

EL FIDEICOMISO

Por **Carlos Villegas**

Sra. coordinadora (Esc. Victoria Masri).— Tenemos el agrado de presentar hoy en el Instituto de Derecho Comercial al doctor Carlos Villegas, profesor de conocida trayectoria no solamente en el ámbito nacional sino también internacional; autor de numerosos trabajos y libros, que superan los veinticinco, entre ellos: *Régimen legal bancario*, *Sociedades comerciales*, *Sinopsis de la ley de concursos*, *Sociedades civiles y comerciales*, *Las garantías del crédito* y *El cheque*. Fue asesor en la Cámara de Diputados durante el tratamiento de la ley del cheque, de la ley de reforma de la Carta Orgánica del Banco Central de la República Argentina. Fue asesor del Vicepresidente de la Comisión de Finanzas en el tratamiento de la Ley de Entidades Financieras; asesor en la misma Comisión para la reforma de la ley del cheque de 1996, la ley de Factura de Créditos y el decreto de 1997. Asimismo, como antecedentes docentes tiene un currículum muy extenso: es profesor en la Universidad de Buenos Aires, en la Universidad Nacional de La Plata, en la Universidad de Siena. Profesor de Derecho Comercial Internacional en la Universidad de Alemania, en la Universidad Nacional del Litoral. Expuso en la Universidad Católica Argentina, Universidad de Belgrano, UADE, Universidad de Córdoba, Universidad de Rosario, Universidad de San Marcos (Perú), Universidad Nacional de Chile y Universidad Nacional del Comahue.

No voy a seguir con su currículum porque es demasiado extenso, por lo que dejo a cargo al doctor Villegas quien expondrá sobre este tema tan interesante del fideicomiso.

* Conferencia pronunciada en el Instituto de Derecho Comercial.

Dr. Villegas

Sobre el fideicomiso podemos hablar muchas horas, pero vamos a tratar en estas dos clases de resaltar sólo los aspectos más importantes.

Ya en Roma conocían dos tipos de fideicomiso o fiducia: la *fiducia cum amico* y la *fiducia cum creditore*. En ambos tipos de fiducia se daban dos elementos muy singulares que han hecho de ellas y del fideicomiso un instrumento jurídico de una versatilidad extraordinaria. Se da siempre un elemento real, porque hay una transferencia de bienes de una persona a otra; y hay, además, un encargo o un pacto accesorio en virtud del cual el transfiriente le encomienda al adquirente algún encargo que constituye precisamente el objeto del fideicomiso.

Tenemos entonces un elemento real y un elemento personal u obligatorio. El elemento real es la transferencia de bienes; el elemento personal es el *pactum fiducia*, que en realidad es el corazón o eje del fideicomiso.

En Roma, en la *fiducia cum amico* el transfiriente le transmitía bienes a otra persona para que ésta se encargara de conservarlos normalmente y se los retornara al transfiriente cuando éste se lo requiriera, o cuando otra persona se lo indicara. Esto ocurría en razón de las continuas guerras en que se embarcaba Roma; antes de ir a la guerra, normalmente el patricio hacía una *fiducia cum amico*, le transfería básicamente los fundos que tenía a otra persona para que ésta se encargara de su cuidado o explotación y se los devolviese a su regreso, si regresaba; y si no regresaba, para que se los diese a alguien que él indicaba. Aparecía el elemento real, objetivo, que es la transferencia de los bienes de una persona a otra. Pero se desconocía la segunda etapa, el encargo en virtud del cual este adquirente venía a ser dueño de ese fundo. Esto es lo que se llamó el *pactum fiducia*; es decir, el pacto celebrado entre las partes en virtud del cual se estaba efectuando la fiducia. Como en un principio algunos adquirentes de los bienes no cumplieron su cometido, el pretor hubo de reconocerle a los damnificados la *actio fiducia*, la acción de fiducia para exigir el cumplimiento del pacto. En consecuencia, la fiducia se desarrolló en esta modalidad sin mayores problemas.

Contemporáneamente, se iba a desarrollar lo que se conoce como *fiducia cum creditore*, en virtud de la cual un deudor le transfería bienes a su acreedor para garantizar el pago de su deuda. Una vez efectuado el pago, el acreedor debía retornar los bienes al deudor. Aquí también aparece el elemento real, objetivo, de la transferencia del deudor al acreedor de ciertos bienes y el *pactum fiducia*, que consistía en el convenio celebrado entre ellos, en virtud del cual, pagada la deuda, el adquirente de los bienes, el acreedor, debía retornar los bienes al dominio del deudor.

