

FIDEICOMISO EN ARGENTINA

FUENTE: OSVALDO H. SOLER Y ASOCIADOS - (Dres. Osvaldo H. Soler y Enrique D. Carrica) www.soler.com.ar

CAPITULO I

ANTECEDENTES DEL FIDEICOMISO

En su origen fue utilizada esta estructura jurídica con el objeto de soslayar trabas legales que impedían darle a determinados bienes cierto destino. La base sobre la que se fundamentó desde el origen fue la confianza que el transmitente de un bien depositaba en el adquirente. La transferencia se realizaba en propiedad teniendo el adquirente las facultades derivadas de su condición de dueño de la cosa, de acuerdo con las instrucciones del transmitente. Frente al amplio poder jurídico que el transmitente daba al adquirente, éste se comprometía a usar ese poder en lo preciso dentro de los límites impuestos por el fin restringido acordado, al cual se apuntaba, respetando la voluntad de aquél.

Con el correr del tiempo y en atención a los abusos en que incurría el adquirente al no respetar los encargos fiduciarios, se fue limitando su potestad sobre los bienes transmitidos, manteniendo su condición de titular jurídico pero con poderes recortados por la normativa jurídica y por la intervención de la justicia, que priorizaron la voluntad del constituyente y los derechos de los beneficiarios por sobre el derecho de propiedad que aquél ostentaba.

El fideicomiso es una figura compleja que combina un negocio real de transmisión de una cosa o bien, con un negocio obligacional cuyo fundamento es la atenuación de los efectos de aquella transmisión. Cada uno de estos diferentes negocios produce sus propios efectos. Nos hallamos pues, frente a un negocio complejo que resulta de la unión de otros dos negocios distintos que se vinculan entre sí antagónicamente, por un lado un contrato real (transmisión de la propiedad o del crédito de modo fiduciario) y por el otro un contrato obligatorio negativo o *pactum fiduciae* (obligación del fiduciario de hacer sólo un uso limitado del bien adquirido, para restituirlo luego al transmitente o a un tercero por aquél indicado).

Se advierte, al cabo de la evolución de esta figura, la manera en que se va perfilando una condición que le es característica y que consiste en reconocer en ella la coexistencia de dos caras perfectamente identificables: la primera, relacionada con las formas jurídicas que la visten y la segunda, con la realidad económica que la motiva. Nótese, además, que la apariencia externa de esta figura revela la adquisición de un derecho de propiedad fiduciaria sobre un bien por parte del fiduciario, mientras que, en su lado interno, existe una relación obligacional entre el fiduciante y el fiduciario en virtud de la cual este último ve limitada las facultades emergentes de tal derecho, por causa del pacto de fiducia que ha celebrado en forma simultánea.

En esta figura compleja no existe correlación o concordancia entre el fin perseguido por las partes al celebrar el contrato y el medio jurídico empleado. Esto nos introduce en el campo de los denominados "negocios indirectos", es decir, aquellos que, para obtener un determinado efecto jurídico, emplean una vía transversal u oblicua. Son, pues, aquellos negocios en los cuales las partes se valen de figuras típicas del derecho pero las utilizan para alcanzar un fin distinto al que previó el legislador al diseñar el tipo.

La doctrina se encuentra dividida en punto a considerar al fideicomiso como negocio indirecto. Dejando de lado el análisis doctrinario a que da lugar esta interesante controversia, nos interesa destacar que, sin perjuicio de alguna semejanza con los negocios simulados, sus diferencias son notorias. En primer lugar, mientras en el negocio fiduciario no es de su esencia que el fuero interno subyacente sea secreto, aunque esto es lo que normalmente ocurre, en el negocio simulado, en cambio, su cara interna nunca se exhibe porque es de su esencia que algo oculto debe tener.

Siendo el fideicomiso un contrato normalmente regulado y, por ello, tipificado en el derecho sustantivo, otorga a las partes contratantes la garantía de su leal ejecución a través de normas concretas positivas que prevén los efectos jurídicos para las partes, quedando amparado, inclusive, por el principio de la autonomía privada emergente del artículo 1197 del Código Civil, limitada sólo por los principios generales en cuanto a que los fines del negocio no sean contrarios a la ley, al orden público, a la moral y a las buenas costumbres.

La constatación de la legitimidad de las formas empleadas para alcanzar los fines previstos, en especial frente al empleo de figuras jurídicas

complejas como el fideicomiso, tiene relevancia, obviamente, en relación con las partes y ante terceros, por las implicancias que de ello puede derivarse en caso de calificarse al vínculo aparente como un negocio en fraude de la ley, es decir, tendiente a lograr, mediante la combinación de diferentes figuras, un resultado prohibido por aquella. Cabe aquí distinguir, para que no haya lugar a dudas, el fideicomiso, por un lado, de los negocios fraudulentos, por el otro, a pesar de que en ambos supuestos exista un punto de coincidencia, es decir, que mediante un procedimiento indirecto se procura conseguir fines que no pueden alcanzarse por la vía directa. En el fideicomiso hay un fin lícito que consiste en obtener un resultado permitido, amparado por una regulación positiva que regula los efectos entre las partes y ante terceros. En el negocio fraudulento, en cambio, se está frente a un fin ilícito de resultado prohibido.

En el fideicomiso no se da la circunstancia de que las partes le confieran a las formas jurídicas una apariencia diferente al fin que se proponen alcanzar. En todo caso, del mismo modo que frente a cualquier otra figura jurídica, el análisis ponderado del caso concreto permitirá averiguar la verdadera intención que se tuvo al celebrarlo, con el objeto de establecer si se ha pretendido obtener resultados prohibidos que derivasen en la anulación del contrato por objeto ilícito.

En tanto las partes del fideicomiso respeten los elementos claves de la figura tal y como ésta ha sido regulada por el derecho sustantivo y le den al negocio la configuración jurídica prevista por el legislador al calificarlo atendiendo a su especial naturaleza, sin introducirle contradicciones extrañas a las permitidas por la propia configuración legal, no existe el empleo de un "medio jurídico excesivo" que vaya más allá de los fines perseguidos, ya que las partes quieren el medio típico (fideicomiso) con todas las consecuencias derivadas de su naturaleza. Estamos, pues, frente a un negocio típico que de ningún modo presupone un abuso de las formas empleadas, ni su asimilación al negocio simulado.

El fideicomiso es un contrato que puede emplearse para la realización de ilimitados fines, en tanto y en cuanto sean lícitos.

De un origen restringido al ámbito familiar pasó a insertarse activamente en el ámbito de los negocios por su adaptabilidad a las cambiantes condiciones económicas y a la fértil imaginación de los que se dedican a la ingeniería de nuevos productos.

Las posibles aplicaciones del fideicomiso, especialmente para los bancos y demás entidades financieras, son innumerables, dada su naturaleza, con una proyección excepcional que les abre perspectivas insospechadas, pudiendo preverse, sin pecar en optimismos excesivos, que en pocos años más la incidencia del Fideicomiso en los resultados financieros de aquéllas llegará a un nivel de real importancia, como ha ocurrido en otros países de América (México, Colombia, Venezuela, Costa Rica, Panamá, entre varios más).

Para llegar a esa conclusión debe considerarse que el Fideicomiso no tiene transcendencia autónoma como tal. Es un verdadero instrumento que sirve para la realización de otros negocios que le son "subyacentes" y que pueden ser de la más variada naturaleza dentro del campo de lo lícito. De ahí su versatilidad y flexibilidad y la enorme gama de su utilización tanto en el sector empresario cuanto en el de la vida individual y familiar de las personas. En menor medida ello ocurre, también, con otras instituciones del derecho positivo. Citemos como ejemplo el contrato de cesión de créditos (o derechos); no basta para su validez y eficacia la sola cesión, sino que debe determinarse su causa jurídica. Así, no puede decirse "cedo tal crédito o derecho" sino que hay que precisar su causa, y de tal modo: si hay precio o dación en pago, se tratará de una cesión-venta; si no hay contraprestación, de una cesión-donación, y si existe trueque con otro derecho o crédito que se recibe del cesionario, habrá cesión-permuta. Lo mismo ocurre con otra figura legal: la tradición, sin poder decirse simplemente que se la hace, para configurarla, con validez y eficacia, debiendo precisarse su carácter y causa. Así tendrá el efecto traslativo del dominio si opera como modo constitutivo en la compraventa de una cosa; o puede practicarse para hacer adquirir sólo la posesión, o aun únicamente la tenencia, como en el caso de la locación.

Pero el Fideicomiso asume una posible operatividad mucho más extensa ya que el negocio subyacente tiene variedad prácticamente innumerable dentro del ámbito de lo lícito. Por ello, el ingenio de un autor extranjero ha podido decir con elocuencia que la elasticidad del instituto es tal que su proyección efectiva será tan extensa como lo quieran la imaginación y la iniciativa de los empresarios y abogados competentes.

La doctrina suele agrupar en especies esa variedad tan generosa, con una finalidad didáctica y de sistematización de la figura legal. De tal modo, se enumeran Fideicomisos:

De administración;
De inversión;
Mixtos (de administración e inversión);
Inmobiliarios;
De garantía;
De seguros;
Traslativos específicos de propiedad;
De desarrollo;
Públicos y privados.

CAPITULO II

LAS ESPECIES DE FIDEICOMISO SEGUN LA LEY 24.441

Esta ley fue sancionada por el Congreso de la Nación con fecha 22 de diciembre de 1994 y tiene por finalidad el "Financiamiento de la vivienda y la construcción" pero su contenido es múltiple. En su Título Primero trata del FIDEICOMISO, en siete Capítulos sucesivos (artículos 1 a 26), contemplando dos especies: a) el fideicomiso común u ordinario -aunque no le asigna nombre-, artículos 1 a 18; y b) el fideicomiso financiero (artículos 19 a 24). Los artículos 25 y 26 regulan la extinción del fideicomiso. En este capítulo se analizarán ambas especies de fideicomiso.

II.I. PERFIL NORMATIVO DEL FIDEICOMISO COMÚN U ORDINARIO

1. Concepto

El fideicomiso es el negocio mediante el cual una persona transmite la propiedad de ciertos bienes con el objeto de que sean destinados a cumplir un fin determinado. En esta conceptualización genérica se

destacan dos aspectos claramente definidos. Uno, la transferencia de la propiedad del bien; otro, un mandato en confianza.

El fideicomiso no constituye un fin en si mismo, sino, en verdad, un vehículo apto para dotar de mayor seguridad jurídica a un determinado negocio. El adquirente es el receptor de ciertos bienes, los que se mantienen separados del patrimonio de los demás sujetos que participan en el negocio y del suyo propio. La propiedad que aquél ostenta desde el punto de vista jurídico carece de contenido económico, pues éste le pertenece al beneficiario o bien al fideicomisario, que puede ser el propio transmitente (fiduciante).

La discusión acerca de su naturaleza unilateral o bilateral ha sido resuelta por la ley 24.441 al definir al fideicomiso celebrado entre vivos como un contrato (arts. 2 y 4) y al fideicomiso testamentario como un acto jurídico unilateral de última voluntad sin que la no aceptación de su nombramiento por parte del fiduciario afecte el nacimiento del fideicomiso (art. 3).

De acuerdo con la Ley el Fideicomiso puede constituirse por dos medios: el contrato y el testamento. La ley se apoya básicamente en el contrato, hasta el extremo de que al dar su concepto, lo limita a él. Debió referirse "stricto-sensu", al "acto jurídico", comprensivo así de ambas especies. Dice el art. 1º: *"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"*. Lo que hace el texto es proporcionar el concepto de un fideicomiso ya constituido, pues se trata de un contrato consensual y no real, por lo que debió decir que el fiduciante "se obliga a transmitir" (no "transmita", que supone una transferencia efectuada). Por otra parte, en el final donde dice: "... y a transmitirlo...", debió expresar: "... y a transmitirla...", pues está aludiendo a la "propiedad fiduciaria", que es de género femenino, al que hubo de ajustarse la calificación.

Para que el contrato tenga virtualidad jurídica, entonces, se requiere la presencia del fiduciante y del fiduciario. Ello no obsta a que, en caso de cesación de éste último, se apele al procedimiento de sustitución previsto en la misma ley (arts. 4, inc. e, y 10). La aceptación del beneficiario no es requisito necesario para que se configure el contrato de fideicomiso pero, en cambio, para que el acto tenga validez jurídica, sí se exige que el

beneficiario exista y se encuentre individualizado o, en caso de no existir al momento de la celebración, que consten los datos que permitan su futura individualización.

El contrato de fideicomiso es consensual y, conforme a lo previsto por el art. 1140 del Cód. Civ., queda concluido para producir sus efectos desde que las partes manifiestan su consentimiento. No es un contrato real pues no depende su existencia de que se haga efectiva la transferencia de la propiedad. La sola manifestación de voluntad es lo que perfecciona el contrato. A lo sumo, quien resulte ser su beneficiario podría demandar al fiduciario la efectiva transmisión de la propiedad fiduciaria.

La transmisión del bien produce el efecto jurídico de hacer nacer el patrimonio separado en cabeza del fiduciario transformándose, así, en un bien fideicomitido.

2. Las partes del contrato

Son dos las necesarias: el Fiduciante (o Fideicomitente o instituyente o constituyente), que es la persona que transmite los bienes y el Fiduciario (o Fideicomitido), que es quien recibe -adquiere- los bienes en propiedad fiduciaria. Ellos son las partes del contrato. Existen en la figura legal otras dos personas como terceros interesados: el Beneficiario, quien percibe los beneficios que produzca el ejercicio de la propiedad fiduciaria por el Fiduciario y el Fideicomisario, que es el destinatario final de los bienes fideicomitados. Estos últimos no son partes del contrato; sus respectivas posiciones jurídicas quedan amparadas por las estipulaciones a favor de terceros del art. 504 del Código Civil.

Los cuatro pueden ser personas físicas o jurídicas con la importante salvedad de que, si se trata del Fideicomiso Financiero (que analizaremos mas adelante), el Fiduciario puede ser solamente una entidad financiera (sujeta a la ley 21.526) o una sociedad especialmente autorizada por la Comisión Nacional de Valores para actuar como "fiduciario financiero" (art. 19, ley 24.441). En el Fideicomiso común u ordinario, el art. 5º de la ley dispone una importante restricción: "Sólo podrán ofrecerse al público para actuar como fiduciarios las entidades financieras autorizadas a funcionar como tales y las personas jurídicas que autorice la Comisión Nacional de Valores quien establecerá los requisitos que deban cumplir".

En el derecho comparado el Beneficiario y el Fideicomisario coinciden. Para nuestra ley pueden ser distintos; es facultad del Fiduciante, al constituir el Fideicomiso, disponer que las utilidades de los bienes a administrar por el Fiduciario (fideicomiso de administración/inversión) se entreguen a una o más personas, que designa como "beneficiarios" y, al extinguirse, los bienes transmitidos se entreguen a otra u otras personas (físicas o jurídicas) como "fideicomisarios". Pero pueden también coincidir.

Además, por aplicación del art. 2º de la ley, el fiduciante puede llegar a ser el Beneficiario y también el Fideicomisario, en cuyo caso los protagonistas del instituto se limitan a dos (las partes), o sea el Fiduciante y el Fiduciario.

El Fiduciario, según el régimen creado, no puede ser beneficiario ni fideicomisario; surge del art. 7º que el contrato constitutivo no podrá dispensar al fiduciario "de la prohibición de adquirir para sí los bienes fideicomitidos". Esta prohibición es demasiado estricta y ha merecido críticas de la doctrina; la limitación puede ir en perjuicio de la posible amplitud práctica de aplicación del fideicomiso. Así, por ejemplo, un Fiduciante entrega a un Banco, como Fiduciario, un lote de terreno para que edifique una finca que se sujetará al régimen de la propiedad horizontal, corriendo con todos los gastos y trámites, adjudicándole al transmitente las unidades que se convenga. En tal caso, el Banco, como Fiduciario no podría adjudicarse, en dominio pleno, el resto de las Unidades o alguna de ellas dada aquella prohibición, debiendo disponerlas y, aun en ese caso, nace la duda si podría quedarse con el producido (algunos autores dan respuesta afirmativa, limitando la prohibición al texto legal, conforme reza el art. 7º : "adquirir para sí los bienes fideicomitidos"). Al respecto, es interesante señalar que el Código Civil de Quebec (Canadá) de 1991, en su art. 1275, prevé el caso con solución especial: "El constituyente o el beneficiario puede ser fiduciario, pero debe actuar conjuntamente con un fiduciario que no sea ni constituyente ni beneficiario".

3. Qué caracteriza al Fideicomiso

Constituye una transmisión de bienes que hace una parte (fiduciante) a la otra (fiduciario), bienes que deben estar individualizados en el contrato (o

testamento) o, de no ser ello posible, constará la descripción de sus requisitos y características (arts. 4º, inciso a- y 3º).

