familias en busca de su vivienda, trabajadores que invierten sus ahorros en bienes inmuebles, pequeños inversores particulares que buscan no depreciar sus ahorros, pero básicamente que se caracterizan por tratarse de potenciales consumidores que no conocen muy bien en verdad esta figura del fideicomiso.

Se ha caracterizado gráficamente lo mismo de la siguiente forma "las luces del despliegue publicitario y de los "show-rooms" fascinan a los compradores y les obnubilan la percepción del riesgo real de un emprendimiento que tiene el terreno "pelado", carece aún de planos aprobados o de las habilitaciones de construcción, e incluso puede tener pendiente todavía la incorporación del inmueble en propiedad fiduciaria al patrimonio del fideicomiso"(24)

En el trabajo citado anteriormente, se estudia la responsabilidad penal de estos

emprendimientos y en particular del "Developer", en el mismo se hace referencia a la situación que generalmente se plantea, donde "uno o varios inocentes fiduciarios depositan su confianza (y su dinero) en un fiduciario que accedió contractualmente y con las mejores intenciones a hacerse cargo de llevar adelante un proyecto inmobiliario y para ello recibió el dinero, contrató a la empresa constructora, a la que se encargaría de la dirección de obra, a los abogados que gestionarían los permisos municipales en fin, puso en marcha el proceso de construir la nueva y lujosa residencia, sin embargo, tarde o temprano descubren que han sido defraudados, ya sea porque lisa y llanamente el fiduciario desapareció con el dinero o porque antes de terminar la obra debió pedir más ... y los felices huéspedes descubran tristemente la mala calidad de los materiales usados en lugar de aquellos de primera línea que se les había prometido y presupuestado" también se analiza tal problemática cuando este grupo empresario bien opta por tomar un rol a primera vista central pero, en realidad, escasamente relevante desde lo legal, "como el de posicionarse bajo la figura del developer inmobiliario. Bajo este ropaje, saldrá a buscar inversores para comprar el terreno, a quienes seducirá por dinero explicándoles que se trata de un negocio inigualable, ya que están en la etapa de la "pre-venta" y, por ende, los márgenes de ganancia son enormes. Luego, invertirá dinero en publicidad y se ocupará de la comercialización de las nuevas torres residenciales de alta categoría pescando fácilmente a las primeras familias con ansias reales de mudarse porque se trata de la venta del inmueble "en pozo". Será, en definitiva, la "cara visible" del proyecto, quien prepare y exhiba los show-rooms, y quien convenza a efectuar la inversión, porque, entre otras cosas, el proyecto contempla que - para seguridad de todos los adquirentes- el dinero será entregado a un fiduciario, quien lo manejará bajo los estrictos cánones de un fideicomiso, que en el imaginario de la gente común o de los legos es sinónimo de confianza. "(25)

En el análisis desde el punto de vista del derecho penal de la figura de defraudación, rápidamente nos encontramos en la dificultad probatoria que presenta el dolo específico que presenta la figura, pero la cuestión difiere cuando lo analizamos desde el punto de vista del derecho civil, particularmente desde la óptica del derecho de consumo, la cual nos da herramientas tales como la solidaridad, carga de la prueba, etc, para poder paliar esta situación y mejorar la posición del adquirente.

Particularmente el daño punitivo figura que como vimos cumple una función disuasoria; podría cumplir validamente aquí esa finalidad, coartando de tal manera el oportunismo contractual señalado de empresarios -proveedores- que no cumplen debidamente sus compromisos debido a como vimos poca inversión, poco riesgo de su parte que se lo transmiten en definitiva al consumidor.-adquirente, fiduciario, beneficiario- a través de una información distorsionada. Con ello quiero señalar que al menos los requisitos que seguramente la doctrina y jurisprudencia irán imponiendo para su aplicabilidad esto es esto es una conducta, repugnante, indignante, o antisocial

Es decir que en las hipótesis señaladas, esa actitud del fiduciario y asociados, serán pasibles claramente de la aplicación de este instrumento por el cual se sanciona a quienes siendo responsables de un daño, y obtienen con el también un lucro, teniendo especial consideración cuando se comprueba que el responsable actuó con sucede en este caso con una grave indiferencia hacia los derechos de los demás.

El daño ambiental

En otro orden, ya no frente a los contratantes sino frente a la sociedad, estos

emprendimientos inmobiliarios -fiduciarios, developers, financistas, etc- son pasibles por medio del daño punitivo de responder ante el daño ambiental causado por la construcción de un edificio u otro proyecto inmobiliario.

El concepto de "daño ambiental" posee características diversas y a la vez complejas, dado que la realidad sobre la que se funda presenta fáctica y jurídicamente planos que pueden ser sujetos a interpretaciones poco precisas. Estas imprecisiones crean un contexto en el que resulta indispensable la orientación al empresario y/o inversionista, a implementar acciones preventivas y reparadoras para evitar la sanción del daño punitivo.

En el marco planteado, adquiere particular relevancia la posibilidad o no de asegurar el mismo, cuestión que si bien algunos se han inclinado a que es posible asegurarse, y los seguros si podrán adecuar sus pólizas, también podrán no cubrir eventualidades que puedan generar daños punitivos. Lo cierto es que todavía esta en plena discusión en términos similares a la dada en torno a la asegurabilidad del dolo.(26)

4. CONCLUSIÒN

La ley de defensa del consumidor al incorporar en la nueva reforma expresamente los "negocios inmobiliarios" categoría de la cual participa el fideicomiso inmobiliario en todas sus formas, de alguna forma le pone coto a los posibles abusos que puedan llevar adelante aquellos que se posicionan por su especialidad técnica y económica en la parte fuerte del contrato, frente a la debilidad que pueden ostentar aquellos pequeños inversores o familias que pretendan adquirir su vivienda mediante esta modalidad.

Además de ello la ley incorpora esta figura del daño punitivo, que va mas allá de las fronteras de nuestro régimen de responsabilidad civil, puniendo y básicamente cumpliendo en el caso una función importante en este nuevo y complejo escenario de los negocios económicos y jurídicos, como es la "preventiva".

Parafraseando a Diez Picasso, en este aspecto de prevenir el daño podemos decir que "si el costo de ser precavido es muy alto y es alto el beneficio que se obtiene de no serlo, porque las indemnizaciones se van a mantener en márgenes aceptables, la idea de que quien no fue precavido y por ello fue condenado, decidirá serlo en el futuro"(27)

NOTAS AL PIE:

(1) NICOLAU Noemí Lidia. "Fundamentos de derecho contractual. Teoría general del contrato". Ed. La Ley.2009. Tomo I. Pág.421.

(2) LOPEZ DE ZAVALIA, Fernando J., Teoría de los contratos. Parte general. Ed. Zabalía. Buenos Aires. año 2003. Tomo I. pág. 146/9

(3) ITURRASPE, Jorge Mosset, Del micro al macro sistema y viceversa. el dialogo de las fuentes. Rubinzal-Culzoni. Revista de derecho Privado y Comunitario. 2009-1. Pág. 23

(4) FARINA, Juan M., Defensa del consumidor y del usuario. Comentario exegético de la ley 24.240 con las reformas de la ley 26.361, 4 edición actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 2008, pág. 22.

(5) Art. 42 Constitución Nacional: "Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno.

Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los

mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios.

La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control"

(6) NICOLAU... "Fundamentos de derecho contractual. Teoría general del contrato" ob. Cit. Pág. 425. El resaltado me pertenece.-

(7) FRUSTRAGLI Sandra A. HERNANDEZ, Carlos A. "Primeras consideraciones sobre los alcances de la reforma a la ley de defensa del Consumidor, con especial referencia a la materia contractual" J.A. Número Especial. Régimen de defensa del consumidor. 2008. II. Pág.4/5.

(8) Se puede ver en referencia al tema el trabajo de ALTERINI Atilio, A " Las reformas de la ley de consumidor. Primera lectura veinte años después". LL del 10.04.2008.-

(9) Ver. ROSSI, Jorge Oscar, en "La reforma al régimen del consumidor por ley 26.361". Ed. Abeledo Perrot. Bs. As. 2008. Pag 25.-

(10) ARIZA, Ariel. "contratación inmobiliaria y defensa del consumidor". La reforma del régimen de defensa del consumidor por ley 26.361". Abeledo Perrot. Pág. 48.-

(11) Ponencia del XXII JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL "V CONGRESO NACIONAL DE DERECHO CIVIL" Córdoba, 23, 24 y 25 de setiembre de 2009. "aplicación de la ley de defensa del consumidor al corretaje inmobiliario"

(12) Si bien prevalece la interpretación efectuada en este párrafo, caber recordar que algunos señalan que la aclaración efectuada parece haberse introducido -conforme los fundamentos del proyecto- con el propósito de dejar afuera de la Ley de defensa del consumidor a los inmuebles, salvo las operaciones antes señaladas. Para ello ver el despacho que fundamentaba la ley en su art. 10. Ver también en Pág. 6 Ob. Cit, de Frustrali .Hernández, Ja. 2008-II.

(13) GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo. El consumidor inmobiliario. Su tutela en la ley 24240 reformada por la ley 26.321". J.A-II. Pag. 50/51. Ver también C. Nac. Cont. Adm. Sala 2. "Banco Hipotecario Nacional c. Ciudad de Bs. As. " (Ja. II- 342; y LL 2005 E-436)

(14) El BOE de 30 de noviembre publicaba el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (RCL 2007164) , por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (RCL 1984906) y otras leyes complementarias. Vid en www.aranzadi.es

(15) Esta particular figura resulta de gran relevancia en el ámbito de los inmuebles. Así, - explica Iturraspe- que para el Código Civil, el adquirente de bienes, con base en la aptitud presumida, no podría accionar por vicios o derechos visibles o aparentes, si eran tales, si pudieron ser observados y motivar el rechazo del producto, no se justificaba que dieran pie a reclamos por parte de quien, aunque de modo tácito o callado, habría aceptado el bien brindado por el proveedor. De ahí que el artículo 2164 pusiera el acento en el carácter "oculto" del vicio o defecto y agregaba que de "haberlos conocido adquirente, no lo habría adquirido o habría dado menos..." Otra muy diferente es la solución del microsistema, que al descartar la aplicación del art. 2170, y sostener la aplicación del art. 2176, posibilita que consumidores y usuarios puedan promover reclamos aun por vicios que son aparentes, pudieron ser conocidos e incluso que los adquirentes por su profesión u oficio deberían conocer. (Iturraspe. Ob. Cit. Revista de derecho privado y comunitario. Pág. 28)

(16) Sin perjuicio de la interpretación dada al mismo de hacer extensivo el concepto de

volver las cosas al estado anterior, tanto a la reparación del daño mismo como también a la devolución de las ganancias que otro ocasionó con el daño.

(17) Bustamante Alsina entiende que Puede sí afirmarse la convicción de que los punitive damages tendrían un antecedente en los aggravated damages, introducidos en la jurisprudencia de Inglaterra en el siglo XVIII, originariamente concebidos como clave resarcitoria para ilícitos de especial gravedad a los cuales no les corresponde una acción autónoma o un daño concreto de fácil liquidación. Estos daños se concedían como una suerte de compensación extra por la ofensa al honor, a la dignidad, etc. La ambigüedad de estas categorías o conceptos ha conducido a ciertos autores, a sostener que hay pocas o ninguna sentencia sobre los "daños punitivos" o dommages intérets punitifs que no puedan ser explicados como ejemplos de dommages intérets agravados. Sin embargo no es dudoso desde el fallo "Rookes v. Barnard" dictado en Inglaterra por la Cámara de los Lores en 1964, que los dommages intérets punitifs forman una categoría aparte. La sentencia se dictó en un caso de intimidación durante un litigio comercial. Lord Devlin consagró en su opinión algunos desarrollos de dommages intérets punitifs. Reconoció así que la función primera de los daños y perjuicios es de reparar el perjuicio sufrido por la víctima, mientras que los dommages intérets punitifs tienen por objeto castigar y disuadir al culpable, lo que constituye una institución intermedia entre el derecho penal y el derecho civil. Lord Devlin creyó conveniente por lo tanto limitarlos a tres tipos de situaciones. La primera comprende el comportamiento opresivo, arbitrario o inconstitucional de los funcionarios. La fuente y el origen de esta categoría fue el famoso caso Wilkes v. Wood. Lord Devlin se preocupó de no extender esta categoría a los actos coercitivos de personas privadas, físicas o morales. Ella se aplica por lo tanto al gobierno y a sus funcionarios, pues el uso de sus poderes debe ser siempre subordinado al deber de servicio. La segunda comprende los casos en los cuales el demandado ha actuado conscientemente de modo de obtener un provecho superior a la reparación susceptible de ser atribuido al accionante. Esta situación es frecuente en las cuestiones de difamación o de atentados a la vida privada. La tercera comprende los casos en que los dommages intérets exemplaires son expresamente previstos por la ley (especialmente en casos de falsificación: copyright acts). (Los llamados "daños punitivos" son extraños a nuestro sistema de responsabilidad civil. Bustamante Alsina, Jorge. LL A LEY 1994-B, 860- Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo III, 267)

Caso Ford Pinto "Grimshaw vs. Ford Motor Company" Cort of Appeal of California, Fourth Appellate District, division two. 119 Cal App 3 D. 757; 174 Cal RPTR 348, se impuso una sanción punitiva de 125 millones de dólares para que la empresa automotriz procediera a reparar un defecto de fabricación del automóvil Ford Pinto, que tenía dos defectos de seguridad pasiva: 1) el depósito de combustible estaba ubicado detrás del eje trasero, por lo cual cada cierta cantidad de unidades, alguna necesariamente explotaba con mucha facilidad en caso de colisión; 2) Por otra parte, la carrocería era muy endeble, lo que motivaba que en caso de colisión el vehículo dejaba atrapados a sus ocupantes a causa del bloqueo de sus puertas.

La información que manejaba Ford era la siguiente: si bien el costo de reparación por cada auto era de U\$S 11 dólares, ello implicaba 137,500 millones de dólares para la reparación, debido a los más de doce millones de autos vendidos. Como el costo de reparación de los eventuales daños por accidentes sería el costo de demandas por 180 vidas y 180 lesiones por quemadura grave, lo cual insumiría sólo 49,500 millones de dólares, en función de dicha información y la utilización del análisis costo-beneficio, la controvertida decisión empresarial fue de no hacer las modificaciones necesarias porque

- le resultaba más oneroso realizarlas que pagar los costos por los daños
- (18) ÁLVAREZ LARRONDO, Federico M. La incorporación de los daños punitivos al Derecho de Consumo argentino. JA 2008-II-1246 - SJA 28/5/2008
- (19) ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde y GONZÁLEZ ZAVALA, Rodolfo M., "Indemnización punitiva", en Bueres, Alberto J. y Kemelmajer de Carlucci, Aída (dirs.), "Responsabilidad por daños en el tercer milenio", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 188
- (20) No me imagino a nuestros virtuosos legisladores tratándole de explicarle a Aristóteles -claro que un cierto grado de coherencia- las virtudes de legislar de esta nueva forma rápida, extorsiva e irreflexiva, frente al virtuoso y lógico sistema por este propuesto y a la postre adoptado por nuestra constitución. Decía en su oportunidad que "conviene que las leyes bien establecidas definan todo cuanto sea posible por si mimas y dejen a los jueces lo menos posible...ya que la legislación es el resultado de un largo proceso de reflexión, mientras que las sentencias son momentáneas, leyes son producto de la reflexión..." ARISTOTELES, "Retorica" pag.10.-
- (21) LISOPRASWKY. La Ley 2008. A. Pág. 652
- (22) Ob. Cit., LA LEY2007-D. Pag. 911
- (23) GARRIGUES DIAZ-CAÑABATE; pássim, p. 20. Ob. Cit . LA LEY2008-B,
- (24) LISOPRAWISKY , Silvio, DEL SEL, Juan María. En "Responsabilidad del "developer" en el fideicomiso inmobiliario" LA LEY2008-A, 652
- (25) LISOPRAWISKY, DEL SEL. Ob cit.
- (26) ANA INÉS ELÍAS, "Daño Punitivo. derecho y economía", en ARIZA, ARIEL, La reforma al régimen de Defensa al Consumidor por Ley 26.361, 1ª ed., AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2008, p. 156.
- (27) DIEZ PICAZO y PONCE DE LEON, "Derecho de daños", p. 48 Cit en. LL 2009.747.- b

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.saij.jus.gov.ar

Fecha: 8 DE AGOSTO DE 2011

:

Editorial:

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 340 Art.1078, Ley 340 Art.1083, Ley 340 Art.1132, Ley 340 Art.1197, Ley 340 Art.1198, Ley 340 Art.2662, Constitución Nacional Art.42, Ley 24.240, Ley 24.240 Art.1, Ley 24.240 Art.3, Ley 24.240 Art.4, Ley 24.240 Art.7, Ley 24.240 Art.8, Ley 24.240 Art.8, Ley 24.240 Art.10, Ley 24.240 Art.10, Ley 24.240 Art.18, Ley 24.240 Art.37, Ley 24.240 Art.40, Ley 24.240 Art.47, Ley 24.240 Art.49, Ley 24.240 Art.50, Ley 24.240 Art.52, Ley 24.441 Art.1, Ley 24.441 Art.26, LEY 26.356, LEY 26.361

REF. BIBLIOGRAFICAS

- ALTERINI Atilio, A "Las reformas de la ley de consumidor. Primera lectura veinte años después". LL del 10.04.2008
- ÁLVAREZ LARRONDO, Federico M. La incorporación de los daños punitivos al Derecho de Consumo argentino. JA 2008-II-1246 - SJA 28/5/2008
- ARIZA, Ariel. "contratación inmobiliaria y defensa del consumidor". La reforma del régimen de defensa del consumidor por ley 26.361". Abeledo Perrot. Pág. 48.-
- BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Los llamados "daños punitivos" son extraños a nuestro sistema de responsabilidad civil. LL A LEY 1994-B, 860-Responsabilidad Civil Doctrinas

Esenciales Tomo III

- CARREGAL, Mario: "El fideicomiso: su aplicación desde la sanción de la ley 24.441", LA LEY, 2007-B
- ELÍAS ANA INÉS, "Daño Punitivo. Derecho y economía", en ARIZA, ARIEL, La reforma al régimen de Defensa al Consumidor por Ley 26.361, 1ª ed., AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2008
- FARINA, Juan M., Defensa del consumidor y del usuario. Comentario exegético de la ley 24.240 con las reformas de la ley 26.361, 4 edición actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 2008.
- GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo. El consumidor inmobiliario. Su tutela en la ley 24240 reformada por la ley 26.321". J.A-II. Pag. 50/51
- ITURRASPE, Jorge Mosset, Del micro al macro sistema y viceversa. el dialogo de las fuentes. Rubinzal-Culzoni. Revista de derecho Privado y Comunitario. 2009-1.
- LISOPRAWISKY, Silvio, DEL SEL, Juan María. En "Responsabilidad del "developer" en el fideicomiso inmobiliario" LA LEY2008-A, 652
- LISOPRASKI, Sergio. "Oferta pública de fideicomisos "no financieros". LA LEY2007-D, 911
- LISOPRAWISKY, Silvio. "Fideicomiso, ni ángel ni demonio". LA LEY 2007-E, 1038
- LISOPRAWISKI, Silvio V. - KIPER, Claudio M "TRATADO DE FIDEICOMISO" LexisNexis - Depalma. 2003
- LISOPRAWISKY, Silvio. MATORELL, Ernesto E "Crisis de fideicomisos emblemáticos. Nuevos alcances de la responsabilidad del fiduciario" Publicado en: LA LEY 2009-C
- LORENZETTI, Ricardo Luís. Tratado de los contratos. Tomo III. Ed. Rubinzal Culzoni. Bs. As. 1999
- LOPEZ DE ZAVALIA, Fernando J., Teoría de los contratos. Parte general. Ed. Zabalía. Buenos Aires. año 2003. Tomo I.
- MAQUEZ, Fernando. "Fideicomiso" La Ley .Bs.As. 2008.
- MARQUEZ, Fernando. "Notas sobre el fideicomiso con fines de garantía". JA 2000-IV-1225
- MATORELL, Ernesto E. "Fideicomiso: La imperativa necesidad de reformar la ley 24.441" LA LEY2008-B, 1156.-
- MOLINA SANDOVAL, Carlos A. La protección jurídica del adquirente de unidades funcionales y el fideicomiso inmobiliario LA LEY2007-E, 1288
- NICOLAU Noemí Lidia. "Fundamentos de derecho contractual. Teoría general del contrato". Ed. La Ley.2009. Tomo
- PIAGI, Ana "el derecho comercial y los desafíos de la modernización" Publicado en: LA LEY 1997-F
- KIPER, Claudio, LISOPRAWISKY, Silvio. "Obligaciones y responsabilidad del fiduciario". Depalma. Bs. As. 1999.
- KIPER Claudio y LISOPRAWISKI Silvio Víctor "Fideicomiso, dominio fiduciario y securitización", de, Buenos Aires, Depalma, 1995,
- ROSSI, Jorge Oscar, en "La reforma al régimen del consumidor por ley 26.361". Ed. Abeledo Perrot. Bs. As. 2008.
- URRETS ZABALIA, Pedro. "Responsabilidad civil del fiduciario" Ed. Rubinzal Culzoni. 2002
- ROSSI, Jorge Oscar, en "La reforma al régimen del consumidor por ley 26.361". Ed. Abeledo Perrot. Bs. As. 2008.
- ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde y GONZÁLEZ ZAVALA, Rodolfo M., "Indemnización punitiva", en Bueres, Alberto J. y Kemelmajer de Carlucci, Aída (dirs.), "Responsabilidad por daños en el tercer milenio", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997

Fideicomiso: Elementos y caracteres del fideicomiso inmobiliario

Texto completo

CHIALVO, TOMÁS PEDRO

Publicación: www.saij.jus.gov.ar, JUNIO DE 2011

SUMARIO

FIDEICOMISO-FIDEICOMISO INMOBILIARIO:CARACTERES;EFECTOS-TRANSMISION DEL DOMINIO

TEXTO

I.- Aspectos generales:

a.- Introito:

En un lineamiento similar a nuestra orientación codificadora fincada en un sistema de neto corte continental europeo, y con profundas raíces romanistas, encontramos los primeros orígenes de esta figura en la antigua roma y por extensión en todo el resto del imperio.

Así la "fiducia" o confianza (1) tenía efectiva aplicación para la concertación de determinados negocios o encargos dentro del marco de la vida civil, y en ciertas relaciones entre los ciudadanos y sus familias siempre con base en la buena fe. En ese orden social se presentaba principalmente bajo dos formas, la fiducia cum creditote contacta (otorgamiento al acreedor de una garantía real) y la fiducia cum amico contracta (transmisión de dominio de un bien a un tercero amigo para que lo administre y luego lo revierta al dueño originario)(2).-

Tales figuras, como se podrá observar en el desarrollo del presente trabajo, se traducen contemporáneamente en lo que conocemos como fideicomiso de garantía y de administración, y bajo las cuales se desarrollan la gran inmensidad de emprendimientos inmobiliarios.

Otras formas (3) de manifestación de esta expresión fiduciaria, se dio en el derecho Romano y como origen principal de la misma se le suele atribuir al Derecho Sucesorio (4), allí se la utilizó para ejecutar actos prohibidos o revestidos de formalidades costosas; tuvo también algún desarrollo en el ámbito familiar, este último denominado fideicommissum, convocado para la protección de menores, dementes, ancianos, inhabilitados, inexpertos, quienes transfieren su patrimonio a un fiduciario para su Administración.

Por su parte en el derecho anglosajón, encuentra correlato en la figura del trust, cuya acepción jurídica implica el derecho de dominio de bienes muebles e inmuebles que una persona tiene en favor de otras. Conociéndose dos grandes tipos de trust el "express trust" y el "implied trust".(5)

Ya situados en nuestro derecho, podemos observar que ese tipo de dominio contiene una sola disposición ubicada en el título VII del libro III, relativa al dominio imperfecto. En ella se dispone que el 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. Tal inclusión, si bien habilitaba a utilizar el fideicomiso, no resulto nunca una base firme para

construir sobre ella estructuras de financiamiento de inversión con finalidad de brindar mayor seguridad jurídica de inversores. Lo que llevo a que algunos afirmaran que la República Argentina únicamente contó con una paupérrima normativa que sólo regulaba el dominio imperfecto (Arg. art. 2662, Cód. Civ.)(6). Al respecto Tinti indica que el codificador se ocupó de la cuestión al momento de tratar los derechos reales (Libro Tercero), pero omitió considerar su constitución por contrato(7)

Ya instaurado el "fideicomiso" como contrato en la mayoría de las legislaciones modernas, se vio el auge del mismo relacionado con el devenir histórico de los avances de la economía. Entre otros fenómenos importantes podemos señalar al surgimiento de la banca ya sea privada o estatal con suficiente respaldo para suscitar confianza en los inversores permitió a esta figura tener una gran expansión como instrumento de ahorro e inversión.-

Lo cierto es que viene esta estructura jurídica a contener una forma bastante heterogénea de contratación que puede asumir variadas siluetas, y que tiene como fin esencial constituir un dominio diverso al que habitualmente conocemos, tal como se encuentra previsto en nuestro ordenamiento jurídico de "dominio pleno" para configurar lo que podríamos llamar, negocio fiduciario que consecuentemente otorga un dominio fiduciario.

Ello así, la singular importancia que esta ganando esta figura en la instrumentación de los negocios inmobiliarios, convirtiéndose en una modalidad contractual muy estilada entre otras finalidades, para financiar la construcción de edificios y otros emprendimiento inmobiliarios.-

b.- Su incorporación al derecho Argentino

En nuestro país, encontramos regulada esta institución en la ley 24441 y tal como esta actualmente legislada, podemos decir que la misma se ha inspirado principalmente en la figura del trust de derecho anglosajón, teñido de principios del derecho continental, como así también que tiene como antecedente importante inmediato la regulación el Código Civil de Quebec, Canadá. También, aunque en menor medida, el Código Civil de Colombia, La ley General de Títulos y Operaciones de México y de la República de Panamá, y por su puesto el proyecto de reforma del año 1992.(8)

Prueba de ello, es el fundamento del proyecto de ley que reglamento el Fideicomiso. En el mismo se expresa la adscripción en la moderna tendencia que siguieron países como Francia, que allá por el año 1962 dio inicio a una reforma de la legislación civil, instituyendo la figura de la Fiducia. Esta figura, si bien en algunas legislaciones resulta desconocida, no es otra que el correlato de la institución análoga del trust anglosajón, en rigor una forma de constitución de un patrimonio de afectación de los bienes sometidos a su régimen.(9)

Sintetiza el origen del instituto, el Dr. Marquez (10) expresando que "el Fideicomiso (en el derecho latinoamericano), fiducia (en el derecho europeo), trust (en el sistema anglosajón del common law) o treuhand (en el alemán), son diferentes denominaciones para la relación jurídica por la cual una parte (fiduciante, "constituyente", "settlor") transfiere la titularidad de uno o varios bienes a la otra ("fiduciario", "trustee"), para su afectación a una determinada gestión en beneficio del mismo constituyente o de un tercero"

Tal estatuto legal se erige actualmente en el marco jurídico de la operatoria sobre inmuebles, que lo podemos encontrar desde grandes proyectos de construcciones, desarrollos de torres o edificios en propiedad horizontal, emprendimientos urbanísticos

como barrios cerrados, clubes de campo, hasta un simple loteo en donde se comercializa cada uno de las superficies menores resultantes de la superficie mayor -lotes-, bienes que resultan administrados o en cabeza del fiduciario.

Ese tipo de comercializaciones que se desarrollan e instrumentan bajo la figura del fideicomiso, dio lugar al apelativo de "Fideicomiso inmobiliario", el cual si bien no es una especie tipificada del género contractual fideicomiso de la ley 24.441, ni tiene una regulación propia, es una más de sus muchas y variadas aplicaciones, bajo las normas del Título 1 de dicha ley.-

En orden a su inspiración parlamentaria, no debemos olvidar que la sanción de la misma obedeció a motivos tan caros para nuestro país como lo es la "vivienda". Tal importancia, no solo debemos verla como un simple adecuamiento o encauzamiento a de la exigencia constitucional de poder acceder a la "vivienda digna" tal como lo señala de manera directa nuestra carta magna (art. 14 bis), -deber claramente incumplido por nuestra clase dirigente evidenciado en la constante omisión de medidas dirigidas en ese sentido- sino como un verdadero cumplimiento de la manda constitucional ya que la misma trata fundamentalmente de satisfacer esa necesidad constitucional. Basta solo advertir que la misma nace intitulada "financiamiento de la vivienda y la construcción".

Los antecedentes parlamentarios nos brindan el verdadero espíritu de la ley. El diputado (11) que tuvo la oportunidad de informar el despacho de la mayoría, que luego se transformaría en la ley, decía se trata de un nuevo instrumento de fundamental importancia para el ingreso de capitales. Los objetivos de la ley se asientan sobre pilares básicos que comprenden un adecuado marco jurídico que posibilite la organización del crédito hipotecario, fundamentalmente mediante la utilización de figuras que den el máximo de garantías a los inversores, tanto nacionales como extranjeros.

Así, de acuerdo con dicho mensaje, los objetivos de la sanción de dicha normativa se enderezan a proporcionar instrumentos legales comunes capaces de facilitar la inversión sectorial en vivienda para compra, venta o locación, canalizar el ahorro de la comunidad hacia ese sector, facilitar el acceso a préstamos de largo plazo para la construcción o compra de vivienda, fomentando y reduciendo los costos de la construcción misma como así también de las transacciones inmobiliarias.

Si bien esta ley incorpora esta substancial figura jurídica, lo cierto es que conforme al creciente déficit habitacional que vivimos en la actualidad fácilmente se podría colegir que tal normativa no ha cumplido con su objetivo, pero si otros y de gran importancia como lo es la utilización que de ella se hace para encauzar gran parte del movimiento económico del país a través de los negocios jurídicos que instrumenta.

Las causas seguramente no son jurídicas sino netamente económicas financieras, pues la crisis financiera del año 2001 dio lugar al boom inmobiliario, pero asociado netamente con la construcción para el segmento ABC1. Es decir, si bien se utilizó esta herramienta jurídica como estructura para los negocios inmobiliarios de esa índole, los mismos no sirvieron para satisfacer necesidades de vivienda sino, más que nada, para especular. Es decir, alojar capitales que antes se valorizaban en el circuito financiero. Implantando mayoritariamente grandes desarrollos inmobiliarios utilizados como inversión. Por otro lado pasó el ladrillo a ser visto como una de las mejores alternativas de refugio contra la inflación -

Al respecto se ha dicho que uno de los negocios fiduciarios que se ha generalizado en la práctica empresarial es el fideicomiso inmobiliario o de construcción, que se debe al crecimiento de la construcción y a la inversión en inmuebles como una posibilidad de inversión segura en un escenario aún confuso desde lo macroeconómico (12).

Sin embargo, no debemos menospreciar esta herramienta, -aún para el fomento de la vivienda-, que muy útil puede resultar. Obviamente solo dependerá de una decisión política.

Recapitulando, podemos concluir en que pese a los motivos que incentivaran el nacimiento de esta ley, lo cierto es que se incorporo -sin efectuar un juicio de valor respecto de la técnica legislativa usada (13)- una figura que viene a regular un vacío que necesariamente debía ser llenado, el de crear un vehículo para encauzar y dar marco legal al "negocio Fiduciario".

En materia inmobiliaria, logro el mismo erigirse como un elemento neurálgico a fin de encauzar la realización de otros negocios que le son "subyacentes", Por ello, muchos inversores se han volcado a la compra de inmuebles vía fideicomisos (14). Por ello se ha dicho que "el fideicomiso regulado en la ley argentina se emparenta con el negocio fiduciario tal como fue ideado por la pandectística alemana a partir de las fuentes romanas. Ambos (el fideicomiso y el negocio fiduciario) son distintas técnicas para canalizar una misma idea de negocio (disociación entre titularidad y beneficio)"(15)

c.- Los tipos de fideicomiso

A fin de efectuar una diferenciación de la modalidad o forma en las que habitualmente se presenta este contrato, podemos clasificarlo -según el fin perseguido con su constitución- en fideicomisos de administración, de inversión y de garantía.-

Lacónicamente podemos decir de ellos, que en los fideicomisos de administración la tarea encomendada al fiduciario consiste esencialmente en la sola gestión de los bienes, en el mantenimiento, en la obtención y distribución de sus frutos, sin otro fin ulterior o distinto. En los fideicomisos de inversión, en cambio, también el fiduciario deberá administrar los bienes fideicomitados, pero su fin será reinvertir o invertir el producido de su gestión a fin de incrementar el patrimonio. Por último los fideicomisos de garantía se constituyen a fin de caucionar obligaciones propias del fiduciante o de un tercero con los bienes dados en fiducia.(16)

Se han clasificado también en fideicomiso de administración, de inversión, de garantía, testamentario, de seguros, de desarrollo, inmobiliarios, prestacionales o de fondos de pensión, del Estado, o por el fin perseguido:(17) traslativo, de seguro de vida, de voto.

En nuestra ley podemos distinguir dos tipos fundamentales en función de la especialización o no del fiduciario esto es el Fideicomiso general y ordinario y la otra que requiere una aplicación específica en la oferta pública de valores negociables fiduciarios, y cuyo fiduciario debe ser una entidad financiera autorizada a funcionar como tal y sujeta a las disposiciones de la ley respectiva o las personas jurídicas que autorice la Comisión Nacional de Valores, este último es que la ley denomina Fideicomiso Financiero.

II.- EL FIDEICOMISO INMOBILIARIO.

a.-Caracterización.-

Como señale anteriormente, este tipo de fideicomiso no tiene regulación propia, sino que resulta una subespecie no legislada y a la cual no se le ha dado un tratamiento específico.

Habitualmente la operatoria negocial de esos fideicomisos inmobiliarios o de construcción, se da de la siguiente manera, en principio cuentan con un aportante del terreno que ocupa la posición contractual de fiduciante y beneficiario por un número

determinado de unidades de propiedad horizontal (que varía según el costo del terreno establecido en el business plan) y se designa a un tercero que será el encargado de cumplir la manda fiduciaria: la construcción del edificio. El fiduciario puede ser la misma empresa constructora o, incluso, se puede delegar en empresas especializadas la dirección, representación, proyecto y administración de la obra y la comercialización de las unidades a construirse, etc. Asimismo, se pueden incorporar nuevos fiduciantes que aporten bienes (efectivo, canje de productos u otros materiales necesarios para la construcción, etc.) a cambio de asumir la posición de beneficiarios de una unidad concreta en el desarrollo inmobiliario. Económicamente, el fiduciante adquiere un derecho a una de las unidades que efectivamente se construya en el emprendimiento (18)

El aporte de los fiduciantes puede ser, también, meramente especulativo (y como inversión) y su posición de beneficiario radicará en las ganancias que obtenga el fideicomiso de la celebración de boletos de compraventa de las unidades integrantes del complejo edilicio. Construido el edificio y cumplidos los compromisos con los adquirentes de unidades habitacionales, la ganancia resultante (en dinero o en unidades) deberá distribuirse entre los beneficiarios.

Como bien lo explica Lisopraski (19), muchos de estos fideicomisos inmobiliarios se constituyen como "grupos cerrados" de inversores originantes que aseguran los aportes suficientes como para llegar a finalizar la obra. Otros, si bien no tienen tales características, se aseguran el financiamiento de la obra con las denominadas "preventas", atrayendo compradores que aprovechan el menor precio de un emprendimiento que es todavía proyecto o recién está en "el pozo". El Fiduciario administrador, o en todo caso por intermedio de los emprendedores, obtiene así fondos suficientes como para cubrir el costo de la construcción y el precio de la tierra. A medida que avanza la construcción van incorporando nuevos inversores o adquirentes. Los menos, por la magnitud o escala de recursos involucrados, reúnen inversores que aportan fondos a un fideicomiso de proyecto inmobiliario complejo y sofisticado, cuyo fiduciario (propietario de la tierra) invertirá en la construcción y comercialización a favor de compradores con los que celebra Boletos de Compraventa, dándole la "chance" al inversor (fiduciante) de una renta importante en el plazo de 4 ó 5 años, si el proyecto prospera.

Para observar la verdadera dimensión de esta figura del fideicomiso inmobiliario en el ámbito financiero durante este año de los \$4 millones emitidos, el 50% fue de fideicomisos inmobiliarios, mientras que el resto fue de los rubros forestal, agrícola, ganadero, de garantía y de dinero, entre otros", asegura el director ejecutivo de la Cámara Argentina de Fideicomisos y Fondos de Inversión Directa en Actividades Productivas (CAFIDAP). Y dentro del rubro construcción el uso de fideicomisos inmobiliarios se extendió tanto que hoy abarca al 85% de los desarrollos en curso. Haciéndose la mayor parte de los emprendimientos con este instrumento y la tendencia es que vaya convirtiéndose en el único vehículo de la construcción, en reemplazo de la formación de sociedades anónimas (20)

b.- Figura fiduciaria utilizada. (El fideicomiso de garantía y de administración)

Los fideicomisos inmobiliarios, generalmente se encuadran como "ordinarios" cuando fiduciante y beneficiario son la misma persona. Se los distingue de los fideicomisos financieros porque además de los requisitos anotados -Fiduciario profesional, régimen específico- básicamente su importancia deriva de su menor complejidad y en el aspecto económico por no gozar de las ventajas impositivas como exención en IVA, régimen de

deducciones en Ganancias, exención del Impuesto al Cheque etc.

Dentro del llamado fideicomiso ordinario puede adoptar la forma de fideicomiso de administración o de garantía.

Los fideicomisos de garantía que alcanzan a ahorristas e inversores no profesionales, y se tratan de emprendimientos en donde el fiduciario -que generalmente resulta un Banco-, a la vez que financia, tiene el dominio del terreno y delega la administración, venta, etc. en terceros, porque en definitiva la circunstancia de ser simultáneamente prestamista no lo hace ser menos fiduciario en lo que a responsabilidad respecta (arg. art. 7º, primer párr., ley 24.441)(21)

Este sistema encuentra su origen en la financiación bancaria. Así un banco previo admitir la factibilidad del proyecto que le presentaba su cliente, -empresa constructora-, comienza a hacer desembolsos de dinero para el inicio de la obra, estudios técnicos, aprobación de planos, subdivisión de lotes, etc. Esos desembolsos, parte de un crédito global de mayor monto, debían garantizarse en conjunto con el crédito total mediante hipoteca (22).

Por otro lado podemos decir que principio la figura utilizando los fideicomisos llamados de administración, en el cual se transfiere la propiedad de bienes a un fiduciario para que los administre conforme a lo establecido por el constituyente destinando el producido, si lo hay, al cumplimiento de la finalidad señalada en el contrato en el cual las empresas constructoras proyectan la construcción de edificios; efectúan el aporte del terreno y mediante la obtención de créditos iniciales, o con fondos propios junto con el proceso de "preventa", iniciaban la obra. Con la variante de que los interesados compraban -como se señaló supra- la obra "en pozo", y así, financiando el precio total de venta de las viviendas en cuotas, obtenían de los compradores los recursos para finalizar la obra y obtener su ganancia.

Otra forma también consistió en la constitución de condominios con la formación de consorcios, o preconsorcios, donde los compradores adquirirían partes indivisas del inmueble general, equivalentes al futuro porcentual a asignar a su unidad, con los problemas y conflictos que apareja someter una inversión colectiva a la buena o mala fortuna de sus integrantes, dejando el proyecto a merced de fallecimientos, divorcios, embargos y quiebras, entre otros avatares.(23)

c.- Las partes intervinientes.

En todo contrato de fideicomiso inmobiliario las partes habitualmente son las siguientes: Fiduciante (que también puede asumir el nombre de fideicomitente o Constituyente) y al que podemos definir como aquella personar que generalmente resulta el propietario del bien que se trasmite en fideicomiso y además es quien debe instruir al fiduciario acerca del encargo que deberá cumplir, resultando estos el aportante del terreno o el futuro adquirente de la unidad que puede ingresar mediante la compra por ejemplo de una unidad de un edificio a ocupar el lugar de fiduciante.

Estos fiduciantes posteriores adhieren a un contrato anteriormente otorgado, reconociendo la doctrina (24) que resulta necesario que se establezcan previamente los requisitos y condiciones de ingreso, como asimismo posibilitar -en caso de que los beneficiarios hayan adquirido el bien para comercializarlo luego- las cesiones de los derechos de los fiduciantes-beneficiarios a la adjudicación del inmueble prometido por los aportes realizados, debiendo en ambos casos notificar en forma fehaciente al fiduciario para que tenga actualizada la lista de los fiduciantes-beneficiarios a quien al adjudicar la

unidad o entregar las sumas de dinero producto de la venta a terceros de dichas unidades. Vemos en esta última variante que poco puede instruir el mismo al fiduciario cuando el proyecto habitacional esta casi concluido.-

El beneficiario o fideicomisario, esto es quienes reciben los beneficios del negocio, resultan según la modalidad utilizada los adquirentes de las futuras unidades, es decir habitualmente se pueden confundir en este particular negocio afín al rubro inmobiliario con el fiduciante. Habitualmente los fiduciantes aportantes del lote o de dinero recibirán luego como contraprestaciones por lo aportado, dinero de la comercialización de los bienes o en metros construidos, es decir, asumen en el mismo contrato el rol de beneficiarios.

Por otro lado encontramos al "fiduciario", quien asume el otro rol en el contrato, esto es adquiere la propiedad fiduciaria y la obligación de darle la finalidad impuesta por la ley y básicamente por el fiduciante. En este polo de la relación, se encuentra generalmente encarnizada por el banco, la empresa constructora etc.

Respecto de esta persona es recomendable, en atención de la naturaleza del contrato que este no asuma roles de beneficiario o fideicomisario, pues puede verse perjudicada o perturbada su objetividad y transparencia de su actuación como "buen hombre de negocios" al posibilitársele adquirir para sí bienes fideicomitidos, como así también que el mismo resulte en el realidad -pese a la prohibición - resultar o pertenecer al mismo grupo empresario que a la vez sea fiduciante.

Conforme lo explicado en los puntos precedentes la figura del fiduciante, del fiduciario y del beneficiario puede estar representadas por diversas personas según sea la operatoria. Es decir se trata de un negocio complejo en donde se transfiere un bien en propiedad fiduciaria, constituyendo el mismo un patrimonio de afectación, en el cual el fiduciario la administra a favor de un beneficiario, en esa tarea es de remarcar que también se entremezclan roles específicos de cada actividad, como el desarrollo, la administración, el financiamiento y la estructura de propiedad de los emprendimientos inmobiliarios que plantean cuestiones de características únicas y cuya omisión acarrearía la consecuente responsabilidad.-

d) El patrimonio fideicomitido.

Ya sea el terreno en sí mismo, las mejoras que el se vayan produciendo -vg. Construcción de departamentos, urbanización de terrenos mediante el tendido de luz, gas natural, calles, cordón cuneta etc- en ese patrimonio cuya titularidad fiduciaria (25) que ostenta el fiduciario, constituye jurídicamente un patrimonio separado.

Y sobre el cual claramente explica el Dr. Marquez en su obra, el rol de cada una de las partes. Así el patrimonio separado se encuentra bajo la titularidad del fiduciario, quien tiene derechos de disposición, uso y goce de los bienes con ciertos límites. El fiduciante, - que puede ser quien aporta el terreno para el emprendimiento inmobiliario, o que adquiera un futuro departamento ingresando a la relación como fiduciante adherente- luego constituyente del fideicomiso, carece de facultades sobre el patrimonio, salvo las que se hubiese reservado (derecho de revocación... o de supervisión), y los que la ley le concede (pedir la remoción del fiduciario art. 9 L.F), y el Beneficiario o Fideicomisario, no tienen derechos reales sobre los bienes -ej. del departamento que adquirieron bajo la figura de beneficiario de una unidad departamento del proyecto inmobiliario cuyo edificio es la propiedad fiduciaria que administra el fiduciario- sino solo acciones personales a los fines de obtener los beneficios que el contrato les concede, además de las facultades

especiales que la ley le otorga (V.G derecho a pedir rendición de cuentas)(26)

III.- ASPECTOS GENERALES DE LA RESPONSABILIDAD DEL FIDUCIARIO

Legalmente, si bien son varias las obligaciones que tendrá el fiduciario y lógicamente variarían también de conformidad con la naturaleza del negocio y condiciones pactadas entre los contratantes, podemos señalar algunas que resultan esenciales y que se encuentran presente en lo más insito de su obrar, podemos así nombrar las siguientes, a saber:

Cumplir las obligaciones impuestas con la prudencia y diligencia de un buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él (art. 6º, ley 24.441)

Ejercer la propiedad fiduciaria en beneficio del beneficiario (ley 24.441 art. 1º) y rendir cuentas de su gestión (art. 7º, ley 24.441)

Mantener la separación patrimonial entre los bienes propios y los que tenga en propiedad fiduciaria (art. 14, ley 24.441)

Ejercer las acciones patrimoniales que correspondan, para la defensa de los bienes fideicomitidos y el cumplimiento de los fines encomendados, art. 18, ley 24.441); y no renunciar intempestivamente;

Transferir a su destinatario los bienes fideicomitidos cuando se extinga el fideicomiso (art. 26, ley 24.441), y no adquirir para sí los bienes fideicomitidos (art. 7º ley 24.441)

Ello así, este fiduciario en el cumplimiento de las mismas, o mejor dicho ante su incumplimiento, puede derivar en la causación de un daño y la consecuente obligación de responder por los perjuicios causados que deriven de ese actuar antijurídico. A fin de su correcto estudio, podemos clasificar esa responsabilidad en interna y externa.

a.- Responsabilidad interna.

Esta esfera de la responsabilidad se refiere a la asumida por el fiduciario frente al fiduciante, beneficiario o el fideicomisario.

Siendo en consecuencia responsable de todo daño o perjuicio causado al fiduciante, al fideicomisario, o al beneficiario, derivado de la no ejecución total o parcial de las obligaciones emergentes del fideicomiso, salvo caso fortuito o fuerza mayor.

Acá estamos en el plano contractual. Sin embargo, sabemos que en nuestro sistema coexisten dos sistemas de responsabilidad: el contractual y el extracontractual. De esta forma el Fiduciario resulta pasible también -en ciertas hipótesis- de responsabilidades extracontractuales, y en lo que hace al denominado "factor de atribución de responsabilidad", como se sabe, el art. 6 de la ley 24.441 dispone que "el fiduciario deberá cumplir las obligaciones impuestas por la ley o por la convención con la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él". A su vez, el art. 7 agrega que el contrato no podrá dispensar al fiduciario "de la culpa o dolo en que pudieren incurrir él o sus dependientes". Está claro en entonces que para el legislador el factor de atribución de la responsabilidad es subjetivo, puesto que el fiduciario será responsable cuando el daño sea el resultado de una acción u omisión culpable; es decir, de haber procedido con negligencia, ligereza o ignorancia de las cosas que debía necesariamente conocer, como "buen hombre de negocios", es decir le genera un especial deber de obrar especialísimo (27).

En este sentido cobra una vital importancia el rol de las cargas probatorias, ante la existencia del daño, pudiendo enunciar como regla general, que acreditado el daño y su

vinculación causal con la conducta del fiduciario por parte del damnificado, cabe presumir la culpabilidad de aquel, quien para liberarse de responsabilidad tendrá que acreditar haber obrado conforme la diligencia de un buen hombre de negocios hubiera adoptado en situaciones de similar naturaleza, y en parecidas circunstancias de tiempo y lugar.(28)

Este standart requerido, habrá que contextualizarlo en el marco del negocio realizado, ya la ley nos brinda un parámetro que se aleja del "buen padre de familia", y habla del "buen hombre de negocios", es decir requiere del mismo una diligencia particular para cada el tipo de negocios o administración que se le encomienda. Este modelo elegido supone tener en cuenta el bien fideicomitado y particularmente el encargo o negocio que se le haya encargado al fiduciario, el que conforme se expreso, la diversidad de la operatoria de que trate cada caso. Así, se requiere distinta competencia personal y dedicación según el giro. No es lo mismo ser fiduciario de un emprendimiento inmobiliario de millones de dólares, con varias torres de edificios, ubicados en un complejo cerrado donde también se comercializa y desarrolla un country -con todo lo que implica, desde el tendido de los servicios de agua, luz etc, hasta la determinación del marco normativo que regirá la vida del complejo-, que el fiduciario testamentario de una sola casa de escaso valor, cuyo objeto es la locación de la misma. En el caso, cada giro requiere especiales conocimientos -profesionalización, y por supuesto una diversa complejidad de estructura para llevar adelante la misma, y tiempo de dedicación.

b.- Responsabilidad externa.

Esta refiere a las derivaciones jurídicas que pueda ocasionarle la relación asumida como motivo u ocasión de sus funciones en el contrato de fideicomisos, o por los bienes fideicomitados frente a terceros, con los cuales contrata o sobre quienes le pesa el deber genérico de no dañar.

El límite de esta responsabilidad se encuentra regulada en la ley 24441, al establecer que : "...los bienes fideicomitados quedarán exentos de la acción singular o colectiva de los acreedores del fiduciario" (art. 15), y por otro lado establece 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" (art. 16).

Esta limitación, que se traduce en los bienes fideicomitados -los cuales no pueden ser agredidos por los otros acreedores del fiduciario derivados de créditos extraños al vínculo resultante de la ejecución del fideicomiso-, desaparece frente a los acreedores del fideicomiso por las obligaciones que contraiga contractual o extracontractualmente con terceros con motivo de la "ejecución" del mismo.