Este esquema clásico funcionó en Roma hasta finales del Imperio; después se pierden los antecedentes y este instituto no pasa al derecho continental. Pero reaparece en la Edad Media, en Inglaterra, en el derecho anglosajón, como una modalidad pragmática, que fue el *use* o uso, y también por casi los mismos motivos y razones: los caballeros ingleses que iban a la guerra, que tenían bienes que cuidar, los transferían a alguien para que se encargase de su cuida-

do y a su regreso se los retornase; y si no regresaba, para que se los entregase a alguien que ellos indicaban. Fundamentalmente, porque aquellas guerras de la Edad Media en Inglaterra daban lugar a la confiscación por parte del vencedor de todos los bienes del vencido. De manera tal que quien iba a la guerra sabía que podía quedarse sin bienes si era vencido.

Este esquema y el anterior de la fiducia son los que prevalecieron como usos en la Edad Media inglesa, e incluso este mecanismo iba a servir para eludir algunas prohibiciones legales, como fue la famosa prohibición establecida por la ley conocida como “de manos muertas”, que impedía a los clérigos tener bienes en propiedad y transferirlos. En consecuencia, este mecanismo de la *fiducia*, que ellos llamaban *use*, les servía para poder transmitir bienes a los clérigos bajo la forma de uso y no en propiedad. El *use* sufre un proceso similar al de la fiducia en Roma: no fue reconocido en el *Commonlaw*, o derecho común inglés, y es a raíz de las violaciones y transgresiones a estos convenios que posteriormente se le encomienda al Canciller proteger por vía de equidad a los beneficiarios del uso. Después este proceso va a avanzar y, finalmente, llegamos a lo que se conoce modernamente como el *trust* anglosajón, que es una institución de un desarrollo y versatilidad extraordinarios. El *trust* es un instituto jurídico utilizado permanentemente en la vida económica anglosajona.

Precisamente, del *trust* americano es de donde el profesor panameño Alfaro toma, a principios de este siglo, la figura del fideicomiso; él no necesitó ir al fideicomiso romano, sino que allí muy cerca, en Estados Unidos, tenía la práctica y el uso permanente del *trust* y lo adaptó bajo la forma del fideicomiso, cuyos componentes son los dos elementos básicos: un elemento real, que es la transferencia, y el elemento obligacional, personal, que es el *pactum fiducia*. Por eso, pretender asimilar la naturaleza jurídica del fideicomiso a algún contrato anterior es realmente difícil. Como muchos institutos jurídicos modernos, el fideicomiso es un instituto complejo, que contiene relaciones que se dan en varios contratos. Fundamentalmente, tenemos el elemento real, la transferencia, que es propia de la compraventa; pero hay un elemento agregado –el obligacional o *pactum fiducia*– que se asemeja al mandato. Alfaro definió al fideicomiso en la ley panameña de 1920 como un mandato irrevocable, pero en realidad es mucho más que un mandato, porque éste no requiere la transferencia de los bienes del mandante al mandatario para la ejecución del encargo. El eje del mandato es el encargo; en cambio, aquí están estas dos partes inescindibles: la transferencia y el encargo.

Este esquema del *trust* anglosajón que toma Alfaro se transmite después a la ley mexicana de fideicomiso de 1925 y de allí va a la ley colombiana, y ambas son en realidad las fuentes de nuestra ley 24441, Título I, que regula el fideicomiso.

Vélez Sársfield no recoge este instituto, tal como se describe en el Código Civil, sino que regula sobre la propiedad fiduciaria en el artículo 2662, en el título referido a la propiedad imperfecta o dominio imperfecto. ¿Por qué dominio imperfecto? Porque en oposición al dominio perfecto, que transmite los derechos de usar, gozar y disponer de los bienes en forma permanente, en el

fideicomiso esa transferencia es siempre transitoria, porque está sujeta a este *pactum fiduciae* que normalmente se compone de dos elementos. El elemento obligacional tiene siempre una condición o un plazo, que hacen que esa transferencia no esté destinada a durar permanentemente sino que sea transitoria. Entonces, existe una transferencia sujeta al cumplimiento de una condición, o de un plazo, o de las dos cosas, como a veces se pacta. En consecuencia, se trata de una transferencia destinada a durar un tiempo, a ser transitoria, y ésta es la característica básica y diferenciadora de este dominio imperfecto que se había previsto en una sola norma del Código Civil y que provocó larguísimos debates respecto a la posibilidad o no de aplicar en el país el instituto del fideicomiso o de la fiducia.