Lo adquirido por el fiduciario lo califica la ley como Propiedad fiduciaria, quedando entendido que ella será Dominio fiduciario si se trata de cosas (muebles o inmuebles), como lo llama el art. 2662 del Código Civil y Propiedad fiduciaria, propiamente dicha, si recae sobre objetos inmateriales o incorporales susceptibles de valor (créditos, derechos intelectuales, marcas de fábrica y "derechos" en general).

Al respecto, conviene recordar que "Dominio" y "Propiedad" no tienen plena equivalencia pese a que el Código Civil suele usarlos en modo indistinto y con igual alcance. Propiedad sería el género y el Dominio una de sus especies. El Código citado alude, v. gr. a la "propiedad" de la deuda (art. 732) o del crédito (arts. 1457 y 1459) y no podría usarse "dominio" de la deuda o de los créditos ya que ni las deudas ni los créditos son "cosas" sino "bienes en sentido estricto" (arts. 2311 y 2312). Por ello se habla de "propiedad intelectual" o de "propiedad industrial", y la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en su reiterada jurisprudencia, le ha dado a la voz "Propiedad" un alcance amplísimo, interpretando y aplicando los arts. 14 (uso y disposición de la propiedad) o 17 (inviolabilidad de la propiedad) de la Constitución Nacional con el sentido comprensivo de todo y cualquier derecho patrimonial. No se habla, entonces, de "dominio", expresión ésta reservada para las cosas, muebles o inmuebles).

4. Qué significado tiene la calificación de "*Propiedad fiduciaria*" (o *Dominio fiduciario*)

Es importante la respuesta, pues en ello está la clave del Fideicomiso, según lo reglamentó la ley 24.441.

El Fiduciario no es un adquirente equiparado al que asume comúnmente el dominio de la propiedad del bien que es objeto del acto transmisivo. En cuanto respecta al "dominio" (que es el "modelo" con que se expresa la ley), resulta útil recordar que el Código Civil distingue dos clases de dominio (arts. 2507 y 2661): el que llama perfecto o pleno y el dominio que denomina imperfecto o menos pleno. Dentro de este último separa tres subespecies: el dominio fiduciario, el dominio revocable, regidos ambos en el Título VII del Libro III (arts. 2661 a 2672) y el dominio que

resta al dueño perfecto, que ha gravado la cosa que es su objeto, con un derecho real a favor de un tercero, como la servidumbre o el usufructo.

El dominio perfecto tiene tres caracteres: es exclusivo (lo que supone que dos personas no pueden tener cada una "en el todo" el dominio de una cosa, ya que, si hay titularidad común de dos ó más personas, el derecho real no es ya "dominio" sino "condominio", que es otro derecho real); es perpetuo (en el sentido de que subsiste independientemente de su ejercicio salvo que otra persona lo adquiriera por prescripción, en cuyo caso el anterior titular pierde el dominio en razón del carácter exclusivo antes mencionado); y es absoluto (en el sentido de que es el derecho real que confiere el máximo de facultades a su titular, quien podrá disponer, usar, poseer y gravar la cosa dentro de los límites que marca la ley).

Del carácter "exclusivo" participa el dominio imperfecto y, por lo tanto, el dominio fiduciario, que sólo contemplaremos en adelante. En cambio, los otros dos caracteres -elementos naturales y no esenciales para la existencia del dominio perfecto- no son propios del dominio fiduciario y es justamente aquí donde aparece la diferencia que distingue al dominio fiduciario como especie del dominio imperfecto o menos pleno.

Es temporario y no puede durar más de 30 años contados desde la fecha de su constitución. Así lo dice el art. 4º, inciso c) de la ley 24.441, donde dispone que el dominio fiduciario *"nunca podrá durar más de treinta (30) años desde su constitución, salvo que el beneficiario fuese un incapaz, caso en el que podrá durar hasta su muerte o el cese de su incapacidad"*. Este carácter temporario debe entenderse que alcanza también a la propiedad fiduciaria propiamente dicha (que recae sobre bienes que no son cosas). La ley olvidó generalizar pero la solución no puede ser otra, conforme al principio de congruencia y dado que la diferencia no tendría sentido ni razonabilidad, lo que surge -por otra parte- del art. 25, inc. a). Además, el "dominio fiduciario" (y la "propiedad fiduciaria"), aparte de ese límite temporario o el menor que se establezca, que es un plazo resolutorio o extintivo, puede quedar sujeto a una condición resolutoria (art. 1º de la ley 24.441) y, al producirse su cumplimiento, también se extingue (art. 25, inciso a) de la misma ley).

El dominio fiduciario carece igualmente del carácter de ser absoluto, propio del dominio perfecto, lo que se desprende de dos circunstancias fundamentales que tipifican el fideicomiso y la titularidad que surge de su constitución:

El bien (o los bienes), en sentido amplio, que se transfiere al fiduciario, se lo entrega el fiduciante para que cumpla una finalidad, a especificar en el contrato o testamento que crea el fideicomiso y que configura, por lo general, la condición cuyo cumplimiento produce su extinción (resolución) en los términos del art. 25. Al respecto, el art. 17 faculta al Fiduciario para disponer o gravar los bienes fideicomitidos "cuando lo requieran los fines del fideicomiso", lo que es importante, por cuanto muestra que el fiduciario tiene -aunque limitadas- las facultades propias del carácter "absoluto" del dominio, recordando también que el art. 6º le impone el deber de conducirse "con la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él"; se sigue así el "standard" del art. 59 de la ley de sociedades 19.550, para los representantes y administradores de las sociedades comerciales (ese "standard" reemplazó el tradicional que imponía actuar como "un buen padre de familia").

Tales "fines" a cumplir por el fiduciario los confirma el art. 1º de la ley al disponer que la "propiedad fiduciaria" deberá ser ejercida por el Fiduciario "en beneficio de quien se designe en el contrato" (o en el testamento, cabe agregar) y dar a los bienes el destino indicado, a la finalización del fideicomiso (arts. 1, 4 inciso d- y 26 de la ley, y art. 2662 del Código Civil).

Por la razón expuesta, la ley 24.441 establece que el fiduciario no adquiere "para sí" los bienes que se le transmiten, lo que le prohíbe expresamente el art. 7º, como se dijo en el punto 2. Esta norma prohibitiva es importante como lo son sus complementarias, y las reflexiones que el sistema motiva, conforme a lo que sigue:

Los bienes objeto del Fideicomiso no ingresan al patrimonio personal del Fiduciario, quien sólo tiene la titularidad formal, con el dominio de la cosa inmueble o mueble susceptible de registro, inscripto a su nombre, lo que le confiere la necesaria legitimación substancial para proceder a su disposición, ya sea para cumplir los fines del instituto (art. 17) o ya para transferirlos al Fideicomisario o a quien corresponda, al producirse su extinción (arts. 1 y 26 de la ley, y art. 2662 del Código Civil).

El art. 12 de la ley dispone que el carácter fiduciario del dominio tendrá efecto frente a terceros desde el momento en que se cumplan las formalidades exigibles de acuerdo con la naturaleza de los bienes respectivos. Complétase esta disposición con la primera parte del art. 13 que ordena a los registros correspondientes a tomar razón de la

transferencia fiduciaria de la propiedad a nombre del fiduciario, cuando se trate de bienes registrables.

El acto de transmisión del dominio o de la propiedad, no es ni gratuito ni oneroso para el Fiduciario, ya que su valor económico es "cero" para él y neutro como tal; recibe los bienes a título de confianza, para cumplir los fines instruidos por el Fiduciante, con los alcances indicados. No obstante -cabe no olvidarlo- para el régimen que adopta la ley 24.441, es el titular del dominio fiduciario o propiedad fiduciaria de esos bienes (arts. 11 a 16 de la ley). Ello muestra que el decreto 780/95 se aparta y no se ajusta al régimen citado cuando considera al Fiduciario, a los efectos del pago del impuesto a las ganancias y a los bienes personales, como administrador de "patrimonios ajenos".

La ley 24.441 ratifica esa posición normativa al prever la muerte del fiduciario, si es persona física, o su extinción si es persona jurídica. En el primer caso (persona física) los bienes no se transmiten a los herederos del Fiduciario, ni aun como Propiedad Fiduciaria -como ocurría con el art. 2662 del Código Civil, antes de su reforma por la ley 24.441-. Los arts. 4º, inc. e); 9, inc. b) y 10, de dicha ley, prevén supuestos de que al cesar el fiduciario en sus funciones de tal, debe ser reemplazado, o por el sustituto designado, o aplicando el procedimiento fijado para el reemplazo, o en última instancia por designación judicial, debiendo en todos los casos, transmitir los bienes fideicomitidos al nuevo fiduciario, todo lo cual confirma el criterio de la ley de que esos bienes no se transmiten a los sucesores del fiduciario.

Al no integrar los bienes transmitidos el patrimonio personal del fiduciario, la ley les da el carácter de "patrimonio separado". El art. 14 lo dice: "Los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario y del fiduciante". La mención del segundo (el fiduciante) en realidad está demás, pues si el fiduciante transfirió los bienes al fiduciario, los mismos ya no forman parte de su patrimonio, dado que han salido de él. Los arts. 15 y 16 complementan el sistema, disponiendo que los bienes fideicomitidos están fuera de la acción de los acreedores del fiduciario (singular o colectiva), del fiduciante y del beneficiario. En cuanto al fiduciante, ello es obvio por la razón antes expuesta y por no ser acreedor del patrimonio fiduciario (la ley deja a salvo la acción de fraude), y en cuanto a los acreedores del Beneficiario (y del Fideicomisario, cabría agregar), la conclusión surge de que ellos no son aun titulares del dominio o propiedad de los bienes transmitidos al Fiduciario, lo que ocurrirá una vez extinguido el fideicomiso. Estos

últimos acreedores (los del beneficiario) podrán ejercer sus derechos sobre los frutos de los bienes fideicomitidos, sin perjuicio de lo que establezca a su respecto el contrato o testamento (art. 15, parte final). Cabe recordar que esos frutos no integran el patrimonio personal del Fiduciario, sino que ingresan al patrimonio fiduciario, al igual que los bienes que se lleguen a adquirir con los mismos (art. 13 de la ley), a diferencia de lo que resultaba de la aplicación del art. 2662 del Código Civil, en su redacción anterior a la actual reforma. La propiedad fiduciaria de los bienes que se adquieran con los frutos no proviene de una transferencia fiduciaria sino de una subrogación real, empleando el art. 13 de la ley la expresión "cuando así resulte del contrato", debiendo interpretarse, entonces, que si el contrato guarda silencio y la adquisición de los bienes con los frutos no fuese necesaria para alcanzar los fines determinados, le estaría al fiduciario vedado adquirirlos. Por razones prácticas es aconsejable prever en el contrato los supuestos ante los cuales éste estaría facultado a adquirir tales bienes.

Como complemento de lo expuesto, el art. 16 de la ley dispone que los bienes del Fiduciario no responden por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso "las que sólo serán satisfechas con los bienes fideicomitidos". Lo antes manifestado impone la salvedad de que, en el ejercicio de su función, el Fiduciario (o sus dependientes) hayan incurrido en culpa o dolo, respondiendo en ese caso, personalmente, de los daños y perjuicios causados. Si hay insuficiencia del patrimonio fideicomitado para atender las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, no dará lugar a la declaración de su quiebra, dispone el art. 16, agregando que en tal supuesto "y a falta de otros recursos provistos por el fiduciante o el beneficiario según previsiones contractuales, procederá a su liquidación", 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. Aquí la ley muestra una total insuficiencia, dado que debió prever, en tema tan complejo, las reglas a las que deberá ajustarse dicha liquidación. Volveremos sobre la cuestión de la responsabilidad del fiduciario en ocasión en que examinemos la misma, como tal y desde el punto de vista tributario.

La transferencia fiduciaria de los bienes es el medio o vehículo para alcanzar los fines previstos y no un fin en sí mismo. La transferencia de la propiedad, como hemos visto, es a título de confianza, en razón de que la transmisión se realiza porque el fiduciante confía en el fiduciario para encomendarle un encargo determinado. La transferencia fiduciaria no es onerosa porque el fiduciario no le da nada a cambio del bien al

fiduciante y tampoco es gratuita, porque éste no le dona la propiedad a aquél, quien la recibe sólo para ejecutar el encargo.

El carácter a título de confianza de la transmisión de los bienes fideicomitidos no debe confundirse con el carácter que pueda tener el contrato mismo de fideicomiso. En efecto, éste será oneroso o gratuito en función de que el fiduciario reciba o no una retribución por su gestión. En este caso, en ausencia de una manifestación expresa en tal sentido, el art. 8 de la ley 24.441 presume su onerosidad, delegando en el juez la medida de la retribución.

Una característica de la propiedad fiduciaria es su transitoriedad ya que la misma está restringida a que el fiduciario la retransmita en cumplimiento de la voluntad del constituyente. Dicha retransmisión no es otra cosa que la consecuencia del cumplimiento del encargo de que el bien sea entregado al fiduciante, al beneficiario o a un tercero, dándose, así, por extinguido el carácter fiduciario del bien con ese nuevo traspaso.

5. Art. 72 de la ley 24.441

Este artículo, en su inciso c), contempla el supuesto de una entidad financiera que emita títulos garantizados por una cartera de valores mobiliarios que permanecen depositados en ella, declarando que la entidad "será el propietario fiduciario de los activos" (se trata de un supuesto de fideicomiso financiero), y agrega esta sorprendente frase: "Sin embargo los créditos en ningún caso integrarán su patrimonio". Se trata de un error conceptual de la ley, ya que ese "Sin embargo" parece dar a entender, interpretado "a contrario sensu", que si la frase no estuviere, los créditos referidos integran el patrimonio personal o propio de la entidad, lo que no es así tratándose de una "propiedad fiduciaria", caracterizada precisamente por constituir los bienes fideicomitidos "un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario y del fiduciante" (artículo 14 de la referida ley).

6. Naturaleza jurídica del patrimonio fiduciario

Se trata de un tema en el que existe una gran disparidad doctrinaria y legislativa. Pueden citarse diversas teorías, entre las que se enuncian, sintéticamente, las que siguen:

6.1. Mandato irrevocable

Se pretende calificar así la transmisión de bienes que supone el fideicomiso. La sostuvo en 1920 el jurista panameño Dr. Ricardo Alfaro y son un trasunto de ella las leyes de México de 1924 y 1926, y el Código de Comercio de Panamá de 1941 . Se la ha criticado con el simple argumento de que en el mandato se actúa en relación con bienes que son y continúan siendo del mandante. En cambio, en el fideicomiso los bienes se transmiten al fiduciario (que no puede equipararse a un mero mandatario) y cuando dispone de ellos lo hace a su propio nombre.

6.2. Titularidad doble

Es una teoría que deriva del régimen propio del "trust" anglo-americano, adaptado a un sistema normativo distinto al de los países del "civil law", que tiene vigencia principal en los países de Europa y América del Sur. La titularidad jurídica (legal) la tendría el Fiduciario, y la titularidad económica, el Beneficiario (o el Fideicomisario). En Italia la apoyó Remo Franceschelli en un libro destacado, sobre la materia. En nuestro derecho positivo no tiene asidero tal teoría, contraria al carácter del dominio (perfecto o imperfecto) de ser "exclusivo" (art. 2508 del Código Civil).

6.3. Patrimonio de afectación (autónomo)

El patrimonio fideicomitido carece de titularidad real. Sostuvo la teoría Pierre Lepaulle, autor francés, en publicaciones también destacadas. Tiene un reflejo positivo: el Código Civil de Quebec (Canadá) la adopta. Su art. 1261 dice: "El patrimonio fiduciario, formado por los bienes transferidos en fideicomiso, constituye un patrimonio de afectación autónomo y distinto del patrimonio del constituyente, del fiduciario o del

beneficiario, sobre el cual ninguno de ellos tiene un derecho real". Esta figura es extraña a nuestra tradición jurídica y no la adoptó la ley 24.441.

6.4. Titularidad del Fiduciario

Era el sistema del art. 2662 del Código Civil y lo sigue siendo en su redacción actual, modificado por el art. 73 de la ley 24.441, la que - además- atribuye la titularidad de los bienes fideicomitidos al Fiduciario, como "Propiedad Fiduciaria", con los caracteres ya expuestos y constituyendo un "patrimonio separado" del propio patrimonio del Fiduciario (arts. 1 y 11 a 18). En realidad en el derecho positivo argentino existen supuestos en que una persona es titular de dos masas patrimoniales: la propia (general) y otra (especial). Así:

En la aceptación de la herencia con beneficio de inventario, por parte del heredero (arts. 3357 a 3409 del Código Civil). La misma tiene el efecto de que el heredero beneficiario sólo responde de las deudas y cargas de la sucesión sólo hasta la concurrencia del valor de los bienes que ha recibido de la herencia: art. 3371, que agrega: "Su patrimonio no se confunde con el del difunto, y puede reclamar como cualquier otro acreedor los créditos que tuviese contra la sucesión". Además, el art. 3365 dispone que: "El heredero por su aceptación bajo beneficio de inventario, no pierde el derecho de propiedad de la herencia". Ello significa que el heredero beneficiario, hasta que cese la situación, es titular de dos masas patrimoniales: la propia y personal, y la recibida del causante, que no se confunde con aquélla.