Aquí también se requiere la diligencia del buen hombre de negocios, y deberá responder en caso de no llevar a cabo ese parámetro de conducta frente a terceros con el patrimonio fideicomitados, sin perjuicio de responder internamente por los perjuicios causados al fideicomitente, o beneficiario, con sus propios bienes. En otros términos por el cumplimiento de las obligaciones con terceros solo el patrimonio especial responde. Distinta es la situación de que los terceros no sepan por habérselos ocultado el fiduciario que contrata en ese carácter -de fiduciario-, cabe entender que lo hace para sí y en interés propio, comprometiendo su patrimonio personal, siempre y cuando con quienes contrate hayan sido de buena fe, esto es, no hayan podido saber de la existencia del fideicomiso y que la contratación era en beneficio de este (29)

Respecto de la forma en que debe vincularse con terceros, al resultar como vimos protegido el patrimonio del fiduciario frente a los acreedores del fideicomiso, es

fundamental que al contraer obligaciones por el fideicomiso, el fiduciario lo haga saber expresamente, porque sino de lo contrario, en caso de incumplimiento, cualquier acreedor de buena fe podría ejecutar los bienes personales del fiduciario y los afectados (30)

IV.- PARTICULARIDAD DEL FIDUCIARIO EN EL FIDEICOMISO INMOBILIARIO

El fiduciario en la operatoria propia de llevar a cabo el fin establecido en el contrato, debe realizar varias actividades entre las cuales podemos citar algunas (31), como ser la elaboración del proyecto de obra, y su posterior desarrollo, su instrumentación jurídica - constitución del fideicomiso- .Análisis de alternativas de financiamiento durante todo el proceso de vida del proyecto, es decir desde el momento que es concebido hasta la total construcción y comercialización del mismo. Planeamiento fiscal. Control de avance de obra. Control de calidad. Emisión de información a los beneficiarios. Outsourcing (32) contable, laboral y fiscal. Control del presupuesto base, subcontratos y flujo de fondo de obras. Auditoría de avances de obra y certificación a contratistas.(33)

Obviamente por toda su tarea percibirá una remuneración, y así una vez finalizadas las obras proyectadas transmitirá a los beneficiarios el dominio de las unidades que a cada uno le corresponda.

De ello que en esa operatoria, puede también intervenir generalmente (34) un gerenciador, quien se encargara del gerenciamiento técnico, financiero y administrativo del emprendimiento. Pudiendo haber también un estudio encargado de la elaboración del proyecto de arquitectura para la construcción del edificio proyectado.

Frecuentemente intervendrá una empresa constructora, la cual brindara los principales trabajos de construcción del emprendimiento, pudiendo prestar también los servicios de provisión de equipos, etc. Esta figura tiene relevancia en ordena las responsabilidades surgidas de la calidad de constructor (calidad, vicios, etc.) que ellos realicen. Semejante tarea y responsabilidad también la tiene el director de obra, que es aquel profesional en cuya cabeza recaerán las responsabilidades de ley. Puede también existir según la amplitud de proyecto, alguien que realice las tareas de auditoria.

Aparece también aquí la figura del promotor o desarrollador inmobiliario, quien puede actuar en una edificación como promotor-constructor o como promotor-vendedor. Las variantes son muchas, básicamente se dedican a la promoción de proyectos inmobiliarios en donde se agrupan medios financieros, técnicos y físicos para la realización de los mismos, que pueden consistir en la compra de terrenos, la posterior construcción, el financiamiento de las mismas, la urbanización, etc, con el fin de venderlos.

Se los llama también por el nombre "Developer" y se los ha caracterizado por su rasgo distintivo, que es la profesionalidad en el manejo del negocio, que se concibe como una empresa, en el sentido más amplio y elástico de emprendimiento, asociación de intereses o combinación de objetivos, concertados entre inversores y administradores. Estos conforman un equipo de profesionales, en distintas ramas del conocimiento aplicable a cada caso, que como "out put" diseñan la denominada ingeniería de proyecto ...] El Developer se especializa ...en aprender sobre el terreno, sumando contactos y experiencia, sumando el arquetipo de la organización informal, estructurada de diferentes formas, según sea el proyecto de que se trate e integrada por personas de gran flexibilidad y dominio personal para afrontar las fuerzas de cambio que, necesaria e irremediamente, producirá el proceso al que se aboca (35)

El análisis lógico más elemental, conforme los datos consignados, da cuenta de que esa

tarea propia y específica resulta netamente profesional -en el sentido de que los requerimientos apuntados mas arriba exige un altísimo nivel de especialidad y dedicación-, la doctrina ha criticado el sistema de la ley al descartar en estos supuestos donde se requeriría al alguien de ciertas características y solvencia, con cierto control del estado, pues están ofertando al publico, nuestro país, se ha inclinado a diferencia de la regulación en sistemas latinoamericanas que tratan la materia y en la ley francesa Nro. 2007 del 19 de febrero de 2007, donde se exige el control gubernamental, la exigencia de capitales mínimos y de una infraestructura técnico administrativa adecuada, lo que en cierta medida garantizarían un ejercicio más transparente de estas delicadas funciones. Se prefirió en cambio adoptar el principio de liberalidad a ultranza, que si bien puede resultar loable en ciertas circunstancias, no parecía lo más adecuado para echar a andar una institución extraña a nuestras prácticas jurídicas y negociables (36)

Ya decía el legislador en oportunidad de dictar la presente normativa, "no debemos olvidar que estamos creando una figura que, si no es adecuadamente reglamentada, puede convertirse en un pequeño moustro"(37)

Resulta válido en este estado efectuar una distinción importante, ya que no debemos confundir la fiducia con la regulación que se hizo de la misma. Así, el negocio fiduciario puro no es mas que la "declaración de voluntad a través de la cual el fiduciante inviste a otro, el fiduciario, de una posición jurídica frente a terceros, como medio que excede al fin práctico tenido en vista por las partes, con la obligación de devolver el derecho estando su realización limitada por la convención fiduciaria establecida entre los dos sujetos", y otra cuestión distinta es como se ha regulado. Afirma Lisoprasky "El instituto en sí, no es ni más ni menos "peligroso" que otros previstos en nuestro ordenamiento. Se trata de poner en evidencia que la crítica a veces confunde el objetivo. Apunta a la ley y a la vez descalifica la figura, cuando sólo lo primero debería ser el objeto del ataque"(38)

VI. CONCLUSION

El fideicomiso como instrumento jurídico del negocio fiduciario inmobiliario, se esta trasformando en la herramienta fundamental para este tipo de operaciones, permitiendo múltiples facetas de negociación y desarrollo desde pequeños a grandes desarrollos inmobiliarios debido a la optima versatilidad de la figura y por otro lado la mayor garantía que otorga el patrimonio separado a las partes del negocio. Pese a ello como vimos también puede el fiduciario utilizar las facultades contractuales con otras finalidades y así perjudicar a las otras partes del contrato.

Es sin dudas este contrato de suma utilidad para encauzar los modernos contratos, donde se pueden auscultar complejas situaciones técnicas y financieras de amplia complejidad, la llamada tecno economía globalizada.

Así por otro lado un marco importante de contención deben tener quienes pueden ser victima de los defectos o fallas que pueda padecer tal figura contractual, particularmente por los roles de los actores intervinientes -fiduciario, developers, constructores, etc- y la particular forma de transmisión del dominio, aspecto que seguramente futuras modificaciones a la legislación vigente se ocuparan de su efectiva protección.-

Notas al pie:

1) "fiduciario" proviene del latín: "fiducia", que se traduce como "confianza", y que "fideicomiso" proviene también del latín: "fideicommissum" (de "fides", fe, y "commissus",

confiado). Según el Diccionario enciclopédico hispano-americano. Tal como lo enseñan Kipper y Lisopraski en su libro "el fideicomiso"

- 2) LASCALA, Jorge Hugo. "Practica del Fideicomiso". Ed. Astrea. Bs as. 2005. pág. 1/3.-
- 3) En el dictamen de la minoría, del Proyecto de Ley, se atribuye, por algunos, el origen de los fideicomisos a los derechos griego y egipcio, y luego transmitido al derecho romano por los dos anteriores.
- 4) LORENZETTI, Ricardo Luís. Tratado de los contratos. Tomo III. Ed. Rubinzal Culzoni. Bs. As. 1999. Pág. 294
- 5) LISOPRAWSKI, Silvio V. - KIPER, Claudio M "TRATADO DE FIDEICOMISO" LexisNexis - Depalma. 2003. Negocios Fiduciarios. Pág. 4
- 6) MARTORELL, Ernesto Eduardo: "Prólogo" a la obra "Fideicomiso, dominio fiduciario y securitización", de Claudio Kiper y Silvio Víctor Lisopraski, Buenos Aires, Depalma, 1995, 1ra. Edición, p. IX y sigtes.
- 7) TINTI, Guillermo "El fideicomiso. Su regulación en el derecho Nacional Argentino". Academia Nacional de Derecho. Concurso de Monografías. Año 1996.-
- 8) LASCALA Ob. Cit. Pág. 11.-
- 9) Diario de Sesiones 17 de noviembre de 1994. Pág. Reunión 34&. Ley 24441. Pág. 3777 y ss, Según el informe, el fideicomiso también ha sido objeto de leyes especiales en muchos países de Latinoamérica, Colombia, Chile, Venezuela, México, El salvador. Panamá, Perú y Puerto Rico se ha ocupado del instituto.

La experiencia interesante es la del Código de Québec en el cual la fiducia fue introducida en 1879, suscitando dudas sobre la naturaleza jurídica. La comisión reviso del Código Civil entendió que debía clarificar definitivamente la cuestión, para lo cual entre las dos posibilidades: constituir al fiduciario en propietario o bien erigir al patrimonio fiduciario en un patrimonio de afectación, optó por la segunda alternativa. Así el texto votado por la Asamblea nacional prevé en su artículo 1301 que el patrimonio fiduciario es un patrimonio autónomo distinto del constituyente, del fiduciario y del beneficiario, y sobre el cual ninguno de estos tiene derecho real. La institución del fideicomiso como patrimonio de afectación también esta contemplado en el proyecto de ley Francés de fiducia.

En nuestro derecho esta forma de considerar el fideicomiso también reconoce antecedentes en nuestro país en el proyecto de ley del senador Velásquez, y en el proyecto de ley elaborado por los notarios delegados por Tucumán en la XX Jornada Notarial Argentina, bajo la conducción del ex diputado Fernando López de Zabalía, el que se destaca en sus fundamentos que el objetivo del proyecto es incorporar lo básico del trust anglosajón.

10) MARQUEZ, Fernando, "La incorporación del fideicomiso a las legislaciones uruguayas y argentinas. El modelo legal elegido" Publicado en Revista Crítica de Derecho Privado, Nº 3, Año 2006, Montevideo, Uruguay, 2006

11) Diario de Sesiones citado Palabras del Diputado Costrelli.

12) MOLINA SANDOVAL, Carlos A. La protección jurídica del adquirente de unidades funcionales y el fideicomiso inmobiliario LA LEY2007-E, 1288

13) La que sin duda fue objeto de duras críticas. Se transcribe parcialmente una de ellas, que sintetiza el pensamiento de algunos autores y particularmente se sintetiza con esta frase "Yo hubiera sido una mujer pura, si no fuese por mi cuerpo" (Catalina de Rusia), para luego explicar "En el trance de "apuntalar" a una ley que resulta defectuosa - como hemos visto con detalle de numerosos defectos escogidos "al toque" sobre el infinito universo de los que padece- hay quienes dicen que no debe confundirse la fiducia pura con la impura, efectuando una dicotomía entre el "negocio fiduciario puro" - obviamente

existente en el "topos uranos" platónico- y el negocio fiduciario "impurificado", que sería el maltratado por el legislador del '95 en la deficiente ley 24.441". Ver. MATORELL, Ernesto E. "Fideicomiso: La imperativa necesidad de reformar la ley 24.441" LA LEY2008-B, 1156.-

14) Debemos remarcar que también ha motivado ello, -no solo la figura jurídica en cuanto a las garantías que otorga-, sino sus aspectos impositivos, que transitan desde el impuesto de sellos, a la transferencia de inmuebles, impuesto a las ganancias, régimen de ganancia mínima presunta, IVA, etc. y que varían dependiendo la posición que asuma cada parte Vg. Transferencia a título gratuito del terreno de un fiduciante al fideicomiso de administración inmobiliario, y que luego ocupara el lugar de beneficiario de algunas unidades del Ph, o la transferencia a título oneroso de un tercero fiduciante, etc. Los cuales, pese a su gran relevancia, no son desarrollados por exorbitar el marco del presente trabajo-

15) MAQUEZ, Fernando. "Fideicomiso" La Ley .Bs.As. 2008. Pág. 28

16) MARQUEZ, Fernando. "Notas sobre el fideicomiso con fines de garantía". JA 2000-IV-1225.

17) MAQUEZ... "Fideicomiso" ..Pág. 28.-

18) MOLINA SANDOVAL. Ob. Cit.

19) LISOPRASKI, Sergio Oferta pública de fideicomisos "no financieros". LA LEY2007-D, 911

20) Infobaeprofesional. Día artículo 8.10.07. El 85% de los proyectos ya se hace a través de fideicomisos

21) GOMEZ DE LA LASTRA Manuel C, CNCiv., sala G, en autos "Ortiz, Pablo D. c. TGR Hipotecaria SA", JA 24/01/2007.-

22) CLUSELLAS, Eduardo G. y ORMAECHEA, Carolina, "Contratos con garantía fiduciaria", Abaco, Buenos Aires, 2003, ps. 175/177.-

23) Ob. Cit Ant.

24) DE HOZ, Marcelo "Aspectos contractuales e impositivos del fideicomiso inmobiliario" LA LEY 11/09/2009, pág.1

25) En el Libro Tercero De los derechos reales Título VII Del dominio imperfecto, prescriben los arts. 2661 y 2662 el "Dominio imperfecto es 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" y luego "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 una plazo resolutive, para el efecto de restituir la cosa a un tercero. Este dominio imperfecto se caracteriza por no gozar de los requisitos del dominio perfecto que es: Absoluto, Perpetuo, Exclusivo e irrevocable.

26) MARQUEZ...Fideicomiso...Ob. Cit. Pág. 6. Las notas aclaratorias utilizadas entre guiones me pertenecen.-

27) LISOPRAWISKY, Silvio. MATORELL, Ernesto E "Crisis de fideicomisos emblemáticos. Nuevos alcances de la responsabilidad del fiduciario" Publicado en: LA LEY 2009-C, 1206

28) URRETS ZABALIA, Pedro. "Responsabilidad civil del fiduciario" Ed. Rubinzal Culzoni. 2002. Pág. 80.-

29) KIPER, Claudio, LISOPRAWISKY, Silvio. "Obligaciones y responsabilidad del fiduciario". Depalma. Bs. As. 1999. Pág. 144 y anteriores.

30) URRETS ZABALIA.Ob. Cit. Pág. 84

31) Puede suceder también que el negocio fiduciario sea más sencillo y solo consista en

un loteo de tierras en un radio urbano, en cuyo caso seguramente las tareas serán distintas y requerirán menor especialidad. En tal caso la figura no arroja a priori mayor dificultad y quizás si se efectúa un buen contrato de constitución de fideicomiso delimitando en forma certera las responsabilidades, la ley funcione de manera adecuada. Parafraseando a CARREGAL "Dejemos en paz lo que funciona bien", Mario: "Fideicomiso de garantía. Lícito y necesario", LA LEY, 2000-E, 948

32) El Outsourcing, es originado en La feroz competencia en toda el área de negocios y la velocidad de los cambios tecnológicos, plantearon la conveniencia de la tercerización ("outsourcing"), para desarrollar determinadas funciones o actividades fuera de la empresa. Con fundamento en el postulado de que no existen organizaciones verdaderamente productivas en todas sus actividades, se busca la especialización a través de terceros capaces de ejecutar ciertas actividades mejor que la propia empresa, con el objeto de que ésta se centre en su actividad específica ("core competence"), para así obtener un mejor resultado integral. (ver. Piaggi, Ana "el derecho comercial y los desafíos de la modernización" Publicado en: LA LEY 1997-F, 1406)

33) Ver entre otros los ofrecimientos del servicios fiduciarios en www.pwc.com/uy/es/real-estate

34) Ver Diario Reporte Inmobiliario. Día Lunes 27 de marzo de 2006.

35) GOLDENBERG, Alicia y GOMEZ DE LA LASTRA, Manuel, "Fondos de inversión directa y fideicomiso (Una vía productiva para el crecimiento)", Editorial La Ley (2003). Pág. 78 Ver también en La Ley 2008. A 652)

36) CARREGAL, Mario: "El fideicomiso: su aplicación desde la sanción de la ley 24.441", LA LEY, 2007-B, 1165.

37) Diario de Sesiones 17 de noviembre de 1994. Pág. Reunión 34&. Ley 24441. Palabras del diputado Pernacetti. Pág. 3778 y ss.-

38) LISOPRASKY, Silvio. "Fideicomiso, ni ángel ni demonio". LA LEY 2007-E, 1038 Se puede ver en un muy logrado artículo en tema en profundidad, también se recomienda la lectura de la nota periodística que motivara la publicación del artículo citado, denominado "fideicomisos (Ángel o demonio?, escrita por SALAZAR, Bernardina en diario, El Cronista; Abogados Corporate, Buenos Aires, 25/06/2007, ps. I, II y III. Publicado en: LA LEY 2007-E, 1038.

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.saij.jus.gov.ar

Fecha: JUNIO DE 2011

:

Editorial:

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 340 Art.2662, Constitución Nacional Art.14, Ley 24.441, Ley 24.441 Art.1, Ley 24.441 Art.6, Ley 24.441 Art.7, Ley 24.441 Art.14, Ley 24.441 Art.18, Ley 24.441 Art.26

El fideicomiso como posible estrategia de fraude

Ponencia presentada al VI Congreso Nacional de Derecho Laboral de la SADL - IIº Encuentro Nacional de Maestrandos - Mar del Plata, 7 y 8 de noviembre de 2008. (Texto completo)

ARABIA, FABIANA

Publicación: www.saij.jus.gov.ar, DICIEMBRE DE 2008

SUMARIO

FIDEICOMISO:DEFINICION;CARACTERISTICAS;OBJETO-DOMINIO-PATRIMONIO-RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL-FRAUDE-PRINCIPIOS LABORALES-PRIMACIA DE LA REALIDAD

TEXTO

ANTECEDENTES.

El Fideicomiso (F) tiene su origen en el derecho romano. El pacto fiducia, consistía básicamente en un contrato de encomienda, por el cual el pater familia, ante la necesidad de ir a la guerra dejaba sus bienes a una persona de su confianza, para que los administrara a favor de sus herederos -quienes provisoriamente no podían hacerlo- y así asegurarse que ellos los aprovecharan -llegado el momento- conforme su voluntad. Este contrato tenía un fuerte contenido de confianza mutua entre las partes. En nuestra legislación el F ya aparece regulado en el texto original del Código Civil que prevé la propiedad fiduciaria como una forma imperfecta de dominio.

El art. 2661 dice que "dominio imperfecto es el derecho real revocable o fiduciario de una sola persona sobre una cosa propia, mueble o inmueble ..." Cuando el dominio es menos pleno las facultades del dueño están disminuidas. Ello puede ocurrir de diversas maneras así es que existen 3 casos de dominio imperfecto:

- a) dominio revocable
- b) dominio fiduciario
- c) dominio gravado

por lo cual la propiedad fiduciaria es por su naturaleza menos plena y transitoria. Sin embargo las disposiciones del código fueron insuficientes a los fines de transformar el contrato de F en una herramienta útil para los negocios, lo cual hizo necesario una norma que precisara más en detalle todos los aspectos del F. Así fue que en enero de 1995 se sancionó la 24441, que modificó sus alcances y expresamente dispuso que habrá fideicomiso cuando una persona (fiduciante) transmita la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (fiduciario), quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato (beneficiario) y a transmitirlo al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario. La norma si bien toma el modelo de la institución romana le da una regulación diferente más parecida al derecho anglosajón, derecho que se ocupó de la revitalización del F y su inserción en el mundo de los negocios. .

Esta ley llamada Ley de Financiamiento para la Vivienda y la Construcción, tuvo como objetivo, promover el desarrollo del mercado inmobiliario el cual estaba en crisis ante el crecimiento poblacional y la ausencia significativa de propiedades sumado a la existencia de propiedades vetustas y en mal estado de conservación. La ley se proponía incentivar la

construcción de viviendas para sectores de bajo y medianos recursos y para ello reguló varias figuras, entre ellas el fideicomiso y el contrato de leasing con el propósito de que las mismas pudieran servir de instrumento útil y eficaz para la propagación de emprendimientos inmobiliarios. Sin embargo, fue recién a partir de la crisis económica del 2001/02, conocida como la época del corralito financiero, cuando el F comenzó a tomar verdadero auge, hasta llegar a adquirir la popularidad actual, tanto en el ámbito de los negocios privados como públicos. Cabe preguntarse entonces (cuál es la razón por la cual siendo la ley del año 1995, el crecimiento sostenido y en notorio aumento del F, se da recién a partir de muchos años después? La razón fue básicamente la falta de crédito en el mercado, recordemos que los bancos a fines del 2001 y durante todo el 2002, no estaban en condiciones de ofrecer créditos ni aún a los clientes más confiables, por otra parte, los pequeños o medianos ahorristas ya no confiaban en las instituciones financieras como un lugar seguro para custodiar e incrementar sus ahorros.

Ante esta situación muchos vieron en el F una fuente de crédito para muchas actividades, entre ellas y la más común hoy en día es en la industria de la construcción pero que bien puede extenderse a otras áreas como la actividad forestal y agropecuaria.

En el ámbito de la construcción el F es la mejor manera de convocar y asociar personas ya sea por su interés en adquirir una unidad de vivienda u oficina, como por el interés de los inversores en procurarse mejores ganancias.

OBJETO DEL F:

El F es esencialmente un negocio jurídico indirecto, basado en la confianza, que consiste en la atribución del dominio de bienes determinados de una persona llamada fiduciante, a favor de otra llamada fiduciario, para que éste ejerza dicho dominio imperfecto o fiduciario, en beneficio de aquél o de la persona que él designe llamada fideicomisario, por un lapso de tiempo y a transferirlo al fideicomisario cumplido dicho plazo. Dado que el F se caracteriza por ser un negocio indirecto, está destinado a otorgar seguridad al negocio subyacente el cual puede consistir en la construcción de una obra, la administración de activos o la garantía una obligación etc. Esta garantía deriva de la naturaleza misma del F al cual se lo define como un patrimonio separado, constituido para un fin determinado, y por ende es un patrimonio diferente al del fiduciario y del fiduciante, esto le permite el efectivo cumplimiento de su finalidad ya que por un lado ese patrimonio estará a salvo de la acción individual de los acreedores del fiduciante y fiduciario y a su vez se limitan las consecuencia negativas y responsabilidades derivadas de la ejecución del F salvo dolo o culpa del fiduciario.

PARTES INTERVINIENTES.

Quiénes son las personas que componen el Fideicomiso? Principalmente 3:

- 1) El constituyente, fideicomitente o fiduciante, que es quien crea el fideicomiso
- 2) El fiduciario o fideicomitado que será el titular del dominio fiduciario, es decir quien recibe la cosa del constituyente a fin de transmitirla, en su caso a un tercero. Su derecho es interino, hasta que el plazo o condición se cumpla
- 3) El fideicomisario que es el tercero a quien la cosa debe entregarse en propiedad en última instancia.

Sin embargo en el sistema actual de la ley 24.441 aparece como novedad un sujeto más ya que hay un posible desdoblamiento de beneficiarios. Aparece en consecuencia:

El beneficiario en ventaja del cual se administran los bienes fideicomitidos durante el desarrollo del contrato y mientras el fideicomiso se está consumando a la espera del cumplimiento de la condición o plazo, el propio fiduciante puede llegar a ser beneficiario. La diferencia entre el beneficiario y el fideicomisario radica en que el primero, recibe la utilidad de la gestión propia del fiduciario en ejercicio de las facultades que le confiere el pacto de fiducia mientras que el segundo es el destinatario final de los bienes residuales del fideicomiso.

REQUISITOS DE PERFECCIONAMIENTO EN CASO DE BIENES REGISTRABLES.

El acto de creación del F se perfecciona mediante instrumento privado pero en materia de bienes registrables el F sólo será oponible a terceros en la medida que dicho contrato sea inscrito en el Registro respectivo, para lo cual es necesario que conste en algún documento inscribible. Dicha inscripción deberá contener los elementos necesarios que permitan individualizar sus limitaciones especialmente lo referido al plazo o condición al que queda sometido esa propiedad. Es importante también que el titular original se desprenda del dominio que era pleno el cual pasa al fiduciario pero como imperfecto.

PATRIMONIO DE AFECTACIÓN

Es relevante aclarar que con los bienes fideicomitidos se constituye un patrimonio de afectación, pues de acuerdo con los artículos 14, 15 y 16 de la ley 24.441, los indicados bienes son un patrimonio separado tanto del perteneciente al fiduciario como al del fiduciante. Es decir que los bienes no pasan simplemente al patrimonio del fiduciario, sino que constituyen un patrimonio diverso del de éste. El patrimonio separado es prenda común de los acreedores del F.

Consecuencia de ser un patrimonio de afectación.

* El fideicomiso se caracteriza por su capacidad de proteger determinados bienes, cuya propiedad imperfecta adquiere el fiduciario para darles el destino final previsto en el contrato constitutivo, según instrucciones generalmente irrevocables impartidas en el mismo acto por el fiduciante. La certeza de que esas instrucciones habrán de cumplirse sin la interferencia del propio fiduciante o de terceros, es justamente la razón de ser del fideicomiso, que no es otra cosa que una red de seguridad tendiente a la consecución del fin previsto por los contratantes. De allí su importancia creciente en la estructuración de negocios complejos y en proyectos que requieren importantes recursos financieros.

* la imposibilidad de que ese patrimonio pueda ser agredido por los acreedores del fiduciario o del fiduciante y de tal modo asegurar que se pueda cumplir el destino del Fideicomiso sin inconvenientes. La transferencia de bienes del fiduciante al fiduciario es real, de manera que los bienes salen de su patrimonio. Como consecuencia natural de tal transferencia, los acreedores del fiduciante no pueden agredir el patrimonio fiduciario, sea por medio de acciones singulares o colectivas, porque carecen de todo derecho sobre el mismo, la ley consagra tal regla con la salvedad de la acción de fraude.

También se excluye la acción singular o colectiva de los acreedores del fiduciario. Y ello como consecuencia de que los bienes fideicomitidos no se incorporan a su patrimonio sino que constituyen un patrimonio autónomo. El patrimonio fideicomitado está reservado para responder solamente frente a los acreedores del Fideicomiso (art. 14,15,16) No

obstante puede ocurrir que alguno de los mencionados acreedores obtenga alguna medida cautelar sobre esos bienes en cuyo caso la medida debe estar dirigida contra el fideicomiso.

CARACTERÍSTICAS Y FACULTADES DEL FIDUCIARIO

Existen dos razones fundamentales a tener en cuenta por el fiduciante al momento de elegir quién será la persona que asuma el cargo de fiduciario. Por un lado las cualidades propias del sujeto y por otro el sentimiento de mutua confianza entre las partes. Si bien pueden ser fiduciario tanto una persona física como jurídica, hay sociedades comerciales bajo el tipo de sociedad anónima especialmente constituidas para operar como agentes fiduciarios con carácter profesional.

Es de destacar que una de las facultades del fiduciario es la de disponer, sólo por actos entre vivos, de los bienes dados en fiducia cuando así lo requieran los fines del fideicomiso e incluso de vender algunos de esos bienes para adquirir otros e incorporararlos en sustitución en su lugar. El art. 17 expresamente dispone que el fiduciario podrá disponer o gravar los bienes fideicomitidos cuando lo requieran los fines del fideicomiso, sin que para ello sea necesario el consentimiento del fiduciante o del beneficiario a menos que se hubiere pactado lo contrario.

Es decir que -al menos en principio- el fiduciario goza de la facultad de disposición jurídica del objeto fideicomitado y puede decirse que su dominio ostenta transferibilidad, aunque según el criterio que se tome puede verse total o parcialmente privado de esta característica, si así ha sido impuesto en el fideicomiso originario en el cual podría prohibirse la enajenación en forma absoluta o imponer como requisito adicional el consentimiento del fiduciante o del beneficiario. En el régimen de la ley 24.441 la regla es que el fiduciario puede disponer o gravar las cosas fideicomitidas, salvo que dichos actos sean notoriamente extraños a los fines del F.

CAUSALES DE EXTINCIÓN DEL FIDEICOMISO:

El efecto que produce la extinción del contrato de Fideicomiso es la extinción del dominio fiduciario. El art. 25 dispone que el Fideicomiso se extingue por

- a) cumplimiento del plazo o condición o el vencimiento del plazo máximo legal (30 años).
- b) revocación del fiduciario.
- c) cualquier otra causal prevista en el contrato.

El Fideicomiso cesa también por liquidación, ante insuficiencia de los bienes.

OBLIGACIONES DEL FIDUCIARIO:

* Mantener una contabilidad separada de los bienes que integran el patrimonio fideicomitado.

* Transferir los bienes al fideicomisario, fiduciante o al beneficiario al concluir el F. El fiduciario debe además otorgar los instrumentos necesario para la transmisión y para contribuir a las inscripciones registrales pertinentes que correspondan en cada caso. En el caso de bienes inmuebles deberá suscribir la correspondiente escritura de dominio y contribuir a su inscripción registral.

* Rendir cuentas al beneficiario

* en todas las anotaciones registrales o balances relativos a bienes fideicomitidos deberá constar la condición de propiedad fiduciaria con la indicación "en fideicomiso".

Casos en que el fiduciario responderá con su patrimonio personal:

- * cuando la obligación contraída sea extraña a la ejecución del fin propuesto para el F.
- * cuando su comportamiento como administrador del F se aleje del standard del buen hombre de negocio.
- * En los casos en que actuando para el F, no aclare que concurre como administrador del patrimonio fiduciario.
- * En todos aquellos casos en que no pueda acreditar con precisión una contabilidad separada de la de su patrimonio personal.
- * En las obligaciones derivadas de su responsabilidad objetiva.
- * Cuando la ley tributaria lo obligue en carácter de representante del F

OPONIBILIDAD A TERCEROS:

El fideicomiso tiene efectos respecto de terceros desde el momento en que se cumplen las formalidades exigibles de acuerdo a la naturaleza de los bienes respectivos. Esta inscripción no es constitutiva del derecho sino que genera la posibilidad de hacerlo valer frente a terceros. En consecuencia, desde el otorgamiento de la escritura unido a la tradición existe transferencia de dominio fiduciario entre las partes. Siempre que se trate de bienes registrables son oponibles a terceros interesados a partir de su inscripción, debiendo tomarse razón de la transferencia fiduciaria de la titularidad a nombre del fiduciario.

Es notable la importancia que en esta materia reviste la inscripción registral, pues deberá contener una síntesis clara y precisa de las limitaciones que afectan al dominio del adquirente fiduciario para que los terceros puedan conocer con certeza las modalidades que lo condicionan. Así el plazo o la condición a que está subordinado que resultan del acto, deberán surgir de las certificaciones que expida el registro.

Medidas Cautelares: Una de las bases del Fideicomiso es su existencia como patrimonio de afectación. Los bienes pertenecen al Fideicomiso y no a la persona de aquel a cuyo nombre figuran. Uno de los aspectos más criticables de la ley especial es la ausencia de una adecuada publicidad en su constitución, ya que el fiduciante puede **DISPONER DE UNA PORCIÓN DE SU PATRIMONIO SIN POSIBILIDAD** -en principio- de que los acreedores puedan oponerse a tal desmembramiento. Un adecuado sistema publicitario que salvaguarde los derechos de los acreedores y terceros -con una publicidad y posibilidad de oposición- permitiría que se eliminaran o acotaran graves inconvenientes.

PATRIMONIO FIDUCIARIO :

El artículo 14 de la ley 24441 dice expresamente "Los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario y del fiduciante. Asimismo el art. 16 dispone que el patrimonio fiduciario sólo responde "por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso" y es aquel cuya titularidad corresponde al fiduciario, aunque separado del suyo general, afectado a la consecución de un fin determinado, constituido

en su aspecto activo, por los bienes (cosas o derechos) que el fiduciante ha transmitido al fiduciario en propiedad fiduciaria ya sea en el origen del Fideicomiso o con posterioridad por los que se incorporan por subrogación real al adquirirse con los frutos devengados por los bienes que lo integran o con el producido de su enajenación y en su aspecto pasivo por las obligaciones contraídas en la ejecución del Fideicomiso y que no puede ser declarado en quiebra.

Fin determinado: El patrimonio se constituye para un fin determinado. Si el acto constitutivo del Fideicomiso no precisa el "fin determinado" el negocio será nulo por ausencia de un elemento sustancial del acto jurídico. Éste surgirá entonces del acto constitutivo del Fideicomiso, ya sea el contrato o el testamento, únicas fuentes legisladas. La ley 24441 solamente tipifica el negocio fiduciario in abstracto, dotándolo de una estructura regulatorio que sirve de marco, pero no ingresa a legislar acerca de Fideicomisos típicos caracterizados por un fin específico, pues deja librado a la autonomía de la voluntad, la tipificación del negocio en ese aspecto. Así podrá acudir al fideicomiso con los fines más diversos de administración, de mandato, de garantía etc.

La delimitación del fin del Fideicomiso tiene una relevancia múltiple. En efecto, es trascendente, para alcanzar un juicio acerca de la validez u oponibilidad del negocio respecto de los acreedores de los distintos protagonistas o de los actos de enajenación del fiduciario pero también su concreción determinará la extinción del Fideicomiso (art. 25) En relación con el tema que nos convoca, es decir la agresión de los bienes que integran el patrimonio fiduciario el fin también resulta determinante, pues como regla los bienes fideicomitados están expuestos a la acción de los acreedores "por las obligaciones contraídas en la ejecución del Fideicomiso. Por ello es que del fin del Fideicomiso dependerá si se trata de una obligación personal del fiduciario o se ésta fue contraída para cumplir el encargo fiduciario.

Exclusión de la declaración de quiebra.

El art. 16 excluye la posibilidad de que el patrimonio separado pueda ser declarado en quiebra, en tal supuesto de falta de bienes para atender a las obligaciones se procederá a su liquidación, la que estará a cargo del fiduciario quien deberá enajenar los bienes que lo integren y entregará el producido a los acreedores conforme el orden de privilegios previstos para la quiebra. Aunque se ha destacado como dato negativo que el legislador ha sido muy parco y poco preciso en el tratamiento de los aspectos concursales del instituto e incluso se critica tal asignación de funciones al fiduciario.

Agresión del patrimonio fiduciario.

Por regla general los acreedores del fiduciante no pueden atacar el patrimonio fiduciario. (art. 15) En efecto los bienes fideicomitados no integran el patrimonio del fiduciante o porque han salido de éste por la enajenación fiduciaria o porque nunca lo han constituido (bienes adquiridos con los frutos producidos por los bienes fideicomitados). De manera que este patrimonio se encuentra exento de la acción singular o colectiva de los acreedores del fiduciante. Así no es posible que la masa de acreedores de la quiebra del fiduciante pueda agredir el bien fideicomitado cuya propiedad corresponde al fiduciario. Para ello partimos de la base de que la naturaleza fiduciaria de la propiedad ha recibido la publicidad suficiente requerida según la clase de los bienes en juego. Sin embargo el

artículo 15 limita la regla de la inmunidad del patrimonio fiduciario al prescribir "quedando a salvo la acción de fraude". Ahora bien, cuando la ley se refiere en su art. 15 a la acción de fraude no sólo comprende a la acción pauliana del Código Civil sino que también comprende a las ineficacias contempladas en los art. 118 y 119 de la ley concursal, en las que el fraude se presume. Así el Fideicomiso constituido por un fiduciante luego fallido puede ser declarado inoponible, aun de oficio, si aquél ha comportado un acto a título gratuito, un pago anticipado de deudas cuyo vencimiento según el título debía producirse en el día de la quiebra o con posterioridad, o la constitución de una preferencia, como si se hubiera constituido un Fideicomiso en garantía respecto de una obligación no vencida que originariamente no tenía esa cualidad. El Fideicomiso podrá ser declarado inoponible a la masa si, como lo establece el art. 119 de la LCQ, fue otorgado en el periodo de sospecha y quien celebró el acto con el fiduciante fallido tenía conocimiento de su estado de cesación de pago. El tercero podrá probar, para enervar la revocatoria concursal que el Fideicomiso no causó perjuicio a los acreedores.

La ley 24.441 sólo excepciona a la regla en el supuesto de fraude, que genera lo que se ha designado como una especie de los "actos inoponibles. El texto omite toda referencia expresa a otros supuestos de ineficacia. El acto de transmisión fiduciaria -acto jurídico-es susceptible de nulidad por vicios en su constitución al igual que cualquier otro acto jurídico.

Acreedores personales del fiduciario

El fiduciario ejerce la propiedad fiduciaria en interés ajeno (art. 1) Así en algunas oportunidades obrará personalmente y en interés propio y sólo responderá por las obligaciones que contraiga, con su patrimonio general. En otras obrará como fiduciario, en la ejecución del encargo de confianza y es aquí en las que compromete el patrimonio separado. De modo que el fiduciario, puede asumir distintos roles en las obligaciones que contrae. Como efecto los acreedores personales del fiduciario no pueden agredir el patrimonio separado y en este sentido el art. 15 de la ley dice que los bienes fideicomitidos quedarán exentos de la acción singular o colectiva de los acreedores del fiduciario. De allí la transcendencia de la obligación que tiene el fiduciario de llevar contabilidades claramente separadas.

Tampoco los acreedores del Fideicomiso pueden afectar, para la percepción de sus créditos, el patrimonio personal del fiduciario. El art. 16 establece que los bienes del fiduciario no responderán por las obligaciones contraídas en la ejecución del Fideicomiso, las que sólo serán satisfechas con los bienes fideicomitidos. Claro que si el fiduciario incumple o cumple defectuosamente las obligaciones a su cargo y provoca daños a los protagaonistas del negocio deberá resarcirlos. No obstante esta claridad normativa en relación con la separación entre los patrimonios en juego, el personal y el o los patrimonios separados existen zonas en las que la cuestión de la separación no es tan clara. Así en torno de la responsabilidad objetiva del fiducario en el marco del art. 1113 CC y en materia de responsabilidad tributaria. En estos supuestos el patrimonio personal del fiduciario está expuesto y ello podría llegar a conspirar contra la utilización de la estructura negocial.

La separación de patrimonios sí parece desvanecerse en el marco de la responsabilidad tributaria. La doctrina ha criticado que la ley no incorpore un tratamiento tributario integral del Fideicomiso. El decreto del PEN 780/95 procuró suplir esta omisión al reglamentar las facetas tributarias del instituto. En efecto el patrimonio fiduciario no es

persona, pero sí tiene personalidad fiscal y es sujeto pasivo de tributos. Sin embargo el fiduciario por efecto de los art. 10 y 13 del decreto 780/95 y ley 25.063 ha sido encuadrado como administrador de patrimonio ajeno y por lo tanto responde "con sus bienes propios y solidariamente con los deudores del tributo, salvo que demuestre "debidamente a la AFIP que sus representados, mandantes etc, lo han colocado en la imposibilidad de cumplir correcta y oportunamente con sus deberes fiscales. Se ha dicho que esta atribución de responsabilidad personal y solidaria se contradice abiertamente con lo previsto en el art. 16 de la ley 24.441 que pone al patrimonio del fiduciario a salvo de las obligaciones contraídas en la ejecución del Fideicomiso.

Deudas contraídas en la ejecución del Fideicomiso

De acuerdo al art. 16 de la ley especial los bienes fideicomitidos constituyen la garantía de las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso. El Fideicomiso al ser un patrimonio afectado sólo responde por las obligaciones inherentes a la gestión del mismo patrimonio y queda descartado el poder de agresión de todo otro acreedor. Estas obligaciones deben guardar relación con los fines del Fideicomiso. Se trata de obligaciones nacidas de contratos. Para determinar qué se entiende por obligaciones contraídas en la ejecución del Fideicomiso será importante atender al contenido del negocio jurídico fuente de la obligación por eso corresponde al fiduciario establecer al celebrar el contrato que concurre por el patrimonio fideicomitido puesto de que otra manera el acreedor podrá exigirle el pago a su patrimonio personal dado que esta ley no ha alterado el principio según el cual, el patrimonio es prenda común de los acreedores por ej en un Fideicomiso instrumentado para la construcción de un edificio y la venta de unidades funcionales ,el patrimonio fiduciario podrá ser agredido por el cumplimiento de las obligaciones nacidas del contrato de locación de obra.

De la definición legal de Fideicomiso (art1) surge que se trata de un "patrimonio de afectación", administrado por el fiduciario que lo hace en interés de un tercero "el beneficiario" y conforme a las instrucciones y mandato establecido por el instituyente o sea el fiduciante. El fiduciario quien ejerce el dominio imperfecto de los bienes que integran el patrimonio afectado, asume la obligación de cumplir con las instrucciones que se le impartan, de administrar ese patrimonio fideicomitido en beneficio del beneficiario "con la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios" (art. 6). Pero en mérito del art. 16 de la ley, los bienes del fiduciario no responden por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso. La institución del Fideicomiso crea un patrimonio separado de cualquier otro, que debe ser administrado y dispuesto por el fiduciario conforme a los términos del contrato y que en esta ejecución del mandato o del fideicomiso sólo está comprometido el patrimonio fideicomitido y no el del fiduciante (salvo dolo) o fiduciario salvo su responsabilidad por no cumplir con el F

ALGUNOS ASPECTOS DE LA LEY 24.441 SUSCEPTIBLES DE MEJORA.

A continuación enumeraremos algunos factores que de ser considerados por la ley, ayudarían a evitar que el F provoque consecuencias dañosas a terceros. Algunos de ellos son los siguientes:

* Prever la inscripción del contrato de F para darle publicidad a terceros, ante un registro

creado a tales efectos (al igual que la inscripción de un contrato de formación de una U.T.E. ante la Inspección General de Justicia).

* La ley no estipula ningún tipo de publicidad al momento de concretarse la transmisión de la propiedad fiduciaria. Por ello para seguridad de los acreedores sería conveniente que la norma previera, a semejanza de la transferencia de un fondo de comercio, un sistema que le permita a los posibles acreedores y terceros tomar conocimiento de la transmisión, a los fines de hacer valer sus posibles derechos.

* Imponer como requisito la figura de un Fiduciario Profesional. Con esto nos referimos a una persona física o jurídica que haga de la actividad de fiduciario, su profesión. Ello porque la ley impone al fiduciario el cumplimiento de obligaciones propias del F las cuales incluyen no sólo las propias de la administración en sí del F sino también obligaciones contables, tributarias, fiscales, laborales que normalmente se vuelven demasiado complejas para quienes no hacen de ello su actividad habitual.

* Pero un aspecto más importante tal vez sería exigirle a todo fiduciario (al igual que para el fiduciario financiero y los fiduciarios que se ofrecen al público) su inscripción ante un Registro, en especial para quienes hacen del F un acto de comercio, y que su inscripción requiera la acreditación de un capital mínimo.

* Prever una instancia judicial para el caso de insolvencia del patrimonio fideicomitado. La ley dispone que el F no podrá ser declarado en quiebra y por eso ante su insolvencia deberá el fiduciario cancelar la deuda de los acreedores siguiendo los parámetros establecidos en la ley de quiebras. Sin embargo la norma no prevé la hipótesis en que los acreedores se sientan disconformes con el trato y tipo de privilegio conferido y quieran reclamar judicialmente a lo cual nadie podría impedirles su accionar con el fundamento que ello no fue tratado por la ley.

PAUTAS DE TRANSPARENCIA:

Los terceros interesados en ingresar a un F en calidad de beneficiarios como así también los acreedores del F deberían verificar en lo posible que concurren ciertas pautas de transparencia a saber:

* Que se cumpla en cada ocasión con los requisitos que demuestren la realidad de la propiedad fiduciaria durante todo el periodo de vigencia del fideicomiso hasta su entrega definitiva a los beneficiarios.

* Rendir cuentas y mantener la contabilidad clara y transparente

* No se puede dispensar al fiduciario de los actos cometidos con dolo o culpa grave art 7 ley.

* No se admitirá excepción alguna a la prohibición de que los fiduciarios adquieran o se beneficien con los resultados del F

* La renuncia será efectiva luego de la transmisión del patrimonio objeto del F al fiduciario sustituto.

Como dijimos anteriormente, en caso que el F se hubiese constituido en fraude a los acreedores, el mismo será pasible de la acción pauliana. Sin embargo uno de los requisitos que exige la ley para la viabilidad de esta acción es que el crédito sea de fecha

anterior al acto que se intenta atacar. Esta exigencia reduce notoriamente su aplicación por cuanto, hoy en día en un mundo tan avezado en contracciones fraudulentas, justamente lo que más abunda son los casos de especial previsión defraudatoria.

El F es un contrato que otorga gran agilidad a los negocios pero no por eso podemos olvidar que también ha sido usado en varios casos para perjudicar a terceros y cuando nos referimos a terceros hacemos especial hincapié en los acreedores laborales. A modo de ejemplo:

a) un F destinado a la construcción de un inmueble donde el fiduciante con el propósito de eludir responsabilidades, nombra un fiduciario insolvente para que asuma las obligaciones derivadas de la construcción (pago de salarios, inscripción en ART, registración de contratos laborales etc.) y a la finalización de la obra beneficiarse con una edificación sobre su terreno sin haber asumido ninguna obligación.

b) la creación de un F para posibilitar la transferencia del fiduciante a favor del fiduciario, de todo su patrimonio o sólo de un bien, con el objetivo de disminuir el activo del fiduciante provocando la salida de un inmueble ante la inminencia de una ejecución de sentencia.

Fue tan notorio el crecimiento del F en los últimos tiempos, que hasta el Estado ha puesto su mira en él, para seguir de cerca su desarrollo por considerar que en muchos casos este contrato actuó como fuente generadora de importantes ganancias para sus protagonistas, de allí que se lo analice muy especialmente bajo la lupa de las obligaciones fiscales.

En el ámbito del derecho tributario, la ley sin ningún prurito, subjetiviza aquello que esencialmente no es una persona jurídica sino un patrimonio separado y lo torna responsable del pago de ciertos impuestos como fundamentalmente el impuesto a las ganancias. La razón de ser de esta subjetivización radica en que en el ámbito del derecho tributario campea el principio de la realidad económica. En consecuencia, la norma tributaria no se detiene a analizar los lineamientos de la ley de F, y simplemente verifica que en la realidad, el F tiene notas típicas de un sujeto de derecho porque tiene rasgos de personalidad.

Patrimonio de afectación y personalidad jurídica

Atento a los términos de la ley 24.441, el Fideicomiso no es una persona jurídica sino solamente un patrimonio de afectación, por lo tanto si la ley no lo reconoce como un sujeto susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones éste no puede ser considerado una persona. Pero ello no obsta a reconocer en las personas jurídicas la existencia de un elemento material subyacente al elemento formal. Este elemento material esta compuesto por un grupo de personas, organizado para la consecución de un fin o una organización patrimonial a ese efecto. Es dentro de este elemento que encontramos en primer lugar una finalidad propia de la persona jurídica es decir su objeto, un patrimonio propio y órganos que actúan en su nombre. El elemento formal consiste en la aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones que en las personas jurídicas esta constituida por el reconocimiento de la personalidad jurídica del ente colectivo.

El Fideicomiso si bien carece del segundo elemento en virtud de una disposición legal, lo cierto es que posee atributos de personalidad que justifican su analogía con el concepto de personalidad jurídica, dado que:

- * en ambos existe un patrimonio separado del de sus otorgantes.
- * ambos tienen una finalidad propia y autónoma. El Fideicomiso se ejecuta en beneficio de un tercero y los bienes fideicomitidos tienen su propia finalidad, distinta del fiduciante y diferente del fiduciario.
- * tanto la persona jurídica como el patrimonio fideicomitado tienen un sujeto que actúa en cumplimiento de la finalidad propia. En el primer caso será la comisión directiva, directorio, gerencia y en el segundo el fiduciario. Tanto el fiduciario como el administrador de la sociedad en cumplimiento de su función contraen obligaciones, celebran contratos, suscriben documentos pero no responden con sus bienes por esas obligaciones sino con los bienes que integran el patrimonio y ambos responden personalmente si su comportamiento se aleja del "bueno hombre de negocios"

De manera pues que el patrimonio fideicomitado goza de una personalidad, patrimonio y responsabilidad diferente de las del fiduciante y fiduciario que lo hace pasible de ser considerado una persona jurídica y ello porque básicamente nuestra legislación había descartado la idea de un patrimonio de afectación, sin un sujeto al frente.

En el trust anglosajón, a diferencia del F de origen latino, aparece claramente el concepto desdoblado de propiedad de los bienes y patrimonio fiduciario. Por un lado está el dominio subjetivo sobre los bienes, que le permite al fiduciario realizar las operaciones propias del F y por otro el derecho de propiedad de contenido económico. Entonces uno queda con el derecho legal y el otro con el derecho económico. Esta diferencia estructural en la concepción del F le permitió al derecho anglosajón y norteamericano valerse de la herramienta del F con un fin esencialmente negocial.

ES POSIBLE LA APLICACIÓN AL F DE LA TEORÍA DEL DISREGARD?

Como lo señalamos anteriormente, sólo se llega a la inoponibilidad del contrato de F, a través de la acción de fraude o la acción de fraude concursal, para las cuales es necesario un crédito de fecha anterior y un estado de insolvencia del deudor. Pero (en el mundo actual, donde maquinación fraudulenta parece ser la constante, alcanza con estos remedios legales? Ante esta situación, cabe analizar, qué otras herramientas podrían invocarse a la hora de lograr desbaratar el fraude y en este sentido y analizando cada caso, creemos que la teoría del disregard puede resultarnos de gran ayuda.

Es conocido que la atribución de personalidad jurídica no importa limitación de responsabilidad. Es un hecho de la realidad diaria que hay personas jurídicas que responden sin límite de responsabilidad como sería el caso de las sociedades colectivas. La ventaja de limitar la responsabilidad es otorgada por el Estado en base a ciertas razones como puede ser la de fomentar la realización de actividades económicas e industriales y los beneficios que ellas aportan a la comunidad. El reconocimiento de la personalidad es un acto distinto del reconocimiento de la responsabilidad limitada. Pero este privilegio se lo ha utilizado con el objeto de consumir fraudes, eludir pago de impuestos deberes familiares y obligaciones de todo tipo. Este fenómeno se lo denominó "abuso de la personalidad jurídica" y para corregir estos abusos surgió la doctrina conocida como "disregard of legal entity" o desestimación de la persona jurídica, la cual le permite al Juez investigar la realidad subyacente al tipo social adoptado hurgando en quienes son los titulares de esa persona jurídica y cuál es la responsabilidad personal que les cabe. La personalidad jurídica y la responsabilidad limitada son dos nociones distintas que han

llevado íntima conexión y atento su característica de permitir crear un patrimonio de afectación colectivo han sido el campo de actuación de la mayor parte de los abusos en materia societaria. Pero es esencial distinguir entre una y otra, ya que la desestimación de la personalidad jurídica debe aportar las bases para que pueda desconocerse la limitación de responsabilidad sin que ello importe desconocer también la personalidad jurídica que es útil y debe preservarse por su estímulo a las actividades económicas.