Finalmente, se sanciona la ley 24441, que es una ley ómnibus –pues contiene normas referidas a diversas cuestiones– cuya finalidad es favorecer la construcción y financiación de viviendas, pero que en el fondo encierra un fuerte contenido financiero. Es una ley esencialmente de contenido financiero, y ello se aprecia si ustedes analizan los institutos que comprende: fideicomiso, *leasing*, letra hipotecaria, normas generales respecto a la securitización o titulización; incluso normas modificatorias del Código Civil respecto a la cesión de derechos y subordinación de créditos, elementos todos necesarios para moldear o armar un esquema financiero que permita el desarrollo de nuevos negocios en el país. Creo que el pretexto fue paliar el déficit habitacional y fomentar la construcción pero, en el fondo, es una ley de contenido financiero y de gran utilidad en el ámbito de las finanzas.

Respecto del régimen de la ley 24441, he preparado algunas transparencias que nos faciliten su comprensión.

Nuestra ley describe en su artículo 1° al fideicomiso, haciendo referencia a la transferencia: “...cuando una persona –llamada fiduciante o fideicomitente– ...transmita la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra persona –llamada fiduciario– ...quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato...” Es decir, esta transferencia fiduciaria no es para el uso y goce del fiduciario sino para que esa persona la destine y ejerza en beneficio de la persona que indique el contrato, que es el beneficiario. “...Y a transmitirlo al cumplimiento del plazo o condición al fiduciante” –o sea, devolvérsela al transmitente– o transmitirlo “al beneficiario o al fideicomisario”.

Aquí nuestra ley hace una distinción entre beneficiario y fideicomisario que no está en las demás leyes latinoamericanas, en las cuales beneficiario del fideicomiso y fideicomisario son la misma persona. Nosotros distinguimos como beneficiario del fideicomiso a aquel que va a recibir los beneficios de éste durante su ejecución; y fideicomisario es el tercero destinatario final del fideicomiso.

En nuestra ley aparecen perfectamente los dos elementos: la transmisión de bienes determinados y el *pactum fiduciae*, es decir, el encargo y la transferencia sujetos a un plazo o condición.

Dice la ley que habrá contrato de fideicomiso cuando una persona llamada “fiduciante” transmita la propiedad fiduciaria a otra denominada “fiducia-

rio” para que ésta la ejerza en beneficio de la persona designada –beneficiario– y la transmita al final del encargo al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario. Entonces, hay transmisión de bienes, más un encargo a otra persona, que es el fiduciario, sujeto a plazo o condición.

Nuestra ley establece que el fideicomiso se puede constituir por contrato o por testamento. Eso fue tomado de la ley mexicana, y la doctrina de ese país ha señalado que, en realidad, la posibilidad de constitución por testamento es una referencia, pero que siempre el fideicomiso se va a constituir por contrato, porque lo que existe es una instrucción final que da el fiduciante en un testamento para que a su muerte se constituya, pero ésa es una manda que tendrán que cumplir los herederos del fiduciante. Para ello se requerirá la presencia de un fiduciario a quien transmitirle los bienes, que éste acepte, y entonces se va a formalizar finalmente por contrato. De manera que la forma de constitución sería siempre el contrato de fideicomiso.

En algunas legislaciones, como la panameña, se ha previsto la constitución por acto unilateral. Incluso alguna doctrina mexicana sostiene que, en realidad, el fideicomiso siempre se constituye por acto unilateral, por decisión del fideicomitente. Pero eso no es suficiente. La decisión del fideicomitente, con ser una parte muy importante, no es todo, porque si no hay alguien que recibe los bienes y que se hace responsable de la ejecución del encargo, no va a haber fideicomiso. En nuestro derecho está claro que se requiere la existencia del fiduciario; es decir que ésta es esencial para la constitución del fideicomiso. En Panamá lo han obviado diciendo que si el fiduciario no estuviese presente, o no existiese en el momento de la disposición del fiduciante, el juez lo nombrará. Pero en nuestro derecho, en el artículo 1° de la ley 24441 no hay duda de que el fiduciario es un elemento esencial, porque a él se le transmiten los bienes y es el responsable de la ejecución del encargo. Para nuestro derecho, entonces, la única forma de constitución del fideicomiso es a través del contrato de fideicomiso.