Similar caso ofrece la llamada "separación de los patrimonios del difunto y del heredero" (arts. 3433 a 3448 del Código Civil). El art. 3433 establece que todo acreedor de la sucesión puede demandar contra todo acreedor del heredero "la separación de los bienes de la herencia de los del heredero, con el fin de hacerse pagar con los bienes de la sucesión con preferencia a los acreedores del heredero". Y el art. 3436 confiere igual derecho a los legatarios "para ser pagados del patrimonio del difunto, antes que los acreedores personales de los herederos". De tal modo, mientras subsiste la separación indicada, el heredero es igualmente titular de dos masas patrimoniales, a los fines indicados.

Finalmente, el caso de presunción de muerte (arts. 22 y siguientes de la ley 14.394). De acuerdo con el art. 28 de esta ley, declarada la presunción de muerte del ausente, los herederos o legatarios al día fijado como presuntivo del fallecimiento, reciben los bienes del ausente,

inscribiéndose el dominio en el registro correspondiente, a su nombre "con la prenotación del caso", pudiendo hacer partición de los mismos "pero no enajenarlos ni gravarlos sin autorización judicial". La libre y plena disponibilidad de los bienes, la adquieren una vez transcurridos cinco años desde el día presuntivo del fallecimiento, fijado, u ochenta años desde el nacimiento de la persona ausente (art. 30 de la ley citada). Ello supone que durante el período respectivo, el heredero o legatario, son titulares de dos patrimonios separados: el propio y el recibido del ausente, al ser declarado su fallecimiento presunto.

No obstante la existencia de los supuestos antes recordados, cabe observar una diferencia importante respecto del fiduciario en el fideicomiso. En las situaciones antes mencionadas, el heredero, que retiene la titularidad de los bienes recibidos, aunque separados de los bienes que integran su patrimonio personal, mantendrá la propiedad de dichos bienes una vez cesada la respectiva situación, o de los bienes remanentes que restaren, quedando entonces legitimado para su plena disponibilidad. En cambio ello no ocurre con el Fiduciario, quien cesado o extinguido el fideicomiso, no puede adquirir su dominio o propiedad plenos, que pasarán al beneficiario o al fideicomisario o en suma al fiduciante (arts. 2 y 26 de la ley 24.441, y 2662 del Código Civil), dado que le está prohibido adquirir para sí los bienes fideicomitidos (art. 7 de la ley citada).

6.5. Contrato típico

El nuevo contrato de fideicomiso regulado por la ley 24.441 es un contrato típico no asimilable a ninguna otra figura existente y cuya especial naturaleza jurídica le viene, precisamente, de las prescripciones contenidas en dicha ley. La circunstancia de que en este contrato coexistan diferentes actos que aisladamente denotan tipicidad jurídica, no autoriza a asumir que el fideicomiso quede subsumido en alguno de esos actos también tipificados.

El contrato de fideicomiso contiene una cesión de derechos pero, además, un pacto de fiducia en el que el fiduciario es el destinatario de un mandato para cumplir una determinada función. Sin embargo, no podría subsumirse aquel contrato en la figura del mandato, ya que a través de éste (y sólo con él) no podría transferirse la titularidad de los créditos cedidos ni la imputación de éstos a un patrimonio separado,

como ocurre efectivamente en el fideicomiso. Existe, pues, en la figura una conjunción de contratos interrelacionados lo que lo convierte en otro distinto.

La ley ha querido dotar al fideicomiso de una especial regulación, con el objeto de tender un manto de protección jurídica que posibilite desarrollar este tipo de negocios dentro de un marco de definiciones precisas.

7. Extinción del Fideicomiso

El art. 25 de la ley 24.441 dispone que el fideicomiso se extinguirá por:

El cumplimiento del plazo o condición a que esté sometido, o el vencimiento del plazo máximo legal (30 años desde su constitución).

La revocación del fiduciante si se hubiere reservado expresamente esa facultad; la revocación no tendrá efecto retroactivo.

Cualquier otra causal prevista en el contrato.

Sobre el texto transcrito cabe comentar:

Ocurrido el vencimiento del plazo o el cumplimiento de la condición, pese a la letra de la ley de que el fideicomiso queda extinguido, debe entenderse que mientras el fiduciario no cumpla con la entrega de los bienes a quien corresponda, subsiste el patrimonio separado que establece el art. 14, con sus efectos, pues de otro modo quedaría violada la prohibición del art. 7, de que el fiduciario adquiriera para sí los bienes fideicomitidos.

La ley 24.441 no prevé qué ocurre si la condición fracasa y no se cumple, lo que debió regular, por lo que será importante que al constituirse el fideicomiso, se contemple esa situación. El supuesto tiene relevancia pues, conforme al art. 554 del Código Civil: "No cumplida la condición resolutoria, o siendo cierto que no se cumplirá, el derecho subordinado a ella queda irrevocablemente adquirido como si nunca hubiese habido condición". Aplicando a la letra ese texto, el fiduciario vería consolidada su adquisición, conclusión que no puede admitirse dada la expresa prohibición del art. 7º de la ley citada, de que el fiduciario adquiriera "para

sí los bienes fideicomitidos". La solución será que los bienes, en tal caso, sean devueltos al fiduciante.

En cuanto a cualquier otra causal, a la que remite el inciso c) del art. 25, como "prevista en el contrato" (o en el testamento respectivo), cabría consignar: la realización de los fines del fideicomiso, o haberse tornado ello imposible; la muerte del fiduciante o del beneficiario; por acuerdo de los nombrados; u otras situaciones posibles y lícitas, a mencionar en el contrato o testamento, constitutivos del fideicomiso.

El art. 26 de la ley dispone que producida la extinción del fideicomiso, el fiduciario debe entregar los bienes respectivos "al fideicomisario o a sus sucesores", pero el término "fideicomisario" debe interpretarse aquí en sentido amplio, incluyendo el fiduciante o al beneficiario, que pueden ser igualmente destinatarios finales, como surge de la última parte del art. 1º., y del art. 2662 del Código Civil, en su contenido actual, comprensivo de todas las situaciones, al determinar que al producirse la extinción del fideicomiso la cosa objeto del mismo debe entregarse "a quien corresponda según el contrato, el testamento o la ley".

8. La reforma del art. 2662 del Código Civil

8.1. Texto anterior y actual

Decía el texto anterior:

"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".

El texto actual. según el art. 73 de la ley 24.441 dice:

"Dominio fiduciario es el que se adquiere en razón de un fideicomiso constituido por contrato o por testamento, y está sometido a durar solamente hasta la extinción del fideicomiso, para el efecto de entregar la cosa a quien corresponda según el contrato, el testamento o la ley".

8.2. Diferencias básicas entre ambos conceptos

Se sustituye "restituir" por "entregar" la cosa objeto del fideicomiso, una vez extinguido éste, haciéndose eco de la crítica que había merecido la expresión, a gran parte de nuestra doctrina, resultando más apropiada la que ahora se utiliza.

Se suprime el requisito de que la cosa sea entregada "a un tercero", estableciendo el nuevo texto que dicha entrega sea efectuada "a quien corresponda", conforme lo disponga el respectivo contrato o testamento, o en su caso la propia ley. De este modo queda ajustada la norma a lo reglamentado por la ley 24.441, cuando dispone que la transferencia sea realizada "al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario" (arts. 1 y 26, éste interpretado en función de aquél, según lo expresado "ut supra").

El nuevo art. 2662 suprime lo de fideicomiso "singular" y autoriza la opinión de que el fideicomiso puede ser "universal" (caso de la herencia), siempre que los bienes estén individualizados o con la descripción de sus requisitos y características (arts. 4º., inciso a- y 3º., de la ley).

En el sistema del Código Civil el fiduciario podía realizar actos de disposición y de administración respecto de los bienes fideicomitidos, quedando sin efecto los primeros, con efecto retroactivo, al extinguirse el fideicomiso, salvo pacto o disposición legal en contrario, por aplicación de los arts. 2668 a 2670, que si bien aluden al dominio revocable, se los consideraba extensivos al dominio fiduciario, al igual que el art. 2671 . El art. 74 de la ley 24.441, agregó al art. 2670 del Código Civil, el siguiente párrafo: "Quedan a salvo los actos de disposición realizados por el fiduciario de conformidad con lo previsto en la legislación especial". Por ello cabe anotar el distinto régimen que aparece, debiendo aceptarse que los actos de disposición que otorgue el fiduciario por aplicación del art. 17 de la ley, para cumplir los fines del fideicomiso, no quedan revocados o resueltos al extinguirse el fideicomiso, debiendo tenerse presente que conforme al art. 11 de la ley 24.441, 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 (además de la ley) cuando se trate de cosas, incluyéndose el art. 2670 citado, en dicho Título VII.

En cuanto a los "frutos" de la cosa transmitida: en el sistema del Código Civil (art. 2662 anterior) tales frutos eran para el fiduciario, en cambio, en el de la ley ingresan al patrimonio fiduciario separado, al igual que los bienes que se adquieran con los mismos (art. 13).

Si la transmisión de los bienes hecha por el Fiduciario, fuere a título oneroso, lo recibido, en el sistema del Código Civil, integraba el patrimonio del mismo; en cambio en el de la ley 24.441, ingresan al patrimonio separado.

En suma: en el régimen del Código Civil (art. 2662 anterior) los bienes fideicomitidos formaban parte del patrimonio personal del fiduciario; en cambio en el régimen de la ley, esos bienes integran un patrimonio que es separado del patrimonio propia del fiduciario (art. 14, ley 24.441).

9. Omisiones de la ley 24.441 al reglamentar el Fideicomiso

Pueden anotarse como importantes, las que siguen:

Falta un adecuado régimen de publicidad en relación con las cosas muebles y otros bienes no registrables. Debió disponerse la inscripción pertinente en el Registro Público de Comercio. Cabe recordar lo normado por la misma ley para el "leasing": el art. 30 dispone que a los efectos de la oponibilidad del contrato frente a terceros, si se tratare de cosas muebles no registrables: "deberá inscribirse en el Registro de Créditos Prendarios del lugar donde se encuentren".

Debieron preverse normas contemplando el tratamiento tributario y el régimen de contabilización de las operaciones.

No se regula la situación del Fideicomisario, al que debieron hacerse extensivos, por lo menos, los derechos del Beneficiario, en cuanto pudieren serles aplicables. Recordar, además, el defectuoso uso que se observa en el art. 26, que debe entenderse en sentido amplio, para armonizarlo con el art. 1º.

No se prevé el supuesto de que la condición resolutoria a que esté sujeto el fideicomiso, no se cumpla. En ese caso los bienes no pueden consolidarse en cabeza del fiduciario, conforme a los principios generales (art. 554 del Código Civil), sino que deben retornar al fiduciante, pues de otro modo se violaría la prohibición de que el fiduciario adquiera para sí los bienes fideicomitidos (art. 7, ley 24.441).

El plazo máximo de 30 años se prevé solamente para el dominio fiduciario (art. 4º, inciso c), pero debe considerarse extendido también a

la propiedad fiduciaria, es decir tratándose de bienes que no son cosas, ya que la diferencia no tendría sentido ni razonabilidad, como se expresó "supra" (punto 4.).

La prohibición del art. 7 es demasiado rígida (el fiduciario no puede adquirir para sí los bienes fideicomitidos -sin excepciones-). Recordar lo dispuesto al respecto por el Código Civil de Quebec (1991). Imagínese el caso ya expuesto de un propietario de lotes, cuyo dominio fiduciario transmite a un banco (fiduciario), para que edifique sobre ellos una finca, dividiéndola después en propiedad horizontal (ley 13.512), adjudicándole al fiduciante una o más unidades en pago de su transmisión. En tal supuesto no podría el fiduciario adjudicarse unidades en pago de sus inversiones, lo que podría malograr el negocio, no siendo justa ni razonable esa solución, contraria al interés general, obligando a recurrir a negocios complementarios e intervenciones de terceros, que permitan obviar la prohibición legal, que aparece de tal manera como incongruente. Los riesgos que quisieron obviarse con dicha prohibición, pudieron soslayarse con otros medios -diversos- adecuados.

Cuando existe insuficiencia del patrimonio fiduciario, se dijo antes que el art. 16 de la ley, desechando la posible quiebra, autoriza al fiduciario a proceder a la liquidación del patrimonio fiduciario, entregando el producido a los acreedores respetando los privilegios previstos para la quiebra (art. 16). Reglamentación tan sumaria es totalmente insuficiente y debió normarse una más prolija y adecuada, para solucionar la grave y compleja situación que se contempla, sin intervención de los jueces.

La ley no ha previsto un problema de técnica jurídica evidente, que deberán suplir la doctrina y la jurisprudencia de los tribunales. El fiduciante, al constituir el fideicomiso y cumplirlo, pierde indudablemente el dominio y/o la propiedad de los bienes transferidos al fiduciario, los que salen de su patrimonio. Pero el fiduciario no adquiere el dominio pleno o perfecto, de las cosas recibidas, ni la propiedad plena de los otros bienes que integren el fideicomiso. A su vez cuando el fiduciario dispone de los bienes recibidos (art. 17) o los entrega al extinguirse el fideicomiso, a quien corresponda (art. 2662 del Código Civil y arts. 1, 26 y concs. de la ley), transmite el dominio pleno al adquirente, ya que no puede admitirse que tal adquisición se limite a un dominio o propiedad de carácter fiduciario. La ley, entonces, debió contemplar lo expuesto, pudiendo haber dispuesto en forma expresa (y no tácita como ante ese silencio habrá que interpretar) que el fiduciario quedaba investido de legitimidad substancial para disponer los bienes constitutivos del

patrimonio fiduciario, transmitiéndolos a quien resulte adquirente, en dominio o propiedad plenos. De ese modo queda salvada la objeción que surge del art. 3270 y sus concordantes del Código Civil, de que: "Nadie puede transmitir a otro sobre un objeto, un derecho mejor o más extenso que el que gozaba; y recíprocamente, nadie puede adquirir sobre un objeto un derecho mejor y mas extenso que el que tenía aquel de quien lo adquiere" ("Nemo dat quod non habet", decían los romanos -"Nadie da lo que no tiene"), principio que no rige para el adquirente y poseedor de buena fe de cosas muebles: arts. 2412 , 3271 y concs., del Código Civil).

10. Aplicaciones del Fideicomiso

Contemplemos brevemente algunas de las especies de fideicomisos cuya variedad tan generosa es el producto de la gran elasticidad de este instituto.

10.1. Fideicomiso de garantía

Puede reemplazar, con ventajas, a la hipoteca y a la prenda función de garantía de una deuda. Para ello el fiduciante transfiere un bien (por ejemplo, una cosa inmueble o mueble) en propiedad fiduciaria, garantizando una obligación que mantiene a favor de un tercero, con instrucciones de que, no pagada la misma a su vencimiento, el fiduciario procederá a disponer la cosa y con su producido neto desinterese al acreedor y el remanente líquido que restare, lo reintegre al fiduciante. En el respectivo contrato de fideicomiso se adoptarán todas las previsiones necesarias, incluyendo sobre la forma de acreditar la mora del fiduciante deudor para con su acreedor, beneficiario de la garantía. Se aprecia que de ese modo se evitan los trámites de ejecución judicial -v. gr., de la hipoteca-, con la rapidez y economía que ello supone, no olvidando que el bien fideicomitado queda fuera de la acción de los otros acreedores del fiduciante y de los que lo sean del fiduciario, dado que constituye un patrimonio separado. Por otra parte, queda fuera también del concurso de cualquiera de ellos (fiduciante y fiduciario), evitándose todo trámite de verificación -salvo la acción de fraude que se hubiere cometido respecto de los acreedores del fiduciante: art. 15 de la ley 24.441-.

No deja de advertirse, ante el silencio de la ley 24.441, que no trata ni regula las especies de fideicomiso ordinario, que queda pendiente de respuesta la pregunta sobre la naturaleza de la "garantía" que origina la que se analiza, y la del eventual privilegio que nazca de ella. Es evidente que no se genera un derecho real a favor del beneficiario o fideicomisario acreedor, como ocurre, por ejemplo, con la prenda o la hipoteca, teniendo aquél el derecho personal de exigir al fiduciario, en caso de incumplimiento del fiduciante deudor, que proceda a la venta o realización de los bienes o derechos fideicomitidos y con su producido se lo desinterese, pagándole su crédito. La efectiva y auténtica garantía, con el privilegio de cobro resultante, tendrían apoyo en las disposiciones de los arts. 14, primera parte, y 15 de la ley 24.441, pero no existen dudas que el problema debió y debe ser objeto de consideración y resolución legal, o por lo menos reglamentaria, correspondiendo dictar las normas pertinentes.