Sabemos entonces que el Fideicomiso no es una persona jurídica en los términos del art. 30 del Código Civil, pero (qué sucede en materia societaria?). En principio el art. 2 de la ley 19.550 dice que la sociedad es un sujeto de derecho con el alcance fijado en esta ley. Según la explicación de la propia Comisión Redactora de la ley de sociedades esta definición constituye una realidad jurídica, esto es, ni una ficción de la ley ni una realidad física, se adopta el concepto de "medio técnico" para que todo grupo de individuos pueda realizar el fin lícito que se propone. Desde el punto de vista societario, el Fideicomiso no es una persona jurídica porque la ley no lo incorpora expresamente. Siendo que la ley es la única capaz de otorgar o no dicho "recurso" si la figura no está prevista en la ley entonces carece de personalidad.

Nos preguntamos (este argumento es suficiente para no reconocer personalidad al Fideicomiso? Al respecto el Dr. Ferrara dice que "el legislador encuentra la personalidad en la realidad social, la modela y la plasma como ente único, dándole una propia individualidad jurídica. La persona jurídica no es un instrumento de laboratorio. El legislador ha encontrado esta forma rudimentaria en la vida y no ha hecho más que seguir la norma de la concepción social" De manera pues que no podría el legislador dar o quitar la personalidad con el único fundamento del recurso técnico ya que la ley no debería ignorar lo que tiene vigencia en el mundo de las cosas, de lo contrario la fuerza del mundo material termina por imponerse como cuando los jueces declararon la personalidad del consorcio de propiedad horizontal..

Hablar de personalidad jurídica es presuponer que ésta es indivisible, que existe un centro de imputación diferenciado al que cabe atribuir derechos y obligaciones, que existe una separación patrimonial, que existe una organización y un fin autónomo. Desde esta perspectiva, parecería que aunque la ley no le haya reconocido el carácter de persona jurídica, esta condición es inherente al fideicomiso, por cuanto en él se reúnen cada uno de los requisitos necesarios para adquirir la calidad de persona jurídica aunque el legislador no le otorgue esta condición y ello por cuanto muchos fideicomisos tienen su propio nombre, el tratamiento impositivo les asigna personalidad jurídica, actúan en juicio como si fuesen una persona jurídica, etc.

REQUISITOS PARA LA PROCEDENCIA DEL DISREGARD.

Para que sea procedente el disregard, en primer lugar es necesario que exista una actuación antijurídica de la sociedad (en nuestro caso del F).

Para estar seguros de cuándo nos encontramos ante un obrar antijurídico, el art. 54 párrafo 3ro de la ley de sociedades, enumera de manera no taxativa distintos supuestos como por ej: la consecución de fines extrasocietarios, violación de la ley, conducta contraria a la buena fe de las partes. Pero este artículo no agota todos los supuestos. De manera que frente a un obrar antijurídico, la sociedad resulta responsabilizada pero

también los socios o controlantes que lo hicieron posible.

Asimismo este actuar antijurídico no requiere dolo, ya que la figura se perfecciona con la sola existencia de la culpa en el sujeto actuante. Ello porque si bien es dable pensar que quien utilizando la sociedad para fines personales en perjuicio del ente requiere al menos en su inicio actuar con intencionalidad, la realidad es que la ley abarca también a aquellos otros sujetos que hayan hecho posible ese actuar antijurídico.

Esta teoría busca recordarnos que la única realidad, detrás del velo societario, es la de los individuos. Ellos pueden elegir entre utilizar la entidad para fines propios de la naturaleza societaria o para perseguir objetivos puramente personales, incompatibles con aquella.

En ese caso el velo debe caer solo para dejar que los sucesos se acomoden, y si los intereses son en verdad individuales la responsabilidad debe aplicarse a sus titulares.

Se trata de un remedio jurídico mediante el cual resulta posible prescindir de la forma de sociedad o asociación con que se halla revestido un grupo de personas y bienes negando su existencia autónoma como sujeto de derecho frente a una situación jurídica particular. En algunos casos el actuar antijurídico importa un abuso de la personalidad en cuyo caso el resultado es la negación de la existencia autónoma del sujeto de derecho pero en la gran mayoría de los casos el obrar antijurídico importará, reconocer la existencia de sujeto de derecho pero negarle al socio la imputación de sus actos como actos de la sociedad.

En el caso en concreto, si el Fideicomiso tuviera personalidad propia, que a semejanza de una sociedad compuesta por socios, estuviera compuesto por un fiduciante y un fiduciario, sería claro la viabilidad de la penetración, cuando dicha persona jurídica incurra en un abuso de su personalidad. Sin embargo su posible aplicación no es tan sencilla y deberá analizarse caso por caso, debido a que precisamente el fideicomiso carece de personalidad propia, tal vez como un recurso especial ya que nada mejor que "CARECER DE EXISTENCIA PARA NO PODER SER ATACADO" e insistimos que el F tiene atributos de personalidad, por los cuales el patrimonio fideicomitado se asemeja a una persona jurídica.

Pero la teoría del disregard exige además que dicha persona jurídica sea una figura societaria. De manera que cabe analizar si en determinados casos particulares, ese contrato de fideicomiso posee las notas características de las sociedades. Al respecto en ciertos casos el contrato de fideicomiso podría verse bajo la figura de una sociedad porque:

- * en el nacimiento del F, existen más de una persona, en principio fiduciante y fiduciario - supuestos socios-, que poseen un interés común (el fiduciario deberá administrar la cosa a favor del beneficiario pero la propiedad de ese bien sigue en cabeza del fiduciante, motivo por el cual no deja de perder interés en el mismo, que en algunos casos a la finalización del contrato puede volver a las manos del fiduciante)

- * tiene un patrimonio de afectación,

- * un objetivo específico que deberá detallarse desde el inicio y que para asimilarse a una sociedad comercial, deberá ser un objetivo también comercial (no necesariamente en el sentido de producir ganancias sino también de evitar costos)

- * un plazo de duración (previsto por las partes y en caso de omisión, fijado por la ley)

- * requiere de una contabilidad diferenciada, si bien el fiduciario administra, su poder puede ser revocado por el fiduciante quien debe además dar expresa conformidad al fiduciario para realizar aquellos actos que excedan de los necesarios para el cumplimiento del fideicomiso.

En definitiva, sólo cuando el contrato de fideicomiso tenga un aspecto comercial propio de una figura societaria, estaremos en condiciones de evaluar la posible aplicación de la teoría del desregard.

CASOS CONCRETOS:

1) Se aparta de la consecución de los fines específicos.

El Dr. Isaac Halperín consideraba que la personalidad jurídica es un remedio técnico utilizado en el derecho siempre y cuando se tienda a la consecución de los fines lícitos perseguidos y previstos por la ley. Cuando se produce un apartamiento, es posible prescindir de tal personalidad porque no puede emplearse con fines ilícitos. Ahora bien el Fideicomiso no ostenta personalidad jurídica, pero sí requiere en su constitución la expresión clara y detallada de los fines de su creación. De modo tal que un apartamiento de estos fines haría posible la aplicación de la teoría del desregard.

2) Infracapitalización:

En los casos que el fiduciario no pudiera cumplir con el objeto del fideicomiso por haberse agotado el patrimonio fideicomitido en casos en que éste además fuese notoriamente escaso con relación al fin propuesto en el fideicomiso y el fiduciante se negara a aportar mayores recursos.

3) Interés personal del fiduciante.

Debe existir una falta total de todo interés del fiduciante, por los bienes que ha de distribuir a los beneficiarios llegado el momento. La autonomía del patrimonio fideicomitido tiene su razón de ser, en que el fiduciario no tiene en él ninguna participación ni interés. Estas posibles vinculaciones societarias entre fiduciante y fiduciario pueden también dar lugar a la aplicación del desregard en los casos en que el fiduciario sea una sociedad controlada por la sociedad fiduciante.

4) Elusión de un pronunciamiento judicial:

Podría suceder que una sociedad demandada en un juicio laboral, decidiera insolventarse a fin de evadir el cumplimiento de una sentencia. En ese caso se configura un abuso de la figura del fideicomiso para obtener una finalidad contraria al ordenamiento jurídico.

La situación del Fideicomiso es en alguna medida análoga a la de las uniones transitorias de empresas, que el art. 377 LSC dice que no constituyen sociedades ni son sujetos de derecho sin embargo en la generalidad de los casos se las trata como si lo fueran generando en algunas oportunidades grandes inconvenientes.

Por último y por lo esclarecedoras que son sobre el tema recordamos las palabras del Dr. Gustavo Bono quien en su obra Fideicomiso pág. 30, sostuvo "...a través de este modelo jurídico se apunta a una libre administración de capitales con mayor seguridad y menor riesgo o responsabilidad para los interesados. La "libre administración" aparece frente a la eliminación de trabas de legitimación o representación. El modelo resulta menos costoso que constituir una sociedad (sujeto diferenciado) y mantener su administración al día. A su vez, se otorga un muy menor riesgo económico derivado de la impermeabilidad de los patrimonios involucrados".

CONCLUSIÓN:

De manera indudable el F es un contrato que cada día toma mayor auge en el mercado. No dudamos que es un instrumento versátil que puede utilizarse para diferentes operaciones y que por su característica esencial de ser un patrimonio autónomo lo coloca a resguardo de las acciones individuales o colectivas de los acreedores del fiduciante y del fiduciario, pero sin duda, cuando la ley limita la responsabilidad de una persona física, como en los casos del deudor fallido o el heredero que goza del beneficio de inventario, lo hace teniendo en mira la protección de un bien jurídico superior. En el patrimonio fideicomitado dicha limitación sólo obedece a un beneficio comercial, de ahí que si por un lado la limitación de responsabilidad no tiene una finalidad clara y específica tendiente a la protección de un valor superior y por otro lado, el F posee notas de personalidad jurídica aun cuando la ley no le concede este reconocimiento, resulta evidente que en los casos, donde claramente aparezca un actuar antijurídico y una previsión fraudulenta, será necesario echar mano a la penetración de esa aparente personalidad para perseguir a los verdaderos responsables con fundamento en uno de los pilares más valorados del Derecho del Trabajo como es el principio de supremacía de la realidad.

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.saij.jus.gov.ar

Fecha: DICIEMBRE DE 2008

:

Editorial:

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 340 Art.30, Ley 340 Art.1113, Ley 340 Art.2661, Ley 24.441, Ley 24.441 Art.14 al 16, Ley 24.441 Art.17, Ley 24.441 Art.25, Ley 24.522 Art.118 al 119, LEY 25.063, Ley 19.550 - TEXTO ORDENADO POR DECRETO 841/84 Art.2, Ley 19.550 - TEXTO ORDENADO POR DECRETO 841/84 Art.54, Ley 19.550 - TEXTO ORDENADO POR DECRETO 841/84 Art.377, DECRETO NACIONAL 780/1995 Art.10, DECRETO NACIONAL 780/1995 Art.13

Ref. Jurisprudenciales: "Mónaco, María c/Banco de la Nación Argentina s/despido", CNAT, Sala VIII, 30/11/2006., "Pino Camby SA s/Concurso preventivo s/Incidente de verificación por José Acosta", CNAComercial, Sala E, del 24/11/03., "Saez, Oscar c/Cheson SA s/ejecución de crédito laboral", CNAT, Sala VI, 31/10/2006., "Rosenstein, Roxana c/Paraconcaqua SA s/despido", Cámara 1ra del Trabajo de Mendoza, 5/09/2007.

REF. BIBLIOGRAFICAS

- * Cabanellas de las Cuevas, Guillermo "La Personalidad Jurídica Societaria".
- * Cañal, Diana Regina "Responsabilidad Ilimitada y Solidaria de Directores y Socios de Sociedades Comerciales".
- * Dobson, Juan M. "El Abuso de la Personalidad Jurídica"
- * Gulminelli, Ricardo L. "Responsabilidad por Abuso de la Personalidad Jurídica".
- * Revista de Derecho Privado y Comunitario 2001-3 editorial Rubinzal Culzoni.
- * Molina Sandoval, Enrique "Fideicomiso"

Fideicomiso de garantía. Un instrumento eficaz

Ponencia presentada a las V Jornadas rosarinas de Derecho Civil en homenaje al profesor Dr. Luis O. Andorno - Rosario , 31 de agosto y 1 de septiembre de 2006. Tema: tendencias actuales en materia de garantías. Subtema: fideicomiso de garantía

CELLINI, LUIS EDUARDO - GIL, JORGE ALBERTO - LUCERO ESEVERI, ROBERTO A. - PELOSSO, GRACIELA

Publicación: www.saij.jus.gov.ar, 2006

SUMARIO

FIDEICOMISO DE GARANTIA:NATURALEZA JURIDICA;REGIMEN LEGAL;EFECTOS JURIDICOS-ACTO FIDUCIARIO-SIMULACION-CONCURSO PREVENTIVO-PRIVILEGIOS (CIVIL)

TEXTO

PONENCIA

- El Fideicomiso de Garantía es un negocio jurídico válido que encuadra dentro de las disposiciones de la Ley 24.441 y permite el otorgamiento entre partes de pactos de fiducia dentro de los límites de la convencionalidad del art. 1197 del Código Civil. Por la extensión de sus posibilidades, conferida por el art. 1º. de la Ley, los pactos de fiducia poseen causa atípica, siendo válido el que configure una garantía personal entre fiduciante - garante y beneficiario - acreedor.
- El negocio fiduciario de garantía asume entidad propia respecto de las garantías personales justificando su existencia tanto en su tipicidad legal como en la atipicidad de su causa permitida por la ley y motivada en la amplitud de negocios jurídicos a los que puede aplicarse la figura general del fideicomiso. No encuadra dentro de los negocios indirectos sino dentro de los negocios con causa atípica.
- No debe ser considerado como un negocio en contra de la ley pues no está prohibido por norma legal alguna. Tampoco debe ser encuadrado como negocio en fraude a la ley, pues prima facie no viola ninguna norma o principio imperativo o de orden público.
- No configura un derecho real de garantía sino una garantía personal válida pues es un contrato que contiene un pacto de fiducia obligacional tripartito y complejo entre el fiduciante-garante y el beneficiario-acreedor y luego entre éstos y el fiduciario, cuya causa como fin o intención de las partes es garantizar una obligación principal y preexistente (derecho personal), aunado a la transferencia del dominio de bienes (derecho real). Esta transferencia es condición de existencia de todo fideicomiso y a su vez es efecto del pacto de fiducia.
- En el Fideicomiso de Garantía, el fiduciario siempre debe ser una persona ajena al fiduciante- garante y al beneficiario-acreedor, no pudiendo en consecuencia concurrir las figuras de beneficiario-acreedor y fiduciario, pues la Ley 24.441 prohíbe al último adquirir para sí los bienes fideicomitados. (art. 7). El fiduciante-deudor tendrá el carácter de fideicomisario, no de beneficiario, a efectos de recibir los bienes remanentes en caso de ejecución de la garantía por el Fiduciario o extinción del fideicomiso por cumplimiento de la obligación garantizada.

- El acto jurídico del primer tramo del pacto de fiducia entre fiduciante-garante y beneficiario-acreedor, es otorgado a título oneroso. A los efectos de la acción de fraude de los acreedores normada en el art. 961 y ss. del Código Civil, no resultan aplicables los arts. 967 y 970 de dicho cuerpo legal. Tampoco le es aplicable el concepto de gratuidad del art. 118 inc. 1º. de la Ley de quiebras No. 24.522 a los efectos de la acción revocatoria concursal. Es por ello que, salvo fraude y probada connivencia, el tercer adquirente a título oneroso de los bienes debe ser considerado de buena fe, siendo su título inatacable por los acreedores del fiduciante-garante o los del acreedor-beneficiario.

- En el supuesto que el fiduciante-garante continúe en posesión del inmueble cuyo dominio transfirió al fiduciario, es innecesaria la tradición pues el fiduciante se convierte en poseedor a nombre de aquél mediante la figura del "constituto posesorio" (art. 2461 del Código Civil), sugiriéndose el otorgamiento de un contrato de depósito que contendrá el modo y plazo de entrega del bien por parte del fiduciante-garante en caso de incumplimiento de la obligación principal por parte del deudor.

- El Fideicomiso de Garantía crea un privilegio legal no concursal amparado por el art. 3876 del Código Civil que surge de la norma de orden público del art. 15 de la Ley 24.441.

- El proceso falencial del fiduciante-garante no afecta al Fideicomiso de Garantía. El acreedor-beneficiario deberá verificar su crédito como quirografario en iguales condiciones que cualquier titular de obligación garantizada, pero no debe verificar la garantía privilegiada pues esta surge de un patrimonio separado del patrimonio del deudor fallido. Por esta última razón, la ejecución de la garantía fiduciaria debe efectuarse fuera del proceso falencial del fiduciante. Este a su vez, deberá declarar como fideicomisario, su crédito eventual a los bienes remanentes una vez extinguido el fideicomiso. A este último fin, el fiduciario deberá rendir cuentas de su gestión también dentro del proceso falencial del fiduciante.

1. INTRODUCCION.

Para su progreso y desarrollo la economía necesita del crédito, y éste a su vez reclama garantías, refuerzos para un tráfico jurídico económico más seguro hacia el cumplimiento de las obligaciones. Se procura tanto minimizar los riesgos como los gastos y dilaciones en la efectivización de los derechos. Y así en el afán de asegurar el crédito, el cumplimiento de una obligación o el goce de un derecho se suman a las garantías tradicionales (hipoteca, prenda, anticresis) nuevas figuras jurídicas, como herramientas para alcanzar el crédito, entre ellas el Fideicomiso de Garantía.

Entre otros autores, Claudio M. Kiper y Silvio V. Lisoprawski han defendido con acierto la inclusión de esta figura en nuestras normas y es por ello que elegimos sus palabras para resumir la practicidad de la figura bajo estudio: "...como consecuencia de la recurrencia de las crisis económicas...aunado a la congestión de tribunales....el fideicomiso de garantía se perfila, en nuestro medio, como un excelente mecanismo para asegurar la rápida satisfacción de las obligaciones incumplidas, con obvia superioridad de las llamadas garantías tradicionales (hipoteca, prenda, etc)".(1)

El sistema jurídico de cada sociedad no puede ser ajeno a la evolución de ésta. Así parece haberlo entendido nuestra jurisprudencia, (2) que parece cada vez más proclive a aceptar la validez de la figura en estudio.

Toda modificación produce ciertos resquemores a la hora de aceptarla y es por ello que este trabajo pretende demostrar la eficacia y validez de una figura dúctil, práctica y ágil, tendiente a ampliar el abanico de las tradicionales garantías existentes.

2. FIDEICOMISO DE GARANTIA

Acorde con lo dispuesto por la Ley 24.441, podemos entender al Contrato de Fideicomiso de Garantía como aquél mediante el cual una parte identificada como fiduciante, se obliga a transferir (3) la propiedad fiduciaria de uno o más bienes a un fiduciario con la finalidad de garantizar con ellos, o con su producido, el cumplimiento de ciertas obligaciones a cargo de aquél o de un tercero, designando beneficiario al acreedor, a quien, en caso de incumplimiento, se pagará la obligación garantizada, según lo previsto en la convención fiduciaria, o restituyendo los bienes remanentes, o su totalidad en caso de cumplimiento, al fiduciante en su carácter de fideicomisario.

Hipotéticamente, el Fideicomiso de Garantía puede constituirse como mínimo en tres formas diferentes:

A) Aquella donde el fiduciante, que será el deudor de la obligación principal garantizada o bien un tercero, garante de las obligaciones contraídas por éste, transferirá uno o más bienes en propiedad fiduciaria a favor del fiduciario quien será el mismo acreedor de la obligación garantizada y procederá a la ejecución de la garantía en caso de incumplimiento del deudor, cobrándose su crédito directamente sin intervención judicial ni de terceros. Esta figura es la llamada "fiducia cum creditore" y como veremos, su utilización no es recomendable pues se torna francamente violatoria a la disposición del art. 7 de la Ley 24.441 que prohíbe al fiduciario adquirir para sí los bienes fideicomitidos, prohibición extensible, a los bienes que se incorporen al fideicomiso por subrogación real, como por ejemplo el dinero obtenido en la venta de los bienes fideicomitidos.

B) La propuesta por Manrique Nieto, donde "el fiduciario contrata con el acreedor, como garante del deudor, según las instrucciones o determinaciones que ese fiduciante-deudor le impartió al referido fiduciario. Es decir, que este último se obliga con los acreedores que le indicó o indique el fideicomitente deudor a enajenar o disponer de los bienes fideicomitidos para atender las obligaciones garantizadas". (4)

C) La que sugerimos, donde el negocio fiduciario de garantía sea tripartito produciéndose una relación jurídica producto de un pacto de fiducia obligacional complejo, en el cual las partes sean el fiduciante: deudor o garante de una obligación principal de nacimiento coetáneo con el contrato o bien individualizada en el mismo por ser preexistente; el acreedor de dicha obligación como beneficiario del fideicomiso estableciéndose el primer tramo del pacto de fiducia complejo destinado a garantizar aquellas obligaciones, y luego como segundo tramo de dicho pacto, el fiduciante garante y el beneficiario acreedor contratarán con el fiduciario un pacto generador de derechos y obligaciones entre las cuales la principal será aquella en que el fiduciario se obligue a cumplir la manda fiduciaria del fiduciante y del beneficiario de ejecutar la garantía en caso de incumplimiento del deudor y proceder a la enajenación de los bienes cuya propiedad fiduciaria se transferirá al fiduciario en la forma que determine el contrato, y con su producto abonar al

beneficiario acreedor su acreencia entregando el remanente de los bienes al fideicomisario que será el mismo fiduciante, o bien restituir la totalidad del patrimonio fideicomitado en caso de cumplimiento de la obligación principal.

En los casos B) y C), el fiduciario será una persona (física o jurídica) de confianza de las partes, que actuará conforme a pautas expresamente normadas en el contrato y el beneficiario será, en caso de incumplimiento de la obligación principal garantizada, acreedor del producido de la realización de dichos bienes en la parte necesaria para atender a su crédito. El contrato de fideicomiso importará la transferencia de bienes y/o derechos del propio deudor o de un tercero (fiduciante) al fiduciario que deberá administrar el patrimonio fiduciario y corroborar, conforme pautas que se establecerán en el contrato de fideicomiso, el cumplimiento o no de las obligaciones garantizadas, y ante la falta de cumplimiento, siguiendo el procedimiento establecido administrar el patrimonio y pagar con ello a los acreedores garantizados (beneficiarios), si el deudor ha pagado normalmente o hubiere remanente, este regresará al patrimonio del fiduciante (fideicomisario), a título de extinción de contrato de Fideicomiso de Garantía por cumplimiento de su objeto.

La ductilidad de la figura posibilita la pronta adecuación del "pacto de fiducia" en garantía de alguna operación, en un muy amplio y variado espectro que dependerá de la voluntad de las partes quienes tienen libertad para contratar acorde a sus necesidades (art.1197 C.C.).

3. ENCUADRAMIENTO NORMATIVO.

El Fideicomiso de la Ley 24.441 constituye una figura jurídica que amplía los horizontes de la convencionalidad entre partes dispuesta por la norma del art. 1197 del Código Civil. Abre las puertas a una nueva visión jurídica de los negocios entre las personas, producto de la amplitud de margen del "pacto de fiducia" ínsito en el contrato que lo regula, esto es el conjunto de derechos y obligaciones que pacten las partes en el negocio fiduciario. El pacto de fiducia no es otra cosa que la regulación de esos derechos y obligaciones de las partes según lo exige el art. 1137 para configurar todo contrato como acto jurídico.

Esa regulación de intereses, u objeto del acto o negocio jurídico, (5) tiene en el Fideicomiso una expresión superlativa en cuanto a la amplitud del espectro de su aplicación en el mundo de los negocios. Es por esta amplitud que la Ley específica no ha querido deliberadamente tipificar cada "pacto de fiducia", lo que de haber hecho, siempre le hubiera resultado insuficiente. Así nos dice Carregal: "Por suerte la ley no se ha ocupado en especial de cada tipo de fideicomiso posible. El Legislador no puede poner piedras en el camino de la evolución jurídica que no debe hacer otra cosa que acompañar a la evolución social", y agrega: "la ley 24441 no regula específicamente el fideicomiso de garantía como tampoco contiene normas específicas para los llamados fideicomisos de administración, ni para los de inversión, ni para los inmobiliarios....ni para ningún otro a excepción de los fideicomisos testamentarios y los financieros justificado el primero por su particular forma de otorgamiento y el segundo por la condición especial de quien quiera actuar como fiduciario...y por la emisión de títulos valores y certificados de participación que suscribirán los beneficiarios de este Fideicomiso". (6)

Como vemos no fue necesario tipificar cada clase de "causa fiduciae" en el dictado de la ley que regula esta figura jurídica. Esta falta de tipificación de la causa no debe llevar a la conclusión de la inexistencia o ilegitimidad del "pacto de fiducia", cualquiera sea él, a excepción, por supuesto, que éste sea violatorio de disposiciones legales. Pero mientras el mismo corra por los carriles de la negociabilidad entre las partes, la legitimidad del pacto fiduciario es indiscutible y debe necesariamente ser tenido en cuenta por el derecho pues "si la ley pretendiera maniatar la realidad mediante regulaciones paralizantes....sería desbordada por la vida misma. La vida es creación...que debe ser fomentada y no reprimida por el derecho". (7)

Admitida la legitimidad del pacto de fiducia por el derecho objetivo al dictarse la Ley 24.441, debe analizarse el mismo como derecho subjetivo que encuadra dentro de los derechos personales, pues en el Fideicomiso, "la relación compleja resulta normalmente, de la interferencia de un acto de disposición, por sí abstracto, y de un negocio obligatorio causal que envuelve al mismo tiempo la causa justificativa del primero". (8)

Es por ello que en el Fideicomiso de la Ley 24.441, además de exigirse para su tipificación la existencia del pacto de fiducia obligacional destinado a regular derechos y obligaciones personales entre las partes, la norma legal requiere además una condición de derecho para su existencia: el acto de disposición que implica la transferencia de determinados bienes en propiedad al fiduciario. Este acto de disposición de bienes es abstracto y consecuencia del negocio causal contenido en el pacto de fiducia.

4. NATURALEZA JURÍDICA.

En cuanto a la naturaleza jurídica de la figura de Fideicomiso respecto de su causa como fin práctico de las partes otorgantes, se ha sostenido que encuadra en el concepto de negocios indirectos lícitos, los cuales son "aquellos predispuestos para la obtención de un resultado para el cual el ordenamiento positivo no suministra ningún esquema negocial o bien suministra esquemas inadecuados" (9), produciéndose en el caso del fideicomiso de garantía, "la utilización con fines de garantía de un negocio cuando su causa -o función-típica no se identifica con tal finalidad".(10)

El negocio indirecto tiene semejanzas con el negocio simulado pues en ambos casos "se ofrece un uso anormal de la función instrumental del negocio...pero en el negocio simulado...la discrepancia entre el negocio querido y el visible...representa una verdadera incompatibilidad..y es motivo de que normalmente...el fin disimulado no se haga visible...por el contrario en el negocio indirecto, de una manera análoga a la del negocio fiduciario, la discrepancia de la función típica del negocio asume el carácter de una simple incongruencia de fines que, aunque distintos, son compatibles entre sí". (11)

Respecto de tales semejanzas, se ha dicho que "el negocio fiduciario tiene autonomía conceptual y características propias que permiten diferenciarlo del simulado...en el que hay discordancia entre la voluntad real (oculta) y la declarada (aparente)...lo que no se produce en el fideicomiso de garantía en el que se transmite la propiedad de un bien ya que es juntamente eso lo que las partes quisieron hacer...de modo que la voluntad real coincide con la aparente. En el negocio fiduciario no hay intención de ocultar la transmisión ni de engañar a terceros, lo que si ocurre en la simulación relativa (del art. 956

CC)". (12)

Descartamos la asimilación del negocio fiduciario a la simulación, pues esta figura no constituye un negocio jurídico sino que es propia de una anormalidad del negocio situación que puede darse o no en el negocio fiduciario. En principio el negocio fiduciario no importa una simulación ya que concurren en él la voluntad real con la aparente, sólo que, como se verá, la ley deja un amplio margen a la convencionalidad de esa voluntad.

En relación al negocio indirecto lícito, sostenemos que el Fideicomiso de Garantía no encuadra en aquella figura que plantea "la necesidad de aprovechar un tipo de negocio para la consecución de un fin distinto de aquel que su causa típica representa...presentándose una discrepancia consciente entre la causa típica del negocio escogido y la intención práctica perseguida en concreto por las partes" (13). Esto no ocurre en el negocio fiduciario, que, en primer lugar, es un negocio típico por estar regulado por una ley específica, y en segundo lugar, no carece de causa ni la misma es contraria a la ley sino que carece de tipicidad especialmente determinada encuadrándose entonces en los negocios de causa atípica. En el negocio fiduciario a diferencia del indirecto, el fin práctico buscado por las partes es coincidente con su causa aunque la misma no esté especialmente determinada y entonces sea atípica.

La Ley 24.441, establece como causa del fideicomiso "la obligación (del fiduciario) de ejercer la propiedad de bienes en beneficio de quien se designe en el contrato". Al conferir el derecho objetivo tal libertad a la autonomía privada, crea consecuentemente un espectro amplio de "causa fiduciae" que deriva en que la misma "puede ser de garantía, custodia, administración"(14) u otras, produciéndose como consecuencia su atipicidad, no referida a la existencia legal del negocio fiduciario como negocio típico - cuestión innegable luego de la sanción de la Ley 24.441 - sino a la causa del pacto de fiducia en él contenido. La causa del contrato de Fideicomiso no está taxativamente determinada en la ley, pero esta cuestión no la transforma en ilegal sino que el orden legal la deja librada a la autonomía de voluntad negocial de las partes.

Un ejemplo de negocio indirecto es la figura de cesión de derechos en garantía. En ésta, la intención de las partes es someter un bien a una garantía personal y no corresponde con la causa típica del negocio tipificado como "cesión de derechos y obligaciones", causa que es la intención de las partes de lograr una transferencia patrimonial definitiva de esos derechos y obligaciones al cesionario, bien a título gratuito bien por una contraprestación económica. Por el contrario en el negocio fiduciario de garantía, la causa corresponde a la intención o fin práctico de las partes al utilizar la figura, sólo que esa causa no está tipificada por la ley en virtud de su amplitud. La causa del negocio fiduciario es compleja "...no es la causa del contrato dirigido a la transmisión de la propiedad en garantía....el negocio fiduciario no está constituido solamente por el negocio de transmisión dominial...la finalidad de garantía es...la finalidad del negocio complejo, compuesto del acuerdo real de transmisión y del convenio obligacional. La causa fiduciae, identificada con la finalidad de garantía, visible en el negocio obligatorio, es la que constituye la causa de este negocio complejo que llamamos fiduciario". (15)

Por todo lo expuesto y desde el punto de vista de su causa como fin práctico o intención de las partes contratantes, consideramos al negocio fiduciario como una figura con

autonomía conceptual en razón de su complejidad producto de la unión de pactos obligacionales y la transferencia de derechos reales entre las partes. En lo atinente a la utilización de la figura con fines de garantía en nuestro ordenamiento legal, el pacto de fiducia obligacional en él contenido configura una situación aún más compleja en la cual intervienen tres partes con diferentes intereses, donde el fiduciante-garante y el beneficiario-acrededor en un primer tramo de dicho pacto fiduciario, acordarán, mediante esta figura, la garantía para luego pactar con el fiduciario, quien deberá ser un tercero a ellos, el segundo tramo de dicho pacto de fiducia destinado a la transferencia en propiedad fiduciaria de los bienes del fiduciante-garante al fiduciario, con el objeto de cumplir con ellos y en los términos de la manda fiduciaria, el fin del contrato.

5. EL PATRIMONIO FIDUCIARIO.

La palabra "bienes" utilizada por el art. 1 de la Ley 24.441, no debe entenderse de otra manera que como derechos personales o reales, pues al decir de Edmundo Gatti "En realidad el patrimonio no se compone de objetos de derecho sino de derechos". (16) Desde el punto de vista técnico jurídico, el patrimonio fiduciario entonces se compondrá de derechos reales o personales de contenido económico. Como veremos - y con opinión contradictoria de cierta doctrina - (17), en la figura no se crea un nuevo derecho real ni se viola la disposición del art. 2502 del Código Civil pues el pacto fiduciario no es otra cosa que la regulación de derechos y obligaciones entre las partes, y uno de ellos será la transferencia de bienes en propiedad al fiduciario como "conditio juris" de existencia del Fideicomiso.

Uno de los grandes avances jurídicos que produjo la incorporación a nuestro derecho positivo de la figura del Fideicomiso es la concepción de dos o más patrimonios separados de titularidad de una misma persona lo que antes de la Ley 24.441 era impensable. Como sabemos "el patrimonio de una persona es la universalidad jurídica de sus derechos reales y de sus derechos personales bajo la relación de un valor pecuniario, es decir como bienes" (Nota al art. 2312 del Código Civil). Externamente, ese conjunto de derechos subjetivos reales y personales es la "prenda común de los acreedores", o sea la sustancia económica de valor pasible de ser agredida por aquellas personas con quienes se tiene una deuda en el concepto de obligación del art. 496 del Código Civil.

En esta línea de análisis, la Ley 24.441 ha producido una importante evolución en el concepto de patrimonio abrazado por Vélez Sársfield, evolución que debe ser tenida en cuenta por la Doctrina que impugna la legitimidad de la figura, y que hace especialmente a la aplicación práctica del Fideicomiso, pues éste importa hoy la posibilidad de que una persona tenga dos o más patrimonios que no se confundan entre sí: el propio y el o los patrimonios fiduciarios. Esta característica es relevante al momento de desarrollar un negocio jurídico de índole económica, especialmente en países de alta y sistemática volatilidad al respecto y es por ello que el Fideicomiso tiene un desarrollo creciente en los negocios actuales.

Como toda figura nueva que pretende de los operadores de derecho un cambio de mentalidad desde la concepción clásica, el Fideicomiso se torna de difícil imposición en el mundo jurídico de nuestro país. Sus detractores generalmente olvidan la creación de la figura intermedia del fiduciario, en quien las partes confiarán su fe en la conclusión del

negocio en buenos términos. Al ubicarse en el análisis de violación del orden ya establecido yerran pues no entienden que la figura en estudio genera un patrimonio separado y con ello protege la evolución de las relaciones jurídicas.

El Fideicomiso aparece así como una excelente herramienta jurídica provista por el derecho objetivo, que no debemos despreciar ni sobrevalorar, dado que la figura no necesariamente admite ser aplicada a toda relación jurídica.

5.1. TENENCIA DE LOS BIENES FIDEICOMITIDOS

Una situación compleja y recurrentemente criticada en la figura es la continuidad de uso del bien por el fiduciante una vez efectuada la transferencia de dominio fiduciario, calificando cierta Doctrina esta circunstancia como simulación. Nos remitimos aquí a lo manifestado al hablar de negocio indirecto y sus diferencias con la simulación. En el negocio fiduciario, no sucede ni una cosa ni la otra. Afirmamos que el fiduciante reconocerá la propiedad del bien en el fiduciario siendo la causa de la transferencia del dominio el pacto de fiducia, y esto determinará su ánimo en la tenencia. Afirmamos que cuando efectuada la transferencia el fiduciante continúa detentando el bien, lo hace en carácter de depositario.

El art. 2182 del Código Civil dice que el contrato de depósito se verifica cuando una de las partes se obliga a guardar gratuitamente una cosa mueble o inmueble que la otra le confía y a restituir la misma e idéntica cosa.

Sostenemos que el título en virtud del cual el fiduciante puede continuar teniendo la cosa fideicomitida es el de depositario y no el de comodatario, y la determinación expresa de esta circunstancia en el contrato establecerá como fundamentales tres diferencias con la figura del comodato: el fin seguido por las partes (fiduciario-depositante y fiduciante-depositario) es la guarda y custodia de la cosa, con independencia de que se autorice el uso de la misma; el depositario tiene la obligación de restituir y reconoce la tenencia en interés del depositante, y además no sólo tiene responsabilidad civil sino también penal por la falta de restitución. A quienes se preguntan quién es el interesado en este depósito respondemos que las tres partes: al fiduciante-deudor, que aspira a cumplir su obligación garantizada y recuperar la cosa le interesa su conservación y continuar usando la cosa; al beneficiario-acredor le importa que la cosa se conserve y/o mejore su valor y sea prontamente disponible; al fiduciario le interesa que la cosa quede custodiada y pueda ser rápidamente recuperada.

El depósito es un contrato conexo con otros. Su fin principal es la guarda o custodia de la cosa, el depositario tiene la obligación de restituir la cosa y debe devolver la misma e idéntica cosa. En el depósito regular se deberá establecer expresamente la facultad de uso de la cosa. (art 2208).

El contrato de depósito es considerado como "real" pues el Código habla de "entrega" de la cosa" (arts..1141 y 1142). Especialmente el art. 2190 determina tal carácter juzgándolo no concluido sin la tradición de la cosa depositada. Refiere Muñoz citando a Baudry-Lacantinerie y Wahl, Colin y Capitant, Josserand- si será posible la "traditio brevi manu" en

el caso en que el depositario esté ya en posesión de la cosa (la entrega puede ser real o simbólica, efectiva o traditio brevi manu), pero luego manifiesta que en el depósito regular no se tradita la cosa sino que se entrega al depositario para que la devuelva. (18) Agrega que sería mejor hablar de "constitutum possessorium" (siguiendo a Enneccerus, Kipp y Wolf) ya que el poder material del depositario sobre la cosa a custodiar -res deposita- es de detentador, pues el depositante tiene la posesión de la cosa que dio en depósito: la detentación es una relación de continuidad física de la cosa -corpus- y de un especial "animus" que desde luego no es el de poseer, y no puede decirse que sea sólo en interés ajeno, pues el detentador tiene también un interés propio: cumplir la obligación que le incumbe, porque de lo contrario incurrirá en responsabilidad.

Por nuestra parte creemos que tanto la "traditio brevi manu" como el "constituto posesorio" importan un cambio de ánimo en la posesión de quien es su titular. A su vez, ambas figuras constituyen una excepción al requisito de la tradición como entrega y recepción voluntarias de la cosa (art. 2377 del C.C.), necesaria para que se produzca la transferencia del dominio. El "constituto posesorio" es aplicable al caso del depósito ya que el titular posee la cosa "animus domini" y transfiere el dominio a un tercero convirtiéndose en poseedor a nombre del mismo (art. 2461 y 2462 del C.C.) al cambiar su "animus" por el de tenedor no dueño. En el depósito regular la "traditio brevi manu" no es aplicable pues este instituto supone el cambio de "animus" en forma inversa, esto es decir que quien poseía a nombre de otro siendo tenedor no dueño, comienza a poseer "animus domini" luego de otorgado el acto jurídico que lo hace dueño, como por ejemplo el caso el locatario que compra el inmueble.

Finaliza Muñoz sosteniendo que el depósito es un negocio jurídico de confianza; el depositario deberá comportarse ateniéndose a las normas propias de una sabia administración, lo que advierte respecto de la existencia de un negocio de confianza o "intuitu personae", negocio de crédito en sentido empírico.

Señala bien Lorenzetti (19) que la causa fin objetiva en el depósito es la guarda, gratuita u onerosa -según sea civil o comercial- es un elemento categorial y calificante de las operaciones jurídicas, de modo que todas aquellas que asuman esta finalidad como esencial entran en el área del depósito, debiendo discriminarse luego entre las diferentes categorías, modalidades y subtipos y así requiere que es necesario que el motivo que el depositante tuvo para entregar la cosa en depósito haya sido "causalizado", es decir puesto en conocimiento de la otra parte para que adquiera relevancia jurídica. Es por ello que la Jurisprudencia ha afirmado que "..en las obligaciones abstractas en virtud del art. 500 del C.C., se presume la existencia de una causa y a fortiori su licitud, mientras no se pruebe lo contrario". (20)

También es muy importante señalar en nuestro caso, que el contrato de depósito deberá aparecer como conexo al de fideicomiso, ya que ello ahorrará posibles conflictos tratando de aplicar disposiciones correspondientes a otras figuras como por ejemplo comodato, locación, mandato.

En el depósito es el depositante quien quiere que la restitución se produzca en el futuro: su interés no es otro que obtener puntualmente la restitución. En el depósito el plazo se prevé esencialmente en interés del depositante. El depósito civil es gratuito (art. 2182)

porque asegura a la otra parte una ventaja independiente de toda prestación, pero, siguiendo a Lorenzetti (21) se puede distinguir la gratuidad pura, la remuneración ofrecida espontáneamente y el precio pactado como contraprestación. Ni la onerosidad ni la autorización de uso transforman al contrato en ilícito, no afectándose la finalidad de la guarda y custodia que es principal en el depósito, y siendo la facultad de usar la cosa totalmente accesoria. Es también importante señalar que en un comodato el fin principal es el uso y goce, pero en ambos contratos siempre hay obligación de restitución. (22)

El depósito es además un contrato no formal. Se entrega una cosa para su custodia lo que causa una obligación a cargo del depositario, que es la de restituirla a su dueño. En el momento de entrega de la cosa se transmite el control sobre los riesgos y a partir de ese acto el depositario responde por todo lo que le ocurra a la cosa, ya que debe conservarla. En cuanto a la responsabilidad del depositario el régimen dispuesto por el Código (art. 2202) no es imperativo, por lo que las partes tienen la facultad de modificarlo, sea disminuyéndola o ampliándola (23) y se debe prestar especial atención a eso al redactar el contrato de fideicomiso para que la garantía a terceros sea segura.

El depositante puede en cualquier momento retirar la cosa depositada (art. 2217). La cosa se guarda en interés del depositante y como consecuencia de ello éste puede pedir su devolución en cualquier momento. Este precepto del artículo 2217 es una excepción al art. 570 que determina que el plazo se presume establecido a favor de ambas partes. El depositario debe hacer la restitución inmediatamente de ser requerido para ello, pues en caso contrario el depositante tiene acción civil para ejercerla y derecho a los daños e intereses de la demora (art. 508 CC), y además acciones criminales (art. 173 inc. 2 C.P.). Es indudable que el depositante, en cualquier momento puede pedir la restitución de la cosa depositada (arts. 566, 570 y 2217). Siendo el depósito un negocio de confianza la enajenación que hiciese el depositante de la cosa depositada determina la cesación del depósito. (art. 2226 inc.3).

Coincidimos con Muñoz cuando señala que es también causa o función del depósito la disponibilidad del depositante respecto de la cosa depositada. El depositario es detentador y el depositante tiene la posesión a través de él. (24) El depositario debe restituir la misma e idéntica cosa depositada en su exterior con todas sus accesiones y frutos y como ella se encuentre, sin responder de los deterioros que hubiesen sufrido sin su culpa. (art. 2182). El depositario tiene como obligación de guardar la cosa y no la de hacerle producir frutos (arts. 2191, 2208, 2210).

La restitución debe hacerse al depositante, al individuo indicado para recibir el depósito, (art. 2211). Es un contrato de confianza en la persona del depositario (art. 909) y por tanto tiene la característica de incesibilidad.

Lorenzetti (25) manifiesta que se ha planteado la posibilidad de que el depositante no reclame la restitución de la cosa y pasen los diez años del plazo de prescripción liberatoria (art. 4023 CC). La jurisprudencia ha dicho que no es aplicable y que la obligación de restituir no se extingue (26).

Sin duda, en caso de incumplimiento por parte del tenedor de la obligación de restituir los bienes fideicomitados se deberá recurrir a los tribunales a efectos de plantear una acción de desalojo o secuestro de los bienes en cuestión. Dichas acciones tendrán por objeto

recuperar el uso y goce de bienes que se encuentren bajo el uso de quien carece de título para ello, sea por tener una obligación exigible de restituirlo o por revestir el carácter de intruso. Concretamente y con relación a la acción de desalojo, afirma Palacio (27) que la pretensión de desalojo es admisible en todos aquellos casos en que el demandado carezca de todo derecho para oponerse a la restitución, aún cuando sea porque ocupa gratuitamente la cosa mediante un título que es revocable a voluntad del que le ha concedido este derecho (p.e. el depositante). Esta pretensión es personal y tiene competencia el juez del lugar de la situación del inmueble.

6. CRITICAS A LA FIGURA.

La figura del Fideicomiso de Garantía no es pacíficamente aceptada ni por la doctrina ni en el derecho comparado. El caos jurídico-económico que recurrentemente sufre nuestro país, no es justificación suficiente para defender su validez, y es por ello que conviene analizar las críticas más o menos profundas que ha sufrido esta figura.

Las principales resistencias a la misma se centran en sostener que: se trata de una figura que vulnera el derecho de defensa del deudor; que se protege principalmente al acreedor en desmedro del deudor, que se vulnera la garantía del debido proceso (de raigambre constitucional en nuestro país C.N. art. 18), o que es violatoria de la prohibición del pacto comisorio (art. 3222 Código Civil). Otras, citan la falta de mención expresa de la figura en la Ley 24.441, que los derechos reales de garantía tipificados son suficientes para proteger cualquier crédito, que el desplazamiento de la cosa del deudor al Fiduciario lo condena al fracaso tal como sucedió con la anticresis, que de otorgarse un comodato para solucionar el tema de la posesión se estaría incurriendo en un acto simulado, que se viola el *numerus clausus* del art. 2502 del Código Civil, y otras críticas de menor entidad.

Pero no debe olvidarse que el pacto de fiducia es un contrato estipulado libremente entre las partes (fiduciante y fiduciario), que implica la obligación del fiduciario de llevar adelante determinadas conductas en él reguladas en garantía del cumplimiento de una obligación (del fiduciante o de un tercero). Por tanto, el fiduciario no debe "ejecutar" los bienes en términos estrictamente procesales, sino cumplir con aquello a lo que se obligó en virtud de dicho pacto y cuyo disparador será el incumplimiento de la obligación garantizada. De allí la trascendencia de dejar bien determinado en el contrato cuyo cumplimiento se garantiza, tanto como en el contrato de fideicomiso, las condiciones claras y expresas del procedimiento para determinar la comprobación de incumplimiento de la obligación garantizada y los actos que se pretende el fiduciario realice una vez corroborado tal hecho, como así también la forma de disposición del patrimonio fideicomitado para cumplir con la obligación garantizada, es decir cómo se llevará adelante el cumplimiento del pacto de fiducia (que algunos autores, a nuestro criterio erróneamente denominan "ejecución"): garantía de dicha obligación.

En respuesta a quienes manifiestan que se viola el pacto comisorio y subrayan que el fideicomiso de garantía viola lo dispuesto en el artículo 3222 del Código Civil, decimos que el acreedor no se "apropia" de los bienes del deudor, ya que en la hipótesis de incumplimiento - y dentro de la forma de celebración del contrato por nosotros sugerida (ver punto 2) - será el fiduciario quien ejecute el pacto de fiducia y así, coincidimos con Kiper y Lisoprawski (28) en que en el fideicomiso de garantía los bienes dejan de ser

propiedad del deudor: el fiduciario recibe la cosa, que conforma parte de un patrimonio separado, para hacer con ella lo que se haya estipulado en la manda fiduciaria.

Algunos críticos de la figura sostienen que el contrato de fideicomiso es un contrato de "desconfianza", que lleva a la necesidad de acudir a una simulación ilícita, pues, normalmente el deudor necesitará del uso y del goce de la cosa objeto de la garantía, ya que de lo contrario difícilmente tendría capacidad económica suficiente como para cancelar el crédito obtenido...(29) En cuanto refiere a la simulación ya hemos demostrado que la misma es una anomalía que puede o no darse en cualquier negocio jurídico y en cuanto tal, el fideicomiso no escapa a ella. Pero siendo una situación patológica, no es posible afirmar que siempre el fideicomiso importará una simulación. Por otra parte y respecto del hecho que el deudor necesite el uso y goce de la cosa, ello no importa una simulación sino otra función del contrato de Fideicomiso de Garantía, en el cual como ya explicamos, normalmente no se produce la discrepancia entre el negocio querido y el visible, requerida para configurar la simulación.

Otros señalan que habría una identificación entre el acreedor y el deudor, ya que el fiduciario, en el cumplimiento de la garantía objeto del contrato de fiducia, sería también deudor del acreedor. Ello no es así ya que el fiduciario responderá frente a fiduciante y beneficiario por el cumplimiento de la manda contenida en el pacto de fiducia y no de la obligación originaria del deudor con el acreedor. El contrato que contiene la obligación garantizada es conexo con el contrato de fideicomiso de garantía, estableciéndose entre ellos una relación de principal y accesorio.

Una de las críticas más severas a la figura radica en la autoliquidación de la garantía por el acreedor cuando el mismo sea también fiduciario. Nos enrolamos en la postura denegatoria de la posibilidad de subsumir en una misma persona el rol de fiduciario y acreedor-beneficiario. Algunos autores, adhieren a esta posición basándose en el artículo 2º de la Ley 24441 afirmando que el mismo no establece esta posibilidad. Pero la norma legal al decir que el beneficiario sólo podrá ser el designado en el contrato o en su defecto lo será el fiduciante o fideicomisario, tácitamente determina que nunca lo será el fiduciario, postura que es reforzada por lo preceptuado en los artículos 7º y 13º.