Las partes de este fideicomiso son el fiduciante o fideicomitente, que es el transmitente de los bienes. Como tal debe ser persona capaz, tener capacidad legal suficiente para transmitir los bienes que van a ser objeto de fideicomiso, lo que la ley llama los bienes fideicomitados o bienes que integrarán la propiedad fiduciaria. El fideicomitente puede ser una persona física o una persona ideal o jurídica. Lo que se requiere para que pueda realizar la transferencia es la capacidad para transmitir y, en el caso de las personas jurídicas, la autorización respectiva de acuerdo con los Estatutos orgánicos de cada institución.

El fiduciante transmite los bienes y una persona los recibe, que es el fiduciario. ¿Quién puede ser fiduciario? En las legislaciones mexicana y colombiana se han preferido los fiduciarios profesionales. En la legislación mexicana y en la última peruana el fideicomiso es una operación financiera, esencialmente bancaria, y para ser fiduciario hay que ser banco o entidad de crédito autorizada. En nuestro derecho aparecen, en la ley 24441, dos posibilidades: está el fiduciario profesional y el no profesional; cualquier persona física o jurídica puede ser fiduciario. Lo que establece nuestra ley es que solamente el fiducia-

rio profesional –la entidad financiera o una sociedad especialmente constituida para actuar como fiduciario– puede realizar publicidad de su actividad; el otro fiduciario privado tiene prohibido realizar publicidad.

Otra limitación es que en el fideicomiso financiero, que es una de las modalidades reguladas por la ley argentina, solamente pueden intervenir los fiduciarios profesionales: una entidad financiera o una sociedad especialmente autorizada para ese fin.

Fiduciante y fiduciario deben estar necesariamente al momento de celebrarse el contrato, porque son las partes necesarias.

La ley dice que se debe individualizar al beneficiario, y si no existiere se deben dar las mayores precisiones para cuando llegue a existir. Es decir, beneficiario del fideicomiso puede ser una persona aún inexistente, como el futuro hijo de una persona o una sociedad a constituirse, una persona jurídica a nacer. Incluso puede ocurrir que nunca llegue a existir, en cuyo caso la norma prevé que el beneficiario será el fiduciante o fideicomitente, el que constituyó el fideicomiso.

Les decía que, a diferencia de las leyes mexicana, colombiana, peruana y panameña, en la legislación argentina el beneficiario y el fideicomisario no son la misma persona. Nuestra ley los distingue y dice que el beneficiario es quien recibe los beneficios del fideicomiso durante su ejecución, y fideicomisario es el destinatario final, el que va a recibir los bienes al final del fideicomiso, cuando se cumpla el plazo o la condición. Si es un tercero, pueden retornar los bienes al fiduciante, entregarse al beneficiario o a un fideicomisario. Esto se previó con la finalidad de poder regular el fideicomiso financiero como una modalidad distinta.

En el fideicomiso financiero se llama “beneficiarios del fideicomiso” a los inversores que adquieren títulos de deuda o títulos de participación en ese fideicomiso. En realidad ése es un típico fideicomiso oneroso en cuanto a la participación del beneficiario. Allí queda claro que si hubiera un remanente de los bienes fideicomitados que están garantizando el funcionamiento del fideicomiso financiero –ya lo vamos a ver al final de esta clase o en la próxima–, entonces puede ir a un tercero, que sería el fideicomisario. Allí se hacía imprescindible un tercero para que los bienes no retornaran necesariamente al fiduciante o fideicomitente.

La persona del fiduciario debe ser distinta en principio de la del fiduciante, porque de otra forma estaríamos casi en la constitución del fideicomiso por acto unilateral. Además, tratándose ambas de personas jurídicas, el tema es bien complejo. Fundamentalmente, el fiduciario, que es alguien que ejerce sus funciones en virtud de la confianza y de su probidad, no debe estar sometido a conflictos de intereses. En la situación donde fiduciario y fiduciante son la misma persona se plantea un conflicto de intereses.