10.2. Fideicomiso de seguros

Las buenas intenciones del jefe de familia que contrata un seguro de vida para que el día que fallezca, su esposa e hijos reciban una suma importante que les permita una digna subsistencia, pueden malograrse si ocurrido el siniestro los beneficiarios de la indemnización que abone la Compañía aseguradora, administren mal lo recibido y en poco tiempo consuman el importe cobrado. Es una preocupación que nunca descarta quien contrata tal seguro, la que puede soslayarse por la vía de un fideicomiso debidamente constituido. El asegurado nombra como beneficiario a un banco u otra entidad financiera de su confianza, y contemporáneamente celebra con el mismo un contrato de fideicomiso, designándolo fiduciario del importe a percibir de la aseguradora, fijando su plazo y especificando todas las condiciones a las que debe ajustarse aquél en cumplimiento de los fines instruidos (inversiones a efectuar, beneficiarios de las rentas, destino final de los bienes, etc., etc.). Se trata de una variedad de fideicomiso que puede ser de suma utilidad, y con provecho para las entidades fiduciarias por las comisiones u otros ingresos que por su gestión convengan y perciban. Ha tenido gran desarrollo en México.

10.3. Fideicomisos inmobiliarios

Su amplitud puede ser, también, muy variada. Será muy útil utilizarlo en la ejecución de proyectos inmobiliarios que requieren la presencia de varias partes con intereses contrapuestos, cuya armonización y recíproca seguridad hace necesaria la presencia de una entidad que ofrezca una garantía suficiente a quienes participen de la operación. El banco u otra entidad financiera interviniente, en calidad de fiduciario, puede ser el punto de equilibrio entre las partes, que confiera la imprescindible confianza entre todas ellas. Póngase como ejemplo la construcción de un edificio con unidades a distribuir entre quienes resulten adjudicatarios bajo el régimen de la propiedad horizontal. Confluyen en el negocio intereses diversos, en conexión recíproca, como entidades que concedan créditos, constructores y arquitectos que realicen los trabajos, ingenieros y calculistas, entidades municipales que deban conceder los permisos y autorizaciones que correspondan, entidades de control ambiental, el o los propietarios del terreno donde se hará la construcción, escribanos que proyecten y otorguen oportunamente los instrumentos legales pertinentes, y su inscripción en los registros de ley, etc. La presencia de todos estos interesados logra conciliarse con ventaja, cuando una entidad financiera especializada ejerce la titularidad del inmueble, como propiedad fiduciaria y ofrece plena seguridad de que el negocio se desarrollará con respeto de todos los intereses involucrados y según lo convenido. Ya antes de dictada la ley 24.441 y aplicando el art. 2662 del Código Civil, hubo experiencias satisfactorias en la materia. Concéntrese la atención, para valorar la utilidad del sistema, en el caso común de un propietario del terreno y una empresa constructora que asume el compromiso de construir el edificio y desinteresando a aquél con unidades terminadas.

10.4. Recientes aplicaciones oficiales del fideicomiso

Al respecto pueden mencionarse:

Decreto 286 del 27.02.1995.

Constituye un Fondo Fiduciario para el Desarrollo Provincial con el objeto de asistir a los bancos de provincia sujetos a privatización y fomentar la privatización de empresas provinciales, por un plazo de 2 años, aprobando el convenio de fideicomiso a suscribir entre el Estado Nacional, como fiduciante, y el Banco de la Nación Argentina, como fiduciario, siendo beneficiarios las provincias o los bancos, total o

parcialmente de propiedad de las Provincias que resulten elegibles, cuyo texto se agrega en Anexo al Decreto.

Decreto 445 del 28.03.1995.

Crea el Fondo Fiduciario de Capitalización Bancaria, con el objeto, relacionado con entidades financieras, de suscribir e integrar aportes de capital u otorgar préstamos, comprar y vender acciones, adquirir activos y realizarlos, y cumplir las gestiones y transferencias que le encomiende el Banco Central de la República Argentina. Prevé la suscripción del pertinente contrato de fideicomiso, a suscribirse entre el Estado Nacional y el Banco de la Nación Argentina. Modifica además el contrato de fideicomiso aprobado por el Dec. 286/95 incluyendo entre los beneficiarios a la Capital Federal y a los bancos total o parcialmente de propiedad de los municipios que resulten elegibles.

Ley 23.696 (reforma del Estado).

En su Capítulo III (arts. 21 a 40), organiza un "Programa de Propiedad Participada", para adquirir el capital accionario de empresas y sociedades declaradas sujetas a privatización. En los arts. 34 y 35 alude a un "banco fideicomisario" (en realidad sería el fiduciario, conforme a la terminología de la ley 24.441).

Decreto 585 del 31.05.1996.

Reglamentando el auto-seguro en el sistema de la ley de riesgos de trabajo (24.557). En su art. 2º. prevé, con detalles, la celebración de un contrato de fideicomiso, actuando como fiduciario una entidad bancaria habilitada para recibir inversiones de las Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones (AFJP).

II.II. FIDEICOMISO FINANCIERO

11. El mercado de capitales

El mercado de capitales al que también se lo conoce como mercado de valores es el vehículo financiero que permite al Estado y a los particulares hacerse de capitales a mediano y largo plazo.

El mercado de capitales sumado al mercado de dinero integrado por el sistema bancario y el financiero no institucionalizado, configuran el mercado financiero, en el cual se invierten los ahorros que se derivan a los créditos de todo tipo. Así, entidades financieras, fondos de pensión, sociedades de bolsa, agentes de mercado, son los canales a través de los cuales se movilizan los recursos dinerarios, mediante instrumentos aptos como las acciones, los títulos de deuda, las cuotapartes de fondos y los contratos de futuros y opciones.

En la Argentina la oferta pública de títulos valores está regulada por la ley 17.811 que es la que ha creado la autoridad que ejerce la superintendencia, es decir, la Comisión Nacional de Valores, y regula la organización y funcionamiento de las bolsas de comercio y mercados de valores, así como la actuación de las personas que intervienen en la compra y venta de títulos valores. Al regular sólo la oferta de valores realizada por personas físicas o jurídicas privadas, no caen dentro del ámbito de su competencia la oferta pública de títulos valores emitidos por la Nación, las provincias, las municipalidades, los entes autárquicos y las empresas del Estado.

La oferta pública, entonces, viene a constituirse en una especie de respaldo que el Estado otorga a los títulos valores a través de la actuación de la Comisión Nacional de Valores, con el objeto de que el inversor esté en condiciones de conocer la capacidad económica y administrativa de la entidad emisora, de modo de asegurarle ciertas condiciones de seguridad.

A esta oferta a través de la emisión de títulos valores, le acompaña la *oferta secundaria* comprensiva de las sucesivas transmisiones o negociaciones del título con intervención de los agentes de bolsas o de mercado abierto. Este mecanismo secundario le otorga a la emisión un atractivo adicional por la posibilidad de obtener una rápida realización de la inversión, dependiendo su mayor o menor facilidad de realización de las características del título.

12. La securitización

La *securitización* es una transformación de activos ilíquidos en títulos valores negociables. Consiste en reunir y reagrupar un conjunto de activos crediticios, con el objeto de que sirvan de respaldo a la emisión

de títulos valores o participaciones para ser colocadas entre inversores. Los créditos de esos activos quedan incorporados a los títulos que, a su vez, están garantizados por los activos subyacentes. Estos títulos valores son, por definición, negociables en un mercado secundario.

"Securitizar" una obligación es representarla con un título. Nótese que no toda técnica de financiamiento mediante títulos valores conlleva la característica de transformar activos inmovilizados en activos líquidos. Tal es el caso, por ejemplo, de las obligaciones negociables, ya que en ellas, aún cuando el objetivo perseguido es la obtención de recursos, la garantía de repago está localizada en la solvencia económica del emisor y no en el activo que ha de servir de respaldo a la emisión, como ocurre, en cambio, con la securitización, lo que le da a ésta particulares características.

El fenómeno de la globalización a nivel mundial ha creado el escenario propicio para el desarrollo de la securitización, al incorporar nuevos instrumentos en las economías de cada país. La securitización, como herramienta que trasciende las fronteras, impulsa el crecimiento del mercado de capitales al transformarse en una alternativa más barata para acceder a los recursos financieros.

Esta alternativa de financiamiento viene a modificar sustancialmente el sistema tradicional de financiación en el que las entidades financieras intermediaban en la oferta y demanda de dinero, profundizándose la tendencia actual a la desintermediación, ya que la securitización pone en contacto directo a los inversores con los tomadores de dinero. En este mercado, el banco media pero no asume el riesgo crediticio ya que la contingencia queda en cabeza del tenedor final del título.

En este nuevo escenario la banca de inversión viene a desplazar a la banca comercial tradicional, quedando reservada a la banca minorista la actividad orientada al otorgamiento de créditos personales o de consumo.

En este marco, es posible la especialización de la banca minorista, optando unas entidades por operar preferentemente como entidad depositaria, en tanto las otras por especializarse en la actividad prestamista. Así, las primeras reciben depósitos y los invierten en títulos valores respaldados por los préstamos otorgados por las segundas.

El proceso de sustitución de activos ilíquidos por activos disponibles coloca a quien inicia el proceso de securitización (el que arma el paquete de activos crediticios) en una mejor situación financiera al darle un valor de mercado a créditos que antes no lo tenían, al posibilitar que activos no endosables sean transmisibles en el mercado secundario, y si se tratase de una entidad regida por la ley de entidades financieras, le proporciona la ventaja de mejorar la ecuación de patrimonio técnico por los activos calificados por su nivel de riesgo, conforme con las Normas de Basilea de aplicación obligatoria, pues un mayor nivel de riesgo de esos activos se corresponde con una mayor exigencia patrimonial. A través de la securitización la entidad financiera elimina de su activo los créditos titulizados incrementando su capacidad de otorgamiento de nuevos créditos.

A las entidades con alto grado de inmovilización de sus carteras o largos plazos de amortización, les permite adquirir capacidad prestable. Agrégase la posibilidad de resolver el problema de liquidez por descalce originado en la toma de fondos a corto plazo contra la financiación a mayores plazos.

Otra ventaja de la securitización consiste en que en estos títulos valores respaldados por activos, la calificación del riesgo se practica respecto del título como tal y de los activos subyacentes, con independencia de la calidad de quien sea el originante y las vicisitudes de su actividad empresarial.

Si se quisiera aún mejorar la calidad del activo securitizado para hacer más atractiva la emisión, puede apelarse a ciertas técnicas como agregarle el aval de originante, o la constitución de fianzas, seguros de caución o el compromiso del originante de reemplazar los créditos impagos por otros de similar naturaleza.

El capital extranjero puede estar mejor dispuesto a invertir en un proyecto de inversión garantizado por un activo aislado del riesgo país, facilitándose la entrada en jurisdicción nacional de recursos provenientes del exterior.

En nuestro país los vehículos utilizados para destinarlos a la securitización son el fideicomiso financiero y los fondos comunes de inversión, a los cuales suele agregarse a las sociedades de objeto específico. Estas últimas, sin embargo, en sí mismas no producen el efecto de separar el activo cedido del suyo propio, debiendo apelar,

entonces, para crear un patrimonio separado del suyo que aísle el riesgo crediticio, al fideicomiso financiero o a la constitución de fondos comunes de inversión.

13. Categorías de títulos valores respaldados con activos

Los títulos valores como papel representativo que cuenta con el respaldo de activos se conocen con la denominación de *Asset Backed Securities*. Dentro de esta categoría general se inscriben también los certificados de participación de beneficios en condominio indivisibles.

A partir de esta categorización genérica se han desarrollados diferentes tipos de títulos valores respaldados con activos que se diferencian entre sí en razón de las diferentes características de cada negocio, que le impone a la ingeniería financiera la necesidad de adecuar el proyecto a cada caso puntual.

Se conocen en el ámbito internacional tres tipos básicos de securitización, a saber: el *pass through*, el *asset backed bond*, y el *pay through*. Veamos las características de cada uno de ellos.

Pass through

Los créditos son transmitidos del originador u original acreedor por lo general en fideicomiso a un fiduciario mediante venta, cesión o endoso (dependiendo la modalidad de la transmisión del tipo de crédito). El fiduciario emite certificados de participación para colocarlos entre los inversores. El originador, se desprende de sus créditos y, por lo tanto, desaparecen de su activo, en tanto que en su patrimonio no inciden como pasivo los títulos de deuda representados por los certificados. Estos certificados son representativos de una participación en la propiedad de los activos y de su renta que forman un patrimonio separado, del cual disfrutan los beneficiarios (inversores) del fideicomiso.

En esta variante, normalmente el acreedor original mantiene para sí la administración del agrupamiento de activos cedidos, percibiendo por ello una comisión.

Los pagos de los deudores de los créditos cedidos se depositan en una cuenta del fideicomiso, destinándose esos fondos a pagar en primer

lugar los servicios de intereses y la amortización de los certificados de participación y, luego, los gastos. de administración.

Asset Backed Bond

La diferencia básica con el *pass through* es que se emiten títulos de deuda, permaneciendo los créditos afectados en garantía en el activo del emisor, en tanto los títulos integran su pasivo. En esta figura, a diferencia del caso anterior, los servicios de intereses y administración se satisfacen de los ingresos globales del emisor, sin afectación específica de la recaudación proveniente de los créditos afectados en garantía, la que se confunde con los otros ingresos. En una estructura de este tipo la mayor o menor solvencia del emisor influye en la decisión de los inversores, por cuyo motivo aquí se ve obligado a ofrecer y mantener garantías a satisfacción durante el plazo de duración de los títulos, pudiendo utilizarse en garantía de la emisión préstamos hipotecarios, prenda de automotores, leasings mobiliarios e inmobiliarios, entre otros.

Pay throughs bonds

Esta estructura financiera combina elementos de los dos anteriores. Los créditos son transmitidos por el acreedor original, pero los títulos emitidos se muestran como pasivo en su patrimonio. Se diferencia de los *asset backed bond* en que la atención de los intereses y amortizaciones se pagan con los fondos producidos por los créditos cedidos.

En la fuente proveedora de los recursos con los que se pagan los servicios al inversor, es decir, la recaudación obtenida de los pagos efectuados por los deudores de los créditos transmitidos, es en donde se asemeja este tipo de financiación con el *pass throughs*.

14. Sujetos en el proceso de securitización

14.1. Sujetos necesarios

En el proceso de securitización se destaca nítidamente la presencia de ciertos sujetos, sin cuya intervención no se daría la estructura de este instrumento financiero. Ellos son los siguientes:

originador

Es el que agrupa los créditos a transmitir en su condición de acreedor original de tales activos. Generalmente el originador mantiene para sí la administración de los créditos cedidos percibiendo por ello una comisión. En tal carácter recibe el nombre de *servicer*.

El interés del originador en lanzarse a un proceso de securitización puede estar dado por la circunstancia de no contar con la posibilidad de obtener créditos por las vías convencionales, o por carecer de la capacidad necesaria para ocurrir a la oferta pública a través de la emisión de sus propios títulos. Los activos transmitidos que respaldan la emisión serán aquellos créditos susceptibles de ser cedidos fácilmente y oponibles inmediatamente frente a terceros, homogéneos entre sí y de un volumen significativo que justifique la securitización.

administrador (servicer)

Es quien administra la cartera de créditos, efectuando la cobranza de los activos transmitidos. Puede ser el mismo originador o un tercero designado al efecto. Suministra información periódica al *vehículo o emisor (issuer)* también denominado *fiduciario* y a los tenedores de los títulos y certificados de participación, acerca de todo aquello que resulte de su interés. Entre las funciones que le competen se inscribe la persecución de los deudores morosos de la cartera administrada.

vehículo o emisor (issuer) o fiduciario

El objetivo al cual apunta la figura del fiduciario es la de mantener aislado a los activos que han de garantizar la emisión de los títulos. Para ello el originador transmite en calidad de venta, cesión o endoso los papeles securitizados al fiduciario, el que los incorpora a un patrimonio independiente del suyo propio, quedando así, protegidos de los riesgos emergentes de la gestión empresarial de aquél.

El fiduciario se encuentra, pues, situado entre el originador y los inversores recibiendo los activos a titular y emitiendo los títulos o certificados garantizados por esos activos.

tomador / colocador (underwriter)

Es una entidad financiera, banco de inversión o agente bursátil, que a través de un contrato de "underwriter" celebrado con el emisor coloca los títulos valores en la oferta pública o privada. En la oferta pública

el *underwriter* suscribe los títulos para revenderlos o bien conservarlos en su cartera, en tanto que en la oferta privada actúa como intermediario. La actuación del *underwriter* presupone de su parte un conocimiento especializado que le habrá de permitir realizar una ingeniería financiera, a partir de un estudio del mercado que favorezca la colocación de los títulos.

inversor

Es el ahorrista que adquiere los títulos valores respaldados por los activos transmitidos en fideicomiso.