La posición en contra de la conjunción del rol de beneficiario y fiduciario se funda en el conflicto de intereses que puede existir ya que en la hipótesis de tener que cumplir con la garantía el fiduciario-acreedor interpretará las pautas contractuales de la forma más ventajosa a sus intereses en cuanto acreedor. También existiría no colisión de intereses sino imposibilidad de cumplimiento con referencia a la rendición de cuentas, en el caso de conjunción de roles, pues no debemos olvidar que ésta no puede ser dispensada en el contrato y sería un sinsentido que el acreedor se controlara a sí mismo. Producto de la complejidad del pacto de fiducia de garantía, los interesados en la rendición de cuentas serán tanto el acreedor beneficiario como el fideicomisario. Entonces, deberá prevverse cierta flexibilidad, ya que una vez cancelada su acreencia, el acreedor carecería de interés en esa rendición de cuentas dado que su aprobación de la gestión es la carta de pago que hace extinguir su carácter de beneficiario - lo que es aconsejable pactar así en el contrato - y aún en el hipotético caso en que se garantizaran otros créditos entendemos que tendría interés sólo para solicitar información vinculada con su acreencia más no con las demás.

Algunos autores llegan a sostener que siempre el fiduciario será designado por el acreedor. Creemos que esta afirmación es excesiva, si bien es cierto que en un importante porcentaje de casos será el acreedor quien designe al fiduciario. Y a quienes afirman que esta circunstancia importaría un abuso por parte del acreedor ante el derecho del deudor produciéndose una lesión a éste, la parte más débil en la relación, respondemos que ese mismo concepto, de ser válido, se aplicaría a todo tipo de garantías, lo que no resulta admisible pues en nuestro derecho impera la libre contratación de las partes en materia de garantías personales. Nos apresuramos a repetir que no compartimos la idea que condiciona la ecuanimidad de la figura y que admite que el mismo acreedor (e incluso el deudor según parte de la doctrina) pueda ser el fiduciario. Así Kiper y Lisoprawski (30) sostienen una posición limitadamente favorable a que el fiduciario no sea ajeno a la relación deudor-fiduciante y acreedor beneficiario (31) y cautelosamente señalan que la economía de comisiones que implica obviar la designación de un tercero fiduciario ajeno a la relación crediticia, se vería opacada con la inseguridad acerca del efectivo desarrollo del fideicomiso de garantía y la realización de los bienes si el deudor pudiera introducir al fiduciario en complicados litigios.

Creemos que el principio de lealtad que obliga al fiduciario a actuar en cumplimiento del pacto de fiducia, debe necesariamente excluir la posibilidad que pueda actuar en su propio beneficio, y por tanto hace inviable que el fiduciario reúna también el carácter de beneficiario- acreedor.

Como expusimos, quienes admiten que el beneficiario y fiduciario puedan coincidir en la misma persona argumentan que no hay una restricción legal para ello. No compartimos esta postura habida cuenta que la Ley 24441 en su artículo 7º impone al fiduciario la prohibición de adquirir para sí los bienes fideicomitidos. Ello no obstante, los defensores de la tesis a favor de la coincidencia de fiduciario y beneficiario afirman que el fiduciario procuraría obtener el mejor precio posible para con él satisfacer su acreencia y que en la ley existen muchos mecanismos de protección del fiduciante, sean preventivos, como la remoción del fiduciario (art. 9º inc a) o las acciones de defensa de los bienes fideicomitidos (art. 18 segundo párrafo) o resarcitorios (art. 6 y 7 de la ley), y agregan que si a ello se le suman estipulaciones del propio contrato en aras de preservar la neutralidad del fiduciario y fijar un procedimiento de realización de los bienes, todo se traduciría en eficiencia económica tanto por la reducción de comisiones como por la pronta recuperación del crédito.(32)

7. VENTAJAS DEL FIDEICOMISO DE GARANTIA.

Sostenemos que la figura del fideicomiso de garantía es perfectamente lícita y muy útil por su flexibilidad.

Se señala como conveniencia de la figura que puede servir para garantizar más de una obligación, lo que importa una ventaja económica (no es necesario efectuar los pagos de sellados y honorarios del contrato de fideicomiso y transferencia para cada garantía) y de tiempo. Pero nos apresuramos a adelantar que el contrato deberá ser muy claro y específico y que compartimos la postura de Fernando Pérez Hualde (33) en cuanto a la trascendencia de la publicidad de la constitución del fideicomiso que posibilitará a los terceros poder conocer sobre qué bienes recae y apreciar qué actos están permitidos al

fiduciario, cuáles son comprendidos y oponibles al patrimonio fiduciario, siendo por ello imprescindible que el carácter de fiduciario sea publicitado.

Se trata de la transferencia de un activo con fines de garantía. El fiduciario debe ejercitar su derecho sobre los bienes dando cumplimiento a la obligación garantizada conforme las pautas establecidas en el pacto de fiducia y en ese caso los bienes, además del rol de garantía, también cumplirán la función de pago o cancelación de lo adeudado. Coincidimos con Pérez Hualde (34) cuando señala que esta actividad de cancelación de la obligación garantizada que se requiere del fiduciario no desvirtúa necesariamente la índole de garantía con que fueron afectados los bienes y que tampoco debe confundirse con la dación en pago, atento a que en el fideicomiso el remanente vuelve al fiduciante o fideicomisario, en tanto que en la dación la enajenación se realiza con carácter definitivo. Tampoco debe confundirse con la venta con pacto de retroventa, pues en ésta se transfiere la propiedad plena y no sólo el dominio fiduciario.

Es un contrato de confianza. Como vimos la circunstancia de que el fiduciante conserve la tenencia del bien fideicomitado una vez celebrado el contrato, no necesariamente debe llevar a la conclusión de que existe simulación ilícita. Tampoco se afecta el derecho de defensa en juicio (Art.18 C.N.), ya que cuando el fiduciario dispone de los bienes para satisfacer la garantía, no hace otra cosa que cumplir con el contrato, más precisamente con el encargo fiduciario. El fiduciario no "ejecuta" la garantía en sentido procesal, sino que cumple con lo que se convino en incumplimiento de esta última. (35) (art 17 Ley 24441). No existe función jurisdiccional sino que el fiduciario se limita a constatar el incumplimiento.

Coincidimos también con Molina Sandoval: el fideicomiso puede emplearse como garantía con preferencia, pero ello no implica que existe un nuevo derecho real de garantía. El único derecho real es el dominio fiduciario. Todo lo que no está expresamente prohibido está permitido, entonces si el ordenamiento legal no ha prohibido al Fideicomiso de Garantía, se puede afirmar la validez de su constitución. Sostenemos asimismo que la ley 24441 en sus artículos 19 y 21, expresamente contempla esta figura relacionada con el fideicomiso financiero. Por su parte, la garantía está implícita en todo fideicomiso, ya que ante el incumplimiento del fiduciario, el patrimonio fideicomitado es prenda común de las obligaciones vinculadas a la ejecución del fideicomiso. (36) Además - citando a Mario Carregal (37) - sostiene este autor que "el acreedor no es el único beneficiario del fideicomiso de garantía, sino un beneficiario preferente sobre el precio de venta de los bienes para el caso de incumplimiento de la obligación garantizada. El beneficiario subordinado sobre ese precio es el fiduciante en su condición de fideicomisario o beneficiario residual. En cambio, si la obligación se cumple, el fideicomisario pasa a cumplir el rol de beneficiario único, pues a él retornan los bienes fideicomitados". Señalamos que en la constitución del fideicomiso de garantía necesariamente deben existir por separado las figuras de fiduciante, fiduciario, beneficiario y fideicomisario, pues si se cumple la obligación garantizada los bienes remanentes deberán entregarse al fiduciante en su carácter de fideicomisario y no de beneficiario. Por otra parte, cuando el fiduciario -ante el incumplimiento del deudor- satisface al acreedor garantizado, lo hace con bienes integrantes del patrimonio fiduciario y no del patrimonio del deudor.

Una de las mayores ventajas del Fideicomiso de Garantía es la denominada "extrajudicialidad" de la garantía, ya que para su efectivización (y no ejecución como erróneamente se la denomina) se seguirán las pautas determinadas en el contrato sin intervención judicial. La seguridad que el acreedor obtiene con éste tipo de garantía favorecerá las condiciones en que se otorgará el crédito, tal vez con una mejor tasa de interés u otras ventajas para el deudor. Siendo una garantía autoliquidable, por ella se realizan los bienes y su producido se aplica a la cancelación del crédito garantizado en forma extrajudicial y por un procedimiento que asegura su liquidación inmediata, pudiendo en ciertos casos asignarse un valor estimado al bien - conforme pautas del mercado - y autorizarse su transferencia onerosa en dicho valor a un tercero o al acreedor. El fin perseguido es la celeridad y economía en el efectivo cumplimiento de la garantía sin afectar la seguridad jurídica, y entonces nos permitimos remarcar una vez más, la trascendencia de una redacción clara y precisa en la manda fiduciaria especialmente en cuanto al procedimiento de valuación de los bienes y forma de cumplimiento, que no necesariamente deberá acotarse en la venta del bien. Y se insiste en que no existe violación al pacto comisorio pues es el fiduciario (no el deudor) quien paga con los bienes de los que es dueño, teniendo el deudor el derecho a la rendición de cuentas y el de reclamar los daños que se puedan ocasionar en la ejecución del contrato, y si bien puede también remover al fiduciario, entendemos que en este contrato particular es muy importante que esta facultad quede restringida o delimitada pues no debe olvidarse el particular interés de los terceros. Insistimos entonces, en la necesaria aceptación del contrato por el acreedor (beneficiario en cuyo provecho se instituye el fideicomiso) y en la conveniencia de su presencia desde el momento mismo de su celebración.

El Fideicomiso de Garantía también posibilita la reutilización del activos. Molina Sandoval (38) apunta esta posibilidad como una de las ventajas de esta figura respecto de otras garantías, ya que señala que el costo de la transferencia de dominio fiduciario, una vez conformado el patrimonio fideicomitado es susceptible de ser utilizado para otras garantías, siendo suficiente la existencia de un contrato marco o la celebración de un nuevo contrato para que el activo garantice otro crédito.

Resumiendo, dentro de las ventajas principales de que goza el Contrato de Fideicomiso de Garantía podemos citar los siguientes: a) goza de los caracteres de las garantías preferidas, b) existe posibilidad de garantizar créditos rotativos, c) constituye una garantía autoliquidable, d) maximiza la utilización de los bienes y potencia su valor.

8. FIDEICOMISO Y GARANTÍA.

Es hora de preguntarnos si este contrato que regula derechos personales, puede contener un pacto fiduciario que garantice obligaciones y que sea causa del negocio fiduciario entre las partes. Para responder a este interrogante debemos necesariamente recurrir al análisis de la figura jurídica de "Garantía" y los negocios jurídicos destinados a tal fin. Como derivación de la figura, también deben analizarse las facultades del acreedor respecto de la ejecución de la garantía, especialmente cuando el mismo o un tercero puedan efectuar un proceso de liquidación no judicial y nos encontremos frente a lo que doctrinariamente se denominan "garantías autoliquidables".

Garantía es un concepto que emana de todos o una parte de los bienes de la persona garante obligada, surgiendo de este concepto la clasificación doctrinaria entre garantías personales y reales dependiendo de la afectación a la garantía de todos o parte de los bienes del garante. En las garantías personales se confiere generalmente el derecho al acreedor de agredir todos los bienes del garante y su limitación mayormente lo es en cuanto al monto garantizado y no a los bienes integrantes del patrimonio del deudor. En las garantías reales "se acuerda al titular un derecho real respecto del objeto"(39) limitándose la responsabilidad del garante a la cosa sobre la cual recae el derecho real, al que, consecuentemente, la ley le confiere características peculiares con el objeto de potenciar la garantía hacia el acreedor mediante privilegios otorgados al mismo.

Esta distinción es relevante, pues aunque una garantía personal sea limitada y afecte no todos sino solo uno o algunos de los bienes que conforman el patrimonio del garante, no se transformará en garantía real, la cual sólo será tal cuando el ordenamiento le confiera status de derecho real de garantía sujeto al orden público del "numerus clausus" como el establecido en los arts. 2502 y 2503 del Código Civil, gozando a su vez de características superiores como el ius perseguendi y el ius preferendi. Las garantías personales sólo "acuerdan al acreedor un derecho de crédito contra un tercero que asume la deuda junto al deudor".(40)

En nuestro derecho, el Fideicomiso de Garantía se aparta en principio de las garantías reales sin desplazamiento, en las que las especiales características a ellas conferidas obligan a la necesidad de su creación por ley, produciéndose una situación de concurrencia de derechos reales entre el de dominio del garante y el de garantía del acreedor. En el Fideicomiso de Garantía, por el contrario, el derecho de dominio se desplaza hacia un tercero y tanto el beneficiario- acreedor como el fiduciante-garante y fideicomisario tienen sólo un derecho personal a obligar al fiduciario al cumplimiento del objeto del fideicomiso y es por esta circunstancia que la ley confiere a la figura la especial característica de impedir la agresión de los acreedores de todas las partes.

En cuanto a las garantías reales con desplazamiento, este fideicomiso supone un avance sobre las mismas al colocar a un tercero, equidistante de las partes, en posición de defender los derechos de ambas. Esta importante distinción hace encuadrar al Fideicomiso de Garantía dentro de las garantías personales, pero como una alternativa superadora de éstas ya que permite afectar a la garantía sólo parte de los bienes del garante, generando un patrimonio separado.

La figura que analizamos, encuadra dentro de las llamadas "garantías autoliquidables", definidas por la doctrina como aquellas en las cuales "...a) la realización de la cosa y su aplicación al crédito garantizado se efectúan en forma extrajudicial y por un procedimiento que asegura su liquidación inmediata; o b) alternativamente se permite una estimación del valor de la cosa según un precio objetivo de mercado y su adjudicación automática al acreedor por ese precio". (41) Este último supuesto, creemos, es inaplicable a este fideicomiso, en razón de las características particulares del instituto analizadas y especialmente por la prohibición legal que impide al fiduciario adquirir para sí los bienes fideicomitidos.

El Fideicomiso de Garantía establece una relación de garantía personal entre el fiduciante

garante y el beneficiario acreedor concretada en un pacto de fiducia obligacional complejo que se complementa con la transmisión de la propiedad de uno o más bienes al fiduciario, quien debe necesariamente ser un tercero en esta relación y está sujeto a la manda de las otras dos partes de cumplimentar con el objeto del negocio, primordialmente el de realizar los bienes fideicomitidos en caso de incumplimiento del deudor y pagar con su producido al acreedor, para luego adjudicar el remanente al garante en su carácter de fideicomisario. El bien sale del patrimonio del garante y se transfiere en propiedad fiduciaria a un tercero imparcial que no puede adquirir para sí los bienes fideicomitidos (art. 7 Ley 24.441) excluyéndose mediante esta norma inderogable por las partes, la posibilidad del pacto comisorio mediante el cual el acreedor se cobre unilateralmente con la cosa. El acreedor por su parte, tiene derecho solamente a exigir del fiduciario el cumplimiento de la manda contractual de ejecución de la garantía y al pago de su acreencia.

Desde la perspectiva de las garantías personales, es de suma importancia evitar en este tipo de fideicomiso la situación en que el acreedor revista también el carácter de fiduciario, pues de lo contrario, la figura se acercaría peligrosamente a la existente en el derecho romano y conocida como "fiducia cum creditore", celebrada en provecho del acreedor beneficiario que a su vez era el fiduciario. Esta figura, que al permitir el pacto comisorio mediante el cual el acreedor podía apropiarse del bien fideicomitado, importaba una gran desprotección al deudor, fue suplantada rápidamente por las garantías reales con desplazamiento (el pignus) y luego por las que no producían desplazamiento de la cosa al acreedor, con el fin de evitar dicho pacto. La ley 24.441 establece en su art. 7º la prohibición al fiduciario de adquirir para sí los bienes fideicomitidos, por lo que creemos que tácitamente prohíbe la conjunción de las figuras de fiduciario con la del acreedor beneficiario, alejándose así del antecedente romano.

8.1. ONEROSIDAD O GRATUIDAD DE LAS GARANTIAS.

Respecto de las "Garantías" y el Fideicomiso, resta analizar la onerosidad o gratuidad del acto de constitución de las garantías.

Esta cuestión tiene importancia tanto con relación a las normas concursales, (Ley 24.522 art. 117 y 118) como en cuanto al fraude a los acreedores anteriores del deudor, pues las normas contenidas en los arts. 967 y 968 del Código Civil respecto de la acción revocatoria, establecen diferentes efectos en caso que el acto sea otorgado a título gratuito u oneroso, especialmente en cuanto a que la revocación del mismo afecte o no a terceros adquirentes de los bienes a título oneroso, quienes en el supuesto que se interprete que el Fideicomiso de Garantía encuadra dentro de la categoría de actos a título gratuito, pueden ver afectados sus derechos adquiridos aún a pesar de ignorar la insolvencia del deudor.

Refiriéndose a la fianza, típica garantía personal, "...los Mazeaud....siguiendo a Pothier sostienen que el contrato de fianza nunca es a título gratuito, pues el fiador no se obliga para con el acreedor por un espíritu de liberalidad o beneficencia, que sí puede existir en la relación entre fiador y deudor".(42)

Sostenemos que ninguna garantía, sea personal o real, es otorgada por el garante

respecto del acreedor en forma de liberalidad, pues aquél no puede ignorar al momento de otorgarla, el potencial perjuicio a su patrimonio que se produciría en caso de ser demandado por el acreedor a raíz de su incumplimiento o el del deudor. Por otra parte, toda garantía constituye siempre un acto jurídico otorgado en forma accesoria a otro que es el principal, y por lo tanto sigue su suerte. El acto jurídico principal genera obligaciones a cargo de la parte garante, las que siendo de dar, hacer o no hacer, generan a su vez una deuda en el sentido del art. 496 del Código Civil, por lo que la garantía accesoria se constituye con el efecto de que el garante cumpla con esa deuda hacia el acreedor, sea en hechos o en dar cosas, lo que de ninguna manera puede considerarse una liberalidad o un acto a título gratuito por comprometer el patrimonio del garante.

Esta definición, tiene un importante efecto, que cierta doctrina parece no comprender al sostener que "...atento que la transferencia del dominio fiduciario no se realiza a título oneroso -único supuesto en el que se exige la complicidad del adquirente - para que prospere la acción de fraude ante una transferencia fiduciaria no es necesario acreditar mala fe en cabeza del fiduciario, bastándole al acreedor que se cumplan los requisitos establecidos por el art. 962 del Cód. Civil...si el fiduciario, en razón del encargo del fiduciante hubiere transmitido a otro los derechos que de él hubiese adquirido deberá estarse a lo normado por el art. 970 C.C.". (43)

Creemos que tal análisis no es aplicable al Fideicomiso de Garantía. El pacto de fiducia contenido en la figura, es un pacto complejo compuesto de dos momentos diferentes: en el primero destinado a garantizar obligaciones propias o de terceros, el garante adquirirá el carácter de fiduciante y el acreedor el de beneficiario y será siempre oneroso. En el segundo ambos pactarán con el fiduciario la manda que el mismo deberá cumplir en beneficio de ambos. Este tramo del pacto de fiducia puede ser oneroso o gratuito dependiendo de si al fiduciario se le reconoce o no una retribución. La ley 24.441 lo presume siempre oneroso (art. 8).

Por lo tanto, en el análisis sobre la onerosidad o gratuidad del Fideicomiso de Garantía a los efectos de la acción de fraude de los acreedores o de la revocatoria concursal, no debe tenerse en cuenta la transferencia del dominio fiduciario sino solamente el pacto de fiducia entre garante y acreedor el cual siempre será oneroso. El concepto de gratuidad no es aplicable a ese tramo del pacto complejo pues toda constitución de garantía implica onerosidad entre garante y acreedor en la medida que el patrimonio del garante pueda verse potencialmente disminuido a raíz del incumplimiento del deudor. Y aquí, "...la cuestión es siempre apreciar si el provecho destinado a la parte contraria o al tercero, tenga carácter oneroso o gratuito. Tiene carácter oneroso cuando representa la compensación de un sacrificio patrimonial impuesto en vista de él, o tenga por contrapeso la compensación de un sacrificio patrimonial ajeno. En tales casos es obvio que la parte o el tercero están desde el principio, legitimados para esperarlo y contar con él...". (44)

9. EL FIDEICOMISO DE GARANTIA Y EL FRAUDE A LA LEY

El advenimiento del Fideicomiso de la Ley 24.441 y las infinitas variables del "pacto de fiducia" que las partes pueden negociar, tuvo uno de los ataques más severos en cuanto al pretendido fraude a la ley en el que incurrirían las partes contratantes utilizando una figura jurídica diferente a las ya existentes en el derecho para garantizar derechos y

obligaciones.

Insistiendo en la influencia del contexto social en las normas jurídicas, se ha dicho que "...el fraude a la ley es especialmente afín a los períodos críticos de decadencia, e incluso tiene semejanza con el estilo de los tiempos de civilización. En cambio resulta menos coherente con las épocas de cultura. En la decadencia, los conflictos entre valores y en la civilización, la falta de autenticidad, el formalismo y el apego a la seguridad jurídica, favorecen la burla contra la ley. En cambio en la cultura, el impulso hacia los valores y la sinceridad hacen que el fraude sea menos concebible y su prohibición más eficaz". (45)

9.1. CONCEPTO JURÍDICO DE FRAUDE A LA LEY.

Sobre la figura del fraude a la ley se sostiene que "...es siempre un avance indebido de la negocialidad jurídica. Consiste en el intento de transformar lo que la norma configura como un hecho o un acto jurídico en un negocio jurídico a fin de obtener lo que en situaciones no viciadas, la norma niega" (46) y que "es un fenómeno de crisis de un orden de la vida jurídica, en suma un intento de hacer prevalecer ocultamente un orden diferente del afectado por la maniobra.... su existencia debe provocar en los encargados del encuadramiento la vivencia de la contradicción".(47)

Así lo entiende la mayoría de la doctrina: "parece importante destacar que sólo cabe hablar de fraude a la ley cuando lo que se busca es la elusión de normas imperativas de orden público, ya que las normas dispositivas o permisivas pueden sortearse mediante la autonomía de la voluntad negocial. En suma el vicio en análisis anida en aquellos supuestos en que se persigue burlar una ley imperativa, en virtud de que sus prescripciones resultan contrarias al resultado práctico que se han trazado las partes...de manera tal que en el fraude a la ley no hay un comportamiento contra legem, en violación franca a la ley...por el contrario hay un aparente respeto a las palabras de la ley pero la infracción ocurre por vía indirecta o "circumvectio legis", que significa tanto como dar un rodeo para evitar la ley en lugar de chocar con ella".(48)

El negocio en fraude a la ley no es un acto simulado, aunque ambas situaciones importen anormalidad de cualquier acto jurídico. Seguimos en este aspecto, las ideas del Codificador sobre simulación citando a Favard: "en el caso de fraude se busca violar la ley imperativa o perjudicar a un tercero por medio de un acto real, mientras que en el caso de simulación ilícita, se persigue ese propósito a través de un acto total o parcialmente ficticio" (Nota al art. 956).

El negocio en fraude a la ley se diferencia también del negocio ilícito, pues "...lo ilícito es la violación directa de la palabra de la ley y el fraude es la violación indirecta del espíritu de la ley mediante una forma no prohibida". (49) "La mayoría de la doctrina vincula a ambas figuras en relación de género a especie...en los negocios indirectos ilícitos se quiere conseguir por un camino oblicuo el mismo resultado previsto por la norma; en los fraudulentos, en cambio, se busca un resultado análogo, pero "...la similitud se encuentra en que ambos buscan la violación de la norma y actúan solapada e hipócritamente".(50)

Por otra parte, el fraude a la ley tampoco significa fraude a los acreedores y no necesita causar perjuicio a persona alguna, pues "el negocio fraudulento se realiza apoyándose o

serviéndose de otra norma denominada "ley de cobertura" por medio de la cual se viola otra norma llamada "ley defraudada". La "ley de cobertura" es por lo general suficientemente vaga o genérica como para posibilitar la invocación de su amparo Pero corresponde señalar aquí, que "la maniobra fraudulenta puede llevarse a cabo simplemente para burlar la ley sin causar daño a terceros (se estaría ante un caso de fraude a la ley en estado puro) y...sólo cabe hablar de fraude a la ley cuando lo que se busca es la elusión de normas imperativas de orden público ya que las normas dispositivas o permisivas pueden sortearse mediante la autonomía de la voluntad negocial".(51)

Nuestra posición, subraya que el espíritu y los fines de la ley son conceptos tan amplios y variables como sujetos a diversa interpretación doctrinaria, y dependerán asimismo del tiempo social en que la ley se dicte y se analice. Tampoco es aceptable atenerse estrictamente a la letra de la ley, la cual por otra parte sufre con la evolución social pudiéndose producir "una reacción espontánea de la sociedad contra normas legales contrarias al sentir general, a los sentimientos jurídicos de la colectividad en un determinado momento histórico". (52)

Creemos que a fin de detener el análisis pendular sobre la figura que oscila entre la letra de la norma y su espíritu o fin, debemos hallar un término integrador pues ambos conceptos son individualmente insuficientes para encuadrar un negocio jurídico como otorgado en fraude a la ley. Por ello sostenemos, que este encuadramiento, requerirá tanto de una violación mediante el "rodeo" de una norma imperativa prohibitiva o de principios de orden público (que lato sensu también son normas imperativas), como de la violación de los fines ético jurídicos de esas normas o principios.

Respecto de ello "conviene atender a la reunión de ciertos síntomas para inducir primero el desamparo real del acto y luego su condena: a) que el acto considerado no sea el supuesto normal de la ley (la de cobertura); que se haya producido por circunstancias anómalas o sospechosas; b) que su validez lleve a un resultado de cierto matiz antijurídico, produzca daños a terceros, perjuicios al estado, vulnere abiertamente una ley o contradiga algún principio general del derecho".(53) Deberá indagarse "cuales son los "intereses" comprometidos, los implicados en la norma prohibitiva...si se concluye reconociendo una coincidencia de intereses se impone la interpretación extensiva de los textos con base en esa analogía del resultado".(54)

Luego de esta indagación y ya en cuanto al aspecto interno del negocio pretendidamente fraudulento, no bastará sólo con la intención de las partes en sortear la norma legal, pues la intención es insuficiente si no existe violación objetiva" de la norma: "el derecho es violado objetivamente o no lo es". (55)

Para que se configure el fraude a la ley deben reunirse dos requisitos esenciales: El primero referido a la existencia de una prohibición legal contenida en una norma imperativa sea o no de orden público, o a una prohibición contenida en principios de orden público, debiendo también indagarse si el acto produce una perturbación en los fines de esas normas o principios. El segundo, atinente a la voluntad de las partes, exteriorizada con el fin de "rodear" la prohibición otorgando un acto válido con "cobertura" legal para llegar al mismo efecto al que no pudieron acceder con el acto prohibido.

En esta investigación, no podemos contar con definiciones legales sobre la materia pues nuestro Código Civil no contiene una "norma imperativa" específica que sancione el fraude a la Ley. Pero, resaltamos, es absolutamente necesario tener un marco objetivo para el encuadramiento del fraude a la ley, pues de subjetivarse en forma exclusiva el análisis y tener en cuenta preponderantemente el espíritu y los fines de las normas o principios vulnerados, no puede dejarse de lado el hecho de que ambas cuestiones dependen del tiempo social en que fue creada la Ley, y entonces se corre peligro de abrir la "caja de Pandora" del derecho sospechando de todas las conductas humanas vinculadas con lo jurídico.

9.2. APLICACIÓN DE LA FIGURA AL FIDEICOMISO DE GARANTÍA.

Luego de leer estos conceptos seguiremos preguntándonos si es posible encuadrar al negocio jurídico fiduciario de garantía en los realizados en contra de la ley o bien en fraude a la ley. Para responder al interrogante deberemos analizar si su otorgamiento es violatorio o intenta burlar respectivamente, una norma expresa e imperativa o bien un principio de orden público para luego continuar con el análisis referido a los fines de estas normas o principios.

En ese orden de ideas, debemos recurrir entonces a interpretar tanto a la norma legal que tipifica la figura, norma de "cobertura", como a las normas o principios imperativos que pretendidamente se verían atacados o "rodeados" por la voluntad de las partes al otorgar el Fideicomiso de Garantía.

En primer lugar, debemos afirmar que la figura no está expresamente prohibida en las leyes de nuestro ordenamiento positivo, tanto en las de fondo, el Código Civil o el Código de Comercio, como en la especial, la Ley 24.441. No existiendo norma prohibitiva, debe deducirse que la figura no encuadra entonces en el concepto de negocio contrario a la ley.

Otorgándose el contrato de Fideicomiso de Garantía en la forma por nosotros propuesta, tampoco habrá violación a las normas especiales de la Ley 24.441, por cuanto el pacto de fiducia obligacional complejo que realizan el fiduciante-garante y el beneficiario-acreedor y luego éstos con el fiduciario, hace a éste último un tercero respecto de la primer relación jurídica citada, a quien colocan aquellos en la situación de protección de sus intereses particulares debiendo cumplir sus obligaciones "con la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios" (art. 6), y quien como consecuencia de ello, no podrá adquirir para sí los bienes fideicomitidos (art. 7).

Descartando entonces que el Fideicomiso de Garantía sea violatorio de alguna norma contenida en nuestro derecho positivo, ya en cuanto al fraude a la ley, entendemos que la norma de "cobertura", o sea la citada Ley 24.441 debe ser confrontada con las teóricas "normas defraudadas" al utilizar la figura, y entonces recurrir tanto a las normas imperativas, si es que las mismas existen, referidas a garantías reales o personales. En cuanto a las primeras, el art. 2502 del Código Civil no permite la convencionalidad en materia de derechos reales, pero el Fideicomiso de Garantía, como se explicó, no implica la creación de uno de esos derechos sino que el pacto de fiducia complejo que la figura contiene cae dentro de la órbita obligacional. Dentro de este encuadre, entendemos que

ni en el Código Civil ni en el resto de la legislación de fondo, existe una norma imperativa que impida a las partes convenir diferentes figuras de garantía personal como es el caso de dicho pacto de fiducia, por lo que tampoco se encuentra en la figura el requisito de existencia de una norma prohibitiva general para encuadrarlo en el fraude a la ley. Más aún, existen normas que permiten la negociabilidad de las garantías personales tanto como las reales, como por ejemplo, además de los referenciados, la figura de cesión de créditos en garantía, ampliamente receptada por toda la doctrina civilista y comercialista pero poco utilizada al importar una garantía personal de calidad inferior a la de la figura de prenda de créditos la que siendo una garantía real, es privilegiada dentro de la masa en caso de concurso o quiebra del deudor.

Merece destacarse que el Fideicomiso de Garantía produce un importante avance respecto de la cesión de créditos en garantía, pues en aquél el crédito (derecho personal) se transfiere en propiedad fiduciaria a un tercero imparcial en la relación entre deudor y acreedor, mientras que en la cesión en garantía, la transferencia de los derechos se efectúa al mismo acreedor cuya imparcialidad debe ser descartada. También la figura resulta más ventajosa que el derecho real de prenda pues en oposición a las disposiciones sobre este derecho real, la norma legal que contempla al Fideicomiso, no permite los pactos entre las partes que autoricen al acreedor a apropiarse de la cosa en pago de su acreencia, tanto si concurre con la figura de fiduciario (a lo cual nos oponemos pues no podrá adquirir para sí los bienes fideicomitados), como si sólo es beneficiario en cuyo caso únicamente podrá exigir del fiduciario la liquidación de la garantía.

Resta analizar entonces, si el instituto de Fideicomiso de Garantía viola alguna norma o principio de orden público. Y aquí tendremos tres vías de investigación: la primera y vinculada con el análisis anterior, referida a si existe un orden público en materia de garantías. La segunda vinculada con el equilibrio negocial entre las partes y la defensa de la parte más débil, en nuestro caso el fiduciante-garante, a efectos de proteger su derecho constitucional a la propiedad. La tercera, la necesidad de proteger el también constitucional derecho de defensa judicial de los derechos de aquél.

9.3. EL ORDEN PUBLICO EN MATERIA DE GARANTIAS.

No estando prohibido el Fideicomiso de Garantía en ninguna norma del derecho positivo argentino, debemos analizar si el hecho que las partes decidan utilizar la figura como garantía de obligaciones propias o de terceros optando por esta forma autoliquidable, puede ser violatorio tanto de normas como de principios de orden público.

En nuestro Código Civil existe un orden público en materia de garantías pero sólo en cuanto a su constitución como derechos reales, pues las partes no pueden crear por sí estos derechos (art. 2502) y sólo pueden utilizar los previstos por el art. 2503 (la hipoteca, la prenda o la anticresis) o los previstos por leyes especiales (hipoteca naval y aeronáutica, prenda con registro). En materia de garantías personales, creemos que el codificador ha impuesto la libertad de contratación al decir en el artículo 1168 "toda prestación puede ser objeto de los contratos" y en el art. 1197 que "las convenciones forman para las partes una regla a las que deben someterse como la ley misma".

Parte de la doctrina entiende que el Fideicomiso viola estas normas de orden público en

materia de garantías reales citando la disposición del art. 2502 del Código Civil que prohíbe crearlos por contrato.(56) Respecto de esta afirmación debe tenerse en cuenta que la objeción queda vacía de contenido cuando la transferencia de la propiedad fiduciaria no se refiere a derechos reales sino a personales, como por ejemplo créditos documentados. El mismo art. 2502 dispone en su segunda parte la posibilidad que cualquier figura afín a los derechos reales creada por las partes fuera del numerus clausus legal y de orden público, "valdrá como constitución de derechos personales si como tal pudiese valer", aplicando la teoría de la conversión del acto jurídico para sostener su validez. Con este razonamiento, aún sin compartir esta forma de análisis, llegamos al mismo punto anterior donde concluimos que el Fideicomiso de garantía constituye una garantía personal y no real.

El Fideicomiso de Garantía aparece así como una posición jurídica superadora de las características de las garantías personales, pues produce el mismo efecto que ellas pero sólo sobre uno o más bienes determinados de propiedad del fiduciante garante. No se crea un nuevo derecho real aunque la eventual transferencia de un derecho de ese tipo pueda ser parte del pacto fiduciario cuando se transfiera la propiedad de cosas y aunque la norma especial le confiera el privilegio de no poder ser agredido por los acreedores de las partes. El negocio fiduciario de garantía asume entonces entidad propia respecto de las garantías personales, justificando su existencia tanto en su tipicidad legal como en la amplitud de su causa permitida por la ley y motivada en la diversidad de negocios jurídicos a los que puede aplicarse la figura general del fideicomiso.

9.4. EL FIDEICOMISO DE GARANTIA Y EL DERECHO DE PROPIEDAD DEL DEUDOR.

Descartado el argumento que el Fideicomiso de Garantía viola el principio de orden público de numerus clausus de los derechos reales, debemos analizar si la figura en estudio es violatoria del orden público, tanto en cuanto a derechos constitucionales en especial el derecho de propiedad del deudor, como en cuanto a la prohibición del pacto comisorio en materia de garantías reales que permita al acreedor apropiarse de la cosa (prohibición relativa tal como expusimos). Y es que el "interés" coincidente y comprometido en el citado concepto de Mosset Iturraspe que existiría en este tipo Fideicomiso, no es otro que el del acreedor de cobrar su deuda preocupado por la lentitud del trámite judicial y la depreciación de su acreencia y el del Fiduciario a quien la manda contractual le impone ejecutar la garantía, contrapuesto al "interés" del deudor en que la ejecución extrajudicial no sea arbitraria o parcial y le produzca un perjuicio en su patrimonio.

Creemos que la transferencia del dominio causada contenida en un contrato de Fideicomiso de Garantía, "en modo alguno viola la propiedad privada, sino que constituye una de sus formas de expresión, ya que así como el deudor puede por su propia voluntad disponer de un bien a título oneroso o gratuito -es decir, venderlo, donarlo, permutarlo, etc.- tanto como puede constituir un gravamen o desmembrar el dominio, puede sin dudas, en el ejercicio de su autonomía, afectarlo a un sistema de garantía" (57). Entrará en juego aquí la autonomía de la voluntad y serán las partes quienes analizarán la conveniencia o no de otorgar los contratos en cuestión, y tendrá cabal importancia el asesoramiento previo a la contratación.

En cuanto a la prohibición del pacto comisorio, el artículo 3222 del Código Civil establece que "es nula toda cláusula que autorice al acreedor a apropiarse de la prenda, aún cuando ésta sea de menor valor que la deuda, o a disponer de ella fuera de los modos establecidos". Pretender que el fideicomiso de garantía encubre un pacto comisorio es errado pues importa afirmar que el acreedor garantizado e insatisfecho se apropia del bien del deudor, cuando en realidad éste, a través de la autonomía de la voluntad ha transferido su dominio al fiduciario y en caso de incumplimiento será el último quien realizará la venta del bien de acuerdo a los parámetros preestablecidos al momento de la contratación. Como afirma Dávalos Mejía, (58) "el nudo de la cuestión radica en que el fideicomiso de garantía debe ser analizado a la luz de la teoría del contrato y no desde la óptica de la teoría de las acciones civiles, por la sencilla razón de que esta especie de fideicomiso no es un procedimiento sino un contrato". Finalmente consideramos que tampoco se daría este supuesto en caso de dación en pago, ya que quien transfiere el dominio no es el deudor sino el fiduciario.

Y aquí es justamente donde se manifiestan los beneficios del Fideicomiso de Garantía respecto de los derechos reales de garantía. Puestos a analizar las facultades del acreedor respecto de los derechos reales de garantía, vemos que ni en la hipoteca ni en la prenda puede aquél apropiarse de la cosa sobre la que recae la garantía real, siendo nula toda cláusula que autorice al acreedor a apropiarse de la cosa en el caso de la prenda (art. 3222), y en el caso de la hipoteca no autorizándose "a los acreedores para apropiarse del inmueble o conservarlo en su poder, y su derecho respecto de él se reduce a hacerlo vender y pagarse con su precio" (art. 3169). En la figura del anticresis, el acreedor respecto del inmueble sólo puede pedir judicialmente que se haga la venta del inmueble" (art. 3251), pero nótese respecto de este derecho real, que el acreedor sí está facultado a apropiarse de los frutos para imputarlos al pago del capital e intereses de su crédito, por lo que la norma introduce una cuña en la idea de que el acreedor no puede apropiarse de la cosa para pagarse su deuda.

En el Fideicomiso de Garantía que proponemos, el acreedor nunca podrá apropiarse del inmueble "per se" pues se lo impide su carácter de beneficiario que depende del hecho del fiduciario. Aún si se sostiene que la Ley 24.441 no prohíbe la concurrencia de ambas figuras tampoco podría el acreedor-fiduciario apropiarse de los bienes que componen el patrimonio fiduciario, pues al revestir el carácter de parte fiduciaria se lo impediría la norma expresa del art. 7 de la Ley 24.441. Como vemos la normativa legal coloca al fiduciante-deudor en similares o mejores condiciones que las establecidas para la parte deudora en las garantías con derechos reales, por lo que deberá extremarse la precaución al redactar el contrato respectivo, a efectos de hacer transparente la ejecución de la garantía dentro del Fideicomiso.

9.5. EL FIDEICOMISO DE GARANTIA Y LA DEFENSA JUDICIAL DE LOS DERECHOS DEL DEUDOR.

Al analizar este tema, no debemos descuidar los tiempos de cada sociedad donde nace y se desarrolla cualquier figura del derecho. La figura del Fideicomiso tiene su mayor desarrollo en un contexto social totalmente diferente al actual en nuestro país, cual es la denominada "economía de primer mundo". El triunfo del sistema capitalista en las reglas de juego de la economía mundial, es un hecho indiscutible tanto como que el mismo

conlleva la imposición de ciertas reglas jurídicas de ese sistema.

Con respecto a la protección del deudor, se ha dicho que la "necesaria recurrencia a la actuación judicial previa o la exigencia de formalidades especiales para la ejecución...no resuelve hoy eficazmente problemas específicos que se puedan presentar. Así, la subasta judicial o el remate público no aseguran el mejor precio objetivo de los bienes...por el contrario, estos procedimientos necesariamente conllevan demoras y costos, que, lamentablemente, inciden sobre aquel a quien se quiere proteger. Las demoras...en cuanto permiten que se sigan devengando intereses y el crédito aumente...los costos, porque a veces insumen gran parte de lo que realmente se obtiene en subastas o remates. La vida económica moderna ha generado una variedad de instrumentos y mecanismos de mercado que tienden a la mejor utilización de los recursos....y que tratan de brindar respuesta a las necesidades muy variadas tanto de los ahorristas como de los solicitantes de crédito o capital. De otro lado, la especialización y responsabilidad de los intermediarios y operadores de los distintos mercados va estando sometida a reglas que trascienden en apreciación general...los mercados se van integrando por efectos de fenómenos tecnológicos en áreas de computación y comunicación. Todo ello lleva a la transparencia de los ámbitos y a la formación de precios, en muchos mercados en forma objetiva, cognoscible y controlable.. la conjunción de estos elementos requiere soportes jurídicos aptos que se orienten con justicia hacia aquella optimización....facilitarle medios al empresariado moderno para el acceso al crédito e inspirar confianza en los intermediarios y ahorristas...es abrirle las puertas para el mejor desarrollo de sus emprendimientos. Si por el contrario los instrumentos son inidóneos...la solución será el abandono de esos institutos y...la caída en la calidad de vida y falta de competitividad de la economía".(59)

No creemos que el Fideicomiso de Garantía viole en manera alguna las intenciones de los legisladores de proteger los derechos del deudor ni que su constitución implique un fraude a la ley en los conceptos expuestos sobre esta figura, ya que también existen los derechos del acreedor y la ley está obligada a protegerlo balanceando las posiciones de las partes. Existe una premisa básica en materia de garantías: estas no se ejecutarán si el deudor cumple con sus obligaciones. Pero cuando el deudor no las cumpla dando motivo al inicio de la ejecución, nunca perderá el derecho constitucional de recurrir a la justicia si considera que el Fiduciario excedió sus funciones, a fin de poder obtener medidas precautorias en defensa de sus derechos como por ejemplo el reemplazo del Fiduciario o la concurrencia de un veedor judicial al proceso de ejecución de la garantía o inscribir la litigiosidad del bien entre otras. Por ello se ha afirmado que "...el tomador del fideicomiso de garantía puede pedir la revisión de las cláusulas abusivas en el tramo de la ejecución que es cuando se manifestarán". (60) Por su parte, el acreedor tendrá derecho a que se cumpla lo pactado y se obtenga rápidamente la satisfacción de su acreencia y a recurrir a la justicia en caso que el Fiduciario no cumpla con su manda.

La potencial existencia de anomalías ya sea en la ejecución del negocio o por la parcialidad del Fiduciario con conductas contrarias a la ley o el orden inter partes del Fideicomiso constituido, no hace ilegal a la figura ni debe llevarnos rápidamente a defenestrar su aplicación, sino a extremar las precauciones a la hora de designar al Fiduciario. No es válido presumir que el Fiduciario actuará en connivencia con el acreedor en perjuicio del deudor, pues el derecho no se basa en la presunción de ilicitud de las

conductas humanas sino por el contrario, entiende lícita toda conducta humana previendo sanciones para cuando suceda lo contrario. Por otra parte y tal cual expusimos, no debe perderse de vista el hecho que es el deudor quien se coloca en una situación ilícita al no cumplir con su obligación prometida desatando la liquidación de la garantía, y quien, aún así, no pierde el derecho de recurrir a la justicia en protección de los abusos de las contrapartes en caso de que ellos existan.

Creemos que quienes consideran que se viola el derecho constitucional de defensa en juicio incurren en error al considerar que ante el incumplimiento el fiduciario procede a "ejecutar" la garantía. De esta manera se ha dado pie a los detractores de la figura a confundir el cumplimiento del contrato de fideicomiso con la función jurisdiccional de ejecución de los bienes del deudor. Coincidimos con Lisoprawski y Kiper que "el fiduciario no resuelve controversia alguna, limitándose a comprobar una situación de hecho: la falta de pago por parte del deudor" (61). Es por esto que para determinar la mora es conveniente establecer en el contrato formas de pago objetivamente verificables.

En cuanto al procedimiento para realización de los bienes existen infinidad de posibilidades. Todas ellas podrán resultar seguras y efectivas tanto para el deudor como para el acreedor, pero no creemos conveniente librar al fiduciario la elección del procedimiento de realización de bienes, propiciando que se estipule claramente en el mismo contrato el modus operandi con el cual deberá actuar el fiduciario.

Siguiendo a Mosset Iturraspe afirmamos que "el negocio fiduciario es un negocio real, seriamente querido, no un negocio simulado" (62) y además no es un negocio "contra legem" ya que no viola ninguna norma legal. Menos aún puede considerarse otorgado en fraude a la ley pues el pacto de fiducia, si bien atípico por no detallarse en la normativa legal sus posibilidades, no puede entenderse como elusión de alguna norma imperativa o principio de orden público o como un "rodeo" al espíritu de la ley.

10. EL FIDEICOMISO DE GARANTIA EN EL PROCESO FALENCIAL DEL DEUDOR.

La apertura del concurso o quiebra del deudor fiduciante en el Fideicomiso de Garantía trae consigo los siguientes interrogantes: a) cuáles de los derechos y obligaciones emergentes del contrato deben ser verificados en el proceso falencial, b) si el fiduciario dará cumplimiento a la manda fiduciaria fuera del proceso falencial o si éste la atrae.

El análisis refiere en principio, a si el acreedor beneficiario debe verificar su crédito y en su caso denunciar la garantía, y además si ésta se consideraría privilegiada. Respondemos a este interrogante que el beneficiario-acreedor siempre deberá verificar el crédito dentro del proceso, porque debe validarse su derecho respecto del resto de los acreedores.

La verificación de la obligación principal, deberá hacerse como quirografaria dado que la citada garantía con privilegio legal (art. 15 Ley 24.441), lo es sólo fuera del proceso falencial porque proviene de un patrimonio separado al del deudor fallido. El beneficiario-acreedor no puede verificar su garantía privilegiada dentro del concurso simplemente porque ella proviene de otro patrimonio como cualquier otra obligación del fallido garantizada por un tercero. Pero en el caso del Fideicomiso de Garantía, no se producirá como en las garantías personales, el reemplazo de acreedor por subrogación si es que el

tercero paga al afianzado, pues el fiduciario abonará al beneficiario su acreencia fuera del proceso con bienes ajenos al proceso desinteresando al mismo, sin poder subrogarse en sus derechos porque sólo está cumpliendo con una manda ajena.

Por administrar un patrimonio separado del deudor y tener que cumplir con la manda contenida en el pacto de fiducia de garantía, el fiduciario deberá liquidar la garantía fuera del proceso falencial y rendir cuentas a fin de entregar a la masa los bienes remanentes que le correspondieran al deudor como fideicomisario. El fiduciario, en virtud de dichos derechos residuales del Fiduciante como Fideicomisario, deberá también denunciar tal situación al igual que el fiduciante-deudor por el mismo crédito latente que le pertenece como fideicomisario..

Cierta doctrina representada por Héctor Alegría, interpreta que el beneficiario-acreedor no solamente debe verificar el crédito garantizado con el Fideicomiso de Garantía sino también la garantía que de él emana. Pero el mismo autor reconoce que la verificación será con privilegio, pues "sería inequitativo para él si se lo sometiera a las reglas del acuerdo o a las de distribución del concurso, afectando su crédito sin poder utilizar su garantía. Esto último desnaturaliza el fideicomiso y es insostenible". (63) Nosotros sostenemos que no debe confundirse la garantía privilegiada proveniente del fideicomiso con un privilegio oponible dentro del proceso falencial, pues aquella emerge de un patrimonio ajeno al deudor y consecuentemente a dicho proceso. El acreedor no podría ser verificado como privilegiado pues no tiene un privilegio respecto de los bienes de la masa falencial, ya que su garantía proviene de un bien integrante de un patrimonio distinto y ajeno a aquella, en similar situación al caso ya citado del acreedor que tuviera un fiador y fuera pagado por éste. Esta solución está amparada por el art. 159 de la Ley 24.522 que faculta al juez del proceso a la aplicación de normas análogas respecto de relaciones patrimoniales no contempladas en la Ley.

La confusión respecto de este tema, creemos, surge de no asumir la figura del fideicomiso como generadora de un patrimonio distinto del que corresponde al deudor y por tanto ajeno al proceso falencial del mismo. Autores prestigiosos como Héctor Alegría, Claudio Kiper y Silvio Lisoprawski pueden llevar a error en este tema, el primero sosteniendo que el acreedor debe verificar la garantía y el privilegio y los segundos afirmando que cuando el fiduciario paga al acreedor se subroga en los derechos de éste. Creemos que ello importa negar la existencia de un patrimonio separado producto de la transferencia de dominio fiduciario que se efectuó para garantizar el cumplimiento del crédito. Sostenemos que a la masa falencial - salvo la patológica situación de fraude o revocatoria concursal - le convendrá inclusive la existencia del fideicomiso ya que garantizará la potencialidad de un ingreso de bienes al patrimonio del deudor fallido provenientes de su derecho como fideicomisario, e inclusive se desinteresará a un acreedor que se cobrará con esa previsión efectuada por el fideicomiso y no con bienes de la masa.

Abundante doctrina niega la postura de Alegría sosteniendo que no es necesaria la verificación ni del crédito ni de la garantía que otorga el Fideicomiso "como se exige para los acreedores hipotecarios o prendarios o con otra garantía real".(64) Avalamos esta postura con referencia a la innecesariedad de verificación de la garantía, y que ésta como dijimos, está dada por un patrimonio separado distinto del falencial.

Como vemos la discusión doctrinaria parece girar sobre si el Fideicomiso es ajeno o no al proceso falencial del fiduciante. En principio, sostenemos que la disposición del art. 15 de la Ley 24.441 que impide a sus acreedores agredir los bienes fideicomitidos generando así un patrimonio separado, esencia de la figura del fideicomiso, crea en relación al Fideicomiso de Garantía un "privilegio legal especial no concursal" en el sentido exigido por el art. 3876 del Código Civil. Ese "privilegio" no quita a los acreedores el derecho a intentar la acción de fraude regulada por los art. 672 y ss. de dicho cuerpo legal o la acción revocatoria del art. 118 inc. 3 de la ley 24.522, como así tampoco el derecho de solicitar llevar a la masa los derechos remanentes que puedan corresponder al fiduciante-deudor en su carácter de fideicomisario tal cual lo permite el art. 15 in fine de la ley 24.441. Este crédito eventual del fiduciante debe ser denunciado por él a la masa tal cual lo exige el art. 11 inc. 5 de la Ley 24.522.