Al hablar de las formas de constitución del fideicomiso, nuestra ley dice que puede ser por contrato o por testamento. Añade que en el contrato se deben individualizar los bienes. Esto significa que debo indicar con la mayor precisión posible cuáles son los bienes objeto del fideicomiso. ¿Qué tipos de bie-

nes pueden ser objeto del fideicomiso? Cualquier tipo de bienes: muebles, inmuebles, derechos, patentes, marcas. Lo más importante es que pueden ser los bienes existentes o futuros. Yo puedo dar en fideicomiso las rentas que voy a percibir con motivo de la adquisición futura de un inmueble o de la construcción que se está haciendo de un *shopping*, sobre cuyas rentas constituí el fideicomiso; o las rentas futuras que van a dar títulos valores que tengo en mi poder, sean acciones, obligaciones, bonos de deuda, etcétera; o los derechos o regalías que me dé tal contrato de licencia o tal marca o patente. Pero lo que debo hacer es individualizar los bienes; establecer si se van a incorporar bienes futuros, en cuyo caso debo precisarlos lo mejor posible, establecer cómo serán incorporados y qué tipos de bienes quiero incorporar.

El contrato debe contener el plazo o condición a que se sujeta el fideicomiso, porque si no, no hay fideicomiso. Si yo simplemente transmito bienes y transmito un encargo, el fideicomiso va a ser nulo porque le falta un elemento esencial que es el plazo o condición a que se sujeta esa transferencia; es decir, sería una transferencia para siempre, y eso no lo permite la ley argentina ni, en general, las latinoamericanas, que han fijado en veinte o treinta años el fin del fideicomiso. En nuestro caso hay una excepción al plazo, cuando el beneficiario es un incapaz, circunstancia en la cual el fideicomiso puede durar hasta la terminación de esa incapacidad o, si fuese una persona física, hasta el fallecimiento del incapaz.

El contrato debe establecer el destino de los bienes y los derechos y obligaciones del fiduciario. Además debiera establecer una serie de cosas más. De acuerdo con la naturaleza del fideicomiso, si como fideicomitente estoy transfiriendo, por ejemplo, bienes inmuebles que generan cargas, impuestos o tasas, o cualquier otro tipo de bienes que tenga que pagar estas cargas, tengo que resolver en el contrato quién lo va a pagar, si el fuduciante va a proveer los bienes o se va a hacer cargo el fiduciario.

Tengo que establecer cuáles son las facultades del fiduciante. Es muy importante establecer con precisión las facultades que se reserva el fideicomitente o fiduciante. Un aspecto esencial es, en el fideicomiso común, reservarse la facultad de revocación. El fiduciante o fideicomitente es el que va a controlar la ejecución del fideicomiso, la ejecución del encargo, el cumplimiento real del destino del fideicomiso, por lo que debe tener facultad para revocar el fideicomiso si el fiduciario no cumple su cometido o lo cumple mal. Pero esa facultad no está implícita en la ley y debe figurar expresamente en el contrato para que pueda hacerse valer.

Con respecto a los derechos y obligaciones del fiduciario, la ley dice que debe conducirse como un buen hombre de negocios. La ley aquí ha utilizado el estándar de la Ley de Sociedades sobre el buen hombre de negocios. Él es una persona de confianza, sea profesional o no, a la que se le realiza una transferencia de bienes para que éstos puedan ser afectados a un encargo determinado. En consecuencia, esa persona debe cumplir estrictamente las instrucciones. Las obligaciones básicas del fiduciario son las de ejercer el mandato de acuerdo con las disposiciones contractuales y todas aquéllas implícitas que ha-

cen al mejor cumplimiento de su encargo. No solamente los deberes expresamente establecidos en el contrato sino todos aquellos que sean consecuencia y necesarios para el mejor cumplimiento del encargo.

Tiene obligación de rendir cuentas periódicamente y por lo menos una vez al año. En el fideicomiso aparece clara la figura del fiduciario como un mandatario o administrador de cosa ajena, por lo que debe rendir cuentas de su administración.

Es responsable del incumplimiento o mal cumplimiento de su encargo, por los daños y perjuicios que ocasione su culpa o negligencia, con mayor razón el dolo, y por el dolo o culpa de sus empleados, si se tratase de un fiduciario colectivo o de una empresa profesional.