14.2. Sujetos secundarios

depositario

Puede ser tanto el propio originante o un tercero o el "*vehículo, emisor o fiduciario*" *quien puede reservarse la tarea.*

garante

Normalmente son entidades financieras que ofrecen su garantía como respaldo de la emisión de los títulos, constituyéndose así, en un refuerzo adicional a la calidad de los activos titulizados.

15. La securitización en la Argentina

En respuesta a la inserción de nuestro país en el mundo globalizado y con el propósito de facilitar financiamiento a la actividad productiva, disminuyendo costos del crédito y alargando los plazos de amortización, se introdujo la securitización en la legislación para ser aplicada a un proceso de movilización de créditos que abastezca al mercado de capitales y, a través de él, al proceso productivo. La tendencia a la securitización en la Argentina reconoce su origen en el año 1991, cuando a nivel oficial se planteó la urgencia de actuar sobre el mercado de capitales impulsando su crecimiento, lo que trajo aparejado, simultáneamente, la necesidad de adecuar la legislación nacional con el

objeto de definir las formas jurídicas y condiciones formales que hicieren viable una estructura financiera de este tipo.

Los obstáculos que debieron sortearse para implementar el instituto de la securitización para hacerlo factible prácticamente estaban instalados básicamente en nuestro régimen jurídico sustantivo y en nuestro sistema tributario.

Desde el punto de vista del régimen jurídico común encontramos claras disposiciones en el Código Civil (art. 1459) en punto a la transmisión de los créditos, con excepción de los títulos valores, que exige la notificación al deudor cedido o la aceptación de la transferencia por parte de éste para que el cesionario pueda oponer frente a terceros los derechos recibidos por la cesión. A ello se agrega la previsión del art. 1474 del mismo código respecto a la posibilidad de que el deudor cedido opusiera al cesionario las excepciones que pudiere hacer valer contra el cedente, con la sola excepción de la compensación. La ley 24.441 de fideicomiso incorpora (art. 70, 71 y 72) excepciones en favor de la titulización con el fin de soslayar los obstáculos señalados.

Estas son sólo algunas trabas que debieron sortearse en lo atinente al régimen jurídico sustantivo, a las cuales se agregaron las de carácter tributario, que el legislador pretendió neutralizar mediante el dictado de la ley 24.441. Esta norma legal busca facilitar la transmisión de créditos y, además, proteger al inversor mediante la introducción de una nueva estructura financiera, la del *fideicomiso financiero*, circunscribiendo el riesgo a la calidad del activo titulado y sin hacerlo extensivo a la capacidad económica del originante o cedente de los créditos.

Por otra parte, la ley 24.441 hubo de tener en cuenta la experiencia internacional en la materia, especialmente el conocimiento que el inversor extranjero posee acerca de las estructuras financieras utilizadas, con el objeto de respetar los modelos con los que éste se encuentra más familiarizado para facilitar la colocación de los títulos en el exterior.

16. El fideicomiso financiero en la ley 24.441

El art. 19 de la ley 24.441 lo define así: " 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 beneficiarios son los titulares de certificados de participación en el dominio fiduciario o de títulos representativos de deuda garantizados con los bienes así transmitidos".

En el marco de la ley 24.441 el fideicomiso financiero es tratado como una especie del género fideicomiso, estableciendo que le son de aplicación las reglas generales previstas en la misma ley ("sujeto a las reglas precedentes"). El fideicomiso financiero, entonces, se encuentra sujeto a todas las reglas aplicables al fideicomiso general con las modificaciones específicas que se establecen a su respecto.

Una característica esencial del fideicomiso financiero es que el fiduciario debe, necesariamente, ser una entidad financiera o una sociedad especialmente autorizada por la Comisión Nacional de Valores para actuar en tal carácter.

La Comisión Nacional de Valores es la autoridad de aplicación respecto del fideicomiso financiero (art. 19, ley 24.441), estando a su cargo dictar las normas reglamentarias pertinentes.

En la definición del art. 19 no se menciona al fiduciante pero la expresión final referida a "los bienes así transmitidos", permite inferir su existencia, ya que, según la ley, debe mediar una transmisión fiduciaria de bienes, la que ha de estar a cargo de un fiduciante. Esta circunstancia no le quita al contrato su carácter de consensual.

Dicha omisión ha sido salvada por la Comisión Nacional de Valores mediante el dictado de las Res. Grales. 290/97 y 296/97 al conceptualizar a esta figura especial, diciendo: "Habrá contrato de fideicomiso financiero cuando una o más personas (fiduciante) transmitan la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (fiduciario) quien deberá ejercerla en beneficio de titulares de los certificados de participación en la propiedad de los bienes transmitidos o de titulares de títulos representativos de deuda garantizados con los bienes así transmitidos (beneficiarios) y transmitirlo al fiduciante, a los beneficiarios o a terceros (fideicomisarios) al cumplimiento de los plazos o condiciones previstos en el contrato". Nótese que en esta definición se hace especial referencia a los participantes del negocio, entre los cuales se menciona al "fiduciante".

De conformidad con el art. 19 de la ley 24.441 sólo pueden ser fiduciarios financieros las entidades financieras autorizadas a actuar como tales en

los términos de la ley 21.526 o las sociedades especialmente autorizadas por la Comisión Nacional de Valores. La facultad de cumplir "encargos fiduciarios" que originariamente (ley 18.061) le estaba reservada a los bancos de inversión y a las compañías financieras, se amplió para los bancos comerciales por la ley 21.526 al permitirles a esas entidades la realización de "todas las operaciones activas, pasivas y de servicios que no sean prohibidas por la presente ley por las normas que, con sentido objetivo dicte el Banco Central en ejercicio de sus facultades". Esta facultad se ve ahora confirmada y ampliada a partir de la actuación como fiduciarios financieros prevista en la ley 24.441.

La resolución general 290/97 introduce limitaciones de importancia en cuanto a las vinculaciones societarias que puedan existir entre el fiduciario y el fiduciante. Así, el art. 8 establece que "el fiduciario y el fiduciante no podrán tener accionistas comunes que posean en conjunto el diez por ciento (10 %) o más de capital del fiduciario y del fiduciante, o de las entidades controlantes del fiduciario o del fiduciante. El fiduciario tampoco podrá ser sociedad vinculada al fiduciante o a accionistas que posean más del diez por ciento (10 %) del capital del fiduciante".

Se procura con esta limitación mantener la independencia entre fiduciario y fiduciante a fin de no desdibujar la estructura básica de la figura superponiendo o confundiendo los roles que a cada uno le compete, y según la cual uno transfiere al otro la propiedad de los activos a título de confianza, en el marco de un contrato bilateral. Con esta limitación se sigue la orientación de la ley 24.441 que prohíbe la constitución unilateral de fideicomisos.

En general, por aplicación de las normas de derecho sustantivo, cuando se transmiten créditos, para que la cesión quede plenamente perfeccionada *erga omnes* es necesaria la notificación al deudor cedido o su aceptación, requiriéndose tanto para la notificación cuanto para la aceptación la forma del acto público. Este procedimiento, lento y oneroso, no se adecua a las características y necesidades del fideicomiso, lo que motivó que la ley 24.441, en su art. 70, admitiese una cesión oponible *erga omnes* sin necesidad de notificación, 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; y c) constituir el patrimonio de un fondo común de créditos.

El inciso a) precedente, en atención a la amplitud de sus expresiones, es en el que cabría incluir al fideicomiso financiero, quedando reservado el c) para la hipótesis de los fondos comunes de inversión, y el b) parece referirse al caso de una sociedad ya creada.

Para que sea posible prescindir de la notificación tal posibilidad debe haber sido prevista en el contrato que originó la obligación cedida. La exigencia de esta previsión contractual surge de la mención expresa en tal sentido que hace el art. 72 de la ley 24.441.

Los beneficiarios son los inversores o ahorristas que adquieren los títulos valores respaldados por los activos transmitidos en fideicomiso. Nótese que los beneficiarios sólo serán determinables en el momento en que ejerzan sus derechos incorporados a los títulos valores que se emitan, en razón de la naturaleza eminentemente circulatoria de los títulos. Nos encontramos con dos tipos diferentes de beneficiarios: uno, es el titular de "certificados de participación en el dominio fiduciario", el otro, es el titular de "títulos representativos de deuda" garantizados con los bienes así transmitidos.

La ley califica expresamente como títulos valores tanto a los certificados de participación cuanto a los títulos de deuda emitidos, determinando, así, el encuadre legal del cual participan.

Por interpretación analógica (art. 16, Cód. Civ.) a los certificados de participación corresponde aplicar las normas respecto de las cuotapartes de "copropiedad" de los fondos comunes de inversión (art. 1, ley 24.083), y a los títulos valores de deuda, las disposiciones de las obligaciones negociables (ley 23.576, modif. por la ley 23.962).

17. El contenido del contrato de fideicomiso financiero

Por ser una especie del género "fideicomiso general" la ley remite, en cuanto al contenido del fideicomiso financiero, a lo dispuesto en su art. 4, agregando a ese contenido genérico la exigencia de exhibir las condiciones de emisión de los certificados de participación o títulos representativos de deuda, con lo que viene a reemplazarse la individualización del beneficiario que se exige para el fideicomiso común y que en el financiero es inconveniente y, por ello, no exigible por la ley.

El contenido genérico del art. 4, debidamente adaptado a la estructura financiera por la que se opte, es el siguiente:

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

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

El plazo o condición a que se sujeta el dominio fiduciario, el que nunca podrá durar más de treinta (30) años desde su constitución

El destino de los bienes a la finalización del fideicomiso

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

La individualización del o de los fiduciantes, fiduciarios y fideicomisarios, si los hubiere

La identificación del fideicomiso

El procedimiento de liquidación de los bienes, frente a la insuficiencia de los mismos para afrontar el cumplimiento de los fines del fideicomiso

La rendición de cuentas del fiduciario a los beneficiarios

La remuneración del fiduciario.

Los términos y las condiciones de emisión de los certificados de participación y/o los títulos representativos de deuda (art. 20, ley 24.441)

Las denominadas condiciones de emisión son el producto de la voluntad unilateral del emisor de los títulos valores, aceptadas por adhesión por el adquirente originario de los títulos valores. La ley 24.441 no reglamenta el contenido de las condiciones de emisión, las que quedan sujetas a la libre voluntad del emisor, sin perjuicio de las facultades de la Comisión Nacional de Valores.

Teniendo en cuenta que las emisiones de títulos valores con oferta pública tienen como presupuesto la preparación del prospecto,

"documento básico a través del cual se canaliza la oferta pública de valores mobiliarios", cabe entender como condiciones de emisión a las siguientes:

Identificación del emisor

Títulos valores a ser ofrecidos (tipo, número y valor nominal)

Breve descripción de las características de los títulos valores ofrecidos, identificando los derechos de los acreedores

Calificaciones de riesgo y domicilio de la sociedad calificadora

Precio y período de suscripción

Forma de integración

Entidad autorregulada en la que cotizarán los títulos valores

Lista y domicilio de los agentes colocadores.

El art. 21 de la ley 24.441 dispone que los certificados de participación serán emitidos por el fiduciario, en tanto los títulos representativos de deuda garantizados por los bienes fideicomitidos pueden ser emitidos por el fiduciario o por terceros, según fuere el caso. La diferencia se explica por la disímil naturaleza de ambas estructuras financieras.

En efecto, en el caso de los certificados de participación (asimilables a las cuotapartes de copropiedad de los fondos comunes de inversión) se requiere la transferencia del dominio fiduciario de los activos securitizados al fiduciario y la emisión por éste de los títulos valores, cosa que no se plantea en los denominados "títulos representativos de deuda".

Los certificados de participación y los títulos representativos de deuda podrán ser al portador (en cuyo caso se transmiten por la mera tradición), nominativos endosables (transmisibles por endoso, requiriéndose el registro de la transferencia al efecto del ejercicio de los derechos del endosatario, art.215 in fine ley Soc.Com.), o nominativos no endosables (el registro de la transferencia es constitutivo respecto de terceros y de la sociedad, art. 215, primera parte, ley Soc.Com). Se prevé también que puedan ser escriturales conforme al art. 8 y concordantes de la ley 23.576, siendo en este caso su ley de circulación asimilada a la de los

títulos nominativos no endosables (art. 215, primera parte, de la ley de Soc.Com.).

El citado art. 21 prevé la posibilidad de que los certificados de participación estén representados por certificados globales, para su inscripción en regímenes de depósito colectivo, considerándose a tal fin definitivos, negociables y divisibles. Se omite igual posibilidad para los títulos representativos de deuda, lo que no parece tener real justificación, en especial si se tiene en cuenta que en el caso de las obligaciones negociables se admite la posibilidad de emitir certificados globales (art.30, ley Obl. Neg.).

18. Las modalidades de emisión de los títulos valores

Los certificados de participación, como títulos valores, constituyen un módulo conformado por un haz de obligaciones y derechos prefijados en las condiciones de emisión. Dicho módulo es susceptible de repetirse conformando así las "series" en que se divide la emisión. Serie viene a ser el tramo de títulos idénticos de una emisión y en que se divide por motivos de oportunidad, ya que es la porción que se considera colocable en un lapso determinado.

Cuando los títulos contienen derechos homogéneos dentro de una misma categoría, diferenciados de otros grupos de títulos valores, se habla de "clase".

El art. 22 permite la emisión en series y la división en clases, aunque literalmente sólo para los certificados de participación. Estamos frente a una omisión que no encuentra razón de ser, dándose en este caso la misma situación comentada precedentemente en cuanto a los certificados globales (art. 2, ley Obl. Neg., posibilita la emisión de clases o en series para las obligaciones negociables).

CAPITULO III

EL FIDEICOMISO Y EL FRAUDE

1. Advertencia preliminar

El contenido del presente capítulo, por su naturaleza y alcance, está referido a las consecuencias jurídicas derivadas del acto de transferencia de bienes realizado por el fiduciante a favor del fiduciario dentro del marco de un contrato de fideicomiso, que pueda ocasionar una disminución patrimonial del primero que comprometa la garantía de sus acreedores. El desarrollo conceptual y las definiciones que aquí se proponen tienen un amplio alcance desde el punto de vista de la condición de los acreedores perjudicados por dicho acto. Así, puede verse afectado tanto un acreedor particular cuanto el Fisco por las obligaciones que pesan sobre el fiduciante, sin que la calidad de ente público haga diferencia alguna respecto al ejercicio de la acción revocatoria del acto a que tiene derecho el acreedor, por cuyo motivo todo lo que a continuación se exprese es válido para los derechos emergentes de relaciones jurídicas privadas y también para los que nacen de relaciones jurídicas tributarias.

Dentro del marco de autonomía contractual, las partes generan recíprocamente derechos y obligaciones que no pueden prescindir del ordenamiento legal en vigencia. Este deber de observancia se extiende a la debida protección de los derechos de terceros, los que no pueden verse injustamente afectados por las estipulaciones contractuales que entre las partes pudieran establecerse. Dentro de los terceros señalados podemos hacer referencia al Estado, en cuanto sujeto activo de las relaciones fiscales, y por tanto acreedor al cumplimiento y cobro de los impuestos determinados por ley.

La observancia de las obligaciones constituye un imperativo tanto para los deudores cuanto para los terceros que por su culpa o dolo pudieran causar la frustración de los derechos del acreedor.

Es la acción revocatoria el instrumento legal que tiene el Fisco, como cualquier otro acreedor, para atacar el acto dañoso en fraude, con el objeto de recomponer la garantía patrimonial del contribuyente, habida cuenta la ausencia dentro del ámbito de la legislación tributaria de una previsión legal específica.

2. La propiedad fiduciaria

El fideicomiso es el negocio mediante el cual una persona trasmite la propiedad fiduciaria de ciertos bienes con el objeto de que sean

destinados a cumplir un fin determinado. En esta conceptualización genérica se destacan dos aspectos claramente definidos. Uno, la transferencia de la propiedad fiduciaria del bien; otro, un mandato de confianza.

Las partes del contrato de fideicomiso son dos: el "fiduciante", que es la persona que transmite los bienes; y el "fiduciario", que es quien recibe -adquiere- los bienes en propiedad fiduciaria. Ellos son las partes del contrato. Pueden existir en la figura legal otras dos personas como terceros interesados: el "beneficiario", quien percibe los beneficios que produzca el ejercicio de la propiedad fiduciaria por el fiduciario, y el "fideicomisario", como el destinatario final de los bienes fideicomitidos. Estos últimos no son partes del contrato quedando sus respectivas posiciones jurídicas amparadas por las estipulaciones a favor de terceros del art. 504 del Código Civil.

Al no integrar los bienes transmitidos el patrimonio personal del fiduciario, la ley 24.441 les da el carácter de "patrimonio separado". En efecto, el art. 14 expresa: "Los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario y del fiduciante". La mención del segundo (el fiduciante) en realidad está demás, pues si el fiduciante transfirió los bienes al fiduciario, los mismos ya no forman parte de su patrimonio, dado que han salido de él.