Constituyendo los bienes fideicomitidos un patrimonio separado del patrimonio del fiduciante (art. 14 Ley 24.441), son ajenos a la masa falencial y el fiduciario, en caso de incumplimiento del fiduciante deudor, puede y debe ejecutar la garantía fuera del proceso de concurso o quiebra. Se diferencian así, los efectos de la garantía que otorga este Fideicomiso de los que otorgan las garantías reales respecto de bienes del patrimonio fallido del deudor, las cuales deben ser ejecutadas dentro el proceso, bien que en uno especial. A su vez, el fiduciario, una vez ejecutada la garantía fuera del proceso falencial, deberá rendir cuentas dentro de éste por el eventual remanente de bienes, que serán de propiedad del fiduciante-deudor en su carácter de Fideicomisario e ingresaran a la masa..

11. APRECIACIONES FINALES.

Nada hay en la figura del Fideicomiso de Garantía que viole el ordenamiento legal o suponga siempre simulación o fraude a la ley. Superando al resto de las garantías personales, los contratantes de este negocio fiduciario contarán con la seguridad que les brinde un patrimonio separado y un tercero en la relación jurídica que garantice la equidad y la justa concreción del pacto de fiducia. La posición jurídica de las partes es perfectamente defendible ante la justicia recurriendo a la misma para utilizar remedios legales en caso de producirse anomalías en el desarrollo del negocio.

El legislador al crear la norma que regula la figura, ha puesto en manos de los particulares una herramienta legal para satisfacer sus intereses rápida y eficazmente, pues probada está la inequidad de la lentitud en la administración de justicia. La defensa del deudor no debe inclinar la balanza de la dama ciega y en esa línea, los operadores del derecho debemos saludar la incorporación de figuras jurídicas que permitan el desarrollo social y la competitividad de nuestra economía en este mundo cada vez más complejo, como lo es el caso del Fideicomiso y en especial el de Garantía.

Notas al pie:

(*) Escribanos Públicos Nacionales.

1) Kiper, Claudio M y. Lisoprawski, Silvio V., "Tratado de Fideicomiso", Ed. Depalma Bs. As. págs. 463 y siguientes.

2) Ver la reseña jurisprudencial de fallos a favor de la validez del Fideicomiso de Garantía realizada por Héctor Alegría en "Fideicomiso en Garantía (efecto sobre los créditos

- garantizados y verificación en el concurso del Fiduciante)", LL 2004-D-847.
- 3) Como el Contrato de Fideicomiso sólo se perfeccionará con la transferencia de dominio, se recomienda que ésta se realice en el acto de celebración, ya sea en el mismo instrumento o simultáneamente en instrumento separado. (Art. 1 - Ley 24.441).
 - 4) Manrique Nieto, Carlos E., "La Fiducia de Garantía", Juríd. Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1997 pág. 53 citado por Kiper, Claudio M. y Lisoprawski, Silvio V., ob. cit. pág. 468.
 - 5) Betti, Emilio. "Teoría General del Negocio Jurídico". Editorial Revista de Derecho privado. Madrid. pág. 5 y ss
 - 6) Carregal, Mario A. "Fideicomiso de Garantía: lícito y necesario". LL. 2000-E-949.
 - 7) Carregal, Mario A. ob. cit.
 - 8) Betti, Emilio ob. cit. pág. 234.
 - 9) Mosset Iturraspe, Jorge, "Negocio fiduciario con fines de garantía", Revista de Derecho Privado y Comunitario No. 2 Garantías, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, pág. 41.
 - 10) De Reina Tartiere, Gabriel, "Negocio Indirecto en función de Garantía", La Ley 2005-F.
 - 11) Betti, Emilio, ob. cit. pág. 235.
 - 12) Peralta Reyes, Víctor M., "Fraude a la Ley y fraude a los acreedores. La acción revocatoria ordinaria o pauliana", La Ley 2006-D..
 - 13) Betti, Emilio, ob. cit. pág. 235.
 - 14) Betti, Emilio, ob. cit. pág. 234.
 - 15) Mosset Iturraspe, Jorge, ob. cit. págs. 7 y ss.
 - 16) Gatti, Edmundo. "Teoría General de los Derechos Reales". Ed. Abeledo-Perrot Bs. As.. pág. 192.
 - 17) Peralta Mariscal, Leopoldo L. "(Fideicomiso de Garantía? -Neuralgias y cefaleas garantizadas!", LL-2000-D-975.
 - 18) Muñoz, Luis., "Derecho Comercial", Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires 1960 pág. 80.
 - 19) Lorenzetti, Ricardo Luis, "Tratado de los Contratos", Rubinzal-Culzoni Editores Tomo II, pág. 665.
 - 20) Cám. Nac. Civil Sala C, 26 de junio de 1997, Autos: "Rodríguez, Juan C.F.c/ Jonisz, Miguel y Otros". Compraventa de inmuebles. Formas de la tradición. Pago de precio. Simulación. Revista del Notariado Doctrina Nº 894-1998 pág. 275. Voto del doctor Jorge H. Alterini :... que el comprador quisiera asegurarse el cobro de su crédito por medio de la dación en pago con asunción de hipoteca, indica una actitud previsoras y no el concierto para simular un acto que por hipótesis debe suponerse sincero.
 - 21) Lorenzetti, Ricardo Luis, ob. cit. pág. 649.
 - 22) Lorenzetti, Ricardo Luis, ob. cit. pág. 659.
 - 23) Lorenzetti, Ricardo Luis, ob. cit. pág. 670.
 - 24) Muñoz, Luis, ob. cit. pág. 117.
 - 25) Lorenzetti, Ricardo Luis, ob. cit. pág. 680.
 - 26) Cám. Nac. Com. sala B E.D. 81-363.
 - 27) Palacio, Luis Enrique, "Manual de derecho procesal civil", Ed. Abeledo Perrot. Undécima edición actualizada. pág. 844.
 - 28) Kiper, Claudio M. y Lisoprawski, Silvio, ob. cit. pág. 12.
 - 29) Molina Sandoval, Carlos A., "El Fideicomiso en la dinámica mercantil", Ed. Abaco de Rodolfo Desalma, Bs. As. 2004. pág. 367, citando en la tesis de crítica a Peralta Mariscal, Leopoldo L. "(Fideicomiso de garantía? -Neuralgias y cefaleas garantizadas!", LL T2000-D.
 - 30) Kiper, Claudio M. y Lisoprawski, Silvio, ob. cit. pág. 28.
 - 31) Kiper, Claudio M. y Lisoprawski, Silvio, ob. cit. pág. 25.

- 32) Kiper, Claudio M. y Lisoprawski, Silvio, ob. cit, pág 24 y 25.
- 33) Pérez Hualde, Fernando, "El Fideicomiso de Garantía. Tratado Teórico Práctico de Fideicomiso". Colegio Notarial de Mendoza. Directora Beatriz Maury de González. Editorial Ad Hoc 2ª Edición. Primera Reimpresión. noviembre 2002 pág 221.
- 34) Pérez Hualde, Fernando, ob. cit. pág 219.
- 35) Molina Sandoval, Carlos A., ob. cit pág 369 citando a Kiper, Claudio M. y Lisoprawski, Silvio ob, cit. pág. 12.
- 36) Molina Sandoval, Carlos A., ob. cit pág. 371.
- 37) Carregal, Mario, ob. cit. pág. 951.
- 38) Molina Sandoval, Carlos A. ob. cit. pág. 373.
- 39) Bueres, Alberto J. y Mayo, Jorge A., ob. cit. pág.19.
- 40) Bueres, Alberto J. y Mayo, Jorge A., ob. cit. pág.19.
- 41) Alegría, Héctor, "Las garantías autoliquidables", Revista de Derecho Privado y Comunitario No. 2 Garantías, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, pág. 152.
- 42) Bueres, Alberto J. y Mayo, Jorge A., ob. cit. pág. 35.
- 43) Soler, Osvaldo H. y Carrica, Enrique D., "El Fideicomiso y el Fraude", LL-2000-B-1193.
- 44) Betti, Emilio, ob. cit. pág. 231.
- 45) Ciuro Caldani, Miguel A, "Perspectivas Jurídicas", Ed. Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 1985, pág. 56.
- 46) Goldmish, Werner "Derecho Internacional Privado". 4ª. Ed., Depalma, Bs. As. 1982, pág. 109 citado por Ciuro Caldani, Miguel Angel, ob cit. pág. 38.
- 47) Ciuro Caldani, Miguel A., ob. cit. págs. 29 y ss.
- 48) Mosset Iturraspe, Jorge, "El fraude a la ley" en "Código Civil y normas complementarias" de Bueres, Alberto J. y Highton, Elena I., Ed. Hammurabi Bs. As. 1998 To. 2B págs. 712 y ss.
- 49) Ferrara, Francisco, "Teoría del Negocio Ilícito", Societá Editrice Milano, 1914 pág. 19 citado por Mosset Iturraspe, Jorge en "El Fraude a la ley", Revista de Derecho Privado y Comunitario No. 4, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1995, pag. 37.
- 50) Mosset Iturraspe, Jorge, ob. cit. pág 40.
- 51) Peralta Reyes, Víctor M. ob.cit.
- 52) Kemelmajer de Carlucci, Aída, voto en autos cit. "País, Pedro E. v/Tribunal de Cuentas de la Provincia".
- 53) De Castro Federico, "Compendio de Derecho Civil", 1996 Ed. Instituto de estudios políticos, Madrid, pág. 144 citado por Aida Kemelmajer de Carlucci ob. cit.
- 54) Mosset Iturraspe, Jorge, ob. cit. pág 28.
- 55) Mosset Iturraspe, Jorge, ob. cit. pág. 29.
- 56) Peralta Mariscal, Leopoldo L., ob. cit., e Isasmendi, Armando J., "El Fideicomiso en garantía en el derecho nacional", LL-2003-D-20. Dice este autor: "frente al art. 2502 del Cód. Civil no hay norma legal de excepción derogatoria de estas restricciones" (pág. 25).
- 57) Clusellas, Eduardo G. y Ormaechea, Carolina, "Contratos con garantía fiduciaria". Ed. Abaco de Rodolfo Depalma. Pág. 137.
- 58) Dávalos Mejía, Carlos F., "Actualidad y futuro del fideicomiso en México", Instituto Fiduciario Bancomer, obra colectiva. México, 1997, pág. 315 y 316.
- 59) Alegría, Héctor, "Las Garantías autoliquidables" en Revista de Derecho Privado y Comunitario No. 2, Ed. Rubinzal Culzoni Santa Fe, pág. 160.
- 60) Ghersi, Carlos A., "Fideicomiso de Garantía resarcitoria". Ed. Rubinzal-Culzoni, pág. 82.
- 61) Kiper, Claudio M. y Lisoprawsk, Silvio V., ob. cit. pág. 484.

62) Mosset Iturraspe, Jorge A "Negocios simulados, fraudulentos y fiduciarios", Ediar, Buenos Aires, 1975, To. II pàg. 211 y ss.

63) Alegría, Hector, "Fideicomiso en Garantía (efecto sobre los créditos garantizados y verificación en el concurso del Fiduciante)", LL 2004-D-847.

64) Kiper, Claudio A. y Lisoprawski,, Sivio V. ob. cit. pag 487, Heredia, Pablo D, "Tratado exegético de derecho concursal", Ed. Abaco Bs. AS. 2000 To. 1 pag 677, Marquez, José Fernando "El fideicomiso de garantía y el concurso del Fiduciante", Revista de Derecho Privado y Comunitario 2000-3 pág. 143, citados por Héctor Alegría ob. cit. pág. 851.

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.saij.jus.gov.ar

Fecha: 2006

Inconstitucionalidad de la ley 25.798 de "salvataje" hipotecario y su reglamentación

HIGHTON, FEDERICO R.

Publicación: LA LEY, 9 DE FEBRERO DE 2004

SUMARIO

REORDENAMIENTO DEL SISTEMA FINANCIERO-MUTUO HIPOTECARIO-HIPOTECA-ACREEDOR HIPOTECARIO-DEUDOR HIPOTECARIO-EJECUCION HIPOTECARIA-ENTIDADES FINANCIERAS-SISTEMA DE REFINANCIACION HIPOTECARIA-FIDEICOMISO-FIDEICOMISO PARA LA REFINANCIACION HIPOTECARIA-DERECHO DE PROPIEDAD-IGUALDAD ANTE LA LEY-INCONSTITUCIONALIDAD

TEXTO

Algunas autoridades calificaron de "generosa" a la ley 25.798. Por el contrario, para los acreedores aparece como un "corralito" agravado. Resulta distorsivo, legislar sobre la base que todos los deudores serían "buenos" y que todos los acreedores serían "malos" o que los primeros merecerán la protección del orden jurídico y los segundos no. Entre los acreedores hipotecarios particulares, que son discriminados con relación a las entidades financieras en la ley 25.798, como se verá, hay trabajadores cesantes que invirtieron en hipoteca su indemnización o su retiro "voluntario", personas que vendieron sus viviendas porque les resultaban muy chicas e invirtieron el producido mientras ahorran para comprar otra más grande, jubilados que invirtieron sus ahorros producto de sacrificios para complementar sus magros haberes previsionales, viudas y muchos otros casos dignos de consideración. Todas estas personas confiaron en las normas vigentes. (Qué pasa si algunos de ellos son discapacitados, de edad avanzada, o si deben intervenir quirúrgicamente? Este nuevo corralito no contempla situaciones de excepción. Sin perjuicio de ello, ni siquiera debería ser necesario estar incluido en una situación de excepción para hacer efectivas garantías constitucionales.

Se decía que cuando el Fondo Monetario Internacional cuestionaba la suspensión de las ejecuciones o actos de subasta, lo hacía en defensa de los intereses de los bancos. En coincidencia con ello, esta nueva ley deja a salvo los derechos de las entidades financieras. Los acreedores particulares carentes de apoyo del Fondo Monetario y de todo lobby corporativo, son maltratados por esta ley.

Lo siguiente configura una hipótesis de discriminación violatoria de la garantía constitucional de igualdad ante la ley (art. 16 C.N.). El art. 6º de esta ley dispone que la opción de por el sistema le corresponde exclusivamente al acreedor, cuando sea una entidad financiera y en los demás casos la puede ejercer el deudor o el acreedor. Como el sistema resulta confiscatorio para el acreedor, según se verá, cabe entender que en la generalidad de los casos la opción la hará el deudor. La ley no prevé que cuando una de las partes del mutuo no bancario ejerza la opción la otra pueda oponerse. Las restantes normas de la ley son imperativas, de modo que la expresión "Carácter optativo del sistema", que encabeza el art. 6º resulta un eufemismo con respecto al acreedor particular.

De la alambicada redacción del art. 6º resultaría que los acreedores bancarios y los

deudores no bancarios pueden elegir la inclusión en el sistema con efecto vinculante para la otra parte. Quedan así discriminados los acreedores particulares y los deudores del sistema financiero. Estos últimos, podrán argumentar la violación de la garantía constitucional de igualdad ante la ley, por no permitírseles ejercer la opción que se les permite a los deudores de particulares. Sin embargo, no sería a su favor argumentar las violaciones de la garantía del derecho de propiedad que desarrollamos más abajo, porque estas se refieren a confiscaciones en perjuicio del acreedor. La escala de valores de esta ley resulta asimétrica: El bien jurídico "salvataje" es digno de protección, siempre que no afecte los intereses de los bancos y sólo si puede hacerse efectivo a costa de ciudadanos comunes (como dijimos, entre ellos, viudas, jubilados y cesantes).

Al igual que las anteriores normas de la emergencia económica, esta ley exhibe desprecio por los ahorros de la clase media. Si se está perdiendo la cultura del trabajo con motivo de la desocupación y sus paliativos no genuinos, a ello debe agregarse que también se está perdiendo la cultura del ahorro, por la reiterada confiscación legal de los ahorros de la gente común. Con ello se pierde también el amor a la patria porque, ante el despojo a los mayores, los jóvenes acuden a gestionar la ciudadanía extranjera. La justicia hacia los acreedores privados es necesaria, no sólo para solucionar el problema individual de cada uno de ellos, sino para que el país tenga futuro.

Acerca de los alcances amplios del derecho de propiedad y la exigencia de la no discriminación en la efectivización del mismo, leemos lo siguiente: " El art. 17 de la Constitución comienza diciendo: 'La propiedad es inviolable ... Sea cual fuere el contenido del adjetivo inviolable , es inequívoco , como veremos más adelante, que el derecho de propiedad es aquel que esta sometido a mayor número de regulaciones y que estas encuentran su límite fundamentalmente en la doctrina de los derechos adquiridos, la interdicción de la confiscación, y en el de la no discriminación, es decir que desde el punto de vista jurídico, el Estado no puede usar sus poderes para beneficiar o perjudicar a un grupo a expensas o en beneficio de otro. En el caso Bordieu, Pedro c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, (Fallos 145:307 , 1925) la Corte diseñó la amplitud del derecho 'El término propiedad cuando se emplea en los arts. 14 y 17 de la Constitución... comprende todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer fuera de si mismo, fuera de su vida y de su libertad'. Agregando que este derecho debe tener 'un valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones de derecho privado, sea que nazca de actos administrativos... 'El principio de inviolabilidad de la propiedad, asegurado en términos amplios por el art. 17 , protege con igual fuerza y eficacia todos los derechos emergentes de los contratos como los constituidos por el dominio y sus desmembraciones' (1)

Antes de pasar a las violaciones al derecho de propiedad, consideraremos otra posible violación al principio constitucional de igualdad ante la ley, que ya habíamos anticipado (2). Según el art. 2º inciso b) de la ley, una de las condiciones para que los mutuos sean elegibles a efectos de su inclusión en el sistema, es "Que el destino del préstamo haya sido la adquisición, mejora, construcción y/o ampliación, de vivienda, o la cancelación de mutuos constituidos originariamente para cualquiera de los destinos antes mencionados". Según el decreto reglamentario 1284 / 2003 (anexo I art. 2º inciso b), "El destino del mutuo podrá acreditarse a través de la respectiva escritura constitutiva del derecho real de hipoteca, o por la documentación respaldatoria del destino otorgado el referido mutuo". Cuando se pretenda probar el destino mediante la "documentación respaldatoria" habrá que ser muy riguroso en cuanto a las exigencias de esta documentación. Como la ley 25.798 y su decreto reglamentario, enfatizan las exigencias

relativas a la situación fiscal del acreedor, al igual que su contemporánea ley 25.795, resultaría contrario a la garantía constitucional de igualdad ante la ley, permitir al deudor acreditar el destino del mutuo mediante boletas sin indicación de CUIT o sin IVA. En cuanto a la escritura, la misma resulta probatoria del destino dado al mutuo, exclusivamente cuando se trata de una escritura de compra y la hipoteca es por saldo de precio. Cuando se trata de un préstamo garantizado con hipoteca sobre un bien preexistente del deudor, la simple manifestación del mismo en el sentido que lo utilizará para mejora o ampliación, no es algo sobre lo cual el instrumento público resulte probatorio. Es sólo la expresión de una intención respecto de una actividad futura, y esta eventual actividad no sucede delante del oficial público.

Conforme el art. 16 inciso a) de la ley, el fiduciario procederá a "poner al día" los mutuos elegibles, a cuyos efectos "Cancelará al acreedor las cuotas de capital pendientes de pago desde la mora hasta la fecha de dicho pago...". Posteriormente, el inciso b) del mismo artículo dice que en adelante el fiduciario observará respecto del acreedor las condiciones originales del mutuo, salvo en lo relativo a coeficiente de actualización y tasa de interés.

Del juego de ambos incisos surge que la ley divide, a los efectos de brindarle un tratamiento diferenciado, las cuotas de capital que habrían vencido hasta el momento en que se hace cargo el fiduciario y las que vencerán posteriormente. En este punto, la ley soslaya, deliberadamente o no, que la generalidad de las escrituras hipotecarias incluyen cláusulas de caducidad de plazos por medio de las cuales la mora origina la exigibilidad del saldo total. La exigibilidad del saldo total, una vez operada, queda incorporada al derecho de propiedad del acreedor en su sentido amplio reconocido por la constitución nacional, máxime en los muchos casos en que hay sentencia condenando al deudor al pago íntegro del capital reclamado. La cosa juzgada del juicio ejecutivo, es definitiva en aquellos rubros que no son susceptibles de revisión en juicio ordinario posterior. En este sentido, la constatación de la mora y consiguiente declaración de exigibilidad de todo el capital es irrevisible.

La Corte Suprema ha establecido: "Que, reiteradamente, esta Corte ha señalado que el contenido del derecho constitucional de propiedad se vincula con la noción de derechos adquiridos, o sea, de derechos definitivamente incorporados al patrimonio de una persona (Fallos 312:1121). De ahí que también el Tribunal haya sostenido que 'cuando bajo la vigencia de una ley un particular ha cumplido todos los actos y obligaciones sustanciales y requisitos formales previstos en ella, para ser titular de un derecho, debe tenérselo por adquirido y es inadmisibles su modificación por una norma posterior, sin agravar el derecho constitucional de propiedad (Fallos: 295:737; 299:379; 303:1835 y 1877; 307:305)...." (3)

El art. 16 inciso a) de la ley, al cual ya aludimos en otros aspectos, establece también que para la cancelación de cuotas allí prevista, el fiduciario podrá emitir instrumentos financieros. El grado de confiscatoriedad de un bono que sustituya compulsivamente un crédito, dependerá de su contenido. El decreto reglamentario explicita el tema (anexo I art. 16 inciso a/). Cuando el acreedor sea entidad financiera, la "cancelación" de las cuotas de capital impagas se hará mediante un bono cuyos plazos y otras modalidades allí se detallan. Resultaría abstracto considerar si en este caso el bono es confiscatorio, porque, como vimos, para las entidades financieras la incorporación al sistema es voluntaria. En los demás casos, es decir cuando no es entidad financiera el acreedor puede optar por el pago en efectivo o en bonos, respecto de las cuotas de capital impagas a ese momento.

Por el contrario, para las cuotas remanentes en todos los casos el fiduciario emitirá un

bono, lo cual incluye a los acreedores privados (anexo I art. 16 inc. b/). Este bono será por los montos y periodicidad originariamente pactados, "salvo la normativa aplicable en materia de coeficiente de actualización y tasa de interés". Aunque se mantengan en un principio ciertas modalidades del mutuo, la privación del derecho real de hipoteca, viola el derecho de propiedad en el sentido amplio en que lo reconoce la constitución, La dación de bonos estatales a cambio de la garantía hipotecaria, no resulta compensatoria de la pérdida del derecho real, máxime si se tiene en cuenta que el canje será irreversible (Anexo I art. 16 inciso e/ del decreto reglamentario (y que el estado ha deshonrado sus compromisos y reprogramado compulsivamente sus deudas con anterioridad, incluso en casos tan sensibles como el de los jubilados. De este modo, las modalidades originales del bono, similares en parte a las del préstamo, son sólo una expresión de deseos, que podría sufrir más adelante una nueva "consolidación" de deudas, dando lugar a nuevos bonos y así sucesivamente, en cuyo caso ya será tarde para volver atrás al contrato hipotecario a cuyo amparo se prestó el dinero. Recuérdese el "default" y la derogación de la intangibilidad de los depósitos, entre otros antecedentes que tornan poco atractivo ser acreedor del estado, y que permiten pensar que los acreedores hipotecarios no hubieran prestado sus ahorros si hubieran imaginado que se los iba a pretender transformar en acreedores del estado.

En ocasión de reglamentar el tope para la elegibilidad de los mutuos de \$ 100.000.-, establecido en el art. 5º de ley, el decreto reglamentario dice que "... Aquellos mutuos que se hubieran celebrado en moneda extranjera durante la vigencia del Régimen de Convertibilidad establecido por la ley 23.928 se entenderán denominados en pesos a razón de un peso (\$ 1) = un dólar estadounidense (U\$S 1) o moneda equivalente" (anexo I art. 5º), A falta de otras indicaciones en la ley o el decreto reglamentario, aunque la normativa en análisis es oscura y este artículo se refiere al tope de admisibilidad, cabe entender como propósito legal que esta pesificación uno a uno regiría también para el pago a los acreedores. Ante la eficaz tarea de la judicatura, componiendo los intereses de las partes mediante la doctrina del "esfuerzo compartido", lo cual ha sido acatado voluntariamente por pluralidad de involucrados en gestiones conciliatorias, la reiteración normativa de la pesificación uno a uno, resulta un retroceso contrario a la paz social.

Resultaría sobreabundante repetir aquí los argumentos por los cuales se ha decretado la inconstitucionalidad de dicha pesificación. Entre otros, un adecuado compendio de los fundamentos del "esfuerzo compartido" con declaración de inconstitucionalidad de las normas pesificadoras, puede hallarse en el fallo citado al pie. (4). La pluralidad de jueces nacionales y provinciales que se han pronunciado en este sentido no podrían desdejarse porque un nuevo decreto insista. De este modo, el sistema de "salvataje" nace inconstitucional.

Antes habíamos señalado: "... los acreedores particulares con causa en un mutuo pactado originariamente en moneda extranjera podrían invocar a su favor los considerandos 37 a 41, 43, 48 y 49 del fallo Pcia. de San Luis (pues no hay nada en ellos que no los incluya)" (5)

Con relación a la cancelación de las cuotas de capital pendientes de pago, el art. 16 inciso a/ II de la ley establece: "En el marco de la emergencia económica declarada no se reconocerán intereses compensatorios, punitivos, gastos u honorarios".

Los alcances de la "emergencia económica" han sido limitados por la Corte Suprema en los siguientes términos: "Que se encuentra fuera de discusión en el caso la existencia de una crisis económica por lo que no cabe cuestionar el acierto o conveniencia de la implementación de medidas paliativas por parte del Estado. Pero ello no implica que se admita, sin más, la razonabilidad de todos y cada uno de los medios instrumentales

específicos que se establezcan para conjurar los efectos de la vicisitud. Máxime, cuando ha existido en un breve período, una profusión de normas sobre el tema, que, en algunos casos, más que propender a la fijación de pautas claras sobre la disponibilidad de las sumas depositadas en instituciones bancarias y financieras por los particulares han generado un inédito y prolongado estado de incertidumbre. En este contexto, cabe recordar que esta Corte ha subrayado en reiteradas oportunidades que el fundamento de las normas de emergencia es la necesidad de poner fin o remediar situaciones de gravedad, que obligan a intervenir en el orden patrimonial, como una forma de hacer posible el cumplimiento de las obligaciones, a la vez que atenuar su gravitación negativa sobre el orden económico e institucional y la sociedad en general (Fallos: 136:161; 313:1513 y 327:146). El Tribunal ha reconocido la constitucionalidad de las leyes que suspenden temporarily y razonablemente el efecto de los contratos como de las sentencias firmes, siempre que no se altere la sustancia de unos y otras (Fallos 243:467), a fin de proteger el interés público en presencia de desastres o graves perturbaciones de carácter físico, económico o de otra índole (Fallos 238:76). En estos casos, el gobierno está facilitando para sancionar las leyes que considere conveniente, con el límite que tal legislación sea razonable, y no desconozca las garantías y restricciones que impone la Constitución. No debe darse a las limitaciones constitucionales una extensión que trabe el ejercicio eficaz de los poderes del Estado (Fallos 121:79) toda vez que acontecimientos extraordinarios justifican remedios extraordinarios (Fallos 238:76). La restricción que impone el Estado al ejercicio normal de los derechos patrimoniales debe ser razonable, limitada en el tiempo, un remedio y no una mutación en la sustancia o esencia del derecho adquirido por sentencia o contrato, y está sometida al control jurisdiccional de constitucionalidad, toda vez que la emergencia, a diferencia del estado de sitio, no suspende las garantías constitucionales (confr, Fallos 243:467; 323:1576)" (6) El no reconocimiento de intereses, gastos y honorarios, excede los límites fijados a las normas de emergencia, según la transcripción anterior. No es razonable, no es limitado en el tiempo y produce una mutación en la sustancia o esencia de derechos adquiridos. Viola garantías constitucionales que no están suspendidas por la emergencia.

La privación de intereses devengados resulta a la vez confiscatoria (violación CN art. 17) y discriminatoria (violación CN art. 16). No puede discutirse que los intereses devengados ingresaron al patrimonio del acreedor. Podrá adecuarse la tasa, como lo ha hecho reiteradamente la jurisprudencia, pero el derecho a un interés justo por el tiempo transcurrido ha ingresado al patrimonio del acreedor. En otro orden esta privación de intereses resulta discriminatoria porque, dentro de la franja de mutuos elegibles, los hay desde distinta fecha de mora y con distinto grado de incumplimiento. El aporte que se exige a los acreedores privados en atención a la "emergencia económica" no se adecua al principio constitucional por el cual "La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas" (CN art. 16). Un acreedor cuyo deudor entró en mora desde fecha más antigua estará aportando más cantidad de períodos de interés que uno cuyo deudor entró en mora desde fecha posterior, suponiendo dos créditos con igual fecha de mora, el acreedor que haya recibido pagos a cuenta y por ende se le adeuden menos períodos de interés, estará por ello aportando menos períodos de interés.

El derecho al reembolso de los gastos incurridos en un juicio está incorporado al patrimonio del acreedor, suponiendo un juicio iniciado con justa causa, es decir ante la situación de mora del deudor. Dadas las fechas de mora previstas por la ley para que el crédito sea elegible, será muy frecuente que estos créditos estén sometidos a una ejecución hipotecaria con sentencia. En este caso, la condenación en costas robustece la

incorporación al patrimonio del derecho al reembolso de los gastos. Pero además de violarse de esta manera el derecho de propiedad, al no reconocerse los gastos, la eventual consumación de la aplicación de esta norma resultará ser una conducta inmoral del estado. Aunque no lo dice expresamente la ley, la afectación de un crédito al mecanismo de "salvataje" impide la continuación del juicio en trámite. En este caso, el estado habrá cobrado la tasa de justicia por un servicio que no va a prestar y se negará a reconocer su devolución.

El no reconocimiento de honorarios conculca derechos constitucionales. En los casos frecuentes en que hay ejecución hipotecaria con sentencia hay un derecho adquirido por parte del letrado directamente respecto del deudor., a partir de la condenación en costas, que integra el derecho de propiedad del letrado en el sentido amplio en que lo reconoce la constitución. Por otra parte, la ley introduce grave desorden en las relaciones entre acreedor y su letrado. (Se pretende que el acreedor pesificado, privado de intereses y del reembolso de gastos le pague a su letrado ? (Se pretende que el letrado renuncie a su crédito alimentario por honorarios ?). Resulta claro que se está violando el derecho de propiedad del letrado y /o el del acreedor.

El último párrafo del art. 16 de la ley, establece que: "En ningún caso los pagos que efectúe el fiduciario al acreedor podrán superar el valor actual de mercado del bien objeto de la garantía real de hipoteca , conforme lo informado en cumplimiento del inciso d/ del artículo 7 de la presente ley". Esta norma, omite tener en cuenta, que la hipoteca es un accesorio del contrato de mutuo. El acreedor tiene un derecho de propiedad, en el sentido amplio constitucional sobre el monto de su crédito. La eventualidad que la garantía (accesorio) se torne insuficiente, no reduce el monto del crédito (principal). Esta reducción del monto del crédito sin causa es también violatoria del derecho constitucional de propiedad. En este punto, el Estado incurre en hipocresía y produce otra hipótesis de discriminación, esta vez en favor de si mismo. En el contrato que, a su vez, el Estado firmará con el deudor (anexo IV "Cláusula sexta mora"), se incluye la siguiente causal de mora a favor del Estado: "f/ si el inmueble asiento del derecho real de hipoteca sufriera deterioro de grado tal que no cubra satisfactoriamente las obligaciones del deudor , siempre que del deudor no reponga la garantía disminuida por el deterioro o la refuerce o pague en efectivo una cantidad proporcional al deterioro del inmueble , dentro del plazo de quince días contados desde la fecha de la notificación del fiduciario en tal sentido".

Esta hipocresía, se advierte también en la cláusula siguiente)Anexo IV Cláusula séptima-Caducidad de Plazos) , según la cual en caso de incumplimiento el Estado percibirá "interés y las costas y costos que se originen como consecuencia del procedimiento de ejecución", conceptos de los cuales se dispuso privar al acreedor que hubiera incurrido en ellos, como vimos con anterioridad.

Ni la ley 25.798 ni su decreto reglamentario prevén un mecanismo de defensa del acreedor, pero no podemos dudar que tiene derecho a oponerse a la inclusión de su crédito en el sistema. La defensa podrá consistir en invocar la inconstitucionalidad de la norma, por los motivos expuestos u otros, así como en argumentar las razones por las cuales considera que el mutuo no es elegible (cuestionar el destino del préstamo, la fecha de la mora, la condición de vivienda única, etc.).

El derecho de defensa "en juicio" (art. 18 de la Constitución Nacional), supone el derecho de expresar extrajudicialmente con anterioridad a un eventual juicio la postura defensiva. La ocasión conveniente para que el acreedor privado que se considere perjudicado exprese su

oposición, será cuando sea notificado fehacientemente por el deudor del ejercicio de la

opción (anexo I art. 6º decreto reglamentario)).

En la hipótesis que estimamos será frecuente, en que haya una ejecución hipotecaria en trámite , deberá ser el juez ante el cual la misma está radicada, quien resuelva la eventual oposición y las eventuales inconstitucionalidades planteadas, porque ello implicará la definición del caso sometido a su conocimiento, aún cuando no haya sentencia. Con mayor razón, la cuestión quedará sometida al juez de la causa cuando haya sentencia, porque entonces estarán en juego la aplicabilidad y efectos de la cosa juzgada, respecto de lo cual reiteramos que no todas las cuestiones resueltas en juicio ejecutivo son revisibles en juicio de conocimiento. A todo evento, no debe olvidarse que el juicio ordinario que se sigue como consecuencia del ejecutivo tramitará ante el mismo juez (art. 6º inciso 6 CPCCN).

Notas al pie:

(1) Colautti, Carlos E. Derechos Humanos, Editorial Universidad , Buenos Aires, 1995 pág. 204 y 205.

(2) Columna de Opinión, La Ley 29-12-03 pág. 1.

(3) CSJN "Pcia. de San Luis c/ Estado Nacional" 5-3-03 Considerando 48 del voto mayoritario.

(4) Expediente N2 12.127 / 01 Juzgado Nacional de 1a instancia en lo Civil Ne 54 , fallo le instancia del 9-11-02 Juez Dr. Ricardo Li Rosi. "Piola, Martín y otros c/ Rofitiguez, Carlos Daniel s/ ejecución hipotecaria"

(5) Highton, Federico R. "El fallo Provincia de San Luis: Su repercusión sobre otros amparos de depósitos acorralados y sobre otro tipo de acreencias (bancarias, particulares, hipotecarias)" El Derecho 3-4-03 pág. 1.

(6) XSJN "Banco de Galicia y Buenos Aires s/ solicita intervención urgente en autos Smith Carlos Antonio c PEN s/ sumarísimo" 1-2-02, al cual se hace una remisión expresa, en este tema, en los autos Pcia. de San Luis ya citados.

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: LA LEY

Fecha: 9 DE FEBRERO DE 2004

Editorial: LA LEY S.A.E. e I.

Fundamentos. Constitucionalidad. Intervención notarial. Naturaleza y competencia territorial

URIO, CAYETANO JUAN

Publicación: VERBA IUSTITIAE. REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO DE MORON., 1998

SUMARIO

FIDEICOMISO-LEASING-CREDITO HIPOTECARIO-EJECUCION HIPOTECARIA

TEXTO

OBJETIVOS DE LA LEY - FUNDAMENTOS

Las estructuras jurídicas se transforman de acuerdo a exigencias de la convivencia social en un tiempo y espacio determinado. En ese caso, las circunstancias provocan lo que los científicos políticos llaman "Decisión Pública" (Public - Choice).

Cabe recordar la explosión demográfica urbana de la Argentina de los años 40, que determinó la sanción de la ley de emergencia habitacional (cuya constitucionalidad fue cuestionada) y después el brillante andamiaje legal: la "Ley de Propiedad Horizontal".

La escasez de vivienda, mal crónico nacional, agravado por dificultades crediticias, en un contexto cada vez más economicista, provocó la necesidad de dictar una ley cuya finalidad denunciada es el "Financiamiento de la Vivienda y de la Construcción". Dentro de las novedosas instituciones que la misma establece, su título V, Arts. 52 al 67, fija un régimen especial de ejecución hipotecaria.

Dicho régimen determina una preponderante actuación notarial y mínima judicial.

En esta época de recesión, la migración de capitales pasa a ser una constante. Los mercados emergentes pelean entre sí y compiten en desventaja con los tradicionales, que aseguran al inversor una mayor seguridad en desmedro de un mejor rendimiento. El imperativo categórico es obtener inversiones, posibilitando la celeridad en los procedimientos. Ello redundará en una merma en las tasas de interés y en una más adecuada política financiera que genere recursos y active el mercado inmobiliario. Por otra parte descongestiona la administración de justicia, permitiendo a los contratantes resolver privadamente sus conflictos con un mínimo de intervención judicial.

En resumen, el difícil acceso al crédito y la crisis de lentitud de la Justicia son elementos determinantes de este procedimiento especial.

Tal cual afirmara Hermann Finer, en su Teoría y Práctica del Gobierno Moderno, "... El gobierno es provisional, es una especie de tentativa, es como un proceso de lo que ha acontecido, de lo que es o fue acertado, aunque ligeramente diferente, es una transición hacia el futuro

CONSTITUCIONALIDAD DE LA NORMA

Parte de la doctrina ha planteado la inconstitucionalidad de la Ley Nº 24.441, en lo referente a Ejecución Hipotecaria, en virtud de la violación a lo normado por los artículos 17, 18 y 75, inc.

12, de la Norma Fundamental. Trataremos el tema con la prolijidad que la cuestión merece.

1.- DERECHO DE PROPIEDAD: El artículo 17 de la Constitución Nacional sostiene que nadie puede ser privado de su propiedad "sino en virtud de sentencia fundada en ley". Esta expresión se aparta de sus fuentes; la Constitución de 1826 usaba los términos:

"Bajo las formalidades de la ley", y el proyecto Alberdi: "En virtud de ley o sentencia fundada en ley". Al respecto, las actas de la Convención Constituyente nada dicen. Nótese que los tratados internacionales a los que adherimos contienen estas expresiones:

"Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad" (Declaración de Derechos Humanos, ONU, 1948). "Según formas establecidas por la Ley" (Pacto de San José de Costa Rica). En el mismo artículo y referente a la Expropiación, que implica también ser privado de la propiedad, se utiliza el término "calificada por ley y previamente indemnizada", la que puede ser establecida contractualmente en el advenimiento.

Con independencia de que la Constitución no escapa al principio de interpretación en todo su contexto, no existe ninguna razón para determinar que el conjunto de su articulado sea invariablemente de orden público, aunque sea de derecho público.

Si bien los constitucionalistas nacionales no han efectuado mayores comentarios al respecto, Bidart Campos (Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, Tomo I, pág. 323, 1986), sostuvo que los derechos patrimoniales equivalentes al de Propiedad, pese al amparo constitucional del que disponen, pueden ser renunciados válidamente por sus titulares. Y esta ley, consecuente con ese principio, admite como fuente este tipo de ejecución contractual.

Al igual que la institución del arbitraje, "la autonomía de la voluntad" (art.1197 del Código Civil) es origen de la pérdida de la propiedad, ya que los bienes del deudor son la garantía del crédito de los acreedores.

En la misma tesitura y referente a los derechos de ejecución que el Banco Hipotecario Nacional tiene, la Corte ha manifestado que no sufren menoscabo los arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional ni el principio de la división de poderes (C.S.N. Fallos 249-393).

DERECHO A LA DEFENSA EN JUICIO: Más sencillo de resolver es la presunta indefensión del deudor ejecutado, que presume la lesión a la garantía procesal del artículo 18 de la Constitución Nacional.

Nada más alejado de la realidad. Para opinar en contrario nos remitimos a lo dispuesto en la ley de marras: a) El deudor puede interponer diversas defensas (art. 64), y lograr dejar sin efecto lo actuado por el acreedor. b) Puede impugnar judicialmente lo actuado y la liquidación respectiva, exigiendo también la indemnización en consecuencia (art. 65). c) Puede readquirir la propiedad subastada (art. 66). d) Puede pedir reducción del saldo insatisfecho (art. 67).

En el ánimo de algunos estudiosos se ha llegado a la conclusión de que el único beneficio que el acreedor posee es la eventual celeridad en las tramitaciones.

3.- NORMAS PROCESALES EN LEYES NACIONALES: En nuestra opinión, si bien el desarrollo metodológico de la nueva legislación no resulta el ideal, desde ya adelantamos que la consideramos plenamente operativa. Nuestra postura se fundamenta en que existe una estrecha interdependencia entre las disposiciones de fondo y de forma que derivan de la naturaleza misma de la hipoteca y, en este caso en particular, de la importancia de las reglas del procedimiento para hacer efectiva la garantía hipotecaria. Es así como varios preceptos de la ley de fondo están destinados a establecer las modalidades de la ejecución.

Algunos autores que han opinado del tema, en el sentido de negar la posibilidad de

aplicación de las disposiciones de este capítulo respecto a las ejecuciones que se lleven a cabo en el ámbito provincial, mientras no se modifiquen los códigos procesales respectivos, fundamentan su objeción en lo dispuesto por el art. 75, inc. 12, de la Constitución Nacional y en que las Provincias conservan todo el poder no delegado a la Nación (art. 121 C.N.), entre ellos, el poder de policía.

Nosotros negamos tal afirmación. Consideramos que conservar las provincias es todo lo que concierne a jurisdicción, al poder de imperium, por el cual crean sus propias instituciones y eligen a sus autoridades, entre ellas, a quienes integran el Poder Judicial (arts. 121, 122 y 123 de la C.N.).

En ese sentido debe interpretarse la disposición referida que surge claramente de su redacción: "... Sin que tales Códigos alteren las jurisdicciones locales". En ningún caso se ha cuestionado, por ende, la existencia de normas procesales en los códigos ni en las leyes de fondo.

Son numerosos los ejemplos de normas de fondo que contienen disposiciones procesales directrices, que resultan de aplicación obligatoria en todo el territorio de la Nación. Ejemplos:

Juicio de Insania, Ley de Adopción, Ley de Locaciones Urbanas, Ley de Matrimonio Civil, Ley de Prescripción Adquisitiva, Ley de Prenda con Registro, etc., y desde hace largo tiempo la C.S.N. se ha expedido por la validez constitucional; por ello, mal que les resulte a los partidarios del purismo metodológico, deberá considerarse que el instituto en estudio es plenamente operativo en todo el territorio de la Nación.

Nos preguntamos qué sentido tendría una disposición que se ordena vigente en todo el ámbito nacional, que no lesiona las jurisdicciones locales y, sin embargo, no podría aplicarse a los estados miembros hasta que éstos no estableciesen normas procesales específicas.

El caso de la ejecución hipotecaria que determina la Ley Nº 24.441 es uno de ellos, y debe resolverse tal como lo han sido otros similares. De rechazarse esta interpretación, considerando que únicamente tiene validez en Capital Federal, la norma resultaría ineficaz, ya que el Congreso Nacional no ha modificado el Código Procesal de la Nación para este tipo de procedimiento especial. La única modificación que se ha efectuado es la de su art. 598, que refiere a todas las ejecuciones hipotecarias, exclusivamente a partir de la sentencia de trance y remate.

Tal como surge de la exposición de motivos de la Ley, este tipo de ejecución pretende determinar "...la posibilidad de la venta privada de la cosa, con una reducida intervención judicial previa, optativa, destinada a la desocupación de] inmueble hipotecado lo cual explica que el contenido de la misma es una disposición de fondo, de aplicación en todo el orden nacional.

Witthaus y Maffia (Ejecuciones y Procesos Especiales, 1991), con ejemplar claridad manifestaron, con referencia a las modalidades de la ejecución hipotecaria, lo siguiente: "...de nuestro Código

Civil, surge que es una institución de carácter sustancial con proyecciones procesales
.....

JURISPRUDENCIA: La jurisprudencia existente sobre las facultades del Congreso Nacional de proceder en tal sentido es pacífica, uniforme y reiterada; basta citar como ejemplo que se ha sostenido que

"...las leyes de fondo pueden establecer normas procesales cuando deben integrar el instituto reglado por la ley nacional, sin que por ello afecten la competencia provincial

para regular el proceso..."

(Cam. Apel. Bahía Blanca, oct. 24 1972, L.L. 149 - 528). Asimismo, se ha dicho que "... la carencia, en principio, de facultades del gobierno central para legislar en materia procesal, no impide la posibilidad de que algunas leyes de fondo contengan, al mismo tiempo, disposiciones de tipo procesal destinadas a garantizar las instituciones creadas por ellas mismas..." (Cam. Apel. S.

Isidro, nov. 8-966, L.L. 128 - 782).

En igual sentido se indicó que "... la potestad de dictar leyes de naturaleza formal con el propósito de asegurar el ejercicio de los derechos sustanciales le ha sido reconocido al Congreso desde nuestros albores institucionales, así los Códigos de fondo legislan en materia de prueba, la Ley de Quiebras, la de Prenda con Registro, la de Letra de Cambio y Pagaré, etc." (T.Trab. Nº 2 de Pergamino, agosto 8- 1967, L.L. 129-63)

En nuestra Provincia, la Suprema Corte ha sido categórica al asegurar que "... cuando la Constitución Nacional confiere al

Congreso las facultades de dictar la legislación de fondo le reconoce también la atribución de dictar normas procedimentales inherentes al funcionamiento de determinada institución, si lo estima preciso para que su esencia no resulte subvertida por las reglas procesales correspondientes a la legislación particular de cada provincia..." (S. Corte Pcia. Bs.As. junio 25-968, L.L.

133-964, 19.254 - 8 DJBA 84-270)

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido que el art. 67, inc. 11, (hoy 75, inc. 12), de la Constitución no impiden se adopten las medidas formales razonablemente estimadas necesarias para el mejor ejercicio de los derechos acordados por las leyes comunes de la Nación..." (C.C. marzo 10 - 972, CS 282 174 JA 972 14 - 280) y que "... la facultad constitucional de las provincias de darse sus propias instituciones locales y legislar sobre procedimientos, no es óbice a las disposiciones reglamentarias que dicte el Congreso, cuando considere del caso prescribir formalidades especiales para el ejercicio de determinados derechos establecidos en los códigos que le incumbe dictar..." (CS mayo, 11 - 964 C.S.N. 258 - 255).

Los casos citados son sólo algunos de la abundante jurisprudencia que existe y que ha sido expuesta por otros autores. Sin embargo, queremos resaltar un fallo de la Corte Suprema de

Justicia que avala aún más la posición que sostenemos y que es de exacta validez para el tema que estamos tratando: "... la regulación de las relaciones entre acreedor y deudor es asunto de exclusiva competencia del Congreso Nacional, lo que alcanza también a la forma y modalidades propias de la ejecución de los bienes de] deudor..." (fallos 271 - 140).

Por último, queremos manifestar que en la Revista del Notariado

Nº 844, págs. 206 y 210, se han transcripto fallos de dos salas de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal como consecuencia de la aplicación de la Ley Nº 24.441, en los casos contemplados por el nuevo art. 598 del Código Procesal de la Nación. De los mismos surge la prevalencia de la voluntad contractual, el rechazo de la inconstitucionalidad y, por ende, el no carácter del orden público de los derechos renunciados por las partes.

NATURALEZA DE LA INTERVENCION NOTARIAL

El poder del Estado, su Imperium, único e inescindible, se ejerce a través de sus diversos órganos de gobierno y se cristaliza en actos de coacción, sanción y

coerción. Ya

Calamandrei visualizaba más funciones que la prevista Montesquieu en su clásica doctrina. Función y Órgano no son términos coincidentes en la compleja estructura estatal. Los llamados Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial, ejercen simultáneamente actos que exceden lo que su denominación supone.

10 - XXIV JORNADA NOTARIAL ARGENTINA

Por otra parte existen, al margen de las enunciadas, funciones administrativas, coactivas, electivas, representativas, de contralor, fedatarias, atribuibles a una o más de las diversas autoridades recipiendarias de la atribución estatal.

Los notarios ejercen esa potestad fedataria en nombre del Estado, depositario de la fe pública.

Y además de esa función propia, poseen todas aquéllas que el Poder Público les confiera; eso es lo que ocurre con el contenido de esta Ley que pretende crear un procedimiento fuera del ámbito de la Justicia y adjudica, de esa manera, una TAREA AUTONOMA a quienes están a cargo de la función pública, invistiéndoles de una nueva actividad, al menos en las actas de lanzamiento. Y lo hace en el ejercicio de su potestad de soberanía.

En ese carácter no está de más citar las palabras de Díaz de Guijarro: "El escribano debe utilizar los mismos métodos que el juez y el tratadista utilizan para analizar el recto sentido de la ley".

(La Fe Pública Notarial y la Interpretación de la Ley. JA.: 54-52, 28/2/86).

COMPETENCIA TERRITORIAL DEL NOTARIO

La Ley Nº 24.441, en sus arts. 68 y 69, introduce agregados a los arts. 980 y 997 del Código Civil, los que han quedado redactados de la siguiente forma: "Art 980: Para la validez del acto, como instrumento público es necesario que el oficial público obre en los límites de sus atribuciones, respecto a la naturaleza del acto y que éste se extienda dentro del territorio que se le ha asignado para el ejercicio de sus funciones.

Los instrumentos públicos extendidos de acuerdo a lo que establece este código gozan de entera fe y producen idénticos efectos en todo el territorio de la República Argentina, cualquiera sea la jurisdicción donde se hubieren otorgado".

"Art. 997: Las escrituras públicas sólo pueden ser hechas por escribanos públicos, o por otros funcionarios autorizados para ejercer las mismas funciones.