Los arts. 15 y 16 complementan el sistema, disponiendo que los bienes fideicomitidos están fuera de la acción de los acreedores del fiduciario (singular o colectiva), del fiduciante y del beneficiario. La ley deja a salvo la acción de fraude.

Como complemento de lo expuesto, el art. 16 de la ley dispone que los bienes del fiduciario no responden por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso "las que sólo serán satisfechas con los bienes fideicomitidos", con la salvedad de que "el contrato no podrá dispensar al fiduciario de la ... culpa o dolo en que pudieren incurrir el o sus dependientes ..." (art. 7), en cuyo caso responde personalmente de los daños y perjuicios causados.

La transferencia fiduciaria de los bienes es el medio o vehículo para alcanzar los fines previstos y no un fin en sí mismo. La transferencia de la propiedad es a "título de confianza", en razón de que la transmisión se realiza porque el fiduciante confía en el fiduciario para encomendarle un encargo determinado. La transferencia fiduciaria no es onerosa porque el

fiduciario no le da nada a cambio del bien al fiduciante y tampoco es gratuita, porque éste no le regala la propiedad a aquél, quien la recibe sólo para ejecutar el encargo.

El carácter a título de confianza de la transmisión de los bienes fideicomitidos no debe confundirse con el carácter que pueda tener el contrato mismo de fideicomiso. En efecto, este será oneroso o gratuito en función de que el fiduciario reciba o no una retribución por su gestión. En este caso, en ausencia de una manifestación expresa en tal sentido, el art. 8 de la ley 24.441 presume su onerosidad, delegando en el juez la medida de la retribución.

Una característica de la propiedad fiduciaria es su transitoriedad ya que la misma está restringida a que el fiduciario la retransmita en cumplimiento del encargo de que el bien sea entregado al fiduciante, al beneficiario o a un tercero, dándose, así, por extinguido el carácter fiduciario del bien con ese nuevo traspaso.

3. Contratos en fraude de los acreedores

Hemos visto que la transferencia de los bienes por el fiduciante a favor del fiduciario impide que los acreedores puedan agredirlos, quedando dichos bienes protegidos de cualquier acción persecutoria, salvo la acción de fraude para los acreedores del fiduciante.

La excepción a la oponibilidad de la transferencia de los bienes a los acreedores del fiduciante cuando mediere una acción de fraude, nos conduce a las prescripciones del artículo 961 y siguientes del Código Civil, Capítulo II, del Título II (Del fraude en los actos jurídicos), Sección 2da. libro II.

La idea del fraude a los acreedores se relaciona con los actos realizados por el deudor cuya consecuencia es la afectación de su patrimonio en detrimento de los créditos de aquellos concedidos con anterioridad, y por cuya causa se provoca o agrava su insolvencia.

La disminución patrimonial que compromete su garantía es el fundamento que les permite a los acreedores "demandar la revocación de los actos celebrados por el deudor en perjuicio o fraude de sus derechos" (art. 961, Cód. Civ.).

La acción pauliana, de fraude o revocatoria tiene por finalidad, pues, instar la ineficacia del contrato haciéndolo inoponible al acreedor que la ejercita, permitiéndole ejecutar su crédito sobre el bien que fuera objeto de la transferencia fraudulenta, mediante el mecanismo de devolución del bien al patrimonio del deudor para, una vez allí, agredirlo.

Para ejercer la acción pauliana o de fraude, conforme con el art.962 del Cód. Civ., es menester que el deudor se halle en estado de insolvencia, el cual se presume desde que se encuentra fallido. Además, que el perjuicio de los acreedores resulte del acto mismo del deudor, o que antes ya se hallase insolvente. Y, finalmente, que el crédito, en virtud del cual se intenta acción, sea de una fecha anterior al acto del deudor.

La insolvencia es la incapacidad de pagar las deudas por el desequilibrio patrimonial del deudor. Ese estado que aparece visible frente a un patrimonio negativo, es decir, cuando el pasivo supera al activo del deudor, puede presentarse, sin embargo, en situaciones de aparente equilibrio patrimonial. Es decir, cuando los bienes activados contablemente, por su especial naturaleza, no constituyen suficiente garantía para los acreedores. La disminución patrimonial, en tal caso, no surge de la comparación contable del activo con el pasivo, sino de la constatación de que el verdadero valor del bien sea equiparable con el importe exteriorizado en los registros contables del deudor. Puede darse también una situación de insolvencia si el bien activado no puede garantizar eficazmente las obligaciones contraídas en razón, por ejemplo, de que el mismo sea ilíquido en el corto plazo, impidiendo que los acreedores puedan satisfacer su acreencia en los plazos estipulados.

Nótese, en efecto, que los negocios en fraude de los acreedores guardan relación con la composición del patrimonio, la capacidad patrimonial, los bienes que lo integran, presentes y futuros; los poderes jurídicos, derechos y simples facultades, los derechos actuales y los eventuales, las expectativas; los elementos pasivos del patrimonio; y, por otra parte, la libertad de gestión patrimonial. Cuando la situación del deudor es de insolvencia o próxima a ella, aumenta el derecho de "control" de los acreedores insatisfechos sobre su "gestión".

El patrimonio del deudor constituye la garantía común de las deudas que lo gravan. Este principio emana de las soluciones particulares que el propio Código Civil ofrece al permitirle a los acreedores atacar el patrimonio del deudor con la finalidad de hacer efectivos sus créditos (arts. 505, 3922). La garantía común puede disminuirse y deteriorarse en

perjuicio de los acreedores como consecuencia de la incuria, desidia o negligencia con que actúe el deudor. El remedio que ofrece la ley civil es que los bienes vuelvan a su estado anterior con el objeto de reconstruir aquella garantía, mediante la acción revocatoria o de fraude, pero sólo en beneficio del acreedor que obtiene la inoponibilidad.

Incluso los negocios que bajo la apariencia de un cambio equitativo, se realizan con la intención de incorporar al patrimonio bienes, como el dinero, de fácil ocultamiento, pueden celebrarse en fraude. Es claro que en tales casos, por tratarse de negocios onerosos, donde existe equilibrio entre las prestaciones, el juez ha de ser severo en la exigencia de la prueba de la complicidad fraudulenta del adquirente.

El perjuicio del acreedor puede sobrevenir, entonces, no sólo de negocios a título gratuito, pues también puede resultar dañado en otras hipótesis, como cuando se transforma un valor patrimonial accesible en un valor inaferrable u ocultable y disimulable, empobreciendo la hacienda del deudor.

Obviamente, no toda disminución patrimonial puede necesariamente originar perjuicio a los acreedores, dado que si tal reducción no deteriora la garantía general subsistente en el activo del deudor, el negocio celebrado no es causal de insolvencia.

La impugnación del contrato de transferencia de bienes a través de la acción de fraude no es un remedio legal que exija para la promoción de la acción que se haya configurado el estado de cesación de pagos como condición o exigencia para la apertura del concurso preventivo. En efecto, la cesación de pagos con el pretendido propósito de provocar la apertura del concurso debe tener características de permanencia y generalidad, no configurándose frente a inconvenientes pasajeros u ocasionales. El estado de insolvencia no se verifica necesariamente por la cesación de pagos. Ello puede o no darse. Es suficiente, en cambio, que se demuestre el empobrecimiento patrimonial que coloca al deudor en estado de insolvencia aún cuando no pueda acreditarse la concurrencia de la cesación de pagos.

Si el acto del deudor insolvente que perjudicase a los acreedores fuese a *título gratuito*, puede ser revocado a solicitud de éstos, aún cuando aquél a quien sus bienes hubiesen pasado, ignorase la insolvencia del deudor (art. 967, Cód. Civ.).

La revocación de un acto a título gratuito no exige la concurrencia de la complicidad del tercero, por cuya razón la mera existencia de "perjuicio" en contra de los derechos del acreedor será suficiente para promover la acción, sin necesidad de acreditar la "mala fe" del adquirente.

En cambio, *siempre* que el acto del deudor insolvente se haya celebrado a título *oneroso*, para que el mismo pueda ser revocado se exige, además de la condición de que el deudor haya querido defraudar a sus acreedores (lo que se presume por su estado de insolvencia), que el tercero con el cual haya contratado haya sido *cómplice* en el fraude, presumiéndose tal complicidad por el conocimiento que tenía del estado de insolvencia del deudor al momento de tratar con él.

La acción pauliana la deduce el acreedor contra el deudor y el tercero conjuntamente pues en el negocio fraudulento intervienen ambos, y a ellos habrá de afectar la sentencia que declare la procedencia de la acción. En tal caso, al revocarse el contrato el deudor se verá privado de oponerle al acreedor impugnante, debiendo soportar ulteriores eventuales acciones ejecutivas por parte de este sobre la base del bien restituido como garantía de su acreencia. La acción deja de ser procedente si el deudor pudiere demostrar que los bienes subsistentes luego del contrato son suficientes para satisfacer el derecho del acreedor, desvirtuando así el estado de insolvencia. El tercero adquirente, por su parte, como consecuencia de la acción, sufrirá la pérdida total o parcial del bien adquirido y de los respectivos frutos (art. 971, Cód. Civ.) o bien, deberá indemnizar al acreedor de los daños y perjuicios (art. 972, Cód. Civ.).

4. El fideicomiso y el fraude

La transferencia fiduciaria de bienes en favor del fiduciario podría, en determinadas circunstancias, constituirse en el paso previo al estado de cesación de pagos como presupuesto de la insolvencia del deudor, la que en doctrina se conoce como "el estado de un patrimonio que se manifiesta impotente para afrontar el cumplimiento de las obligaciones exigibles". Sin embargo, dicho estado de cesación de pagos no es exigencia para configurar el fraude a los acreedores, en tanto y en cuanto este último deviene del ejercicio fraudulento por parte del deudor de sus propios derechos o facultades en perjuicio de aquellos. El derecho trata de proteger el patrimonio del deudor como garantía de las deudas que lo

gravan, a través de la acción revocatoria o pauliana, acción típicamente conservatoria cuya finalidad es mantener incólume el derecho de garantía del acreedor, preparando la vía para la ejecución forzosa.

En el contrato de fideicomiso, atento a que la transferencia no se realiza al fiduciario ni a título gratuito ni a título oneroso, sino a título "de confianza", la calificación del acto a los fines de su encuadramiento en el capítulo 2, del título II, Sección 2da, libro II, del Código Civil, amerita una hermenéutica que tenga en cuenta la intención del codificador. En efecto, el capítulo destinado a tratar del "fraude en los actos jurídicos" aporta soluciones en relación con los actos a título gratuito (art. 967) y a los actos a título oneroso (art. 968), sin que haya previsto expresamente tratamiento alguno en relación con los actos celebrados a título de confianza. La ausencia de prescripción explícita acerca de estos últimos, en nuestra opinión, conduce al intérprete a llenar el vacío legal teniendo en cuenta las especiales características del contrato de fideicomiso.

El fiduciario es quien, como adquirente de la propiedad fiduciaria de los bienes fideicomitidos reviste, ante los acreedores del fiduciante, la calidad de "tercero" a los fines del ejercicio de la acción de fraude.

Atento a que la transferencia 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. Civ., antes mencionado.

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, que prescribe: "si la persona a favor de la cual el deudor hubiese otorgado un acto perjudicial a sus acreedores, hubiere transmitido a otro los derechos que de él hubiese adquirido, la acción de los acreedores sólo será admisible, cuando la transmisión de los derechos se haya verificado por un título gratuito. Si fuese por título oneroso, sólo en el caso que el adquirente hubiese sido cómplice en el fraude".

5. La transferencia fiduciaria y el perjuicio de los acreedores.

La transferencia fiduciaria puede importar o no una disminución del patrimonio del deudor que comprometa su garantía ante los acreedores. En efecto, la misma puede realizarse con el propósito de que el bien pase finalmente, vía fideicomiso, a un tercero beneficiario a título gratuito o, por el contrario, que el negocio subyacente del fideicomiso lo constituya la venta del bien por parte del fiduciario contra el pago de la contraprestación correspondiente (negocio subyacente oneroso). En este último caso, el fiduciante/beneficiario percibiría la suma equivalente al precio del bien en ocasión en que el fiduciario realice la venta o, en su defecto, si el encargo no ha podido concretarse, obtendrá la devolución del mismo al concluir el plazo de vigencia del fideicomiso.

La transferencia subyacente a título gratuito, indudablemente, provoca la disminución patrimonial del fiduciante, la que habrá de valorarse en función del patrimonio residual del deudor que subsista luego de la celebración del contrato de fideicomiso, a fin de constatar si el activo subsistente es suficiente para afrontar el pago de los pasivos.

En el caso que se utilice el fideicomiso como vehículo para enajenar el bien, a pesar de que exista la contraprestación en caso de venta, deberá meritarse si el plazo durante el cual dicho bien habrá de permanecer fuera del patrimonio del fiduciante hasta tanto se produzca su venta efectiva o su reincorporación por no haberse concretado la misma, produce algún perjuicio al acreedor. Esto así, en razón de que se sustituye el bien cedido por un derecho personal a favor del fiduciante, cuya naturaleza dependerá de las características del fideicomiso.

En esta hipótesis, para los acreedores del fiduciante la composición del activo como garantía genérica de sus acreencias ha cambiado. En efecto, antes de la celebración del contrato de fideicomiso tenía el respaldo, tal vez, de un bien líquido o liquidable a corto o mediano plazo y, después del contrato, se encuentra con aquel derecho personal que lo reemplaza, el cual no puede ser agredido pues no es aún exigible, estando por ello, inhibido de ejecutar su crédito sobre el nuevo bien.

En tal supuesto, y siempre que el acreedor pudiera demostrar que ha sufrido un perjuicio, en razón de que los bienes restantes no permitirían solventar las deudas que mantiene el deudor con sus acreedores, aquél se encontraría legitimado para el ejercicio de la acción revocatoria o de fraude impugnando el acto a fin de provocar la ineficacia del mismo para que sus efectos le sean inoponibles.

6. La responsabilidad del fiduciario

Hemos visto que el acreedor perjudicado por una transferencia fiduciaria no tendría necesidad de demostrar la complicidad del fiduciario para el progreso de la acción de fraude.

Sin embargo, la mala fe o la culpa incurrida por quien se constituya, como fiduciario, en titular de los bienes transmitidos al celebrar el fideicomiso, puede generarle responsabilidades específicas por los perjuicios que ella pudiera ocasionar a terceros, conforme los alcances derivados de la aplicación de los principios generales vigentes en la materia, las que exceden en este aspecto el estrecho marco de la acción de fraude (Arts. 1077, 1078, 1109 y concordantes del Código Civil).

Aludimos aquí a la responsabilidad previa que pesa en cabeza del sujeto al momento de celebrar el fideicomiso, sin considerar a este efecto la posterior, es decir, emergente de su actuación como fiduciario dentro del marco de ejecución del fideicomiso (Ley 24441).

En este aspecto, quien participa en el fideicomiso a título de fiduciario, debe adoptar al momento de suscribir el convenio, los recaudos necesarios a los fines de evitar quedar involucrado en una operatoria en eventual fraude de los acreedores del fiduciante.

Si de acuerdo con los parámetros señalados con anterioridad, los acreedores del fiduciante pudieran acreditar el menoscabo patrimonial que les hubiera originado la transferencia fiduciaria de cualquier bien del deudor insolvente, el fiduciario puede quedar expuesto a un reclamo por tales secuelas, en tanto aquéllos pudiesen demostrar culpa o dolo en su actuación.

El conocimiento previo que debió haber tenido el fiduciario sobre el estado de insolvencia del fiduciante, en nuestro criterio, es un elemento que lo obliga a actuar con mayor cuidado y diligencia.

Una entidad financiera o una sociedad autorizada que se compromete a desempeñarse como fiduciario, además de actuar como tal y quedar, por ello, sometida al deber de cuidado que se espera del "buen hombre de negocios", conforme a lo normado por la ley 24.441, por su condición jurídica de sociedad comercial está comprendida dentro del marco

regulatorio de la ley 19.550, debiendo los administradores y los representantes de la sociedad obrar de conformidad con el mismo "standard" y "los que faltaren a sus obligaciones son responsables, ilimitada y solidariamente, por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión"(art. 59 Ley 19550).

En consecuencia, consideramos que difícilmente el fiduciario "profesional", en especial una entidad financiera que actúe en tal carácter, pueda desvirtuar la existencia de culpa, si la condición insolvente del fiduciante al momento de la transferencia fiduciaria, resultaba manifiesta.

Al fiduciario le serían de aplicación, también, las prescripciones del art. 902 del Cód. Civ. en cuanto expresa que "cuando mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos".

Incluso, desde el punto de vista de la prueba de la culpa, la moderna doctrina se inclina por considerar que la misma no correspondería necesariamente al actor, sino a quien se encuentre en mejores condiciones de realizar la prueba ("cargas probatorias dinámicas"). Bien se ve que la producción de dicha prueba a cargo del acreedor perjudicado en muchos casos será de difícil concreción, por lo que se justifica poner la carga de la misma en cabeza de aquél que tiene posibilidades concretas de acreditar qué es lo que ha hecho a fin de desvirtuar la presunción de culpabilidad.

Una manera de fulminar la presunción del conocimiento del estado de insolvencia del fiduciante consistiría en acreditar que, con anterioridad a la celebración del contrato, el fiduciario ha desplegado una actividad tendiente a comprobar razonablemente la falta de evidencia de la insolvencia mentada.

El conocimiento que está obligado a tener del derecho para no incurrir en actos disvaliosos por incumplimiento del deber de cuidado, conduce al fiduciario, frente a prescripciones tuteladoras de los derechos del acreedor del fiduciante, a tomar las precauciones que le permitan asegurarse razonablemente de que el contrato que está a punto de celebrar no tendrá el efecto de afectar tales derechos.

CAPITULO IV

RESPONSABILIDAD DEL FIDUCIARIO FRENTE AL DERECHO TRIBUTARIO

1. La relación jurídica tributaria. Sujetos

La vinculación del Estado con los particulares, basada en la sanción de una ley formal creadora del impuesto, se resuelve mediante distintas relaciones jurídicas integradas cada una por obligaciones tanto sustanciales cuanto formales.

De la misma manera que en otras ramas jurídicas, en el derecho tributario la obligación implica una relación personal entre un sujeto activo (acreedor) y un sujeto pasivo (deudor). En las relaciones jurídicas tributarias el sujeto activo de la obligación es el Estado (Nacional, Provincial o Municipal). El sujeto pasivo es a quien la ley obliga al pago del tributo, o al cumplimiento de obligaciones de hacer.

La creación de un impuesto requiere, en primer lugar, la descripción de aquello que se quiere alcanzar con el tributo, es decir, la descripción hipotética de la "circunstancia fáctica" (acontecimiento o hecho susceptible de producirse), que al ocurrir en el tiempo y lugar preestablecidos, en relación con una persona (física o jurídica), adquiere la categoría de hecho generador de la obligación tributaria o "hecho imponible".

El vínculo jurídico que nace como consecuencia de la exteriorización del hecho imponible, entre el sujeto activo (Estado), facultado a exigir el cumplimiento de la obligación tributaria, y el sujeto pasivo, que debe cumplir con la prestación exigida, constituye la denominada "relación jurídica tributaria", cuyo objeto es la prestación, normalmente dineraria, conocida genéricamente como "tributo".

Por fuera del sujeto pasivo que asume la condición de contribuyente por haber realizado el hecho imponible previsto en la ley fiscal, existen otros sujetos en los que la ley, sin excluir de la relación tributaria al contribuyente, coloca a su lado a un tercero ajeno al hecho imponible, coexistencia que se rige por el régimen de solidaridad tributaria. Estos terceros, extraños a la relación jurídico-tributaria están, sin embargo, obligados al pago por una disposición legal, denominándoselos *responsables del cumplimiento de la deuda ajena*. En

esta categoría de responsables se inscriben el cónyuge que percibe y dispone de todos los réditos propios del otro, los padres, tutores y curadores de los incapaces, los síndicos y liquidadores de las quiebras y concursos civiles, los agentes de retención y de percepción, y los administradores de patrimonios, empresas o bienes.

La introducción precedente describe el ámbito jurídico-tributario en el que habrá de actuar el fiduciario quien, en ejercicio de la propiedad fiduciaria administra los bienes en beneficio de terceros, de conformidad con el encargo recibido al constituirse el fideicomiso.

Las particulares características del fiduciario dificulta su encuadramiento frente a las normas tributarias.

2. El fiduciario como responsable tributario

De acuerdo con el régimen que adopta la ley 24.441 el fiduciario es el titular de la propiedad fiduciaria de los bienes que recibe a título de confianza. En tal carácter, se aproxima al contribuyente que realiza los hechos imponibles previstos en las leyes fiscales en tanto y en cuanto, por ostentar la "propiedad fiduciaria" de los bienes fideicomitidos, dispone de ellos "cuando lo requieran los fines del fideicomiso". Tiene -aunque limitadas- las facultades propias del carácter "absoluto" del dominio.

Sin embargo, el fiduciario adquiere la propiedad jurídica de los bienes pero vaciados de contenido económico, ya que él no goza del valor patrimonial o económico de los mismos. Mientras el fiduciario es el titular jurídico del derecho real sobre los bienes, el beneficiario o el fideicomisario tienen un derecho personal creditorio contra el fiduciario, que al hacerse efectivo cuando el fiduciario les transfiera los bienes los convertirá en propietarios plenos de los mismos y, en tal virtud, podrán disponer de ellos sin cortapisa alguna.

En razón de que el patrimonio fideicomitado no tiene en sí mismo personalidad jurídica, requiere de una persona que en ejercicio de las facultades atribuibles al propietario de un bien, realice los actos encomendados por el fiduciante.

La reflexión precedente es lo que permitiría encuadrar al fiduciario dentro de la categoría de los responsables del cumplimiento de la deuda ajena,

en su carácter de administrador de los bienes fideicomitidos por los actos que realice en función del encargo.

El Poder Ejecutivo a través del decreto Nro. 780 del año 1995, dispuso (art. 10) que "quienes con arreglo a la ley 24.441 asuman la calidad de fiduciarios, quedarán comprendidos en las disposiciones del art. 16, inc, e) de la ley 11.683 (t.o. en 1978 y mod.) - actualmente inc. e) del art. 6 - por lo que en su carácter de administradores de patrimonios ajenos, deberán ingresar como pago único y definitivo del impuesto (a las ganancias) que se devengue con motivo del ejercicio de la propiedad fiduciaria ..."

El contenido sustancial del art. 10 del decreto 780/95 fue más tarde incorporado a la ley del impuesto a las Ganancias y a la del impuesto a la Ganancia Mínima Presunta, por la ley 25063 (Boletín Oficial del 30-12-98), al incluir expresamente a los fiduciarios entre los responsables por deuda ajena.

La norma fiscal bajo comentario conduce a la consecuencia de que el titular de las obligaciones fiscales es el fiduciario quien, en su carácter de administrador de un patrimonio, está obligado a pagar el tributo al Fisco con los recursos que administra (art. 6, inc, e) de la ley 11.683, t.o.1998).

3. Cofiduciarios

Aunque la ley 24.441 nada dice al respecto, la doctrina que ha abordado el tema se ha pronunciado por aceptar la coexistencia de dos o más fiduciarios para actuar en forma conjunta o alternada.

La concurrencia fiduciaria debe quedar claramente establecida en el contrato de fideicomiso, dado que el fiduciario (cualquiera sea su número) es parte del contrato junto con el fiduciante. Distinta es la alternativa de "sustitución" del fiduciario pues en esta hipótesis no habría concurrencia.

Si los cofiduciarios actúan conjuntamente, serán copropietarios fiduciarios de los bienes fideicomitidos, sin dejar de tener en cuenta lo dispuesto por el artículo 2674 del Cód. Civ., aplicándose en este supuesto las reglas generales que veremos en los puntos siguientes en

materia de responsabilidad del fiduciario, dentro del marco de la solidaridad de las obligaciones con sujeto múltiple.

El contrato puede prever que la actuación conjunta de los cofiduciarios se desarrolle por especialidad, es decir, que a cada uno le corresponda atender una parte diferenciada del encargo. Siendo así, nos hallaríamos frente a una situación ajena al sistema de la solidaridad, pues a cada uno cabría imputarle responsabilidad por aquello a lo que se ha comprometido, siempre dentro del concepto de la responsabilidad subjetiva, debiendo responder personalmente y con sus propios bienes sólo por las secuelas que se deriven por su actuar culposos o dolosos.

En la hipótesis que el contrato de fideicomiso prevea la actuación de un fiduciario y, además, de un cofiduciario, puede establecerse en el mismo que el primero se reserva la facultad de designar al cofiduciario para transferirle la realización de alguna de las tareas que le han sido encomendadas. En este caso, el convenio celebrado entre ambos formará parte integrante del fideicomiso, y dependerá del texto contractual el marco de responsabilidad que le compete a cada uno. En efecto, si se asignase al cofiduciario la función de liquidación y pago de los tributos, recaerá sobre éste la responsabilidad tributaria inherente, salvo que el fiduciario mantuviera con aquél una responsabilidad compartida, aunque sea subsidiaria o de mero control de gestión, en cuyo caso también le cabría al fiduciario responsabilidad por el cumplimiento de las obligaciones tributarias a cargo del fideicomiso, sin perjuicio de la cláusula de indemnidad que habitualmente se suele convenir en estas circunstancias, las que sólo tienen virtualidad entre las partes.

4. Responsabilidad personal y solidaria del fiduciario

Como corolario de lo expresado en el punto anterior, le son de aplicación al fiduciario en el orden nacional, las prescripciones de los arts. 7 y 8 inc. a) de la ley 11.683 (t.o. 1998), que en armonía con el art. 6 inc. e) precitado, le imponen responsabilidad personal y solidaria por los incumplimientos en que pudieren incurrir, sin perjuicio de las sanciones correspondientes a las infracciones cometidas, que pudieren derivarse de la administración del fideicomiso, salvo que acredite ante el organismo fiscal que el o los fiduciantes lo han colocado ante la imposibilidad de cumplir correcta y oportunamente con sus deberes fiscales.

El art. 55 de la ley 11.683 establece que son personalmente responsables de las penas de multa, como infractores de los deberes fiscales de carácter material o formal que les incumben en la administración, representación, liquidación, mandato o gestión de entidades, patrimonios y empresas, los responsables enumerados en los primeros cinco incisos del art. 6, entre quienes se encuentran los administradores de patrimonios ajenos (dentro de los cuales ha quedado incluido, según se ha visto, el fiduciario).

La responsabilidad proclamada por las normas precitadas está referida tanto al cumplimiento de obligaciones sustanciales (pago de tributos) cuanto a los deberes formales (presentación de declaraciones juradas, etc.) que, para el eficaz cumplimiento del objetivo recaudatorio imponen las normas fiscales.

La falta de pago del tributo importa para dichos sujetos, en principio, la consecuencia de responder con sus propios bienes por la omisión sustancial, salvo que pudieren demostrar debidamente que se los ha colocado en la imposibilidad de cumplir. En punto a las sanciones pecuniarias derivadas de las infracciones incurridas, son personalmente responsables de las mismas.

En ambos casos (afectación de bienes propios por el tributo omitido, o por la multa) la AFIP-DGI ha pretendido darle a la responsabilidad un mero carácter objetivo, sin tomar en cuenta el elemento subjetivo de la acción u omisión.

Este criterio es atacable desde nuestro punto de vista y el de la doctrina tributarista mayoritaria, en base a que el elemento subjetivo (culpa o dolo) debe estar presente en toda acción u omisión pasible de reproche, tanto en lo atinente a la obligación de pagar el impuesto (si del responsable por cuenta ajena se trata), cuanto a las sanciones pecuniarias (cualquiera sea el sujeto penalizado), lo que se ve corroborado por la mención expresa que hace el inciso a) del art. 8 de la ley 11.683 al propugnar que los efectos de la solidaridad cesan para el administrador cuando demuestre que lo han colocado en la imposibilidad de cumplir con sus deberes fiscales.

Por ello, si el responsable demostrase que no ha existido de su parte culpabilidad, la solidaridad presumida queda soslayada atendiendo, precisamente, a que la existencia del elemento subjetivo constituye un

presupuesto implícitamente reconocido por la norma citada en último término.

Corresponde, asimismo, diferenciar la situación frente a las disposiciones tributarias en la que se encuentran los fiduciarios a la de otros responsables por la deuda ajena de la ley 11.683. En efecto, el art. 16 de la ley 24.441, 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".

Se advierte del análisis comparativo de ambas leyes, que por la ley 24.441 el legislador ha querido dotar al fiduciario de mayores garantías, protegiéndolo de los riesgos propios de la ejecución del fideicomiso. Dichas garantías se verían seriamente afectadas si las normas del art. 8, inc. a) de la ley 11.683 se aplicaran a los fiduciarios pues siempre se encontrarían obligados ante el fisco, a pesar de un actuar diligente, a acreditar que el fiduciante los ha colocado ante la imposibilidad de cumplir con sus obligaciones fiscales.

Por imperio de la ley 24.441, pues, la insuficiencia de los bienes fideicomitidos para atender a esas obligaciones no le acarrea al fiduciario la amenaza de afectar su patrimonio personal para atender a eventuales agresiones del fisco, en tanto no se haya verificado culpa o dolo en perjuicio de éste último.

Deja, sin embargo la ley 24.441, abierta la vía para que la AFIP-DGI o cualquier tercero pudiera reclamar los daños y perjuicios que el fiduciario les hubiere irrogado, en tanto y en cuanto haya mediado una conducta culpable.

Dicha norma ratifica expresamente, por otra parte, que la restricción de la responsabilidad a la que alude su artículo 16 no ampara la actuación irregular culpable o dolosa en la ejecución del encargo, al imponerle al fiduciario (arts. 6 y 7) el deber de actuar respetando la ley y con la prudencia y diligencia del "buen hombre de negocios", eliminando, además, toda posibilidad de dispensarlo contractualmente por su culpa o dolo.

El distingo señalado en punto al particular tratamiento que le da la ley especial al fiduciario, adquiere relevancia en materia probatoria, dado que consideramos que al no aplicársele a éste las disposiciones de la primera parte del inciso a) del art. 8, de la ley 11.683, en cuanto a que la

demostración de la ausencia de culpa o dolo está a cargo del responsable, será la AFIP-DGI quien tenga siempre a su cargo su probanza para justificar la solidaridad mentada. Se evita, de tal modo, entrar en ríspidas discusiones con el organismo fiscal a los fines de acreditar la ocurrencia de la fuerza mayor como eximente de responsabilidad.

Resumiendo, la sanción de la ley 24.441 no deja dudas en cuanto a la necesidad de la ocurrencia del elemento subjetivo para generar la responsabilidad personal y solidaria del fiduciario.

La dispensa contractual de la culpa o dolo

El artículo 7 de la ley 24.441 preceptúa que el contrato de fideicomiso no podrá dispensar al fiduciario de la "culpa" o "dolo" en que pudiese incurrir él o sus dependientes. Esta disposición parecería agravar la situación del fiduciario si se la compara con la de cualquier otro deudor en el campo de las obligaciones contractuales. En efecto, el art. 507 del Código Civil establece que sólo el "dolo" del deudor no podrá ser dispensado al contraerse la obligación, de lo cual se deduce que tal exención de responsabilidad, en cambio, sí puede otorgarse si mediar "culpa".

De cualquier modo, en el campo tributario, la inserción de una cláusula en el fideicomiso con pretendido efecto dispensatorio de la culpa a favor del fiduciario, además de nula sería irrelevante, en razón de que la misma no le sería oponible al Fisco (art. 37, D.R. de la ley 11.683).

Error excusable

Para que el error sea eximente es menester que sea *esencial e inculpable*. Es esencial, cuando impide al autor conocer la antijuridicidad del acto pudiendo consistir en una falsa apreciación de los hechos o de las circunstancias que modifican la valoración que se haga de los mismos. Es inculpable, cuando se ha incurrido en él a pesar de haber puesto en la acción la normal diligencia requerida en la conducta de un buen hombre de negocios.

El derecho sustantivo distingue al error de hecho del error de derecho y el derecho penal común sólo concede expresamente poder de eximición al error de hecho.

El derecho tributario, en cambio, cuando prevé como causa de exculpación al error excusable, no distingue si éste debe ser de hecho o de derecho.

No existe duda de que el error de hecho, cuando es excusable (art. 929, Cód. Civ.), es causa excluyente de culpabilidad. Donde, en cambio la doctrina se encuentra dividida es en punto al poder exonerante del error de derecho. Formulada la distinción entre el error de derecho sobre la ley no penal o derecho tributario sustantivo y el error sobre el derecho penal, observamos que la doctrina equipara el error de hecho al que se incurre respecto de las normas del derecho tributario sustantivo, de modo que sería exculpable el error provocado por dificultades interpretativas acerca de las normas sustantivas por deficiente redacción de las normas prescriptivas, por jurisprudencia contradictoria, etc.

Los conflictos en los que puede verse involucrado el fideicomiso con los organismos fiscales pueden tener origen en diferentes causas. La interpretación de las normas fiscales en muchos casos es de difícil dilucidación, más aún frente a cuestiones novedosas que no se encuentran respaldadas técnicamente por doctrina o jurisprudencia que arroje luz sobre el asunto bajo análisis.