Cuando un acto fuere otorgado en un territorio para producir efectos en otro, las leyes locales no podrán imponer cargas tributarias ni tasas retributivas que establezcan diferencias de tratamiento, fundadas en el domicilio de las partes, en el lugar del cumplimiento de las obligaciones o en el funcionario interviniente".

El espíritu que guió la modificación de estos artículos, responde al principio constitucional sentado en su art. 7 que preceptúa:

"...Los actos públicos y procedimientos judiciales de una provincia gozan de entera fe en las demás, y el Congreso puede, por leyes generales, determinar cuál será la forma probatoria de estos actos y procedimientos y los efectos que producirán...".

Por ello, puede válidamente sostenerse que el agregado producido en el art. 980 de ninguna forma modifica los principios en donde se asienta la jurisdicción y competencia del Notario (art. 127 y sgtes. de la ley Nº 9020). En igual sentido, el agregado al art. 997 tampoco lesiona los poderes que se reserva la provincia en su

facultad legalizante y disciplinaria, ni en la potestad que le otorga a los notarios en su circunscripción.

Simplemente, limita el poder de establecer trabas o barreras de carácter económico que irían en detrimento del principio constitucional de la igualdad impositiva.

Sostenemos, además, que en caso de tramitar en, jurisdicción nacional el proceso de ejecución hipotecaria y encontrarse el bien hipotecado en jurisdicción provincial, el mandamiento judicial que debe agregarse a las actas respectivas deberá reunir los recaudos de la Ley Nº 22.172 y ser diligenciado por el trámite previsto.

Huelga decir que, en este caso, para las diligencias que se lleven a cabo en jurisdicción provincial se deberá, ineludiblemente recurrir a los servicios de un Escribano con jurisdicción territorial sobre el inmueble, ya que, de lo contrario, el procedimiento podría ser nulo por carecer el funcionario público de competencia en los términos del art. 980 del Código Civil y en concordancia con las prescripciones de la ley local que regula la actuación notarial.

No creemos que el art. 6º de la Ley Nº 12.990 de Organización del Notariado de la Capital Federal sea de aplicación en este caso, fundado en las siguientes razones: a) La citada ley es de carácter local en el uso de las atribuciones que el Congreso tiene de legislación exclusiva sobre el ámbito de la Capital Federal. b) Cuando se habla de la extensión de la jurisdicción, se refiere a los territorios nacionales existentes al momento de su sanción. c) El Notario ejerce su función por disposición de la ley y no por delegación judicial, tal como hemos afirmado. d) En ningún momento las provincias han delegado en la Nación la jurisdicción de sus funcionarios públicos.

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: VERBA IUSTITIAE. REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO DE MORON.

Fecha: 1998

REVISTA: 0006 Página: 0115

Editorial: UNIVERSIDAD DE MORON

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 340 Art.980 al 997, Ley 340 Art.1197, Constitución Nacional Art.17, Constitución Nacional Art.18, Constitución Nacional Art.75 (inciso 12), Constitución Nacional Art.121 al 123, Ley 17.454 Art.598, Ley 9.020 Art.127, Ley 12.990 Art.6, Ley 22.172, Ley 24.441, Ley 24.441 Art.68 al 69

Tratamiento impositivo y aspectos jurídicos de los fideicomisos

TRILLO, HÉCTOR BLAS

Publicación: ECOTRIBUTARIA - Boletín de actualidad económica y fiscal, 27 DE JUNIO DE 2006

SUMARIO

FIDEICOMISO;CARACTERES;EFECTOS JURIDICOS;REGIMEN JURIDICO;EXCEPCIONES-
DECRETO REGLAMENTARIO-IMPUESTOS-SUJETOS IMPONIBLES

TEXTO

La ley 24.441 estableció específicamente el tratamiento a darle a la antigua figura del fideicomiso. Poco después, mediante el decreto 780/95 se reglamentó esta particular forma de afectar una porción de un patrimonio a una finalidad determinada. A partir de ese año, poco a poco esta modalidad ha ido adquiriendo relevancia y actualmente se ha vuelto bastante usual, sobre todo en materia financiera.

Nos proponemos en este trabajo hacer algunas consideraciones con relación al tratamiento impositivo de esta figura legal, fundamentalmente en lo que se refiere a la condición o no de sujeto de los distintos impuestos .

En principio, daremos una somera explicación de cómo funciona un fideicomiso, porque estimamos que es de gran interés. Ante todo, diremos que si bien se usa mucho la forma financiera de estos contratos, también pueden constituirse fideicomisos no financieros, cuyo uso no está tan difundido, tal vez por ser poco conocidos.

En esencia esta figura permite separar parte de cualquier patrimonio con finalidades específicas de muy diversa índole, es decir que se trata de un contrato con fines determinados. Es posible desde ceder un inmueble para alquilarlo y obtener una renta que permita que un hijo costee sus estudios, hasta transmitir bienes para la constitución de una empresa que asegure la continuidad de un proyecto de gran envergadura.

Entonces: un propietario de ciertos bienes (inmuebles, créditos, acciones, etc), transmite los mismos a otra persona (física o jurídica) con el objeto de que desarrolle una actividad que conduzca a alcanzar los fines por los cuales se constituye. Los resultados están destinados al beneficiario que se designe en el contrato, y una vez cumplida la razón de ser del fideicomiso, los bienes pasarán a poder de quien sea designado en el contrato.

De tal manera que tenemos el fiduciante (cedente), el fiduciario (receptor de los bienes que se ocupa de cumplir la finalidad que se establezca), el beneficiario y finalmente, el fideicomisario que será el que se convertirá en titular de los bienes al finalizar el plazo o cumplirse la condición resolutoria. El fiduciante no puede ser a su vez fiduciario, pero sí puede ser beneficiario y/o fideicomisario. El plazo máximo de duración de estos contratos es de 30 años.

La gran ventaja de esta peculiar forma contractual es que la separación patrimonial constituye un ente en sí mismo con independencia de las partes, de tal modo que la quiebra del fiduciante o incluso del fiduciario, no afecta al fideicomiso. Téngase en cuenta, por ejemplo, que la quiebra del titular de un paquete accionario arrastra también a las acciones, mientras que en el caso del fideicomiso, los bienes fideicomitidos quedan absolutamente al margen y continúan por lo tanto asignados a la finalidad para la que

fueron dispuestos.

En su modalidad financiera, el fiduciario es una entidad financiera o una sociedad autorizada por la Comisión Nacional de Valores para operar como agente fiduciario financiero, y los beneficiarios son los tenedores de los certificados de participación en el dominio fiduciario o de los títulos representativos de deuda de los bienes fideicomitidos.

Excede el marco de este trabajo ocuparnos in extenso de esta forma contractual, por lo cual esta introducción es al solo efecto resaltar su gran importancia y sentar las bases para explicar su tratamiento impositivo.

Por empezar, diremos que tanto la ley como el decreto citados no abundan demasiado en cuanto a la manera de tratar tributariamente este tipo de contratos. El decreto, sin embargo, señala que el fiduciario es responsable de abonar los impuestos por cuenta ajena en los términos de la ley de procedimiento fiscal. Es decir que le asigna una responsabilidad como administrador y diríamos que un poco más.

En el impuesto a las ganancias, el fideicomiso se encuentra incluido dentro del artículo 69 de la ley de dicho impuesto, alcanzado por la tasa general del 35% como cualquier sociedad de capital y por lo tanto debe ser inscripto en la AFIP bajo la denominación que tuviere como "fideicomiso" y presentar declaraciones juradas como cualquier sociedad del rubro. Sin embargo, cuando el fiduciante adquiera la calidad de beneficiario, el fideicomiso no es sujeto de este impuesto, y las rentas que pudieran obtenerse quedan enmarcadas en la tercera categoría en cabeza, precisamente, del fiduciante. Esto es así en tanto y en cuanto el fideicomiso no sea financiero, porque en este caso siempre es contribuyente del impuesto a las ganancias como una sociedad de capital.

En el IVA, el fideicomiso es sujeto siempre. De manera que sólo se trata de definir si la actividad del mismo está alcanzada por dicho impuesto para que sea necesario inscribirlo en el mismo.

En el impuesto a los bienes personales también correspondería la figura del responsable por deuda ajena en cabeza del fiduciario. De tal modo, éste debería determinar e ingresar el impuesto resultante. Sin embargo, dado que el fideicomiso ha sido literalmente soslayado en la ley de este impuesto, parte de la doctrina sostiene que ha quedado fuera del ámbito del mismo. Pero la ley de creación del impuesto a la ganancia mínima presunta dice que todos los fideicomisos no financieros son responsables de dicho impuesto, sin importar si el fiduciante y el beneficiario coinciden o no.

Cabe consignar también que en el impuesto a los ingresos brutos el fideicomiso es sujeto, de manera que deberá ser inscripto en la Dirección de Rentas y tributar dicho impuesto sujeto a las normas generales aplicables, incluyendo el Convenio Multilateral.

En el caso del impuesto de sellos, se han planteado no pocas dudas. Ello en virtud de que este impuesto grava los contratos a título oneroso. Pero la cesión de los bienes a un fiduciario para que cumpla determinadas funciones no tiene un costo, excepto en todo caso los honorarios que pudiera llegar a percibir esta persona por su labor. Es decir, la llamada manda fiduciaria es onerosa, pero no el valor de transmisión de los bienes fideicomitidos. La transmisión de los bienes suele ser, como en las donaciones, gratuita. Sin embargo, se han dado casos en que la jurisprudencia se ha volcado por considerar onerosa tal transmisión de bienes, gravándola con el impuesto de sellos en caso de corresponder jurisdiccionalmente.

Un párrafo adicional queremos dedicarle al tratamiento impositivo de los títulos valores representativos de deuda y los certificados de participación en los fideicomisos financieros. Las operaciones financieras y prestaciones relativas a su emisión, suscripción, colocación, transferencia, amortización, intereses y cancelación así como también las

correspondientes a sus garantías están exentas de IVA. Para esta exención es requisito que tales títulos sean colocados por oferta pública. Y los resultados provenientes de la compraventa, cambio, permuta, conversión y disposición, así como también sus intereses, actualizaciones y ajustes de capital están exentos del impuesto a las ganancias, siempre que se trate de personas físicas o sucesiones indivisas. ! ;

En resumen, podemos decir que únicamente el fideicomiso no es sujeto de impuestos en un único caso, que es el del impuesto a las ganancias cuando el fiduciante y el beneficiario son la misma persona, el fideicomiso es no financiero, y el beneficiario no es residente en el Exterior.

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: ECOTRIBUTARIA - Boletín de actualidad económica y fiscal

Fecha: 27 DE JUNIO DE 2006

Algunas notas sobre un tipo de garantía autónoma: el fideicomiso de garantía

Texto completo

ÁLVAREZ, GEORGINA I.

Publicación: www.saij.jus.gov.ar, 2002

SUMARIO

FIDEICOMISO-FIDEICOMISO DE GARANTIA:CONCEPTO;ALCANCES

TEXTO

I. Nuevas garantías

En el mercado contemporáneo, junto a las tradicionales garantías de carácter accesorio a la deuda, se abre paso una nueva modalidad de carácter autónomo (2). Cualquiera de las dos formas refuerzan la efectividad del derecho del acreedor, sin embargo, en la última, el reforzamiento del crédito es en cierto sentido superior por al menos dos razones. En primer lugar por la falta de accesoriedad ya que esta modalidad de contrato de garantía es independiente de los otros contratos con los que funcionalmente puede estar vinculada en la operación de garantía (3). Como resultado de lo anterior frente a la reclamación del beneficiario, el garante no puede utilizar excepciones basadas en el contrato subyacente. La ausencia de accesoriedad (4), además de inmunizar y fortalecer el crédito en cuestión, se adecua mejor a las necesidades del tráfico mercantil (5), caracterizado por la celeridad en la celebración de los negocios, mientras que la discusión de excepciones a la que da lugar la accesoriedad es susceptible de retrasar y postergar los cobros (6).

La segunda razón de aquel reforzamiento tiene que ver con el proceso de ejecución de la garantía. Algunas de éstas prescinden de la lentitud de los procesos judiciales (7) - dispendio de tiempo que frecuentemente comulga con la pérdida de valor económico de los bienes -, es decir se autoliquidan (8). En efecto, las garantías autoliquidables admiten bien un procedimiento que facilita la realización inmediata de la cosa, o bien prevén un valor objetivo de la misma y su adjudicación automática al acreedor o a un tercero.

Las garantías a primera demanda (9), los títulos que se comercializan en bolsa, la cesión de crédito cuando se pacta la facultad de percepción directa del crédito, la prenda cuando existe posibilidad de pactar la compra por el acreedor según precio estimado al vencimiento, la transmisión fiduciaria de los bienes en garantía, constituyen algunos de los ejemplos de funcionamiento de este tipo de garantías autónomas y autoliquidables (10). De todos éstos, en esta oportunidad se analizará con más detalle el fideicomiso de garantía.

El objeto de este trabajo consiste en señalar algunas de las principales ventajas que ofrece este tipo de garantías. Hacia este cometido, se indaga en qué consiste la figura y se superan algunas posibles objeciones (11).

II. Fideicomiso de garantía: concepto y características

En principio todo fideicomiso tiene una función de garantía, incluso aquéllos denominados de administración (12). Esta observación se explica a la luz del funcionamiento natural de la figura: para el buen fin del negocio que el fiduciante encarga al fiduciario, el primero transmite al segundo la propiedad fiduciaria de ciertos bienes y se

constituye con éstos un patrimonio especial o de afectación (13). A través de la constitución de este patrimonio, de alguna manera se asegura que los bienes se mantendrán afectados exclusivamente al cumplimiento del encargo, pues resultan "inmunes" a las acciones de los acreedores personales del fiduciante y del propio fiduciario. Así, la seguridad, la garantía, es un medio, un instrumento para alcanzar el fin querido por las partes.

Ahora bien, es posible que la garantía sea querida como fin en sí mismo y no como un mero instrumento. Cuando la seguridad constituye la razón de ser de la figura, se está ante un verdadero Fideicomiso de garantía. En estos casos los bienes fideicomitados tienen por finalidad específica asegurar el cumplimiento de ciertas obligaciones del deudor fiduciante. De manera que si éste incumple sus compromisos, el fiduciario puede ejecutar la garantía que constituyen los bienes, cobrarse su crédito o pagar al respectivo acreedor, y devolver el remanente (14); en caso contrario -si el deudor cumple-, el fiduciario devuelve los bienes al fiduciante, o los transmite a la persona que éste indique. Con este orden de ideas la figura ha sido definida de la siguiente manera:

"Contrato por el cual el fiduciante se obliga a transferir la propiedad fiduciaria de un bien al fiduciario, con el encargo de que en el supuesto de incumplimiento de la obligación del constituyente que se pretende garantizar, el fiduciario proceda a la venta del bien y entregue el producto obtenido hasta la concurrencia del crédito al acreedor en cuyo favor se ha constituido, cancelando así total o parcialmente la deuda impaga (15)".

Al comienzo de esta descripción, se ha dicho que las garantías autónomas, bien por la falta de accesoriedad, bien porque pueden admitir un proceso de ejecución extrajudicial refuerzan en mayor medida el crédito garantizado, todo esto en comparación con las garantías tradicionales. En este lugar parece oportuno formular una aclaración respecto al carácter no accesorio del fideicomiso de garantía.

En principio el deudor fiduciante entrega al fiduciario uno o más bienes en garantía de cumplimiento de una obligación propia. Estos bienes "salen" del patrimonio del primero y están "especialmente afectados" a aquel compromiso. Sobre estos bienes recae la garantía. Económicamente no contabilizan ni en el patrimonio del fiduciante, ni en el del fiduciario (16). Con esta afectación no se pretende tanto el aseguramiento incondicional de la obligación principal, sino la satisfacción - por la realización de los bienes - de un deber de indemnización subsidiario (17).

La realización de los bienes dados en garantía se condiciona a la presentación por parte del beneficiario de ciertos documentos que acrediten el incumplimiento de la obligación garantizada, o en términos más amplios, el presupuesto de exigibilidad de la garantía. En este caso, la independencia de la garantía no se ve afectada en la medida que el fiduciario se limita a cumplimentar un examen puramente formal y externo de los documentos presentados, comprobando que se ajustan al tenor de la garantía (18). Es decir, no se abre ante el reclamo una discusión sobre el fondo de la obligación garantizada, que pudiera dar lugar a la oposición de excepciones. Semejante amplitud no solo desvirtuaría el carácter autónomo de la garantía sino que además adjudicaría funciones jurisdiccionales a un particular.

La falta de accesoriedad en el fideicomiso de garantía se relaciona así, en primer lugar, con la constitución de un patrimonio especial, que permanece inmune a las vicisitudes de los respectivos patrimonios generales de las partes. Y en segundo lugar, con el análisis de índole meramente formal que realiza el fiduciario ante el reclamo previo a la ejecución de la garantía (19).

La ley 24.441 denominada Ley para el Financiamiento de la vivienda y la construcción, que

dedica su primer título a la regulación del contrato de fideicomiso en general (20), no contiene normas específicas sobre el fideicomiso de garantía. No obstante la omisión no debe interpretarse como negación (21), pues es posible desde dos puntos de vista justificar su admisión.

En primer lugar, desde el principio de la autonomía de la voluntad, el cual actúa como una especie de savia vivificadora de los derechos personales (22); y en segundo lugar, en atención a la flexibilidad del fideicomiso mismo. Respecto a esto último hay que recordar que la figura genérica no tiene una finalidad en sí misma, sino que sirve de instrumento para la realización de los más variados negocios. Desde estas dos perspectivas, es viable pensar que el legislador si bien sumó a la regulación general del Fideicomiso, únicamente algunas normas relativas al fideicomiso testamentario (23), y al fideicomiso financiero (24), sin embargo no cerró con esta especificación el ámbito de aplicación de la figura. Ambas especies constituyen solo un par de ejemplos - quizás los más complejos - de los actos a los que puede conducir la aplicación de la teoría general del Fideicomiso. Esta regulación general es factible de ser aplicada a cualquier otro caso con los respectivos ajustes que requieran las circunstancias particulares.

III. Principales ventajas

En este lugar se van a señalar algunas ventajas que ofrece el Fideicomiso de garantía. Conviene anticipar que este tipo de Fideicomiso no sustituye de ninguna manera ni a la hipoteca, ni a la prenda. Existen negocios puntuales en los que estos derechos reales de garantía funcionan adecuadamente, y otros, en los que la utilidad del primero es superior. El tipo en estudio tiene mayor utilidad y conveniencia en los casos en los que se quiere asegurar el buen fin de un proyecto (25), poniéndolo a salvo de las contingencias ajenas al mismo (26), pues presenta el siguiente "plus" de ventajas.

En primer término cabe señalar que el acreedor fiduciario ostenta una mejor posición que el acreedor hipotecario o prendario. Esto es así porque el deudor fiduciante pierde con la transferencia de la propiedad fiduciaria el poder de disponer sobre el bien fideicomitado. En efecto, como consecuencia de la configuración de un patrimonio especial o de afectación, el deudor fiduciante no puede constituir otros derechos de garantía sobre el bien, ni ser agredido por embargos, con lo que el acreedor fiduciario se resguarda de que los bienes salgan a remate por deudas ajenas a la relación de su crédito. Este último resguardo no lo ofrece la hipoteca ni la prenda, pues como se sabe el deudor hipotecario/prendario puede constituir varias hipotecas/prendas y embargos por diferentes montos hasta completar la valuación del bien.

La segunda ventaja que ofrece el Fideicomiso de garantía es su carácter autoliquidable. El acreedor no tiene que someterse a procedimientos judiciales tendientes a subastar los bienes, sino que puede ejecutarlos extrajudicialmente conforme lo establecido en el acto constitutivo (27).

IV. Objeciones

En relación con la autoliquidación hay que superar algunas objeciones. La figura en sí ha sido rechazada en su conjunto por varios aspectos (28). Uno de los blancos de la crítica lo constituye precisamente la apertura del procedimiento extrajudicial de ejecución. Se considera que si el deudor fiduciante quiere detener la ejecución alegando el pago de la deuda, el fiduciario (acreedor o no, beneficiario o no) al expedirse sobre la admisibilidad del planteamiento, asumiría una función del Poder judicial, que no puede ser ejercida por un particular. Si por cualquier motivo el acreedor fiduciario desatiende el reclamo, y

procede inaudita parte a la ejecución de los bienes, se menoscabaría el derecho de defensa en juicio y se postergaría el derecho de propiedad. Los críticos del Fideicomiso de garantía advierten así considerables vicios de ilicitud a lo largo de toda la tramitación del proceso de ejecución.

Para superar esta crítica es preciso en primer lugar dejar muy claro que el acreedor fiduciario no resuelve controversia jurídica alguna, sino que se limita a comprobar una mera situación de hecho: la falta de pago del deudor fiduciante (29). A fin de evitar que este fiduciario actúe abusivamente llevando adelante la ejecución pese al cumplimiento regular de la obligación garantizada, las partes frecuentemente pactan en el acto constitutivo todo lo que tiene que ver con la verificación del incumplimiento, la intervención del deudor, el procedimiento de ejecución, tasaciones a entidades específicas, etc (30).

Si aún la regulación fuera insuficiente o inexistente, la pre-vención de conductas abusivas surge del espíritu de la ley 24.441 al hilo de una interpretación sistemática. En efecto, es fundamental no olvidar el criterio establecido en el art. 6 para ponderar la conducta del acreedor fiduciario, conforme al cual éste deberá actuar con la prudencia y diligencia de un buen hombre de negocios sobre la base de la confianza depositada en él. A su vez el art. 7 dispone que el fiduciario no puede ser dispensado de la obligación de rendir cuentas ni del dolo ni de la culpa en que incurra él o sus dependientes (31). Estas disposiciones, sumadas a las sanciones penales previstas en el Título XI de la ley (32), contribuyen a acotar la discrecionalidad del fiduciario y configuran un mecanismo de protección a favor del deudor (33).

Si bien la ley no contempla expresamente el Fideicomiso de garantía, es posible interpretar dinámica y extensivamente sus disposiciones y trasladar su espíritu a la figura en cuestión.

Por último, en la perspectiva de prevención se inscriben también los arts. del Código Civil respectivos al abuso del derecho y a la buena fe.

Superadas las objeciones, quedan en pie sus principales ventajas. Éstas auguran la pronta consolidación de una figura que promete mucho al mercado, especialmente en el ámbito de proyectos de gran envergadura para la economía.

V. Conclusiones

Cabe formular cinco conclusiones:

- El fideicomiso de garantía es un tipo de garantía autónoma autoliquidable
- Se lo puede definir como el contrato por el cual el fiduciante se obliga a transferir la propiedad fiduciaria de un bien al fiduciario, con el encargo de que en el supuesto de incumplimiento de la obligación del constituyente que se pretende garantizar, el fiduciario proceda a la venta del bien y entregue el producto obtenido hasta la concurrencia del crédito al acreedor en cuyo favor se ha constituido, cancelando así total o parcialmente la deuda impaga.
- Sus principales ventajas son dos: la inmunidad del acreedor fiduciario frente a acciones ajenas a su relación de crédito y la ejecución extrajudicial de los bienes.
- Los abusos del acreedor fiduciario se pueden prevenir en el contrato originario mediante una estipulación minuciosa del sistema de ejecución. Con el mismo fin son aplicables los arts. 6 y 7 de la ley 24.441 y las reformas al Código Penal incorporadas en el Título XI de la ley; también el ejercicio regular de los derechos y la buena fe, principios rectores del Código Civil.
- La figura se puede constituir para garantizar diversos créditos; especialmente se

advertirán sus beneficios cuando no sólo quiera protegerse un crédito sino también el buen fin de un proyecto a largo plazo.

Notas al pie:

(1) Becaria de Investigación, Facultad de Derecho, Universidad Austral, Argentina.

(2) La admisión de estas dos formas de garantías supone previamente distinguir la garantía de la obligación de la del crédito. La primera acepción responde a la calidad del patrimonio como garantía común de los acreedores. Por ella se les reconoce a estos últimos derechos de control, medidas de conservación o cautelares, medidas de ejecución individual o colectiva y medidas reparadoras. Desde esta perspectiva la garantía es parte de la estructura de la obligación. No se le agrega al acreedor un bien distinto, ni un deudor más. Esto sí ocurre en la garantía del crédito y con ello se refuerza la efectividad del derecho del acreedor. Desde esta segunda acepción, la garantía es una calidad del crédito y no es parte de la estructura de la obligación. Esta acepción es la que a su vez admite la distinción entre garantías accesorias y autónomas. Cfr. LORENZETTI, R. L., Tratado de los Contratos, T. III, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1999, 479 y s. Las garantías autónomas aparecieron primeramente en el mercado internacional, pero hoy su uso se proyecta también en los mercados internos. Precisamente por su ascendencia internacional, existen diferentes denominaciones para el instituto. Así, por ejemplo, en Francia y en España se las conoce como garantías independientes o autónomas, en Alemania como garantías bancarias, y en Argentina algunos autores prefieren la denominación de garantías abstractas. Cfr. ETCHEVERRY, R., Contratos. Parte Especial, 2, Astrea, Bs. As., 1994, p. 145 y s. Una breve explicación de las razones que justifican en el tráfico moderno la búsqueda de nuevas fórmulas de garantía puede verse en: NÉÑEZ ZORRILLA, M. C., La problemática actual de las denominadas garantías independientes o autónomas, Marcial Pons, Madrid, 2001, ps. 15-20.

(3) Es decir la relación entre el garante y el beneficiario desde un punto de vista obligacional es autónoma respecto a las circunstancias existentes en las relaciones que paralelamente se hubieran constituido entre el ordenante de la garantía y el beneficiario, y entre el ordenante y el banco. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., El contrato autónomo de garantía. Las garantías a primera demanda, Centro de documentación bancaria y bursátil, Madrid, 1995, p. 103 y s. Sobre la no accesoriedad en el contrato de garantía autónomo a primera demanda: Cfr. CARRASCO PERERA, A., "Las nuevas garantías personales: las cartas de patrocinio y las garantías a primer requerimiento", en AA. VV. Tratado de garantías en la contratación mercantil., T. I., Civitas, Madrid, 1996, p. 695.

(4) Por ser la accesoriedad un elemento esencial en todo tipo de garantía, parece oportuno formular la siguiente dilucidación. En verdad no existen garantías totalmente independientes, por que una garantía nace para asegurar una obligación. Es decir, el concepto mismo de garantía postula el de accesoriedad, por cuanto con este último se alude a la existencia de algo que se intenta garantizar o convertir en más seguro, y al que la garantía hará constante referencia. Ésta es la principal manifestación de la accesoriedad en cualquier tipo de garantía, y obviamente en las garantías autónomas. La autonomía se predica desde el punto de vista de la relación jurídica que liga al deudor principal con el acreedor, pero no respecto al genérico interés económico para cuya satisfacción la garantía es constituida. Cfr. NÉÑEZ ZORRILLA, M. C., La problemática actual de las denominadas garantías independientes o autónomas, op. cit., p. 94 y ss.

(5) Justamente a causa de su accesoriedad la fianza ya no se adecua a las necesidades actuales del comercio internacional. Cfr. ETCHEVERRY, R., Contratos. Parte Especial, 2,

op. cit., p. 149 y s.

(6) Los garantes profesionales son los primeros interesados en la constitución de este tipo de garantías. Por la sencilla razón de que en sus operaciones activas y pasivas, las entidades de crédito desean eliminar los costes de inseguridad y, correlativamente, los costes de litigiosidad que resultarían de oponer excepciones derivadas de las relaciones básicas entre el deudor y el acreedor. El interés lógico del garante profesional no es, por tanto, poder aprovecharse de las defensas y objeciones que frente al acreedor pudiera utilizar el deudor, sino muy al contrario, desentenderse de semejantes extremos y pactar con este último que el riesgo de un pago indebido al acreedor repercuta enteramente sobre el deudor, que no podrá oponerle dichas objeciones al garante en vía de regreso. De esta forma, el que presta la garantía desplaza sobre las partes de la relación básica no sólo el coste de inseguridad (sobre si la prestación está o no bien cumplida), sino además las cargas asociadas a la promoción de un litigio. Cfr. NÉÑEZ ZORRILLA, M. C., La problemática actual de las denominadas garantías independientes o autónomas, op. cit., p. 16.

(7) Incluso antes del comienzo del juicio, por un ejemplo un acreedor afianzado, debe agotar una serie de trámites previos - obviados también en las garantías a primera demanda - que comportan en su conjunto una especie de calvario procesal para el acreedor. Con esta expresión se resume: la acreditación del incumplimiento del deudor, la prueba de su insolvencia, para lo cual será necesario la excusión de todos sus bienes, o bien la prueba de que carece de bienes suficientes para el cumplimiento de la obligación asumida o, en su caso, soportar la oposición del fiador de las eventuales excepciones que a su vez le competan al deudor, sea éste simple o solidario. Cfr. Idem, p. 17.

(8) Cfr. LORENZETTI, R. L., Tratado de los Contratos, T. III, op. cit., p. 479 y s.

(9) Las Reglas y Usos Uniformes relativas a las garantías contractuales de 1978, de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) en su introducción señalan que la garantía a primera demanda es "aquella en la que el pago queda condicionado únicamente a la existencia de una simple reclamación escrita del beneficiario". Los únicos condicionamientos que deberá tener en cuenta la citada reclamación no son estrictamente condiciones impuesta a la misma, sino los propios términos conforme con los que se otorgó la garantía. Así toda reclamación deberá producirse dentro del plazo de validez fijado para la garantía, siempre que existiera una expresa disposición al respecto, y tampoco podrá hacerse por un importe superior a la cantidad por la que el banco (garante) se obligó. Como el pago se produce inmediatamente una vez que el banco garante haya recibido la reclamación indicada, estas garantías a primera demanda se denominan también garantías automáticas - autoliquidables - . El banco no investigará si tal reclamación está justificada, sino que procederá al pago y hará recaer las consecuencias del mismo sobre el ordenante de la garantía. Será a éste a quien corresponderá demostrar que el pago obtenido era improcedente y actuar en contra del beneficiario. Con este orden de ideas el contrato autónomo de garantía a primera demanda ha sido definido en los siguientes términos: "es aquél por el que el banco garante se obliga a pagar al beneficiario una cierta cantidad de dinero, cuando éste notifique a aquél no haber obtenido una determinada prestación o un cierto resultado económico derivado de la relación jurídica con un tercero". Cfr. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., El contrato autónomo de garantía. Las garantías a primera demanda, op. cit., ps. 74 s- 142.

(10) Cfr. LORENZETTI, R. L., Tratado de los Contratos, T. III, p. 531. Es preciso aclarar que a pesar de poder incluir todos estos diferentes negocios en una misma categoría, sin

embargo el grado de autonomía y de autoliquidación es diferente en cada uno.

(11) Cabe anticipar que la admisión de la figura no es pacífica en la doctrina jurídica argentina. Un sector la califica de ilegal e innecesaria. Cfr. PERALTA MARISCAL, L., L., "Fideicomiso de Garantía -Neuralgias y cefaleas garantizadas!" en L.L. 2000-D-975.

(12) Cfr. CARREGAL, M. A, "Fideicomiso de garantía: lícito y necesario" en L.L. 2000-E-948.

(13) La teoría del patrimonio afectación es receptada por nuestro derecho mediante los arts. 14 a 16. de la ley 24.441 que establecen las reglas por las cuales se regirá la nueva institución jurídica. Los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario, del fiduciante y del beneficiario. En la contabilidad del fiduciario, los bienes integran una simple cuenta de orden, representa una cuenta no patrimonial y no deberán confundirse con otros del fiduciario, ni con aquellos pertenecientes a otros fideicomisos, porque el fiduciario adquiere la propiedad despojada de su valor económico. El fiduciario es un simple soporte jurídico de la propiedad. Esto significa ni más ni menos, que los bienes fideicomitidos no hacen al fiduciario ni más rico ni más pobre, porque el no tiene el valor patrimonial o económico. Ahora bien, hay una titularidad formal, una y solo una, el fiduciario es el único titular del derecho real de dominio. No se cuestiona la exclusividad de su derecho, el fiduciario no comparte la titularidad de los bienes con nadie. El beneficiario no tiene ningún derecho real sobre los bienes fideicomitidos, simplemente un derecho personal protegido por la ley. Este derecho personal, si tiene un contenido económico, porque cuando el fiduciario le transmita al beneficiario o fideicomisario los bienes fideicomitidos, éste se enriquecerá con ellos. Pero y mientras dura el fideicomiso la riqueza o el valor económico de los bienes se encuentra instalada dentro del patrimonio separado, siendo este conjunto de bienes en definitiva, el que crece o decrece, se valoriza o desvaloriza. Cfr. FREIRE, Bettina V., El fideicomiso. Sus proyecciones en los negocios inmobiliarios. Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1997.

(14) El beneficiario del fideicomiso puede ser el mismo fiduciario u otra persona que designe el fiduciante. En el primer caso resulta que el fiduciario es el mismo acreedor garantizado; en el segundo, el fiduciario y el acreedor son dos personas distintas, pero en todo caso el último será también el beneficiario. (15) FREIRE, Bettina V., El fideicomiso. Sus proyecciones en los negocios inmobiliarios. Op. cit., p. 144.

(16) Cfr. MOSSET ITURRASPE, J., " Negocio fiduciario con fines de garantía ", en Revista de Derecho Privado y Comunitario. Garantías, T. II, 1994, ps. 66-70.

(17) Frecuentemente la liquidación de los bienes a que conduce el incumplimiento del deudor, no coincide en especie con la prestación garantizada. En efecto, este tipo de garantías es muy propicio para asegurar la realización de un proyecto o de una obra. En verdad en este tipo de operaciones se mira más que a garantizar en sentido técnico el preciso cumplimiento de la obligación, a asegurar una satisfacción de los intereses económicos del beneficiario, cuando éste quede perjudicado por el incumplimiento del deudor principal. Ésto se realiza mediante una prestación indemnizatoria, que, se presenta así más que como garantía del crédito, como aseguradora de un interés económico. Cfr. NÉÑEZ ZORRILLA, M. C., La problemática actual de las denominadas garantías independientes o autónomas, op. cit., p. 22.

(18) Con relación a las garantías a primera demanda se ha dicho que el pago de la misma puede tener lugar a partir de tres solicitudes distintas: a primera demanda pura y simple, a primera demanda justificada, a primera demanda documentada. Estas formas varían de acuerdo a la mayor exigencia de requisitos formales. Cualquiera de ellas mantienen sin

embargo "la autonomía y falta de accesoriedad de la garantía". En especial interesa subrayar el último caso por su equiparación con el fideicomiso de garantía. Cfr. NÉÑEZ ZORRILLA, M. C., La problemática actual de las denominadas garantías independientes o autónomas, op. cit., p. 28.

(19) Se ha dicho en nota 4 que en verdad no existen garantías totalmente independientes. En el fideicomiso de garantía esto significa que, si bien, ante el incumplimiento del deudor se ejecutan los bienes sin que se discutan cuestiones derivadas de la relación subyacente, no obstante, la accesoriedad de la garantía entra en juego para reequilibrar la situación jurídica de las partes, en el caso de que el pago recibido por el beneficiario no se encuentre justificado por el contrato principal. Así cuando concurre mala fe en el beneficiario por reclamación abusiva de éste - o por actuación abusiva del mismo fiduciario beneficiario - o cuando la obligación garantizada resulta ser nula o inexistente, si bien no se puede detener la ejecución, aquellas causas pueden hacerse valer como fundamento de una eventual acción de repetición. Con lo que, el fiduciante podría repetir del beneficiario - fiduciario o no - lo que se ha cobrado indebidamente. Sobre la relación entre autonomía y accesoriedad en la garantía autónoma a primera demanda ver: NÉÑEZ ZORRILLA, M. C., La problemática actual de las denominadas garantías independientes o autónomas, op. cit., p. 94 y ss.

(20) Ley Nº 24.441, B.O. 16/1/95, se conoce por razones políticas más que jurídicas como Ley para el Financiamiento de la Vivienda y la Construcción. La finalidad última que tuvo en miras el legislador con esta herramienta fue dotar al ordenamiento jurídico de las herramientas necesarias para poner en marcha un proceso de reactivación de la economía a partir de la industria de la construcción. No obstante esta finalidad, la ley alcanza a los bienes muebles, a pesar de que por su denominación se pueda pensar que solo se trata de una norma aplicable a los inmuebles. Así, por ejemplo, el fideicomiso funciona también con cosas muebles.

(21) El silencio constituye en última instancia una cuestión de política legislativa.

(22) Es el principio de autonomía de la voluntad que autoriza a celebrar contratos atípicos -innominados en la terminología de Vélez- el que fundamenta la realización de esta especie de negocios con los límites de siempre. Cfr. ITURBIDE, G. y PEPE, M., "Fideicomisos de garantía" en J.A. 1998-I-718.; este mismo principio fundamenta - entre otras razones - la admisibilidad de la garantía a primer requerimiento en el Derecho argentino. Cfr. ALEGRÍA, H., "Las garantías abstractas o a primer demanda en el derecho moderno y en el Proyecto de Unificación argentino, RDCO, 1987-687; lo propio en el Derecho español: SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., El contrato autónomo de garantía. Las garantías a primera demanda, op. cit., p. 134; CARRASCO PERERA, A., "Las nuevas garantías personales: las cartas de patrocinio y las garantías a primer requerimiento", en AA. VV. Tratado de garantías en la contratación mercantil., T. I, . op. cit., ps. 686 y ss.

(23) Cfr. Art. 3. Pueden ser fuente del fideicomiso: el contrato y el testamento. No obstante este reconocimiento del legislador, casi todo el articulado se dedica casi en exclusiva al fi-deicomiso de origen contractual. Esta orientación manifiesta la preferencia del legislador. En este sentido: LÓPEZ DE ZAVALÍA, F. J., Tratado de los Contratos, T. V, Zavalía, Bs. As., 1995, p. 704.

(24) Art. 19 y s.

(25) El ámbito más propicio de este garantía son los negocios inmobiliarios. En efecto, la construcción de obras de gran envergadura requieren en su mayoría plazos de duración relativamente prolongados, cuantiosas inversiones, así como también suponen la contratación de un buen número de personas. Durante estos períodos la inmunización a

toda acción ajena a la obra, en la medida que evita el dispendio vano de tiempo y dinero, contribuye a su buen fin. Por eso de alguna manera el fideicomiso de garantía protege su realización.

(26) Cfr. CARREGAL, M. A., "Fideicomiso de garantía: lícito y necesario", op. cit. Explicita Carregal que no se trata de preferir una u otra garantía. Cada cual tiene sus particularidades y según la características de los casos convendrá uno u otro tipo. Si lo que se trata de proteger es el proyecto, el fideicomiso de garantía se torna necesario, pues la eventual ejecución de hipotecas o embargos ajenos a la relación de crédito podrían frustrar el buen fin del negocio.

(27) Cfr. LORENZETTI, R. L., Tratado de los Contratos, T. III, op. cit., p. 353
Entre las críticas se dice que no es una figura contemplada en la ley; que viola el numerus clausus de los derechos reales; que beneficia sólo al acreedor; que la ejecución extrajudicial viola el derecho de defensa del deudor y menoscaba el derecho de propiedad por lo que la especie trasgrede la CN, etc. En definitiva se concluye que sólo es garantía de neuralgias y cefaleas. Estas objeciones pueden verse en: PERALTA MARISCAL, L., "(Fideicomiso de garantía? -Neuralgias y cefaleas garantizadas! op.cit.; cada una de las críticas han sido respondidas acabadamente por Carregal en el artículo citado en nota 12.

(29) Cfr. FREIRE, Betina, El fideicomiso. Sus proyecciones en los negocios inmobiliarios., op. cit., p. 147. La autora citando a Batiza sostiene que han sido aisladas las opiniones en contra de esta forma de fideicomiso y que dicha posición es minoritaria en la doctrina.

(30) Cfr. idem p. 154. FREIRE considera que en principio el fiduciario no está obligado a realizar consultas previas ni al fiduciante ni al beneficiario para realizar los actos de disposición que sean necesarios para concretar los fines del fideicomiso; sin embargo las partes sobre la base de la autonomía de la voluntad podrían pactar algo distinto. Se ha dicho en nota 24 que si se ejecutaran los bienes, no obstante la mala fe en el beneficiario, la nulidad o inexistencia de la obligación garantizada, estas causas pueden hacerse valer como fundamento de una eventual acción de repetición. Es decir, el fiduciante puede repetir del beneficiario - fiduciario o no - lo que éste cobró injustamente. (31) Esta obligación no puede ser dispensada, ni contractualmente ni por disposición testamentaria y resulta por este motivo de carácter esencial y primordial. Se ha dicho que de alguna manera esta exigencia desdibuja la "confianza" que inspira la formalización del negocio fiduciario. Cfr. BARBIERI, P., Contratos de empresa, Editorial Universidad, Bs. As., 1998, p. 124. Pensamos que esta obligación, lejos de desdibujar la confianza, simplemente la juridiza.

(32) El art. 82 incorpora tres nuevos incisos -12,13,14- al art. 173 del Código Penal. La finalidad de todos ellos es penar cualquier abuso en las facultades de quien posea un mejor posicionamiento en la relación jurídica.

(33) Cfr. FREIRE, Betina, El fideicomiso. Sus proyecciones en los negocios inmobiliarios., op. cit., p. 154.

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.saij.jus.gov.ar

Fecha: 2002

Algunas consideraciones sobre el fideicomiso de garantía

Ponencia presentada a las V jornadas rosarinas de derecho civil en homenaje al profesor Dr. Luis O. Andorno - Rosario, 31 de agosto y 1 de septiembre de 2006. Comisión: tendencias actuales en materia de garantías.

VICENTE, ANALÍA - ALOU, STELLA MARIS

Publicación: www.saij.jus.gov.ar, 2006

SUMARIO

FIDEICOMISO:CONCEPTO;CARACTERES;NATURALEZA JURIDICA-FIDEICOMISO DE GARANTIA-ACTO FIDUCIARIO

TEXTO

1) El Fideicomiso Ordinario

Con el objeto de una mejor exposición, desarrollo y comprensión del tema elegido, consideramos necesario comenzar con una breve reseña del concepto de fideicomiso ordinario, y sus lineamientos previstos tanto por la ley 24.441 como por el Código Civil, para luego entrar en el análisis de este tipo de fideicomiso especial, como lo es el de garantía, con toda la problemática que genera ante la ausencia de regulación legal específica.

La ley 24.441, en su art. 1 define esta figura de la siguiente manera: "Habrá fideicomiso cuando una persona (fiduciante) transmita la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (fiduciario), quién se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato (beneficiario), y a transmitirlo al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario".

El fideicomiso como contrato debe reunir los elementos esenciales y particulares, enunciados por la teoría general del contrato. Las partes del contrato son dos: quien transmite la propiedad de bienes determinados (fiduciante) y quien recibe esa propiedad (fiduciario) sujeta a un plazo o a una condición, finalidad también precitada en el contrato. El "beneficiario" no es "parte", sino tercero en el negocio.

Explica la doctrina que los elementos del negocio fiduciario son:

- a) La confianza entre fiduciante y fiduciario.
- b) Doble juego de relaciones: real y obligacional.
- c) Legitimación del fiduciario para contratar respecto del bien fideicomitado.

Así también se afirma que este contrato presenta una heterodoxa realidad estableciendo que hay un aspecto interno que vincula al fiduciante y al fiduciario, que a su vez, exhibe un aspecto obligacional y otro real: el fiduciante transmite la propiedad de un bien al fiduciario (derecho real) y celebra un contrato con obligaciones para el fiduciario (derecho personal). La transmisión del derecho real basada en la confianza, es limitada por las obligaciones que se pactan en el contrato.

El contrato puede obedecer a una causa de garantía, custodia, administración o inversión. La finalidad típica del contrato de fideicomiso es la transmisión de una propiedad fiduciaria, que se caracteriza por constituir una excepción a la regla de la transmisión

dominial definitiva, ya que luego del cumplimiento de un plazo o condición, el fiduciario debe transmitirla. Así el dominio detentado por el fiduciario es un "dominio imperfecto" en los términos de los arts. 2507, 2661 y 2662 del C.C. y por ello, sus facultades están disminuidas.

En consecuencia, este reciente instituto desarrollado por la ley 24.441, que se encontraba perdido en un artículo del Código de Vélez (art. 2662), constituye una excepción a la regla de la transmisión dominial definitiva, y al principio que nadie puede transmitir un derecho mejor que el que detenta, en razón que el fiduciante transmite su propiedad perfecta al fiduciario, quien a partir de tal transmisión, comenzará a detentar la propiedad fiduciaria de los bienes transmitidos, en la forma y a los fines delimitados por el encargo efectuado por el fiduciante, constituyendo un patrimonio separado y afectado a fines determinados.

El Fiduciante es parte en el contrato de fideicomiso y es quien transmite la propiedad fiduciaria de los bienes, debiendo tener capacidad para disponer de los mismos, es quien instruye al fiduciario sobre el cometido que deberá cumplir.

El Fiduciario también es parte en el contrato, siendo quien recibe la titularidad del bien, obligándose a administrarlo y luego transmitirlo, es quien resulta depositario de la confianza, siendo la mayoría de los casos, un profesional experto. Se encarga de la administración de los bienes y como tal se asimila a un mandatario, con obligaciones que cumplir con las instrucciones recibidas y las correspondientes a un estándar profesional. El art. 5 de la ley 24.441 dice que: "... podrá ser cualquier persona física o jurídica. Solo podrán ofrecerse al público para actuar como fiduciarios las entidades financieras autorizadas a funcionar como tales sujetas a las disposiciones de la ley respectiva y las personas jurídicas que autorice la Comisión Nacional de Valores quien establecerá los requisitos que deban cumplir"

El Beneficiario NO es parte en el contrato, sino beneficiario de la estipulación que se realiza en su favor. La ley 24.441 (art. 2º) dice que: "El contrato deberá individualizar al beneficiario, quien podrá ser una persona física o jurídica, que puede o no existir al tiempo del otorgamiento del contrato; en este último caso, deberán constar los datos que permitan su individualización futura."

El Fideicomisario NO es parte, sino el destinatario natural de los bienes fideicomitados y un beneficiario eventual en el caso de que ningún beneficiario aceptare. En la ley 24.441 solo se menciona como sujeto, pero no se define su rol.

2) Del Fideicomiso de Garantía

2.1) Breve análisis de los antecedentes históricos.

Como punto de partida, para analizar el fideicomiso de garantía nos referiremos a sus antecedentes históricos y así en primer lugar nos ocuparemos de la fiducia cum creditore contracta, que fue la forma más primitiva del derecho romano de constituir una garantía real.

Según relatan los historiadores, consistía en el contrato por el cual el deudor (fiduciante) transmitía la propiedad de una cosa al acreedor (fiduciario) en garantía de la obligación que los vinculaba, mediante las formas de la mancipatio o de la in iure cesio, concertándose al mismo tiempo un pacto (pactum fiducie), por el cual el acreedor se obligaba bajo su palabra (FIDES) a restituir la cosa al deudor cuando fuera satisfecha la deuda. En cambio, si el deudor no pagaba en término se consolidaba la propiedad en cabeza del acreedor y no quedaba obligado a restituir suma alguna al deudor, aun cuando su valor excediese el crédito que garantizaba. Si el acreedor había sido autorizado por el pacto a vender (pactum de vendendo), el deudor tenía derecho personal a cobrar la

diferencia entre el precio de la venta y el monto de la deuda pagada (superflum).

En un principio se trató de un negocio basado puramente en la confianza (FIDES), pues el deudor debía confiar exclusivamente en la buena fe de su acreedor, de quien dependía el cumplimiento de lo pactado, asumiendo el deudor el riesgo de que la cosa no le fuera retransmitida al cumplir la obligación.

Debe destacarse que en la fiducia romana el acreedor fiduciario era el propietario quiritarario de la cosa fideicomitada en garantía y esta propiedad la ejercía en nombre, cuenta e interés propio. Como propietario gozaba de los atributos de su derecho y se comportaba como tal frente a los terceros.

En realidad la fiducia constituía una sólida garantía para el acreedor, pero resultaba desventajosa para el deudor, quien, privado del uso y goce de la cosa, quedaba librado exclusivamente a la bona fides del acreedor y sin acción real para recobrarla cuando la cosa era dispuesta contra su voluntad.

Si bien el Derecho Romano no distinguía las categorías de los derechos reales y personales, si lo hizo con las acciones reales y personales, y caracterizó a la fiducia dentro de esta última categoría.

Toca en segundo lugar ocuparnos del antecedente anglosajón, el trust. Ambos pueden ser englobados bajo la rúbrica común de los negocios de confianza, pero la cultura jurídica anglosajona incorpora a través de su evolución histórica un elemento distintivo que es el fraccionamiento del derecho de propiedad en un dominium legitimun que convierte al fiduciario en propietario formal, y en un dominium naturale que reserva en el fiduciante la propiedad material, y el reconocimiento a favor de este último de un auténtico derecho real y no meramente obligacional.

En su esencia el trust es un negocio jurídico en virtud del cual una persona (el settlor) deja de ser el propietario de un bien objeto de administración, transfiriendo la titularidad nominal a otra (el trustee) y la titularidad real a una tercera persona beneficiaria (the beneficial owner), calidad ésta que también puede revestir el settlor. En su estructura intervienen tres sujetos y se opera la fractura del derecho de propiedad en dos: la propiedad formal del fiduciario y la propiedad sustancial o económica del o de los beneficiarios. En este esquema el trustee (fiduciario) es un gestor patrimonial de bienes ajenos y los fiduciarios, titulares de un derecho real frente al trustee y los terceros.

A diferencia del negocio fiduciario romano, cuya característica esencial reside en la potestad de abuso por parte de la persona en la que se deposita la confianza (fiduciario), en el trust esa relación de confianza queda regulada estrictamente por la ley y en el ámbito de los derechos y obligaciones respectivos del settlor, el trustee y los beneficiarios.

La referencia hecha a las fuentes no es inocente, ya que la doctrina nacional discrepa respecto a la que le ha servido de fuente al legislador esto es si el fideicomiso receptado responde a la forma pura del trust o si el legislador nacional ha sido original, y sin perder de vista a la antigua figura romana, regula el fideicomiso desde una perspectiva diferente. Las cuestiones tratadas más adelante respecto a la confluencia de los roles de fiduciario y beneficiario en una misma persona, se encuentran estrechamente vinculadas con la posición que se adopte a este respecto.