En tales supuestos, una interpretación sensata y por tanto reflexiva de la norma, apoyada en una hermenéutica racional que respete los métodos de análisis aceptados por la técnica jurídica y en la que se tenga en cuenta prudentemente los elementos objetivos, conduciría a la configuración de un error excusable en la hipótesis de que el fisco o la justicia no convalidase en definitiva el criterio utilizado.

Caso fortuito o fuerza mayor

La culpa del deudor en el cumplimiento de la obligación consiste en la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación (art. 512, Cód. Civ.). El deudor no será responsable de los daños e intereses que se originen al acreedor por falta de cumplimiento de la obligación, cuando éstos resultaren de caso fortuito o fuerza mayor, a no ser que el deudor hubiera tomado a su cargo las consecuencias del caso fortuito, o éste hubiere ocurrido por su culpa, o hubiese ya sido aquél constituido en mora, que no fuese motivada por caso fortuito o fuerza mayor (art. 513, Cód. Civ.). Caso fortuito es el que no ha podido preverse, o que previsto, no ha podido evitarse (art. 514, Cód. Civ.).

Para la graduación de la culpa del fiduciario el "standard" a aplicar es el del "buen hombre de negocios", debiéndose tomar este parámetro para juzgar si aquél pudo haber evitado el daño por el "caso fortuito" actuando con la diligencia esperada en dicho "standard". En este aspecto, la ley 24.441 equipara al fiduciario, con razón, a los representantes y administradores de las sociedades comerciales al seguir el "standard" para ellos establecido por el art. 59 de la ley de sociedades 19.550 (que reemplazó al tradicional que imponía actuar como un buen padre de familia).

En materia tributaria, el art. 8, inc. a), última parte de la ley 11.683 exime de toda responsabilidad personal y solidaria "...a quienes demuestren debidamente a la AFIP que sus representados, mandantes, etc., los han colocado en la imposibilidad de cumplir correcta y oportunamente con sus deberes fiscales". Esta norma resulta igualmente aplicable a los fiduciarios por haber sido incluidos dentro del elenco de responsables por cuenta de terceros consagrando, de tal modo, una causal autónoma eximente de responsabilidad por fuerza mayor.

De tal modo, frente a una concreta imputación de un actuar culposos o doloso por parte del Fisco, el fiduciario podrá acudir a esta causal de exculpabilidad a fin de desvirtuar los cargos que aquél le pudiere formular.

5. El fideicomiso y la simulación. Principio de la realidad económica

Nos proponemos examinar ahora al contrato de fideicomiso, desde el punto de vista de la legitimidad de las formas empleadas al estructurar el contrato en relación con los fines perseguidos con su creación.

El fideicomiso, en cuanto acto jurídico, debe tener un fin lícito dentro del amplio marco de la autonomía de la voluntad contractual emergente del art. 1197 del Código Civil, limitada sólo por los principios generales en cuanto a que los fines del negocio no sean contrarios a la ley, al orden público, a la moral, a las buenas costumbres y a los derechos de terceros.

La constatación de la legitimidad de las formas empleadas para alcanzar los fines previstos, en especial frente al empleo de figuras jurídicas complejas como el fideicomiso, constituye un imperativo para el

intérprete fiscal a los fines de prescindir de la apariencia formal cuando corresponda calificar al vínculo como un negocio en fraude de ley. Lo mismo puede decirse cuando el ropaje jurídico encubre un negocio lícito pero distinto al fin económico que las partes han tenido en mira realizar.

En el campo del Derecho Tributario la cuestión radica, precisamente, en el riesgo de apelar a esta figura para darle al negocio una forma jurídica que no se compadece con la realidad económica subyacente en el negocio real y, por lo tanto, de que no se configure con el contrato la cabal intención económica y efectiva de las partes.

La característica de la figura por su condición de negocio complejo deviene en la consecuencia de que por debajo del negocio "aparente" consistente en la transmisión fiduciaria de bienes por parte del fiduciario a favor del fiduciante, subyace la verdadera intención de las partes al celebrarlo. En consecuencia, al pretender determinar los efectos impositivos de este contrato no es posible contentarse con examinar las consecuencias fiscales de este instituto desde el punto de vista limitado de su apariencia formal, es decir, evaluando solamente su estructura jurídica y sus grandes rasgos conceptuales e incluso el rol de las partes del contrato y de los partícipes, sino que es necesario completar el análisis penetrando en el negocio subyacente a fin de merituarlo a la luz del tratamiento fiscal que las normas de cada impuesto le dan a ese particular negocio y a los actos que en razón del mismo el fiduciario está obligado a ejecutar como consecuencia del encargo fiduciario.

El interprete está obligado a penetrar la corteza de la estructura formal del contrato para situarse en el núcleo del negocio y, recién desde allí, evaluar si la forma jurídica aparente se identifica con su finalidad económica.

En Alemania, Enno Becker contribuyó a incorporar en el ordenamiento tributario del Reich (Reichsabgabenordnung) el principio según el cual, para la interpretación de las leyes fiscales, debe tenerse en cuenta su finalidad. Tal como lo expresara el propio Becker, el propósito de la elaboración de tal principio fue el de acentuar la autonomía del derecho tributario y también evitar la evasión mediante la utilización de formas jurídicas que no se correspondieren con la realidad, con el objeto de encubrir el verdadero fin económico de los actos.

En nuestro país el principio de la realidad económica fue incorporado a la ley 11.683 (t.o. en 1988), a partir del año 1946 (arts. 1 y 2). El art. 1

consagra el principio de interpretación basado en el fin y la significación económica de las leyes impositivas y supletoriamente, en las normas del derecho privado, cuando por otro medio no pueda ser establecido el sentido y alcance de las normas tributarias. El art. 2, por su parte, establece que cuando las partes sometan los actos, situaciones o relaciones a formas que no sean las que el derecho privado ofrezca o autorice para configurar adecuadamente la cabal intención económica y efectiva de los contribuyentes, el intérprete prescindirá de estas formas y asimilará el acto, situación o relación a la figura que el derecho le aplicaría, atendiendo a la intención real de las partes.

Puede apreciarse que el propósito fundamental de la denominada interpretación económica es el de impedir la evasión tributaria mediante el empleo de formas jurídicas distorsionadas, lo que se hace evidente cuando se encubren las relaciones verdaderas dentro de un ropaje jurídico inadecuado.

En otras palabras, si la "intentio juris" coincide con la "intentio facti" (intención empírica) el negocio no es simulado. Si, en cambio, existiere divergencia entre ambas, el intérprete fiscal ha de atenerse a la "intentio facti".

La jurisprudencia Administrativa ha tenido ocasión de pronunciarse con motivo de un fideicomiso "en garantía" sometido a consulta. En efecto, la Dirección de Asesoría Legal de la AFIP-DGI emitió dictamen No.20/96 del 10/4/96, opinando que, en el caso examinado, los bienes fideicomitidos no configuran el sujeto tributario -patrimonio de afectación-, dado que el fiduciario no asume el rol de administrador de tales bienes.

Según resultaba de la operatoria en su conjunto y de los instrumentos contractuales en particular, el único sujeto con fines propios a lograr y roles empresariales a cumplir era el fiduciante, ya que él era el autor del proyecto y quien llevaba adelante el emprendimiento utilizando los medios financieros que le proporciona el fiduciario. Si bien al constituir el fideicomiso el patrimonio fideicomitado se transfirió en tal carácter al fiduciario, dicho fondo pasó a ser un instrumento que satisfacía los roles empresariales y los objetivos del fiduciante.

Durante la existencia del fideicomiso bajo examen, si bien el fiduciario tuvo la disponibilidad del fondo, fue al sólo efecto de aplicarlo a los fines de la concreción del proyecto que era precisamente el objetivo del

fiduciante, a favor de quien, finalmente, se revierten los fondos excedentes al extinguirse el contrato.

Por ello, "la inexistencia de gestión empresarial y de objetivos propios en cabeza del fondo, lleva también a concluir que tratándose del fideicomiso en garantía tampoco concurre la figura del administrador del fondo, desde que no hay actividad alguna respecto de la cual deban realizarse actos de administración". La ausencia de una gestión de administración por parte del fiduciario, excluye a éste de las previsiones de la ley fiscal en punto a considerarlo administrador de patrimonios asimilado a los responsables por deuda ajena, dado que se da por supuesto que quienes ejerzan esta tarea estarán en posibilidad de cumplir ciertas funciones en razón de su conocimiento y protagonismo en negocios ajenos.

Por las razones expuestas, concluye que el patrimonio fideicomitido no constituye sujeto tributario y, por tanto, el fiduciario no era responsable en representación del mismo como contribuyente.

Diferente es el caso en otros tipos de dominio fiduciario en los que el fondo sí protagoniza roles empresariales y ostenta objetivos económicos propios, ya que en tales supuestos necesita de la gestión de un administrador para llevarlos adelante.

Hemos visto, pues, que el intérprete ha prescindido de las apariencias formales del contrato para aplicarle al caso el tratamiento fiscal correspondiente al "negocio subyacente".

6. La transmisión fiduciaria de bienes. Fraude e ineficacia del acto.

Dentro del marco del fideicomiso la transferencia de los bienes realizada por el fiduciante a favor del fiduciario a título de confianza impide que los acreedores puedan agredirlos, quedando dichos bienes protegidos de cualquier acción persecutoria. Esto es lo que dispone el artículo 15 de la ley 24.441, agregando que de este impedimento queda a salvo la acción de fraude para los acreedores del fiduciante.

En consecuencia, en caso de fraude, la transferencia fiduciaria no es oponible a los acreedores del fiduciante cuando los créditos son el producto de obligaciones contraídas con anterioridad a dicha transferencia.

La excepción a la oponibilidad de la transferencia de los bienes a los acreedores del fiduciante cuando mediere una acción de fraude, nos conduce a las prescripciones del artículo 961 y siguientes del Código Civil, Capítulo II, del Título II ("Del fraude en los actos jurídicos") Sección 2da. Libro II.

El Fisco en su condición de acreedor del fiduciante, podrá atacar el fideicomiso celebrado en el caso que pudiese demostrar que se ha configurado un acto indirecto en su perjuicio.

Teniendo en cuenta que la existencia de perjuicio en contra de los acreedores constituye un requisito básico para la configuración del fraude, no se incurre en dicha figura cuando la disminución patrimonial que representa para el fiduciante la transmisión del bien a favor del fideicomiso, no lesiona el respaldo de los acreedores, por mantener el deudor suficientes bienes en garantía de su pasivo. Por idéntico fundamento, la transmisión del bien al fideicomiso para su posterior cesión a favor de un tercero a título gratuito, tampoco sería pasible de objeción en tanto se verifiquen los extremos señalados, por no darse los supuestos previstos en el art. 967 del Código Civil.

De igual modo, si el objeto del encargo fuera disponer de los bienes para obtener una contraprestación económica equivalente, en virtud de la disposición de los bienes que realice el fiduciario a favor de un tercero (negocio subyacente oneroso) la transmisión fiduciaria podría, en principio, ser oponible a los acreedores por la ausencia de perjuicio. Sin embargo, aún mediando tales circunstancias podría verificarse el fraude si la transmisión fiduciaria del bien pretende afectar las posibilidades de una ejecución inmediata del mismo por parte de sus acreedores, situación que podría darse en el caso de que el plazo de vigencia del contrato de fideicomiso se extendiese más allá de aquél en el que opera el vencimiento de las acreencias.

Por otra parte, de conformidad con los artículos 118 a 120 de la ley de Concursos y Quiebras (24.522), el contrato de fideicomiso celebrado en el período de sospecha que perjudicare a los acreedores del fiduciante fallido, puede ser declarado ineficaz respecto de los mismos. En el caso que el fiduciario conociese el estado de cesación de pagos, podría presumirse que ha sido cómplice en el fraude del deudor (art. 969 del Cód. Civ.), derivándose de ello consecuencias civiles y penales en su contra.

Deberá meritarse cada caso a fin de ponderar la manera de evitar incurrir en riesgos de este tipo, teniéndose presente que las convenciones contractuales no dispensan la actuación culposa o dolosa.

Una cuestión a considerar es la relacionada con el perfil del fiduciario en cuanto al desempeño habitual que realice en el mercado en tal carácter (tal el caso de las entidades financieras), pues el ejercicio corriente de su actividad como tal lo hace más vulnerable frente a situaciones como las comentadas en atención a la cantidad y diversidad de las mismas. Su condición de profesional en la materia le ofrece la oportunidad de administrar profesionalmente su gestión, procurándose los medios de información necesarios para asegurarse frente a casos de dudosa legitimidad (arts. 902 y 909 del Cód. Civil).

7. Insolvencia fraudulenta

La Ley Penal Tributaria y Previsional (24.769) ha incluido en su art. 10 al delito de insolvencia fiscal fraudulenta como tipo infraccional sancionado con prisión de dos a seis años, reprimiendo a quien habiendo tomado conocimiento de la iniciación de un procedimiento administrativo o judicial tendiente a la determinación o cobro de obligaciones tributarias o de aportes y contribuciones de la seguridad social nacionales, o derivadas de la aplicación de sanciones pecuniarias, provocare o agravare la insolvencia propia o ajena, frustrando en todo o en parte el cumplimiento de tales obligaciones. Esta norma es una adaptación de otra similar tipificada por el Código Penal (art. 179, segundo párrafo) y que, previamente, había sido incorporada a la ley 23.771 (art. 9).

Según se observa, la figura penal pide dos elementos objetivos básicos: a) Que se haya iniciado un procedimiento administrativo o judicial y b) Que se provoque o agrave la insolvencia propia o ajena, frustrándose en todo o en parte el cumplimiento de las obligaciones tributarias o de la seguridad social o el derivado de la aplicación de sanciones pecuniarias.

A lo cual cabe agregar que el autor, habiendo tomado conocimiento de la iniciación de tales procedimientos, tuvo la intención de no cumplir con dichas obligaciones, configurándose, así, la existencia de dolo.

Los medios comisivos empleados para incurrir en el tipo penal no están especificados en la descripción de la figura, entendiéndose que resultan

comprendidos todos los hechos o actos jurídicos perfeccionados con el objeto de destruir, inutilizar, disminuir el valor, ocultar o perjudicar de cualquier manera los bienes materiales o inmateriales que componen el patrimonio del contribuyente, incluyéndose las acciones engañosas, simuladas y los ardides efectuados para exhibir un desplazamiento patrimonial ficticio e, inclusive, real, en donde la verdadera intención es la de hacer imposibles los pagos y el cumplimiento de las obligaciones descritas en el tipo antijurídico.

Por vía de ejemplo, un contrato de "fideicomiso de administración" que ocultara la verdadera intención que tuvieron las partes al celebrarlo, y del que haya evidencias de que el fiduciario no realiza efectivamente las tareas de administración previstas en el encargo, que las expensas que inciden sobre el bien continúan siendo abonadas por el fiduciante, etc., podrían inducir al Fisco a sospechar que el acto se ha perfeccionado realmente con el objeto de eludir la amenaza de responder con el bien fideicomitido por deudas tributarias, de la seguridad social o multas.

Las presunciones precisas, asertivas y concordantes que conduzcan a la calificación lógica y razonable de que el negocio no existe, importan la consecuencia de calificar al contrato como negocio simulado.

Nos hallaríamos frente a la presunción de insolvencia fiscal fraudulenta, según hemos visto, aún cuando los deberes y obligaciones emergentes del fideicomiso celebrado se estuviesen cumpliendo puntillosamente, y no existiesen presunciones que inviten a pensar que el acto es simulado, pero, en cambio, pueda probarse que las partes se han valido de ese medio para ocultar el patrimonio del contribuyente e imposibilitar el cumplimiento de aquellas obligaciones, mediante la actividad dolosa desplegada a tal fin.

8. Conclusiones

La actuación profesional del fiduciario le impone el deber de actuar respetando la ley y con la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios, quedando descartada toda posibilidad de dispensa contractual por culpa o dolo. La diligencia en su accionar debe estar presente desde el inicio mismo del negocio, a partir del acto que le da virtualidad jurídica al contrato.

Cuando mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos (art. 902, Cód. Civ.). En los contratos que suponen una confianza especial entre las partes, se estimará el grado de responsabilidad por la condición especial de los agentes (art. 909, Cód. Civ.).

Las responsabilidades potenciales del fiduciario, pues, van más allá de las inherentes al ejercicio de la propiedad fiduciaria sobre los bienes fideicomitidos, conforme al encargo recibido. En efecto, el acto mismo de la celebración del contrato con el fiduciante lo coloca frente a riesgos derivados de la especial situación en la que su contraparte puede hallarse en relación con terceros acreedores. Si el Fisco pudiere demostrar que el contrato celebrado le hubo ocasionado un perjuicio económico y además, que el fiduciario estuvo o pudo haber estado en conocimiento de tal circunstancia, cabe la posibilidad de que se le imputase culpa o dolo en su actuación.

La medida y naturaleza de la información necesaria conducente a lograr un razonable convencimiento acerca de la ausencia de riesgos dependerá de cada caso.