Parece prudente sostener en un primer análisis que el legislador argentino ha optado por una transmisión de propiedad imperfecta con base en la confianza, pero con limitaciones legales importantes, que sumadas a las imprescindibles precisiones contractuales del pacto, disminuyen los riesgos de la fiducia romana. Y sin que ello implique admitir la estructura de la doble propiedad del trust, llega a efectos jurídicos análogos al configurar la propiedad fiduciaria como patrimonio separado.

2.2.) De la viabilidad jurídica y práctica de la figura.

El instituto en estudio, podría definirse como el contrato mediante el cual el fiduciante transfiere la propiedad (fiduciaria) de uno o más bienes a un fiduciario con la finalidad de garantizar con ellos, o con su producido, el cumplimiento de ciertas obligaciones a cargo de aquél o de un tercero, designando como beneficiario al acreedor o un tercero en cuyo favor, en caso de incumplimiento se pagará la obligación principal garantizada, según lo previsto en la convención fiduciaria. Sin embargo, el hecho de que la ley de fideicomiso no refiere a esta figura, ha permitido a alguna doctrina cuestionar la posibilidad de su aplicación en nuestro Derecho, Sumado a este argumento, se refieren otros tales como:

- El instituto es violatorio del derecho de defensa y la garantía del debido proceso (art. 18 CN), ya que la ejecución por deudas, es resorte exclusivo del Poder Judicial.
- Es violatorio de la prohibición contenida en el art. 3222 del Código Civil.
- La figura es innecesaria al prever el Código Civil los derechos reales de garantía, los que son suficientes para proteger cualquier crédito.
- El numerus clausus que suponen los derechos reales (y entre ellos los de garantía), impiden que se cree uno por contrato.
- El fideicomiso es un contrato de confianza, mientras que en esta figura el deudor (fiduciante) no deposita su confianza en el fiduciario, quien generalmente será designado por el acreedor.

Pensamos que estas cuestiones no resultan irrefutables. Por el contrario en primer lugar no debemos olvidar que en materia contractual rige el principio de autonomía de la voluntad (art. 1197 C.C.) de modo que aquello que no esté prohibido se encuentra permitido, con los límites de la buena fe, la equidad, el abuso de derecho, etc. Este principio del Derecho Privado encuentra respaldo constitucional en el art. 19 de la CN. Más aún, el proyecto de Código Civil del año 1998, lo regula de modo específico, lo que nos autoriza a afirmar que su inclusión en el Derecho Positivo tiene importante respaldo doctrinario.

El bien que se realiza (o incluso con cuyas rentas se abona la deuda) no está en el patrimonio del deudor, El fiduciario no resuelve una controversia; sólo comprueba una situación fáctica y cumple el encargo efectuado en un contrato, por lo que no nos encontramos con una "ejecución" en sentido procesal.

Entendemos que no hay violación de la prohibición dispuesta por el art. 3222 del CC que dispone "que es nula toda cláusula que autorice al acreedor a apropiarse de la prenda, aún cuando ésta sea de menor valor que la deuda, o a disponer de ella fuera de los modos establecidos". Ello es así, ya que el acreedor no se queda con la cosa. El acreedor garantizado, al satisfacer su acreencia por medio del fideicomiso, nada recibe proveniente del patrimonio del deudor sino del fiduciario, de ahí que mal puede apropiarse de algo que no le pertenece al deudor. El fiduciario es un propietario imperfecto que dispone los bienes de su pertenencia en la esfera del patrimonio separado. En las garantías reales el deudor grava bienes que conserva en su patrimonio y por ello resulta aplicable el artículo mencionado, situación que no sucede en el fideicomiso de garantía,

Pensar que las garantías reguladas alcanzan y son suficientes para satisfacer las necesidades de los negocios nos muestra al Derecho como una petrificación. Por el contrario, nuestra concepción del Derecho se vincula con el dinamismo, con la evolución, con la capacidad de captar las diferentes realidades y necesidades sociales, brindando respuestas que las satisfagan. El Derecho debe "crecer" y acompañar los cambios económicos y sociales con respuestas razonables y justas.

Los derechos que surgen para el acreedor en modo alguno suponen una garantía real. El acreedor tiene el derecho personal de exigirle al fiduciario el cumplimiento de un contrato, ya sea en calidad de tercero beneficiario de una estipulación o como contraparte de un negocio de garantía celebrado con el fiduciario en virtud de la manda otorgada por el fiduciante en el contrato de fideicomiso (según la forma que adopte el instituto)

Tampoco es concluyente la afirmación de la falta de confianza del fiduciante respecto del fiduciario. En primer lugar, tratándose de un contrato, el fiduciario debería ser elegido por el fiduciante o al menos con el acuerdo entre fiduciante y acreedor beneficiario, quien en definitiva sí confió en el fiduciante deudor. Por otra parte, el abuso en el que eventualmente pudiera incurrir el fiduciario, encuentra soluciones preventivas con una clara y precisa delimitación de sus facultades en el contrato y posteriormente, con la posibilidad de remoción del fiduciario que consagra la Ley 24441.

A la par de su posibilidad desde el punto de vista jurídico, encontramos en este instituto una serie de conveniencias prácticas para los interesados.

- Es usual que los acreedores exijan la constitución de garantías personales aún frente a deudores solventes, poniendo a éstos en el compromiso de recurrir a terceros (fiadores o avalistas) a fin de satisfacer los requerimientos del acreedor.. El fideicomiso de garantía permite que el deudor con sus propios bienes obtenga ese objetivo, mediante la gestión del fiduciario.

- En este tipo de negocio la única finalidad puede no ser solamente la garantía, porque normalmente ella va acompañada de otras funciones no menos importantes para el fiduciario, como la de administrar, conservar los bienes fideicomitidos, etc. Piénsese que un deudor que irremisiblemente perderá un bien por la ejecución que de él haga su acreedor, es posible que no ponga en el mismo los cuidados y diligencia esperados, redundando ello en una pérdida de su valor de trascendencia tanto para el acreedor como para el propio deudor. En cambio, estando el patrimonio en poder de un fiduciario, a través de los actos de administración se logra la mejor conservación y el beneficio para todos. También puede llegarse paulatinamente al cumplimiento de la obligación. Así puede alquilar la cosa, si es fructífera podrá realizar los frutos, si son créditos percibir las rentas, y aplicar los fondos obtenidos al pago de la deuda, de conformidad a la manda del negocio.

- Se apunta también que en situaciones excepcionales, la figura del fideicomiso de garantía ofreció una ventaja respecto de los procesos de ejecución judicial o especial, con motivo de la situación de emergencia vivida en nuestro país y que dio origen a la sanción de la ley 25563 que suspendió los remates de los deudores por 180 días. Resulta evidente que esta ley no alcanzó a los fideicomisos de garantías ya que los bienes fideicomitidos salieron del patrimonio del deudor para conformar un patrimonio separado.

- La constitución del negocio fiduciario suele resultar más económica que otra garantía de tipo real como la hipoteca o la prenda.

- Obvia el proceso judicial de ejecución y las demoras que lo caracterizan.

- Es una garantía autoliquidable por excelencia.

- Está fuera de la órbita concursal o la quiebra del deudor garantizado, salvo fraude ya que la propiedad fideicomitida es del fiduciario y no del deudor (art. 15 de la ley 24.441)

- Permite la realización de la garantía a valores de mercado por medio de un procedimiento ágil y extrajudicial sin los costos, demoras y manejos especulativos que con frecuencia se producen en las subastas judiciales. Esto representa un beneficio no sólo para el acreedor-beneficiario sino también para el deudor-fiduciante en su calidad de beneficiario eventual de los remanentes de dicha realización.

- El fideicomiso de garantía en comparación con otras garantías, en particular las reales, como la prenda y la hipoteca, tiene una característica común: el acreedor garantizado con fiducia de garantía goza de un pago preferencial sobre los demás acreedores del deudor. No en virtud de un privilegio sobre la cosa, sino simplemente porque los bienes no están en el patrimonio del deudor sino en el patrimonio separado de bienes del fiduciario.
- Pueden rotar y sucederse acreedores garantizados sin necesidad de modificar el fideicomiso, bastando simples actos de egresos de acreedores desinteresados e ingreso de nuevos acreedores.
- Frente a la hipoteca o la prenda es más económica en su constitución o modificación, y la realización es más predecible ya que se encuentra estipulado en el contrato y no se encuentra sometida a las contingencias que un proceso judicial puede conllevar.
- Su empleo reduce el costo del crédito que a la postre soporta el deudor.
- Los bienes fideicomitados constituyen un patrimonio separado que se encuentra exento de la agresión de los acreedores de cualquiera de las partes.

2.3) Un problema crucial: la posición del acreedor.

El Fideicomiso de Garantía admite en la práctica algunas variantes de funcionamiento que posicionan al acreedor en diferentes roles y que seguidamente analizaremos.

La primera de ellas es su forma más simple: el fiduciante-deudor transmite la propiedad fiduciaria de algún o algunos bienes al fiduciario-garante para que éste los administre y con el producido de su administración o incluso de su venta, satisfaga al beneficiario-acreedor una vez verificado el incumplimiento del fiduciante. En definitiva el acreedor queda vinculado al Fideicomiso en virtud de la aceptación que lo ubica siempre como tercero beneficiario.

Otra posibilidad que se admite, es aquella según la cual el fiduciante-deudor contrata con un fiduciario al que le traspasa los bienes fideicomitados con la manda de contratar con los acreedores que le indique una garantía que luego hará efectiva hasta el límite del patrimonio fideicomitado. Aquí, el acreedor resulta co-contratante del fiduciario en un negocio de garantía diferente del fideicomiso y por tanto no sujeto a sus contingencias, funcionando como una garantía abstracta que mejora la posición del acreedor según autorizada doctrina.

Finalmente, encontramos aquella modalidad de contratación en la que el fiduciante-deudor transmite la propiedad fiduciaria de ciertos bienes al fiduciario-acreedor quien será el encargado de su realización ante el incumplimiento de la primera. Anticipamos desde ya nuestra posición en contra de esta posibilidad de contratación.

En efecto, encontramos en la última hipótesis apuntada un claro conflicto de intereses. Aquellos que sostienen su posibilidad afirman que no está prohibido expresamente, luego está permitido. En apoyatura recuerdan también que el proyecto de Código Civil de 1998 claramente lo admite, puesto que habiendo sentado la regla de la prohibición de asumir ambos roles (art.1459 in fine) se establece la excepción para el fideicomiso en garantía, permitiendo entonces que el fiduciario sea beneficiario, siempre que sea una entidad financiera. Agregan que no existe conflicto de intereses puesto que tanto deudor como acreedor buscarán el mejor precio posible de realización de la propiedad fiduciaria.

Sin embargo, sostenemos que existen una serie de razones jurídicas y prácticas que autorizan a desestimar su procedencia.

- La Ley 24441 exige en su art. 2 que el contrato "individualice" al beneficiario, lo que no haría falta si fuera parte.
- La Ley 24441 impone al fiduciario la irreductible obligación de rendir cuentas, lo que no

tendría sentido ni lógica alguna porque en la especie analizada lo tendría que hacer a sí mismo.

- Las Circulares del BCRA que oficializan al Fideicomiso de Garantía (A 4491 y A 4501) expresamente niegan a la entidad prestamista la posibilidad de ser fiduciario.
- El fiduciario no puede retener para sí los bienes dados en fideicomiso
- Aún si el acreedor-fiduciario no retuviera la propiedad fiduciaria para sí por la prohibición legal recién apuntada, no tendría la objetividad requerida respecto de la oportunidad y las condiciones de realización de los bienes fideicomitados. En efecto, el es parte de la relación-base que le da su calidad de acreedor y va a ser el incumplimiento de ella lo que autorice la realización de la garantía. (Qué objetividad tendrá el acreedor para interpretar la mora, o incluso para discernir cuál es el mejor precio de realización en casos en que el precio obtenido alcance solamente para satisfacer su acreencia? Pensamos que ninguna objetividad y tampoco entonces tendría la imparcialidad necesaria su calidad de fiduciario.
- Si el fiduciario es el propio beneficiario no hay gestión en favor de otro y el fideicomiso carecería de sentido.
- La circunstancia de que la Ley de Fideicomiso no sea de exclusiva fuente romanista, apoya la imposibilidad de función dual del acreedor (beneficiario-fiduciario) que viene del trust anglosajón.
- Es ilustrativo que aún la doctrina que admite la convergencia de los roles de beneficiario y fiduciario, en algunos casos aconseja en la práctica evitar que el acreedor revista la calidad de fiduciario, y en otros casos sugiere para estas situaciones la realización de los bienes por vía judicial, haciendo aplicación analógica de los arts. 3224 del C.Civil y 585 del C.Com., cuando se trate de bienes muebles, y subasta pública cuando se trate de inmuebles, en ausencia de estipulación en el pactum fiduciae. Esto, a nuestro entender es reconocer implícitamente el conflicto de intereses apuntado supra.

2.4) La realización de los bienes

Ante el incumplimiento del deudor-fiduciante y la consecuente necesidad de hacer efectiva la garantía, hay quienes propugnan un criterio de compatibilización del ius vendendi con los procedimientos de realización previstos específicamente para las garantías reales. Así, se propugna aplicar analógicamente el procedimiento especial de la hipoteca, si es inmueble, el remate si es cosa mueble (art. 585 del C. Com.) y la ejecución privada prendaria si es mueble registrable (art. 39 Ley 12.962). También esta es la vía que sigue el proyecto de código civil unificado de 1998 en su artículo 1466 para el caso que el fiduciario sea la entidad acreedora.

Por el contrario, adherimos con algún condicionamiento a la posición conforme la cual el fiduciario tiene la facultad de vender privadamente el asiento de la garantía, sin necesidad de acudir a la ejecución judicial. Se afirma que esta facultad está comprendida en el ius vendendi que le concede la ley (art. 17 LF), salvo estipulación en contrario; derecho que - recordemos- no está sujeto a procedimiento alguno. Se explica que esta modalidad de realización también interesa al fiduciante en su calidad de beneficiario residual. Su interés es que el bien se enajene al mayor valor del mercado, a fin de evitar que se afecte su derecho al remanente del precio. Este mayor valor no se alcanza en las subastas judiciales ni en los remates privados no judiciales.

Esta posición exige un claro facultamiento del fiduciario y mecanismos de difusión de la realización de los bienes. Es así que el contrato debe prever en forma clara y circunstanciada como se verifica el incumplimiento del fiduciante mediante un hecho o

manifestación objetivo y externo, suficientemente descripto; y cómo será el procedimiento de realización de la garantía. En lo atinente al precio de venta, podrá por ejemplo delegar la tasación en un perito, para asegurar la imparcialidad. En fin, el acuerdo deberá ser completo y claro con exacta determinación de las circunstancias referidas, con el fin de lograr absoluta transparencia y con ella la preservación de los derechos del acreedor-beneficiario, del deudor-fiduciante y eventual beneficiario residual e incluso de terceros acreedores del deudor que puedan tener legítimas aspiraciones sobre el remanente de la realización.

3) Conclusiones

En virtud de los argumentos expuestos, proponemos que estas V Jornadas Rosarinas de Derecho Civil recomienden:

- 1) El Fideicomiso de Garantía es un negocio que resulta válido, viable y de utilidad práctica.
- 2) En el Fideicomiso de Garantía el Fiduciario no puede asumir al propio tiempo el rol de Beneficiario, quien deberá ser un tercero al contrato de Fideicomiso.
- 3) En el Fideicomiso de Garantía deberá expresarse con extrema claridad y de modo completo las facultades del fiduciario respecto a la determinación del incumplimiento del deudor y los procedimientos de realización de la garantía.
- 4) En el Fideicomiso de Garantía es admisible el ejercicio del ius vendendi mediante la realización privada de los bienes asiento de la garantía, sin recurrir a la ejecución judicial.

(*) Abogada - Jefa de Trabajos Prácticos de Derecho Civil III - Facultad de Derecho - UNR

(**) Abogada - Profesora Adjunta Ordinaria de Derecho Civil III - Facultad de Derecho - UNR

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.saij.jus.gov.ar

Fecha: 2006

:

Editorial:

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 340 Art.1197, Ley 340 Art.2507, Ley 340 Art.2661, Ley 340 Art.2662, Ley 340 Art.3222, Ley 340 Art.3224, Ley 2.637 Art.585, Constitución Nacional Art.18, Constitución Nacional Art.19, Ley 24.441, Ley 24.441 Art.1, Ley 24.441 Art.2, Ley 24.441 Art.5, Ley 24.441 Art.15, LEY 25563

REF. BIBLIOGRAFICAS

- LORENZETTI, Ricardo "Tratado de los Contratos
- KIPER, Claudio y LISOPRAWSKI, Silvia, "Tratado de Fideicomiso"
- HIGHTON, Elena " El dominio fiduciario y la problemática de su reflejo registral" en Revista de Derecho Privado y Comunitario
- PUERTA de CHACON, Alicia "Propiedad fiduciaria en garantía (Es posible en el derecho vigente?" en Revista de Derecho Privado y Comunitario
- CINOLLO, Oscar Agustín "El contrato de Fideicomiso de garantía" en Revista de Derecho Privado y Comunitario

- PERALTA MARISCAL, Leopoldo, "El negocio fiduciario con fines exclusivos de garantía como acto jurídico", en Revista de Derecho Privado y Comunitario
- BARREIRA DELFINO, Eduardo "El Fideicomiso de Garantía", Seminario dictado en la Escuela de Graduados de la Facultad de Derecho de la UNR-
- VILLEGAS Carlos "Las Garantías del Crédito" T II.

El fideicomiso de garantía y el concurso del fiduciante

Ponencia presentada a las V Jornadas Rosarinas de Derecho Civil en homenaje al profesor Dr. Luis O. Andorno - Rosario, 31 de agosto y 1º de septiembre de 2006. Comisión: "Tendencias actuales en materia de garantías".

MÁRQUEZ, JOSÉ FERNANDO DARÍO

Publicación: www.saij.jus.gov.ar, 2006

SUMARIO

FIDEICOMISO DE GARANTIA-CONCURSOS-MEDIDAS CAUTELARES

TEXTO

Se propone que estas Jornadas declaren:

- 1.- Que el fideicomiso es un instrumento válido y eficaz para canalizar negocios de garantías.
- 2.- Que el fideicomiso en garantía cuenta con su propia ley regulatoria, la que excluye al patrimonio fideicomitado de las acciones singulares y colectivas que pueden promoverse contra el fiduciante, el fiduciario o el beneficiario.
- 3.- Que ante el concurso del fiduciante, el patrimonio fideicomitado en garantía se encuentra excluido del proceso concursal.
- 4.- Que el acreedor garantizado con el patrimonio fideicomitado no tiene obligación de verificar su crédito en el concurso del fiduciario para ejercer su derecho de garantía.
- 5.- Que el juez del concurso no puede disponer medidas cautelares sobre los bienes fideicomitados, en los términos del art. 24 L.C.Q., pues se trata de bienes ajenos al fiduciante-concurtido, no incluidos en la masa patrimonial bajo su jurisdicción.
- 6.- Que a los fines de determinar la onerosidad o gratuidad de la transmisión fiduciaria con el objeto de determinar la procedencia de acciones de ineficacia, deberá considerarse el negocio al que accede el fideicomiso como garantía, más allá de que el fiduciario cumpla su encargo en forma onerosa o gratuita.

I.- Introducción.

Pocos instrumentos jurídicos introducidos en la legislación argentina sin una práctica comercial previa han tenido el éxito del fideicomiso.

Los perfiles de su regulación en la Argentina (que siguen los modelos latinoamericanos y canadienses), al imponer la titularidad del patrimonio en cabeza distinta a la del constituyente, aislarlo del patrimonio "común" de su titular (patrimonio separado) y afectarlo a los fines determinados en su constitución (patrimonio de afectación), contribuyeron a crear la confianza necesaria en el instituto, y a despejar las dudas generadas por la regulación del fideicomiso en el Código Civil (sólo parcial a través de una

pocas normas sobre dominio fiduciario).

La ley ha determinado que uno de los efectos generados por la creación del patrimonio fideicomitado es su exclusión de las acciones, singulares o colectivas, de los acreedores del fiduciante. Sin embargo una postura doctrinaria entiende que, ante la supuesta carencia de normas suficientes en el estatuto que lo regula, deben aplicarse las del proceso concursal, extendiendo varias de sus soluciones al fideicomiso.

II.- Los presupuestos de nuestro análisis.

Para fundar nuestra ponencia consideramos necesario fijar posición sobre ciertos temas que, creemos, condicionan la interpretación de la cuestión planteada.

1.- El fideicomiso como patrimonio separado o de afectación.

El primer aspecto que debemos recalcar es que el fideicomiso constituye un patrimonio separado o de afectación.

No hay acuerdo doctrinario sobre el concepto de patrimonio separado o de afectación y, hasta tiempos recientes, se discutió sobre la posibilidad de existencia del instituto, las reglas que rigen su funcionamiento y los supuestos que encuadran en la figura.

El debate proviene de la concepción tradicional de los exégetas del Código Napoleón quienes "en un afán de simplificar y racionalizar el derecho... en función del sujeto sentaron la máxima de la unidad patrimonial". Sin embargo, la realidad superó la discusión, y tanto legislación como doctrina terminaron por reconocer la posibilidad de existencia de varios patrimonios en cabeza de un mismo titular.

No hay consenso sobre qué supuestos deben ser considerados patrimonios separados, especiales o de afectación. Según el autor que se consulte los diversos supuestos estarán incluidos, o no, en el concepto.

Compartimos la posición de Salerno, quien encuentra a la afectación de ciertos bienes al pago de deudas específicas como la nota relevante de la figura; luego, será la ley que regula el supuesto particular la que determinará los alcances de la separación y su régimen de administración. A veces el conjunto de bienes (que constituye el patrimonio especial) permanecerá en la titularidad de la misma persona escidente; en otros casos no será así. Existirán supuestos en que el anterior titular (si la titularidad del patrimonio no subsiste en cabeza de la misma persona) tendrá derechos sobre el patrimonio, y otros en que no. La ley, en cada caso, marcará la configuración del patrimonio especial.

El fideicomiso, tal como fue legislado en la Ley 24.441, constituye un patrimonio separado, especial o de afectación: los arts. 14, 15, 16 y 17 lo definen en forma categórica. Y su ley determina los alcances de la separación y afectación.

2.- El patrimonio fiduciario en la Ley 24.441.

La Ley 24.441 permite la generación voluntaria de patrimonios de afectación a través de la creación de fideicomisos y determina que el patrimonio está exento de la acción singular o colectiva de los acreedores "particulares" de las partes del negocio. El patrimonio pertenece al fiduciario, quien es titular de los bienes que lo componen, siendo oponible dicha titularidad frente a terceros una vez cumplidas las formalidades correspondientes a cada bien.

Constituido el fideicomiso, el fiduciante queda excluido del negocio, salvo que se haya reservado derechos, o bien que los tuviere como beneficiario o fideicomisario. No subsiste en cabeza del fiduciante, como tal, derecho real o preferencia alguna, ni siquiera en forma condicional.

La interpretación y soluciones que se propongan deben ser realizadas a través de su normativa específica, la que determina los alcances de la separación patrimonial.

3.- El fideicomiso con fines de garantía.

Hemos definido al fideicomiso de garantía como aquél en el cual el fiduciante trasmite al fiduciario bienes individualizados en garantía de un crédito, propio o ajeno, con el encargo de que, en caso de incumplimiento del deudor, destine los frutos de los bienes o el producido de su liquidación al pago del crédito²⁰.

La figura es una clase de fideicomiso, por lo cual participa de sus características generales: puede ser constituido por contrato o testamento, debiendo agregarse como causa-fuente la ley (en los numerosos casos en que el Estado constituye fideicomisos para el cumplimiento de sus fines).

Defendemos la posición que entiende que se trata de un negocio lícito y que el fiduciario puede revestir el carácter de fiduciario, siendo esta modalidad ventajosa también para el fiduciante.

4.- El fideicomiso es una garantía real, no personal.

El fideicomiso en garantía es una garantía real. La distinción entre garantías personales y garantías reales no proviene de su causa-fuente o generadora; lo que diferencia a estas categorías es sobre qué recae la garantía adicional otorgada al acreedor: si existen otras personas distintas al deudor como garantía del pago (garantía personal) o si se encuentran afectados bienes especiales (propios o de terceros) al pago de la deuda.

La categorización como garantía contractual adviene al criterio del origen de la garantía: será voluntaria cuando son pactadas por las partes, o legales cuando la ley determina la creación o existencia de la garantía. Las más conocidas garantías reales, la hipoteca, la prenda y la anticresis, tienen su origen, por lo general, en convenios entre el acreedor con el deudor o terceros.

Si de la naturaleza de la garantía (personal o real) deviene alguna consecuencia, debe predicarse que el fideicomiso es una garantía real.

5.- La ausencia de regulaciones sobre el fideicomiso en la ley de concursos y quiebras.

Para fundar la posición tendiente a la aplicación de la Ley 24.522 al fideicomiso, se dice que la ley de concursos y quiebras "(...) no ha contemplado expresamente el tema del contrato de fideicomiso ante el proceso concursal, pese a que en el mensaje de elevación de la ley se expresa haber hecho un análisis de la legislación vigente (...)". Ante la ausencia de normas en la ley de fideicomiso, se propugna la aplicación de ciertas soluciones de la ley concursal al patrimonio fiduciario.

No compartimos esta tesis. El antecedente directo de la Ley 24.441 fue el Proyecto presentado por el Poder Ejecutivo con el Mensaje 1067, del 1º de Julio de 1994, el que cita expresamente como sus precedentes a dos proyectos anteriores: el elevado por el Poder Ejecutivo el 24 de junio de 1986 y el contenido en el proyecto de reformas del Código Civil que fuera elaborado por la Comisión designada por decreto 468 del 19 de marzo de 1992. La Comisión designada por decreto 468/92 estaba integrada, entre otros, por Julio César Rivera, quien también fue coautor de la Ley 24.522 de Concursos y Quiebras.

(Puede presumirse que Rivera no tuvo en cuenta la regulación del fideicomiso existente en la Ley 24.441, vigente a la fecha de redacción de la Ley 24.522?. No lo creemos. La explicación de la omisión de toda mención en la ley de concursos y quiebras sobre los aspectos concursales vinculados al fideicomiso es otra: la ley de fideicomiso tiene su

propia normativa sobre estos aspectos y no encuentra su ámbito de regulación en la ley falimentaria.

III.- El fideicomiso en garantía y el concurso del fiduciante.

1.- La discusión.

Cierta parte de la doctrina opina el fideicomiso, en cualquiera de sus clases, queda alcanzado por el concurso del fiduciante; en el caso del fideicomiso de garantía esta injerencia concursal se acentúa. Por lo general, el fiduciante concursado (la masa en caso de quiebra) tiene una expectativa cierta sobre el patrimonio (o, por lo menos, sobre su remanente), pues los bienes son transmitidos sólo en garantía, lo que genera la expectativa de atraer al concurso a los bienes fideicomitados y evitar su funcionamiento (que, por lo general, concluirá en la venta de los bienes).

2.- (El patrimonio fiduciario forma parte de la masa concursal del fiduciante?)

Compartimos el criterio que sustenta, fundado en la ley, que el patrimonio fiduciario no forma parte del concurso del fiduciante, pues éste no conserva derechos reales sobre los bienes transmitidos. La regulación argentina expresa que la propiedad de los bienes del fideicomiso pertenecen al fiduciario; beneficiario y fideicomisario sólo tiene derechos personales sobre el patrimonio.

Además existe una norma expresa, de sanción anterior a la ley de concursos, que excluye al fideicomiso de las acciones colectivas de los acreedores de las partes: el concurso del fiduciante (proceso colectivo) no ejerce influencia sobre el patrimonio fiduciario.

Los principios sentados no cambian porque el fideicomiso haya sido constituido con fines de garantía. La traslación de dominio se produce cualquiera fuere el fin perseguido y, por ello, no son bienes del fiduciante sujetos al proceso concursal.

3.- (Debe el acreedor garantizado por el fideicomiso en garantía insinuarse en el pasivo del fiduciante?)

Otro de los temas en discusión es si el acreedor del fiduciante-concursado, garantizado con un fideicomiso, debe insinuarse en el concurso a verificar su crédito como requisito necesario previo al cumplimiento por parte del fiduciario

Parte de la doctrina, fundada en la no inclusión del patrimonio fideicomitado en la masa del concurso del fiduciante, se pronuncia por la innecesariedad de la verificación del crédito a fin de obtener el cobro a través de los bienes dados en garantía. El acreedor deberá verificar en el concurso del fiduciante como un acreedor más, no con expectativas sobre el fideicomiso, sino a fin de obtener el cobro en tanto existiera un remanente no satisfecho luego de la liquidación del patrimonio fiduciario.

Otro sector doctrinario exige la verificación previa a la posibilidad de liquidación de la garantía. El fiduciario podrá ejercer el encargo sólo si el juez concursal determina, previamente, la existencia y cuantía del crédito garantizado.

Adherimos a la primera postura. La posible inexistencia del crédito y los peligros de las ejecuciones extrajudiciales, marcadas por la doctrina a fin de fundar la exigencia de verificación previa, quedan superadas por el régimen legal instituido por la ley de fideicomiso, incluso con sanciones penales específicas para el fiduciario que no cumpliera debidamente el encargo.

4.- Medidas cautelares en el concurso.

Una cuestión analizada en relación al tema en estudio es la posibilidad de que el

fiduciante-concurtido solicite la suspensión temporaria de la ejecución de la manda por el fiduciario, en los términos previstos por el art. 24 de la ley concursal para los créditos con garantía prendaria o hipotecaria.

Esparza y Games son prudentes a la hora de pronunciarse por tal posibilidad. Vislumbran la posibilidad de que "(...)el concurso sea utilizado como plataforma procesal que en manos de litigantes inescrupulosos o de jueces complacientes por, vía de cautelares, desnaturalicen la figura (...)"; se pronuncian por admitir las cautelares si se solicitaran ante el incumplimiento del acuerdo fiduciario o si estuviese pactada la posibilidad en el contrato.

Son dos ámbitos diferentes de actuación de las cautelares. Si el fiduciante entendiera que el fiduciario incumple con su gestión, dispondrá de las acciones para obtener el cumplimiento del contrato y, dentro de este proceso, de las cautelares pertinentes. Este no es el supuesto que analizamos.

Entendemos que el juez del concurso no puede disponer medidas cautelares sobre los bienes fideicomitidos pues se trata de bienes ajenos al fiduciante-concurtido, no incluidos en la masa patrimonial bajo su jurisdicción.

5- Las acciones de ineficacia.

Los acreedores siempre tendrán las acciones revocatorias pertinentes que la ley concursal otorga en caso de quiebra, frente a actos fraudulentos del deudor.

Sólo fijaremos posición acerca de que, para determinar la onerosidad o gratuidad de la transmisión fiduciaria, a fin de aplicar las normas pertinentes para la revocación, se debe analizar el negocio en su totalidad (la "operación fiduciaria" en terminología de López de Zavalía), y no sólo el carácter remunerado o gratuito del encargo al fiduciario. Dicho análisis resultará muchas veces dificultoso, en razón de que el fideicomiso accede, por lo general, a negocios complejos, pero no difiere de otros supuestos en que se emplearon diferentes instrumentos jurídicos, y demandan igual esfuerzo.

Notas al pie:

(*) Abogado. Profesor Derecho Privado, UCC, UES21. Ciudad de Córdoba. (1) La ponencia resume las posiciones del autor expuestas en el trabajo, del mismo nombre, publicado en Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2003-1, Rubinzal-Culzoni, Bs.As., 2003, pág. 129.

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.saij.jus.gov.ar

Fecha: 2006

Fideicomiso, quiebra y acción revocatoria concursal en la ley 24.441

Ponencia presentada al III Congreso Argentino de Derecho Concursal y I Congreso Iberoamericano sobre la insolvencia realizado en Mar del Plata-Argentina los días 27,28 y 29 de noviembre de 1997. Quiebra. Efectos de la quiebra sobre contratos y relaciones jurídicas. Fideicomiso, quiebra y acción revocatoria concursal

MOGLIA CLAPS, GUILLERMO A.

Publicación: III CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO CONCURSAL Y I CONGRESO IBEROAMERICANO SOBRE LA INSOLVENCIA, 1997

SUMARIO

QUIEBRA:EFECTOS-ACCION REVOCATORIA CONCURSAL-PERIDO DE SOSPECHA-FIDEICOMISO:CONCEPTO;ALCANCES;OBJETO;REGIMEN LEGAL

TEXTO

1. CONCEPTO Y GENERALIDADES SOBRE EL FIDEICOMISO EN LA LEY 24.441.

El artículo 1ro. de la Ley 24.441 dispone que: "habrá fideicomiso cuando una persona (FIDUCIARIO) transmita la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (FIDUCIARIO), quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato (BENEFICIARIO) y a transmitirlo, al cumplimiento de un plazo o condición, AL FIDUCIANTE, AL FIDUCIARIO o AL FIDEICOMISARIO.

El contrato debe designar e individualizar al beneficiario, que podrá ser una persona física o jurídica, que puede o no existir al tiempo del contrato, debiendo en este caso constar, en el contrato los datos que permitan individualizarlo en el futuro. Podrán ser más de uno y también podrán designarse sustitutos.

El plazo legal no debe exceder de treinta años, constituyendo excepción el caso de beneficiario incapaz, en cuyo caso el fideicomiso dispuesto se extenderá hasta su muerte o hasta el cese de su incapacidad.

Los bienes objeto del fideicomiso objeto del contrato deben ser individualizados en el mismo, o en caso de no poder hacerlo a la fecha de la celebración, deberá constar la descripción de los requisitos o características que deberán reunir los bienes.

En el régimen de la Ley, el BENEFICIARIO es el FIDEICOMISARIO (1).

Pero técnicamente cabe distinguirlos, ya que el beneficiario es aquel en cuyo beneficio se administran los bienes fideicomitados, mientras que el fideicomisario es el destinatario final de los bienes fideicomitados, una vez cumplido el plazo o condición a que esta sometido el fideicomiso. Esto es, el beneficiario RESIDUAL.

2. FIDEICOMISO Y QUIEBRA.

Los bienes fideicomitados constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciante y del fiduciario. (cfe. art. 14 Ley 24.441).

Estos bienes están exentos de la acción colectiva (lease procedimientos concursales) de los acreedores del fiduciario, como así también, digamos, de las acciones singulares de los

mismos.

También están exentos de las acciones colectivas(y singulares) de los acreedores del fiduciante.

El fiduciario no responde, como es lógico, por las deudas del patrimonio fideicomitado.

La quiebra del fiduciario ocasiona su cese como tal (art. 9no inciso d) Ley 24.441).

Las insuficiencias del patrimonio fideicomitado para hacer frente a las obligaciones que lo gravan no provoca su quiebra sino su liquidación, sino existen otros recursos (lease bienes) provistos por el fiduciante o el beneficiario, según lo haya previsto el contrato.

El fiduciario es su liquidador y, una vez realizados los bienes deberá proceder a desinteresarse a los acreedores del patrimonio fideicomitado, siguiendo las prelacións (privilegios) establecidos por la Ley de Concursos y Quiebras 24.522.

Este procedimiento no se aplica para el caso de los fideicomisos financieros que se regulan por las estipulaciones de los arts. 23 y 24 de la Ley 24.441.

En lo que se refiere a la quiebra del beneficiario, ello no presenta problemas, porque los bienes que provengan del fideicomiso lo harán a la masa del concurso (2).

Los que no, pertenecen al patrimonio fideicomitado y están fuera de dicho estado concursal.

La quiebra del fiduciario no afecta tampoco al patrimonio fideicomitado.

3. LA QUIEBRA DEL FIDUCIANTE Y LA ACCION REVOCATORIA CONCURSAL Y SIMPLE.

En cuanto a la quiebra del fiduciante cabe destacar:

A) Los bienes ya han salido de su patrimonio, por lo que están exentos de las acciones de ejecución colectiva (id est concursales) contra el fiduciante.

B) Reviste particular interés el ejercicio de las acciones de reintegro de dichos bienes al patrimonio del fiduciante.

Dentro del período de sospecha (Ley 24.522), ninguna duda cabe que la acción revocatoria concursal, en la expresión del art. 119 de la L.C. y Q., esto es ineficacia por conocimiento de la cesación de pagos por parte del fiduciario, determinaría el andamiento de la misma y el retorno de los bienes al patrimonio del fiduciante (3).

Distinto es el caso de la aplicación del art. 118 de la Ley 24.522 (actos ineficaces de pleno derecho), que sólo cabría aplicarse con referencia al inciso 1ro. del mismo, "Actos a título gratuito".

Esto nos lleva a un análisis sobre la causa-fin (4) del fideicomiso.

En este aspecto compartimos con BARBERO (5) que la "causa fiduciae" no puede agregarse a las tres grandes causas justificativas de la transferencia de la propiedad, esto es, la CAUSA DONANDI, la CAUSA SOLVENDI y la CAUSA CREDENDI, que estaban basadas en la "traditio", mientras que en los sistemas actuales se basan en el consentimiento.

Por tanto, la causa solvendi comprende otras causas como la permutandi, vendendi, etc. Y decimos que no puede la llamada CAUSA FIDUCIAE ser la causa sino el MOTIVO de la transferencia fiduciaria (6).

Por lo tanto el FIDEICOMISO debe analizarse en torno a la causa y si la misma es DONANDI, esto es a título gratuito, sin contraprestación que ingrese en el patrimonio del fiduciante, la misma estaría sometida al imperio de la acción revocatoria regulada en el art. 118 inciso 1) de la Ley 24.522.

Por supuesto que el fideicomiso esta sujeto, fuera del período de sospecha, a la acción revocatoria simple o pauliana, contemplada en los arts. 961 y sgts. del Código Civil, siempre y cuando se cumplan sus exigentes requisitos (7).

Es la consecuencia de la aplicación del principio del patrimonio del deudor como prenda común de sus acreedores y los descriptos son actos de simulación o fraude (8).

Notas al pie:

(1) MARTORELL, Ernesto Eduardo: "TRATADO DE LOS CONTRATOS DE EMPRESA".SE. Ed. De Palma 1995.T. II, págs 967/8.

(2) Cfe. Ibidem. op. cit., pág.857.

(3) Ibidem, op. cit., pág. 856.

(4) La causa-fin es el "fin inmediato perseguido por el deudor al contraer la obligación". Es la opinión vertida por CARAMES FERRO, José M.: "CURSO DE DERECHO ROMANO" 7ma. Ed. Bs.As. Ed. Perrot. 1958, pág. 161.

(5) Cfe. BARBERO, Doménico: "SISTEMA DE DERECHO PRIVADO" SE. Traducción española de Santiago Sentis Melendo. Bs.As. E.J.E.A. 1967 T.I, pags. 558/9. Contra, CARREGAL, Mario: "EL FIDEICOMISO". EudeBA 1982, pág. 104, citado por MARTORELL, E.E., op.cit. T. II, pág. 856 y nota al pie.

(6) El motivo- o CAUSA OCASIONAL- es el MÓVIL que ha guiado a las partes a contratar y que puede variar notablemente dentro de cada contrato. Cfe. CARAMES FERRO, José M.: op. cit. Pág 161. En consecuencia los motivos pueden ser variables, mientras que la causa es siempre la misma dentro de cada contrato. La causa puede consistir en un elemento formal (palabras, escrituras) o en un elemento subjetivo (animus donandi). Ibidem, op. cit. Págs. 161/2.

(7) Cfe. LLAMBIAS, Jorge Joaquín: "TRATADO DE DERECHO CIVIL. PARTE GENERAL". 16ta. Ed. Bs. As. Ed. Perrot 1995, T II, parágrafo 1844, pág. 547.

(8) Cfe. Ibidem. Op. cit. T II, párrafos 1933/4/5, págs. 593/4.

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: III CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO CONCURSAL Y I CONGRESO IBEROAMERICANO SOBRE LA INSOLVENCIA

Fecha: 1997

Perfiles actuales en los negocios de garantía

Ponencia presentada a las V Jornadas Rosarinas de Derecho Civil en homenaje al profesor Dr. Luis O. Andorno- rosario, 31 de agosto y 1 de septiembre de 2006. Comisión: "Tendencias actuales en materia de garantías"

CULASSO, MARÍA FLORENCIA - LLODRÁ, MELINA - TRIVISONNO, JULIETA

Publicación: www.saij.jus.gov.ar, 2006

SUMARIO

DERECHOS REALES DE GARANTIA-FIDEICOMISO DE GARANTIA-PRINCIPIO DE
ACCESORIEDAD-AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD-GARANTIAS PERSONALES

TEXTO

1) En la actualidad, la protección del crédito va adquiriendo nuevos matices que frente al marco de las garantías típicas tradicionales abren camino a una serie de figuras con caracteres diferentes y más adecuados a la realidad negocial, respondiendo a la necesidad de brindar garantías más ágiles, de escasa formalidad y bajo costo.

2) La rigidez del sistema tradicional cede ante las necesidades del tráfico, a través del ejercicio de la autonomía de la voluntad, la cual se plasma en negocios de garantía más flexibles.

3) Esta flexibilidad se manifiesta en dos planos: a) la posibilidad de otorgar garantía no sólo al tiempo de la celebración del contrato sino también durante la etapa de cumplimiento del mismo y en forma adecuada y proporcional a las circunstancias que lo ocasionan; b) el auge de los negocios jurídicos de garantía autónomos ya sean atípicos o indirectos.

4) Si bien consideramos beneficiosas estas nuevas manifestaciones negociales, deben tenerse presente de manera ineludible las relaciones de integración, funcionamiento y aplicación de los principios contractuales, teniendo preeminencia siempre la norma imperativa o de orden público.

5) En este contexto, en el fideicomiso de garantía, el acreedor no puede constituirse en fiduciario y beneficiario y/o fideicomisario, ya que se estaría desnaturalizando la figura jurídica, no sólo ya en su finalidad sino que también en su naturaleza contractual, lo que trae aparejada una grave contradicción con las normas de orden público.

En toda economía y especialmente en una economía de mercado, la protección del crédito es fundamental a la hora de brindar un marco adecuado de orden y seguridad, el cual resulta imprescindible para cualquier emprendimiento económico.

Esta protección del crédito va adquiriendo diferentes matices que se plasman en nuevas tendencias en materia de garantías, las cuales en definitiva, responden y se adecuan a las crecientes necesidades del mercado.

Así, en una primera aproximación al fenómeno, podemos mencionar que se advierte una suerte de flexibilización de las garantías reales, como ha ocurrido en el caso de la hipoteca abierta, la prenda con registro y la posibilidad de su ejecución extrajudicial. Entendemos que en materia de garantías personales, está ocurriendo un fenómeno similar que va dando lugar a la cada vez más creciente autonomía del negocio de garantía, autonomía

que, en el ámbito del mercado económico, se exterioriza, dando lugar al surgimiento de una serie de nuevas figuras atípicas y a la independencia de vínculos respecto del crédito-deuda garantizado; todo lo cual nos lleva a analizar las posibles causas y el alcance del impacto que estas tendencias ocasionan en nuestra normativa vigente.

En este orden de ideas, advertimos que, frente al cuadro de las garantías tradicionales, existen hoy en el plano de la realidad social nuevas manifestaciones negociales (1), las que, desde un punto de vista jurídico se traducen en: falta de utilización -desuso- de las garantías reales típicas (hipoteca, prenda, anticresis) ; el mayor empleo de las garantías personales típicas (fianza) o atípicas (garantía a primer demanda) , y, el uso continuo y recurrente de negocios indirectos de garantía (venta con pacto de retroventa con fines de garantía, leasing de retro, el fideicomiso de garantía, el mandato con fines de garantía, el mandato de crédito, la opción en garantía y los negocios fiduciarios con fines de garantía).

Creemos que existen una serie de causas que explican el surgimiento y el incremento de estas figuras en el plano de la realidad social, obedeciendo éstas a razones de índole económica y jurídica.

Dentro de las causas originadas en razones de índole económica individualizamos, la necesidad de crear métodos menos onerosos y más fáciles, rápidos y ágiles de ejecución en comparación con los ofrecidos por las garantías tradicionales.

Asimismo sostenemos que influyen sobre estas razones económicas, la masificación contractual que conlleva, o a la multiplicación de deudores desconocidos y a un mayor riesgo de insolvencia, o a una mayor movilidad de los deudores y en ciertos casos de su patrimonio. En definitiva creemos que, la existencia de estas negociaciones despersonalizadas, por un lado, y, la necesidad de generar y fomentar el consumo, por el otro, exigen que la seguridad y confianza en las contrataciones se plasmen en figuras que presenten nuevos y diferentes matices, en comparación con las garantías tradicionales.

Desde el punto de vista jurídico, y, a los fines de analizar las razones que generan estas nuevas manifestaciones en el ámbito de los negocios de garantía, advertimos que, tanto el mayor empleo de las garantías personales como así también la celebración de negocios jurídicos de garantía autónomos reconocen como causa las restricciones y límites que desde la normativa vigente tienen hoy y de manera inderogable las garantías tradicionales.

Esta reacción producto del ejercicio de la autonomía de la voluntad, la encontramos en el plano de la realidad social en:

- a. el empleo y búsqueda de las garantías personales por su dinamismo y flexibilidad, y, aún así y dentro de ellas, se advierte e incrementa esta tendencia por la decadencia del principio de accesoriedad a partir del empleo de la solidaridad y de la figura del principal pagador como herramienta jurídica beneficiosa para los intereses del acreedor.
- b. el desarrollo de los negocios jurídicos de garantía autónomos, los que se exteriorizan ya sea, a partir de la celebración de un negocio atípico (garantía a primera demanda) o de uno indirecto (fideicomiso de garantía). (2)

Las partes celebrantes en estos negocios buscan independizar los efectos jurídicos del incumplimiento de la obligación garantizada de la ejecución de la garantía.

Ello así, sostenemos que, aún cuando la accesoriedad entre ambos negocios esté ausente, los mismos se encuentran conectados y en dependencia mutua entre sí por la causa y/o función-operación económica única que comparten y desarrollan.

La utilización de este mecanismo jurídico (autonomía) trae, desde el punto de vista práctico, la ventaja de permitir ejecución directa y extrajudicial de la garantía.

Estas manifestaciones se encuentran aún más intensificadas en los negocios en los que,

aparece el derecho de propiedad utilizado como derecho de garantía.

Los negocios indirectos, y, en particular el fideicomiso de garantía, presentan esta manifestación en la que, la propiedad de bienes se ha transferido con antelación al vencimiento del crédito que pasa a garantizarse precisamente con esa transferencia, y, que se refuerza con la titularidad y posibilidad de ejecución directa e inmediata del acreedor (el tipo permite la transferencia y la finalidad extratípica permite superar la restricción del Art. 2502 del CC, ya que, la propiedad como derecho real no es un derecho de garantía).

Y es aquí donde pasan a fluir, además de la mencionada, las otras restricciones que el ordenamiento normativo regula en orden a las garantías tradicionales -reales- y que creemos, entre otras, reconocen como causa o razones jurídicas las nuevas manifestaciones que venimos analizando.

Sabido es que en materia de garantías reales conforme la regulación normativa vigente, y, según lo prescripto por los Arts. 3222/3; 3252/3 y 3224 del CC, la ley prohíbe: por un lado, pactar cláusulas que permitan al acreedor apropiarse de la cosa o en su caso disponer de ellas de manera distinta a la legislada. La ley resguarda los intereses del deudor prohibiendo el traspaso del dominio al acreedor, de manera adelantada y de pleno derecho (ante el supuesto de incumplimiento de la obligación garantizada). Por otro lado, restringe la forma y modo de ejecución de las garantías.

Consideramos que estas razones de índole jurídica, han dado a partir del ejercicio de la autonomía de la voluntad y de la utilización del mecanismo del negocio jurídico indirecto de garantía, origen a estas nuevas manifestaciones, que como hemos dicho se traducen en el uso del derecho de propiedad como derecho de garantía (no siendo ya éste un derecho real), y, la búsqueda de la autonomía del negocio intentando lograr la independencia de efectos a la que hemos hecho referencia.

Nos resta entonces por decir que las razones de índole económicas (abaratamiento, mayor flexibilidad y menor tiempo), y, las jurídicas (restricciones en orden a la regulación de los negocios de garantía tradicionales) nos muestran la imperiosa necesidad de replantear la función de estos negocios, y, de integrar la norma convencional al ordenamiento normativo a través de la aplicación de los principios generales del derecho.

Ello así, dado que, la flexibilidad en relación a la ley, se manifiesta de manera indirecta o atípica, y, si bien ello entra dentro del margen de la libertad, la misma en aras de la igualdad y la seguridad, reconoce y debe en algunos supuestos en particular reconocer límites. (En relación a esto consideramos oportuno plantear el siguiente interrogante relacionado con el tema que nos ocupa: (todo negocio de garantía para ser autónomo, tiene que ser, además, atípico o indirecto?).

Advertimos que las causas de índole económica y jurídica, y, sus correlativas manifestaciones mencionadas en los párrafos precedentes, se despliegan en dos grandes tendencias, que a los fines de esta exposición individualizamos en:

1. Flexibilización que se genera a partir del tráfico comercial y de manera conjunta, en los negocios de garantía y en las distintas modalidades contractuales que dan cauce a los mismos.

Dentro de este despliegue pretendemos remarcar que el dinamismo producto de la circulación y el tráfico se produce aún cuando los negocios de garantía son celebrados bajo la estructura jurídica tradicional, o sea, aún cuando se encuentre presente en uno de ellos el principio de accesoriedad.

En relación a este punto nos parece representativo citar algunos ejemplos del derecho norteamericano en los cuales se permite a las partes que efectivicen la llamada "garantía o

seguridad de cumplimiento". En este sentido, el Uniform Commercial Code (3) y el Restatement Second of Contracts, en las Secciones 2-609 y 251 respectivamente, regulan la posibilidad de que una de las partes pueda exigir a la otra una "adecuada garantía o seguridad" cuando, en la faz funcional del contrato, es decir, en la etapa de ejecución del mismo, surgen circunstancias que razonablemente hagan incierto el efectivo cumplimiento de las prestaciones a su cargo.

En el primer caso (4), se regula la llamada Doctrina del "Derecho a una Adecuada Garantía de Cumplimiento". En ésta, se considera que el interés perseguido por las partes al celebrar el contrato de compraventa mercantil es el efectivo cumplimiento de las prestaciones, por ello, el vendedor necesita protección no sólo frente a un comprador inestable o insolvente, sino que, también necesita asegurar su interés frente a otros hechos, como por ejemplo, los vínculos que deberá entablar si a los fines de cumplir con su prestación, debe fabricar o conseguir la mercadería que se obligó entregar; y consecuentemente, contratar con otros sujetos e incluso puede dejar de hacerlo a raíz del contrato que ha celebrado y en cuyo efectivo cumplimiento ha confiado. Lo mismo puede ocurrir con el comprador, a quién probablemente no le resulte indistinto obtener un adecuado e íntegro resarcimiento que supla el incumplimiento, sino que, se le entregue la mercadería en especie.

Por ello, la Sección 2-609 del Uniform Commercial Code ha adoptado tres medidas que se encuentran en cabeza de la parte que se vea amenazada frente a la "razonable probabilidad" de que la otra no cumpla.

Recordamos que el supuesto de hecho habilita la puesta en práctica de estas medidas es aquel en el cual, una de las partes, transcurrido un tiempo desde la celebración del contrato, tiene "motivos razonables" para creer que su cocontratante no va a cumplir con aquello a lo que se ha obligado, sospecha que se funda en las circunstancias fácticas que rodean el caso. (5)

En primer lugar, la parte que se sienta perjudicada puede pedir a su cocontratante una adecuada garantía o seguridad de cumplimiento, pedido que debe realizarse por escrito. En segundo lugar, puede suspender el cumplimiento de las prestaciones a su cargo hasta tanto la situación sea clarificada. Cuando se habla de suspensión, se refiere a que el cumplimiento pueda ser retrasado mientras se espera el resultado del pedido efectuado. Por último, la parte perjudicada puede entender que hay incumplimiento contractual si transcurrido un plazo razonable (6) la otra parte no brinda la garantía solicitada (7).

Según lo establece el segundo párrafo de la sección analizada, el análisis de que se entiende por "circunstancias razonables" y "garantías adecuadas" debe realizarse a la luz de los estándares comerciales aplicables, más allá de que resulten aplicables ciertos parámetros legales, como el principio de buena fe, entre otros. En definitiva, habrá que analizar las circunstancias de hecho en torno al contrato en particular, especialmente las condiciones en que las partes venían relacionándose, a los fines de evitar un abuso o conducta de mala fe por parte de quién realice este pedido.

En este sentido, la sección 251 del Restatement Second of Contrats (8), regula una situación similar a la analizada anteriormente. La misma establece que cuando haya circunstancias razonables que hagan presumir que la parte obligada no vaya a cumplir con su prestación - lo cual acarree necesariamente un reclamo por incumplimiento contractual (9) - la otra parte puede demandar una adecuada garantía o seguridad de cumplimiento y si a la luz de las circunstancias resulta razonable, también puede suspender las prestaciones a su cargo.

La parte acreedora podrá considerar que hay incumplimiento contractual, si la parte

deudora no provee en un plazo razonable una adecuada garantía o seguridad de cumplimiento, analizándolo a la luz de las circunstancias particulares del caso.

Vemos que en los dos supuestos analizados, la seguridad o garantía exigida viene a cumplir una función "preventiva" frente al razonable riesgo que existe de que uno de los sujetos contratantes, transcurrido un plazo desde que se ha celebrado el contrato, no vaya a cumplir con aquello a lo que se ha obligado.

Cabe destacar que el concepto de garantía al que aluden ambos preceptos es bien amplio, y, conforme mencionáramos anteriormente, debe principalmente analizarse a la luz de las circunstancias fácticas y en consideración a los hechos que han generado este pedido.

Es decir, según el caso, la noción de "garantía o seguridad adecuada" puede abarcar desde el otorgamiento de garantías tradicionales - personales o reales- , acreditación de solvencia - ya sea por un tercero como una entidad bancaria o financiera o el informe de un banco de datos sobre títulos de propiedad - e incluso la mera promesa de que se cumplirá efectivamente con lo pactado.

Partiendo de la base de que los contratos se celebran para ser cumplidos - siempre considerando las circunstancias que pueden presentarse en la etapa de ejecución del mismo y respetando la función o finalidad económico social tenida en cuenta por los contratantes - , entendemos que los institutos comentados dan una solución práctica frente a supuestos en los que una de las partes, tenga motivos fundados para sospechar que la otra no pueda llevar a cabo el efectivo cumplimiento de sus prestaciones.

Entonces, la posibilidad de exigir esta garantía de adecuado cumplimiento, brinda el marco necesario de seguridad y confianza en los negocios, sumado al hecho de que frente al fracaso de brindar esta garantía, las consecuencias de dicho incumplimiento resultarán menos gravosas para ambas partes, ya que, el sujeto acreedor al haber suspendido las prestaciones a su cargo, podrá reinsertarlas más rápidamente en su flujo comercial y en consecuencia, menores serán los daños ocasionados.

Asimismo, entendemos que por las cualidades que reviste esta figura, la misma cumple con la finalidad práctica que se busca actualmente en materia contractual, es decir, asegurarse el cumplimiento del contrato mediante medios de bajo costo, ágiles y de escasa formalidad.

Es evidente que este tipo de figuras no podrían ser extrapoladas a nuestro Derecho sin una serie de adecuaciones, principalmente considerando las diferencias estructurales entre ambos sistemas y la cultura imperante en cada uno de ellos. Sin embargo, creemos que existen algunos indicios y tendencias en el derecho argentino que marcan un rumbo semejante.

Así, encontramos en nuestro derecho vigente disposiciones aisladas que consideramos obedecen al espíritu de los institutos descriptos en los párrafos precedentes. En el Art. 1419 (10) del CC, cuando durante la ejecución del contrato deviene necesario afianzar el interés jurídico de una de las partes a los fines de otorgarle debida protección. En sentido semejante el Art. 1163 del CC regula la posibilidad de que una de las partes asegure su propio cumplimiento ofreciendo en garantía de éste el hecho de un tercero. A su vez, los Arts. 230 y 231 del C.Com., en relación al momento y a la formalidad en que se celebra el negocio de garantía.

Por su parte, el Proyecto de Código Civil de 1998 regula un instituto parecido en los Arts. 992 y 1058. En primer lugar, se faculta la suspensión de cumplimiento frente a la previsibilidad de que la otra parte no cumpla, lo cual queda sin efecto si cumple o da seguridad suficiente de ello. Luego, se brinda a la parte cumplidora la opción de resolver el contrato, si la otra parte no ha brindado una seguridad de cumplimiento en un plazo

razonable.

2. El otro despliegue de las dos grandes tendencias que individualizamos, se encuentra representado, como ya lo hemos dicho, por los negocios jurídicos de garantía autónomos, atípicos o indirectos. (11)

Dentro de estos últimos, en este punto haremos referencia al fideicomiso de garantía (12) y al impacto que desde el aspecto normológico, su manifestación negocial causa. Damos aquí por reiterado lo que hemos expuesto en relación a la utilización de los negocios indirectos, ello en orden a la autonomía de efectos del negocio, a la posibilidad de ejecución directa e inmediata de la garantía, y, a la utilización del derecho de propiedad con fines de garantía.

En relación a este último mecanismo empleado en la praxis comercial pretendemos de manera específica referir nuestro análisis en esta figura jurídica.

Ello así dado que en el fideicomiso de garantía la utilización de la propiedad con fines de garantía, además, pasa a constituir un patrimonio de afectación, circunstancia ésta que, sostenemos, agrava por completo la viabilidad y licitud de la figura si, ante un supuesto en particular, coinciden la persona del fiduciario con la del beneficiario, o, con la del fideicomisario.

En el fideicomiso de garantía los bienes se encuentran bajo titularidad del fiduciario integrando ellos un patrimonio de afectación. (13)

Consideramos que, la finalidad de garantía va ligada o debe ir ligada de manera directa al interés respecto del cual se lleva a cabo la gestión del patrimonio, esto es al interés del beneficiario.

Entendemos que si en un supuesto en particular, el acreedor es fiduciario y beneficiario y/o fideicomisario, se estaría desnaturalizando la figura jurídica, no sólo ya en su finalidad sino que también en su naturaleza contractual, y, sostenemos además que ésta desnaturalización trae aparejada una grave contradicción a normas de orden público (14).
Veamos:

1) En primer lugar, el fideicomiso va unido a una idea de gestión en beneficio ajeno y esa gestión que recae sobre el patrimonio que se constituye es precisamente la finalidad por la cual además el fiduciario debe rendir cuentas al beneficiario, obligación de la que no puede ser dispensado (Art. 7 Ley Nº 24441). Se ha dicho con acierto que la naturaleza del instituto consiste en el ejercicio de la propiedad en beneficio de otro, lo cual se refleja en el concepto de Fideicomiso del el art. 1 de la Ley 24.441, motivo por el cual reunir las calidades de fiduciario y beneficiario en la misma persona desnaturaliza el negocio.(15) Esta idea sumada al carácter imperativo de la obligación de rendir cuentas a cargo del fiduciario (sin establecer excepciones) y a la imposibilidad de concebir lógicamente la rendición de cuentas a sí mismo, puede autorizarnos a pensar que que en la construcción de la figura típica el legislador pensó en el fiduciario y el beneficiario como dos sujetos diferentes.

2) En segundo lugar, conforme la interpretación de los Arts. 2 y 7 Ley Nº 24441, el fiduciario no puede ser el beneficiario-acreedor, tampoco, destinatario final de los bienes, esto es, fideicomisario, máxime si se tiene en cuenta las facultades que al mismo confiere el Art. 16 (respecto de la liquidación de los bienes que componen el patrimonio de afectación).

3) En tercer lugar, como consecuencia de la transmisión de los bienes que forman el patrimonio de afectación (Arts. 14 y15 Ley Nº 24441 y Art. 2662 CC.) las prohibiciones analizadas respecto de las garantías tradicionales - reales- en orden a la transferencia de la propiedad de manera anticipada y con posibilidad de ejecución directa por el acreedor (

Arts. 3222/3 y 3252/3 del CC) se encuentran agravadas dado que por efecto de la separación de patrimonios se estaría beneficiando al acreedor-fiduciario titular, excluyendo el bien de la garantía común de los restantes acreedores (esto es patrimonio del deudor -Art. 15 Ley Nº 24441-), y, presentándose todo ello además, en abierta contradicción con lo prescripto por los Arts. 3876 y 2502 del CC.

Esto es, crear un privilegio por efecto de la autonomía de la voluntad, cuando la norma expresamente prevé que los mismos reconocen únicamente como fuente, la legal (16).

Por otro lado, pueden citarse normas de inferior jerarquía a la legal, en las cuales se rechaza en forma expresa la acumulación de las calidades de fiduciario y beneficiario en la misma persona. La Comisión Nacional de Valores (autoridad de aplicación respecto de los fideicomisos financieros conforme al art. 19 de la Ley 24.441) en su Resolución General 447/2003, en cuyo artículo 1 dispone que no pueden reunirse en un único sujeto las condiciones de fiduciario y beneficiario. En los considerandos de dicha Resolución, la Comisión entiende que la naturaleza contractual del fideicomiso hace necesaria la participación de distintas personas en el negocio y que tal exigencia se encuentra expresada en el art. 1 de la Ley 24.441. Por otro lado, agrega que el fiduciario no puede ser designado beneficiario porque el conflicto de intereses que podría presentarse atentaría contra el ejercicio imparcial y objetivo de su función y que resulta contrario al deber de lealtad del fiduciario quien no debería anteponer su interés personal en detrimento del interés de los beneficiarios.

En sentido coincidente, el Banco Central de la República Argentina ha dispuesto en su Comunicación "A" 4491 (03/02/2006) que en aquellos fideicomisos de garantía que tengan por objeto respaldar el pago de financiaciones otorgadas para la construcción de viviendas, el fiduciario no puede ser la entidad financiera prestamista o personas vinculadas a ella.

Cabe destacar que en materia jurisprudencial existen algunos pronunciamientos al respecto de la acumulación del carácter de fiduciario y beneficiario, en los cuales parece no hacerse objeción a la reunión de las calidades de beneficiario y fiduciario en la misma persona (17).

Sostenemos y compartimos la utilización del tipo contractual del fideicomiso con fines de garantía, en los supuestos en particular, en los que, el acreedor encuentre tutelado su interés en el sujeto beneficiario del contrato, utilizándose para ello, o sea para imputar al pago de la deuda del fiduciante respecto de él, el producido de la gestión de los bienes objeto del patrimonio de afectación, el que, en este caso se encuentra administrado por su titular, la parte fiduciaria, ajena y distinta a la parte acreedora del vínculo creditorio que se pretende, indirectamente, garantizar.

Consideramos procedente y válido en estos casos el negocio jurídico indirecto de garantía, ya que, entendemos que aquí no se estarían vulnerando normas de orden público, y, que en la medida en que la autonomía de la voluntad respete, asimismo, los otros principios contractuales, tales como la igualdad y la equidad negocial (18), las partes celebrantes pueden en orden a la regulación de sus intereses patrimoniales disponer las normas que entiendan sean más acordes a sus necesidades y al tráfico comercial.

En conclusión pretendemos dejar sentado que ambos despliegues analizados en los puntos precedentes, provienen en orden a la flexibilidad que en materia de garantías y modalidades contractuales, consideramos viene operándose de manera conjunta.

Consideramos beneficiosas las nuevas manifestaciones en relación a la mayor flexibilidad que las mismas generan en el régimen tradicional de las garantías negociales.

Entendemos que esta flexibilidad y sus ventajas para nuestro sistema jurídico actual,

proviene, por un lado, por la función o finalidad preventiva que viene dándose y desarrollándose en el ámbito de los negocios de garantía; y, por otro lado, resulta ventajosa dicha tendencia por la apertura y/o ampliación que ella implica para nuestro sistema jurídico, tal como se encuentra regulado en nuestro Código Civil.

Sostenemos que en relación a esta apertura y al rol determinante que asume el ejercicio de la autonomía de la voluntad en ella, deben tenerse presente y de manera ineludible, las relaciones de integración, funcionamiento y aplicación de los principios contractuales, teniendo preeminencia siempre la norma imperativa o de orden público.

Ello así permitirá, como lo expresamos en relación a los negocios indirectos y atípicos, y, en particular luego al fideicomiso de garantía, evitar la celebración de negocios de garantía lesivos y/o atentatorios de la confianza que debe reinar ínsita en el tráfico y en la seguridad comercial.

En consecuencia de lo dicho, entendemos que la aplicación de los principios a estas nuevas manifestaciones viene a paliar la rigidez del sistema normativo, y, que haciendo uso de ellos, el derecho confirma su carácter dinámico y su adecuación a las transformaciones que la realidad social exige, sin perder por ello los valores y el espíritu de las normas y principios que lo sustentan.

Notas al pie:

(*)María Florencia Culasso. JTP Derecho Civil III. Facultad de Derecho. UNR.

- Melina Llodrá. JTP. Derecho Civil III. Facultad de Derecho. UNR.

- Julieta Trivisonno. 2º Año de Adscripción. Derecho Civil III. Facultad de Derecho. UNR.

1) Tomamos en consideración los argumentos expresados por, de Reina Tartièrre Gabriel, en "Las garantías reales atípicas (La propiedad como garantía)", artículo correspondiente a la Sección Doctrina y publicado en J.A.III.1000. SJA.08.09.2004.

2) Tomamos a los fines del análisis de esta propuesta, la definición construida y presentada en la ponencia efectuada por la Dra. Noemí Nicolau (Comisión Nº 1) en ocasión de celebrarse las XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Año 2005. Y así, transcribimos la Recomendación Nº 7 que expresa: "... el negocio indirecto de garantía es aquél mediante el cual se pretende obtener la finalidad práctica de asegurar aprovechando un tipo comercial cuya finalidad objetiva es diversa ...".

3) Cabe recordar que en el Derecho Norteamericano si bien los diferentes intentos de unificación del derecho imperante (Uniform Commercial Code, Restatement of Torts, Restatement of Contracts) no tienen el carácter de fuente vinculante dentro del sistema del common law, en realidad y en la práctica jurídica, los mismos tienen una fuerte influencia en los decisorios de los jueces, por ello los citamos y entendemos que están lejos de ser una fuente meramente persuasiva.

4) Regulado dentro del Art. 2 que trata el contrato de compraventa mercantil.

5) En este sentido las diferentes o similares conductas que las partes fueron llevando a cabo durante el transcurso del contrato o en contrataciones previas, se analizan en forma acumulativa a los fines de caracterizar las nuevas circunstancias que hacen dudar sobre el cumplimiento efectivo de las prestaciones y la razonabilidad de esta sospecha.

6) El 4to. párrafo de la Sección 2-609 establece como parámetro de plazo razonable un tiempo no mayor a treinta días.

7) El análisis en torno a que se entiende por "garantía adecuada de cumplimiento", también debe hacerse a la luz de las circunstancias fácticas y en especial relación en torno a los hechos que han generado esta razonable sospecha de incumplimiento. Es decir, la

exigencia de esta garantía debe ser "proporcional" al hecho que ocasionó su pedido. Por ejemplo, en algunos casos una certificación bancaria sobre la existencia de solvencia puede ser suficiente, mientras que, en otros se podrá requerir el otorgamiento de una garantía en particular.

8) Bajo el título "Cuando el fracaso a otorgar una garantía puede ser entendido como rechazo e incumplimiento del contrato".

9) El cual se encuentra regulado en la Sección 243.

10) En materia de contrato de compraventa, el artículo 1419 del actual CC establece que el vendedor no se encuentra obligado a entregar la cosa si después de celebrada la venta y cuando se hubiese otorgado un plazo para el pago, el comprador cae en estado de insolvencia y no afianza el pago

11) En relación a estas categorías negociales, tomamos los criterios clasificatorios expresados por: Noemí Nicolau, "Los Negocios de Garantía" en Trabajos del Centro de Investigaciones de Derecho Civil. Boletín Nº 3. Año 1998. Páginas 20, 23 y sigs

12) Si bien este instituto no se encuentra expresamente regulado en el texto de la Ley 24.441, en diversos casos jurisprudenciales se lo ha admitido en forma expresa o implícita. En este sentido puede verse: CNCiv., Sala B, 05/03/2002, "El Albañil S.A. c/ G., N. J. M.", JA 2002-II-512; CNC y Com. Fed., 28/07/2005, "Crivelli Construcciones S.A. y Otro c/ Banco Hipotecario S.A. s/ Medidas Cautelares", LL 2005-E, 878; CNac, Cont. Adm. Fed., Sala 2&, 14/06/2005, "Banco Hipotecario S.A. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires/ Resolución SICyTT 244/2000", SJA 03/05/2005; CSJN, 04/11/2003, "E.G.C. S.A. c/ Banco Hipotecario S.A.", Fallos 326:4504; Sup. Corte Just. De Mendoza, Sala 1&, 07/07/2000, "Nazar y Cía S.A.", Lexis Nexis OnLine Nº 70008269; Sup. Corte Just. De Mendoza, Sala 1&, 06/08/1997, "Banco de Mendoza en Carbometal SAIC por concurso preventivo sobre casación", ED 180-514 o Lexis Nexis Online Nº 70010099; CNac. Com., Sala C, 20/02/2001, "Aqua King de Argentina S.A. s/ Pedido de quiebra por Banco Río de la Plata S.A.", Lexis Nexis Online Nº 30002633.

13) A este respecto nos parece ilustrativo lo señalado en los ya citados autos "Nazar y CIA S.A." por la Suprema Corte de Justicia de Mendoza. En su voto la Dra. Kemelmajer de Carlucci señaló: "Otra nota caracterizante es que los bienes salen del patrimonio del fiduciante para pasar a formar un patrimonio separado, de titularidad del fiduciario. En otras palabras, en el negocio fiduciario, el fiduciante transmite el dominio al fiduciario. Esta es la posición de Cariota Ferrara en el derecho italiano, a la que la doctrina nacional adhiere casi sin discusión (Compulsar, entre otros, Mosset Iturraspe, Jorge, "Negocio fiduciario con fines de garantía -trust o fideicomiso en garantía-" Rev. de D. Privado y Comunitario n. 2, Garantías, p. 83), aunque, como dice Maffía, se trate de un "ser y no ser propietario al modo familiar", desde que esos bienes tampoco responden frente a los acreedores del fiduciario; en efecto, la Ley 24441 dispone que los bienes fideicomitidos responden por las deudas resultantes de la ejecución del fideicomiso y no forman parte ni del concurso del fiduciante ni del fiduciario, salvo fraude... Por eso, puede decirse que el fiduciario adquiere los bienes a título de dominio, aunque esos bienes no integran su patrimonio a los fines de su garantía patrimonial. Pero es dueño, pues puede disponer a título de dueño; el fideicomiso no le impide obrar como dominus, aunque quebrando lo convenido con el fiduciante y sólo está sujeto a las responsabilidades propias del incumplimiento de una obligación asumida ante su co-contratante (Maffía, Osvaldo, "Verificación de créditos", 4ª ed., Bs. As., Depalma, 1999, p. 514 y 517)".

Por otra parte, en los autos citados precedentemente "El Albañil S.A. c/ G, N.J.M." el actor (fiduciante) promovió demanda por remoción del fiduciario solicitando una medida

cautelar de no innovar, la cual fuera decretada por la magistrada que intervenía entonces. El demandado en su responde solicitó sustituir esta medida por la designación de un interventor informante, lo cual le fuera concedido por un nuevo juez interviniente. Esta sustitución es apelada por el fiduciante aduciendo, entre otras cosas que el bien fideicomitado sigue siendo de su propiedad, y la Cámara interviniente la confirma. Entre otros argumentos, la Cámara señala que la prohibición de innovar es opuesta a la finalidad del fideicomiso, pues existen diversos intereses a tutelar (beneficiario, fiduciante y fideicomisario) y que la medida ordenada mantiene la garantía para todas las partes interesadas provocando el menor perjuicio, destacando, en cita de Alfaro, que "...hace a la esencia del fideicomiso e indispensable a sus fines que el constituyente se aparte de la propiedad de los bienes sobre los cuales versa y que los transmita a la persona en quien deposita su confianza...".

14) Citamos asimismo como fundamentos a nuestra exposición, el análisis específico que sobre el tema se ha efectuado por: Frustagli Sandra, y, Galano Carina, "La regulación del fideicomiso de garantía en la Ley Nº 24441 y su incidencia sobre los negocios fiduciarios en garantía". En Trabajos del Centro de Investigaciones de Derecho Civil. U.N.R. Facultad de Derecho. Boletín Nº 3. Año 1998. Págs. 69, 70, y, 71.

15) Vazquez, Gabriela, "El Fideicomiso de Garantía: Certezas y Vacilaciones", LL 2006-A-1169.

16) En idéntico sentido: Isasmendi Armando. "El fideicomiso en garantía en el Derecho Nacional". En LL. T. 2003.D. Págs. 25 y 27.

17) En este sentido puede verse CSJN, 04/11/2003, en autos "E.G.C. S.A. c/ Banco Hipotecario S.A.", Fallos 326:4504. La CSJN por mayoría declaró inadmisibile el recurso extraordinario, pero la minoría disidente (Dres. Fayt y Vazquez) se pronunció por dejar sin efecto la medida cautelar de no innovar dictada, en virtud de la cual se decidió suspender la ejecución de los fideicomisos sobre inmuebles de propiedad de una la constructora "EGC S.A." mutuaría y fiduciante. El voto en minoría consideró que la medida de no innovar es contraria a la naturaleza misma del fideicomiso, y no opuso reparos a la reunión de las calidades de fiduciario y beneficiario en la persona del acreedor o mutuante (Banco Hipotecario).

Por otra parte, en los autos "Banco Hipotecario S.A. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires/ Resolución SICyTT 244/2000", el Banco apela una resolución de la Secretaría de Industria y Comercio de la Ciudad de Buenos Aires por medio de la cual se le impone una multa por considerar que ha cometido una infracción a la Ley 24.240. La Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo de Capital Federal, Sala 28, señala en su pronunciamiento que "...el Banco Hipotecario ha acumulado dos roles que a priori acorde con las previsiones de la ley 24.441, resultan independientes -fiduciario y beneficiario-. Hemos visto que el fideicomiso supone la administración fiduciaria de los bienes en beneficio de terceros, empero en el caso quien tiene el dominio fiduciario es a la vez el principal beneficiado por la operatoria, su crédito será satisfecho en primer término con el producido de los bienes fideicomitados, quedando el remanente para su contraparte...". Al parecer la reunión de ambos roles es advertida por la Cámara pero no realiza ninguna objeción a ello, quizás porque no constituya materia principal del decisorio. Sin embargo, considera acertada la imputación de responsabilidad al Banco por incumplimiento de la normativa de Defensa del Consumidor porque concluye que el mismo ha integrado la cadena de comercialización en los términos del artículo 40 de la Ley 24.240 y para ello tiene especialmente en cuenta el hecho de que el Banco no es un simple tercero porque no sólo gestiona la venta de las unidades sino también porque el producido se destinaba

en primer término a satisfacer su crédito (esto es su calidad de beneficiario del fideicomiso).

18) En las XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, la Comisión Nº 8 arribó a las siguientes conclusiones en relación al principio de la buena fe y su función en el derecho patrimonial: "... la regla de la buena fe integra el derecho objetivo con aptitud jurídica propia, con independencia de su función interpretativa,..., asimismo, marca y limita el ejercicio de los derechos subjetivos...". En Congresos y jornadas nacionales de Derecho Civil. Editorial La Ley. Año 2005. Pág. 93.

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.saij.jus.gov.ar

Fecha: 2006

:

Editorial:

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 340 Art.1163, Ley 340 Art.1419, Ley 340 Art.2502, Ley 340 Art.2662, Ley 340 Art.3222 al 3223, Ley 340 Art.3224, Ley 340 Art.3252 al 3253, Ley 340 Art.3876, Ley 2.637 Art.230 al 231, Ley 24.441 Art.1, Ley 24.441 Art.2, Ley 24.441 Art.7, Ley 24.441 Art.14 al 15, Ley 24.441 Art.16, Ley 24.441 Art.19

Antecedentes históricos del fideicomiso

ROSENFELD, CARLOS

Publicación: VERBA IUSTITIAE. REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO DE MORON, 1998

SUMARIO

FIDEICOMISO: ALCANCES

TEXTO

Antecedentes Históricos del Fideicomiso

Existían dos formas fundamentales en los negocios de confianza, en el derecho romano. Ellos eran el "Fideicomisum" y el "Pactum Fiduciac".

A. FIDEICOMISO

Se trataba del acto por el cual una persona (disponente) encarga a otra (fiduciario) la transmisión de toda su herencia, de una cuota parte de ella o de un bien determinado de la misma a una tercera persona (fideicomisario).

El encargo se basaba en un principio, exclusivamente en la buena fe del fiduciario, sin que existiera acción que permitiera reclamar su ejecución.

Augusto creó la figura de] PRAETOR FIDEICOMISSARIUS, con lo cual la ejecución de los encargos se tornó legalmente exigible. Por reformas posteriores, se dispuso que el fiduciario (heredero aparente), debió ser necesariamente beneficiario directo de la cuarta parte de la herencia, con lo cual la capacidad del testador para disponer en fideicomiso se limitaba a las tres cuartas partes del acervo.

Una de las causas por las cuales se difundió el fideicomiso testamentario era la diversidad de incapacidades que consagraba el derecho romano para heredar (arts. 3723 y 3730 y concordantes de nuestro Código Civil) que prohíben la sustitución fideicomisaria,

B.- FIDUCIA

Este es un acto entre vivos, por el cual la persona que transmitía a otra por MANCIPIATIO la propiedad de una cosa agregaba al acto un convenio por el cual el MANCIPIO/ACCIPIENS se comprometía a volverlo a transmitir al MANCIPIO DANS o a emplearla en cierto destino cuando se produjera determinada circunstancia prevista por las partes (art.

2662 del Código Civil). Aquí vemos la presencia de tres sujetos en la relación fiduciaria, aún cuando en ciertas ocasiones, uno de ellos podía desempeñar un doble papel.

Cuando el accipiens o fiduciario tenía el encargo de devolver la cosa al fiduciante, éste reunía también la condición de fideicomisario. La trilogía era más patente en el fideicomiso testamentario, donde el otorgante o fiduciante encargaba al heredero aparente transferir la herencia a un beneficiario (Fideicomisario).

Las formas características que revestía el pacto de fiducia eran la fiducia cum creditore contracta y la fiducia cum amico contracta.

1.- FIDUCIA DE GARANTIA

(FIDUCIA CUM CREDITORE CONTRACTA)

El deudor entregaba al acreedor la propiedad de una cosa en garantía de la obligación que los vinculaba, con cargo de devolvérsela cuando se produjera el pago. El deudor debía

confiar exclusivamente en la buena fe de su acreedor de quien dependía el cumplimiento de lo pactado. Todos los riesgos eran entonces asumidos por el deudor en base a la confianza que les inspiraba su acreedor, a quien entregaba una garantía de singular rigor. Pero al consagrarse la "actio fidei" emergente del pacto de fiducia, el deudor pudo obligar 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. Esta figura otorgaba al acreedor amplias facultades pues podía disponer de la cosa como dueño y en general, podía ejercer todas las facultades inherentes al dominio; si la enajenaba el deudor fiduciante carecía de acción contra el tercero adquirente.

En cambio si el deudor no pagaba en término se consolidaba el dominio en cabeza del acreedor no quedaba obligado a restituir suma alguna al deudor aún cuando su valor excediese el crédito que garantizaba.

BONFANTE (Fiduciario) "... en sustancia él no podía gozar o usufructuar la cosa, que llamábase también fiduciar, sino conforme al pacto. La ACTIO FIDUCIAE establecida para obtener la restitución del objeto fue extendida poco a poco para garantizar toda violación de lo pactado y todo su ilícito de la cosa. El fiduciario debía tratarla precisamente como fiducia, restituir los frutos, si la cosa era fructífera y si él la poseía y emplear con ella la diligencia debida ... "

Señala el mismo autor que la fiducia desapareció en la época Romano-Helénica, precisamente en el momento en que cesó la MANCIPIATIO y la IN IURE CESSIO, aunque coexistió con la prenda. Los sistemas de garantías reales estructurados con la prenda y con la hipoteca más favorable al deudor, fueron desplazando a la fiducia cum-creditor. No obstante, debe repararse que algunos de los inconvenientes que se le atribuían no se remediaban en el caso de la prenda, pues la tenencia que de la cosa ostentaba el acreedor le permitía contratar con terceros como si fuera el dueño, y por lo tanto, lo ponía en aptitud para obrar de mala fe, situación similar a la que se daba en el caso de la fiducia.

2.- ENCARGO DE CONFIANZA (FIDUCIA CUM AMICO CONTRACTA)

Messineo califica la "fiducia cum-amico" como negocio fiduciario de custodia o de administración para poner a seguro determinados bienes. Se distingue fundamentalmente del PACTUM FIDUCIAE CUM

CREDITORE, porque a diferencia de éste se constituía en interés del fiduciante y no del fiduciario. Quien tuviera la necesidad de confiar a otro la administración de un bien propio, especialmente cuando se emprendían largos viajes, prefería transferible el dominio para permitir que sus facultades con relación al bien fueran lo más amplios posibles, lo que permitía una mejor defensa de los intereses en juego. Frente a terceros, el fiduciario era el propietario de la cosa y como tal actuaba. El elemento de confianza que caracterizaba al pacto era entonces muy sólido, puesto que al permanecer oculta la convención que limitaba las atribuciones del fiduciario, permitía la comisión de abusos que los contratantes de buena fe no estaban en condiciones de advertir.

Los inconvenientes señalados fueron haciendo perder aplicación a la fiducia hasta que el propio ius civile admitió un procedimiento más simple y menos desventajoso para el obligado, el contrato de prenda o pignus, por el cual el deudor entregaba al acreedor a título de prenda, la posesión de la cosa obligándose éste a restituirla una vez cobrado su crédito. De esta manera, la prenda consistió en la transferencia material (datio PIGNORIS) de una cosa mueble o inmueble del deudor al acreedor con el derecho de éste a mantener su posesión hasta que su crédito fuera satisfecho. Hacia fines del

período Republicano, aquella relación de hecho fue tutelada por el pretor, protegiendo no sólo la posesión del acreedor sobre la cosa, sino también la situación del deudor, a quien le otorgaba una acción para lograr la restitución del bien después de extinguida la obligación.

El pignus, que se aplicaba a cosas muebles, no dejó de presentar ciertos inconvenientes para éste, ya que al tener que ceder la posesión del bien sobre el cual se constituía la prenda, se encontraba privado de la opción de usar la cosa y de valerse de ella para constituir otras garantías.

Por esa razón se admitió más tarde la constitución de la cosa, con lo cual se configuró el PIGNUS CONVENTUM o CONVENTIO PIGNORIS, más adelante llamado HYPOTHECA.

FIDEICOMISO: NOCIÓN Y ANTECEDENTES

Entre una de las disposiciones mortis causa se encuentra el fideicomiso, que consistía en un encargo de confianza que hacía el "de cuius" al heredero o a otra persona para beneficiar con la totalidad o una parte de la sucesión a un tercero. El codicilo era un instrumento desprovisto de formalidades que podía redactarse al margen del testamento y que tenía por objeto añadirle ciertas disposiciones particulares.

Desde antiguo existió en Roma la costumbre de que una persona ordenara disposiciones de última voluntad sin que estuvieran contenidas en el testamento, pues bastaba que el disponente formulara un simple ruego a una persona de su confianza con el objeto de que ésta se encargara de dar determinado destino a los bienes de su herencia o de ejecutar cualquier otro acto que el causante le solicitara, para que la misma se viera obligada a cumplir el encargo. Esta práctica estaba desprovista de tutela legal por no configurar un negocio jurídico y su ejecución tenía como único fundamento la confianza que el causante depositaba en la honradez y lealtad (fideles) del individuo llamado a cumplir su ruego y que podía ser el heredero mismo o cualquier otra persona no vinculada al difunto.

El otorgamiento del fideicomiso no exigía formalidad especial alguna, pudiendo efectuarse por medio de testamento o codicilo, oralmente y hasta sin el empleo de palabras, porque si mediante gestos se ponía en evidencia la intención del causante de constituir un fideicomiso, éste tenía plena eficacia.

El fideicomiso podía comprender no sólo las cosas pertenecientes al disponente sino también las del heredero y del legatario, teniéndose en cuenta solamente que el fideicomiso no debía exceder de lo que el heredero o legatario recibieran del testador.

La tendencia unificadora entre los legados y los fideicomisos que comenzara a perfilarse en la época clásica y que recién se concreta en el derecho justinianco no eliminó ciertas notas características que diferenciaban a ambos institutos.

En lo que hace a la capacidad para recibir la manda, el fideicomiso era más amplio ya que ciertas personas que carecían de aptitud legal para ser legatarios, estaban habilitados para ser titulares de un fideicomiso. Respecto a sus efectos, el fideicomiso en ningún caso operaba la transmisión de la propiedad de la cosa dada, como sucedía en los legados.

Justiniano dictó dos constituciones en los años 529 y 531 que concluyeron por fusionar ambas instituciones, estableciendo expresamente que las disposiciones de ambos institutos se aplicaran indistintamente, con la salvedad de que si existieran preceptos contradictorios o dudosos valieran las normas del fideicomiso por ser consideradas más humanas y moderadas.

EL FIDEICOMISO DE HERENCIA

En las fuentes se llama "fideicommissum hereditatis", o universitatis, y tiene por objeto

una herencia entera o una cuota parte de la misma.

En la historia de su régimen se distinguen tres etapas: la primera, anterior a los senadosconsultos Trebeliano y Pegasiano; la segunda, con referencia a estos dos senadosconsultos y la tercera, justiniana.

Se producían, en este caso, los mismos efectos prácticos que una sustitución de herederos, pero sin sus exigencias formales y con la posibilidad de disponer, incluso, a favor de personas que todavía no existen.

El encargado de efectuar el traspaso es el fiduciario y lo realiza por orden del fideicomitente o causante. El hecho de que una persona sea llamada a la cesión universal de otra sin la institución de heredero, no constituye *successio* en el sentido técnico del Derecho civil. Es un legado universal del patrimonio pero no confiere la calidad de heredero. De ahí que el verdadero sucesor no es el fideicomisario universal sino el heredero fiduciario.

En el caso de los fideicomisos hereditarios, los créditos y las deudas del "de cuius" no pasan *ipso iure* al fiduciario como sucede con el heredero.

En los fideicomisos universales se tiende a considerar al fiduciario como heredero; el fideicomisario es un adquirente de los bienes del acervo, que aquél debe transmitirle por los medios adecuados. A tal fin el heredero fiduciario vende al fideicomisario el patrimonio por "mancipatio nummo uno".

Este procedimiento de por sí complicado, ofrece además la desventaja de que el heredero fiduciario solamente goza de acciones personales con respecto del fideicomisario por los procesos hereditarios entablados contra él. Por otra parte, existe también el peligro de la insolvencia económica del fiduciario y del fideicomisario, lo que trae como consecuencia que el heredero fiduciario se muestre remiso en aceptar la herencia.

En caso de repudio el fideicomisario no percibe el beneficio.

Para remediar estos inconvenientes el senadoconsulto Trebeliano en la época de Nerón, dictado entre los años 56 ó 57 d.C., suprime las estipulaciones que se exigían anteriormente. El fiduciario que hubiese transmitido la herencia al fideicomisario no tiene responsabilidad ante los acreedores.

Este senadoconsulto no soluciona totalmente los inconvenientes que existen en la materia, pues siempre es necesaria la adición de la herencia por parte del fiduciario para que el fideicomiso tenga eficacia. Para obviar este problema se dicta el senadoconsulto

Pegasiano. Por medio de esta disposición se concede al heredero fiduciario los beneficios establecidos en la cuarta Falcidia, o sea el derecho de retener para él la cuarta parte neta de la herencia.

La aplicación de los senadoconsultos da lugar a diferentes hipótesis: a) Si el fiduciario debe entregar las tres cuartas partes del acervo y retener la cuarta se aplica el senadoconsulto

Trebeliano. El fiduciario es considerado como el heredero propiamente dicho (*heredis loco*). Los créditos y las deudas se distribuyen entre él y el fiduciario proporcionalmente. c) Si por el contrario el testador deja al heredero una porción menor a la cuarta Pegasiana se pueden presentar dos situaciones:

1) Que el fiduciario acepte la herencia y exija la reducción hasta el monto de la cuarta Pegasiana. En este caso las relaciones patrimoniales entre el fiduciario y el fideicomisario se regulan por medio de estipulaciones. El fiduciario no es considerado *heredis loco*.

2) Que el heredero fiduciario no haga adición voluntaris de la herencia por no gozar de la cuarta Falcidia. A petición del fideicomisario el pretor puede obligarlo a aceptar la herencia y en esta situación el heredero fiduciario es excluido de los beneficios y de los gravámenes y pierde el derecho a la cuarta.

El fideicomiso universal es por obra de los senadosconsultos

Trebeliano y Pegasiano una figura intermedia entre la herencia y el legado.

El sistema es reformado por el Derecho justiniano que establece los siguientes principios: a) las acciones hereditarias se transfieren al fideicomisario de acuerdo con las normas del senadoconsulto

Trebeliano y en consecuencia se suprimen las estipulaciones. b) El heredero fiduciario tiene siempre derecho a la cuarta llamada

Falcidia, Trebeliana o Pegasiana. c) El fiduciario puede ser obligado judicialmente a aceptar el fideicomiso.

FIDEICOMISO DE RESIDUO

Una figura especial de fideicomiso es aquella en que se encarga al heredero que, a su fallecimiento o en otro momento anterior que se fija, restituya a otra persona lo que le quede de la herencia: quod ex hereditate superfuisset.

Justiniano se acoge a un módulo objetivo, implantando una especie de cuarta Falcidia a la inversa: para el fideicomisario debe conservarse, al menos, una cuarta parte de la herencia.

SUSTITUCION FIDEICOMISARIA. FIDEICOMISO DE FAMILIA

El testador puede imponer un fideicomiso por medio del cual otorga la herencia al fiduciario para que la usufructúe en vida, la conserve y la transmita después de su muerte al fiduciario designado por el causante. Esta institución se asemeja a la sustitución pupilar.

Su principal aplicación tiene lugar en el denominado fideicomiso de familia.

En éste el fiduciario no tiene la facultad de disponer de los bienes ni goza de los beneficios de la cuarta Falcidia. El acervo debe ser transferido a una persona de la familia especialmente establecida por el testador o bien quedar tal designación a criterio del fiduciario.

EL FIDEICOMISO Y EL CODICILO

Ya de antiguo apareció la costumbre, muy desarrollada a fines de la época republicana, de ordenar disposiciones de última voluntad sin amoldarse a las formalidades necesarias para los legados, e incluso sin encajarlas en un testamento, sino en forma de simple ruego por el que se encargaba a una persona en quien se tenía confianza -que podía ser el heredero o cualquier persona favorecida por el de cuius- diese un determinado destino a ciertos bienes de la herencia o ejecutase cualquier otro deseo del causante.

Se trataba de una práctica totalmente al margen de la esfera de protección jurídica. La seguridad de que el encargo sería cumplido no tenía otra garantía que la honradez y lealtad (fieles) de aquel a quien se encomendaba. De ahí que se llamase al tal ruego fideicommissum. La persona que había de recibir el beneficio

(fideicommissarius) no disponía de medio coactivo jurídico alguno para obligar al gravado (fiduciarius) a que ejecutase el deseo del causante.

A cambio de este inconveniente, el fideicomiso presentaba la ventaja de que, valiéndose de él, el 'de cuius' podía hacer que los bienes hereditarios fuesen a parar a personas carentes de capacidad para heredar o de capacitas en sentido estricto. Se trataba de un ruego amistoso, en el que nada tenían que ver las exigencias formales ordenadas por el ordenamiento jurídico. Por eso también muchas veces no se hacía en el testamento,

como era imprescindible para el legado, sino en un simple escrito o carta (codicilum), e incluso por personas que no otorgaban testamento y hacían el encargo a los que habían de ser sus herederos ab intestato.

PROTECCION JURIDICA DE LOS FIDEICOMISOS Y SU ASIMILACION A LOS LEGADOS

La frecuencia de casos de deslealtad en los fiduciarios movió a AUGUSTO a conceder a los fideicomisarios un recurso administrativo ante los cónsules. No disponían los beneficiados con un fideicomiso, de acción para entablar un proceso ordinario contra el fiduciario que se negaba a cumplir el encargo conferido por el causante, pero podían quejarse a los cónsules, los cuales, coactivamente, en virtud de atribuciones emanadas de su imperium, forzarían al cumplimiento del fideicommissum. Más adelante, en la época de CLAUDIO, se crearon dos pretores especiales para conocer, siempre extraordinem, de tales reclamaciones.

Su semejanza con el legado resultaba evidente. Peregrinos y personas inciertas dejaron de ser capaces para que se otorgase a su favor un fideicomiso, y las prohibiciones de adquirir por legado que gravaba a caelibes y orbi, según las leyes caducarias, se extendieron, asimismo, a los fideicomisos por el senadoconsulto Pegasiano.

En el Derecho postclásico y en el justiniano acababan de eliminarse todas las diferencias. Desaparecen los "latini iuniani", únicos capaces de recibir por fideicomiso y no por legado, y se igualan también legados y fideicomisos, en el terreno procesal, por la generalización del procedimiento extraordinario. La corriente de asimilación se refleja también en los documentos en que tales disposiciones se formulaban, testamentos y codicilos. Era natural que también para los codicilos se decretasen requisitos de forma, exigiéndose desde CONSTANTINO un número de testigos para redactarlos. En el Derecho justiniano habían de ser cinco, si bien se reconocía al beneficiado en un codicilo defectuoso de forma el derecho a obligar al gravado a un juramento sobre la existencia del fideicomiso. De todos modos, cuando el autor del codicilo otorgó testamento, la suerte de éste determina la del codicilo.

ACCIONES Y GARANTIAS

El fideicomiso, generador en un principio de un simple deber moral, da más tarde al fideicomiso dos vías de exigibilidad del beneficio:

la reclamación extra ordinem, en todo caso, y la missio in possessionem de la cosa cuando el fideicomiso tenga por objeto una res corporatis, con el disfrute consiguiente de la actio

Publiciana y la consecuencia del dominio por la vía de usucapión.

En el Derecho justiniano, borradas las clasificaciones formalistas de los legados y equiparados éstos a los fideicomisos, nacen de unos y otros acciones personales, acciones reales o acciones de las dos clases. El que una disposición mortis causa tenga efectos obligacionales o efectos reales depende, en el Derecho justiniano, no de fórmulas rígidamente prefijadas, sino del tenor de la disposición libremente apreciado como exteriorización del deseo del causante. Del legado puede, por tanto, nacer: a) la acción reivindicatoria, si es un legado de propiedad; b) la acción confesoria, si lo es de servidumbre, c) la actio legati o actio ex testamento para reclamar el cumplimiento del legado considerado como una deuda del gravado.

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: VERBA IUSTITIAE. REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO DE MORON

Fecha: 1998

REVISTA: 0007 Página: 0109
Editorial: UNIVERSIDAD DE MORON

Fideicomiso

MAGRI, CARMEN

Publicación: REVISTA NOTARIAL, FEBRERO DE 1986

SUMARIO

CONTRATO DE FIDEICOMISO-FIDEICOMISO INMOBILIARIO

TEXTO

El fideicomiso es un contrato que instrumenta la realización de un acto o negocio jurídico fiduciario. Se propugna una regulación especial que contemple con precisión los problemas que genera, sin olvidar la seguridad jurídica.

El fideicomisario puede no estar específicamente identificado a la fecha de constitución, de esta manera se amplía considerablemente las posibilidades de la figura: puede designarse uno o más beneficiarios que reciban simultánea o sucesivamente el provecho del fideicomiso, como también instituir beneficiarios alternativos.

Se propugna un criterio amplio en cuanto a los sujetos que puedan revestir el carácter de fiduciarios. La legitimación restringida a los bancos, entidades expresamente autorizadas por la ley y entes oficiales de promoción de la vivienda cercenaría la potencialidad de la figura.

Según la normativa vigente sería factible establecer la registración total del fideicomiso inmobiliario y de los demás bienes registrables. La oponibilidad a terceros como consecuencia de la publicación registral, sea en los registros especiales o en el Registro Público de Comercio nace con la toma de razón.

Es necesario un tratamiento tributario preferencial para el desarrollo de este tipo de contratos, que exima únicamente las transmisiones de bienes a favor del fiduciario o sus sustitutos.

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: REVISTA NOTARIAL

Fecha: FEBRERO DE 1986

REVISTA: 0884 Página: 0023

Editorial: COLEGIO DE ESCRIBANOS DE LAPCIA. DE BS. AS.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: LEY 17.801 Art.2 (INCISO A), LEY 17.801 Art.14 (INCISO B), LEY 17.801 Art.22

REF. BIBLIOGRAFICAS

Guastavino, Elías."Actos fiduciarios (Estudios de Derecho Civil en homenaje a Héctor Lafaille), Ed. Depalma, Bs.As., año 1968.

Carregal, Mario A.. "El fideicomiso, Regulación Jurídica y posibilidades Prácticas", E.U.D.E.B.A., 1982.

Rev. del Notariado: Mesa Redonda. "El fideicomiso inmobiliario", Nro. . 760, año 1978.

Rev. Notarial. "Fideicomiso y sus posibilidades de admisión en el Derecho Argentino, Nro. 862, año 1982.

Rev. Notarial." Despacho de la XXIV Jornada Notarial Bonaerense", Nro. 859, año 1981.
Trabajo presentado a la I Jornada Iberoamericana Mar del Plata, año 1981.
Zanoni, Alegría, Colombres, Malagarriga, Michelson, Quintana Ferreira, Cámara y
Fontanarrosa. "Anteproyecto, Ley de Fideicomisos"

Contrato de fideicomiso

BARBER, RAÚL HÉCTOR

Publicación: TEMAS DE DERECHO COMERCIAL, 1985

SUMARIO

CONTRATO DE FIDEICOMISO:CONCEPTO;OBJETO;REGIMEN JURIDICO

TEXTO

Importa la transmisión de la titularidad de un bien, efectuado por un sujeto llamado fideicomitente a otro llamado fideicomitido quien se obliga a disponer de dicho bien de acuerdo a la orden dada.

Es la transmisión plena de derechos, ya sean reales como la propiedad o personales como la titularidad de un crédito.

Objeto de este contrato son toda clase de bienes, salvo los personales del fideicomitente. Es un patrimonio autónomo, afectado a una finalidad que no puede confundirse con los bienes del fiduciario.

El fideicomiso es una operación bancaria, neutra, accesoria o complementaria en la inversión lucrativa del crédito que se realiza en conexión con su comercio.

Las partes que intervienen son el fideicomitente, el fiduciario y el beneficiario que es designado en el contrato quien recibe los beneficios del cumplimiento del encargo.

Se extingue por imposibilidad absoluta de seguirlo realizando, expiración del plazo, cumplimiento de la condición resolutoria, muerte del fiduciante, revocación del fiduciante, por mutuo acuerdo y por renuncia de los beneficiarios.

Existen fideicomiso de administración en el cual la entidad crediticia recibe los bienes del propietario brindándole seguridad; fideicomiso de inversión en el cual el fiduciante destina los bienes a ciertas actividades de las cuales pueden sacar rendimientos.

Y el más importante el fideicomiso de garantías en el cual el deudor transfiere bienes a la entidad fiduciaria con el objeto de respaldar el cumplimiento de una obligación principal para que en caso de incumplimiento la entidad financiera procede a venderlas y destine su producido a la cancelación de la deuda.

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: TEMAS DE DERECHO COMERCIAL

Fecha: 1985

REVISTA: 0001 Página: 0015

Editorial: FONDO CULTURA JURIDICA U.N.T.