La ley establece en el artículo 7º una serie de prohibiciones que aunque están allí expresas suelen formar parte del contrato de fideicomiso. Dice que no se puede eximir al fiduciario de la obligación de rendir cuentas; no se le puede eximir de la responsabilidad por sus actos y los de sus empleados; y el fiduciario no puede ser beneficiario de la transferencia final de los bienes. El fiduciario está impedido de ser fideicomisario pues en nuestra ley existe una prohibición absoluta.

¿Cuáles son los derechos del fiduciario? Básicamente, los derechos del fiduciario son, en primer lugar, su retribución o remuneración, cuando se trata de fiduciarios profesionales. Si no se trata de fiduciarios profesionales, estaremos en presencia de la *fiducia cum amico*, y en todos los casos le corresponderá el reembolso de los gastos que realice en cumplimiento de su encargo. Éste es un aspecto que debe establecerse particularmente en el contrato: cómo el fiduciante va a proveer los fondos al fiduciario para que éste pueda hacer frente a los gastos que demande el fideicomiso.

Sra. coordinadora.— Damos lugar a las preguntas de los participantes.

Participante.— La ley dice que una vez terminado el fideicomiso se debe transmitir “el bien”, y utiliza la expresión en singular, por lo que me parece que existe una antinomia con lo que dice el artículo 1º, que se refiere a “los bienes”.

Dr. Villegas.— De todas maneras, el fideicomiso se puede utilizar, y es utilizado en el derecho extranjero, como un medio ideal para solucionar problemas en los concursos y quiebras sobre los patrimonios en estado falencial. Eso daría la impresión de que no habría prohibición o inconveniente en que la transferencia cubriese un patrimonio completo. Igualmente, requiere que en el contrato se individualicen, determinen o indiquen los bienes que integrarán el fideicomiso.

En el caso de constitución del fideicomiso por testamento, nuestra ley dice que se hará en la forma prevista en el Código Civil y debe reunir los mismos requisitos del contrato. En este sentido, me remito a lo que mencionaba recién respecto a que en realidad estamos ante una declaración que no tiene contenido real en la ley, porque finalmente tendrá que hacerse por contrato. Los here-

deros o el administrador de la sucesión, para cumplir la manda del causante, necesitarán la presencia de un fiduciario y allí se formalizará el contrato entre los herederos del fiduciante y el fiduciario designado.

Participante. – ¿Qué sucede en el caso de que el heredero fuera menor de edad?

Dr. Villegas. – En ese caso, como en cualquier caso común, habrá designado un administrador de los bienes de la sucesión, de manera que no va a haber problemas.

Participante. – ¿Cómo termina la actuación del fiduciario si ante un incumplimiento manifiesto no está prevista la revocación?

Dr. Villegas. – Siempre que haya incumplimiento se podrá pedir judicialmente la remoción del fiduciario.

Participante. – ¿Puede el fideicomitente revocar la fiducia para después del fallecimiento?

Dr. Villegas. – Sí, porque siempre será una transferencia sujeta al fallecimiento del causante. Éste puede establecer en el testamento todos los elementos del fideicomiso, los bienes que quiere transferir, nombrar al fiduciario, que se constituya un fideicomiso en beneficio de tal persona.

Participante. – ¿Supone usted que es un instituto jurídico que puede llegar a arraigarse en nuestra sociedad?

Dr. Villegas. – Sí, porque el fideicomiso es el instrumento ideal para esos actos de previsión futuros. Yo quiero prever cosas, quiero poner patrimonio o afectar rentas con un destino determinado, loable en ese caso, pero quiero evitarme los problemas que vaya a generar ese administrador. Yo no quiero hacerlo bajo el mandato o transferencia común, donde corro todos los avatares del administrador, a quien no sé cómo le puede ir en el futuro; hoy puede ser una persona muy solvente y mañana estar en la calle.

Participante. – Para el caso de que una empresa se encuentre en estado de cesación de pagos y transfiera sus bienes en fideicomiso, ¿podría haber alguna acción por parte de los acreedores?

Dr. Villegas. – El fideicomiso no puede ser un instrumento de fraude. La única acción que se permite contra la transferencia de los bienes del fiduciante es la de fraude; es decir, para aquellos casos en que se utilice el fideicomiso como un medio para burlar el derecho de terceros, lo que de ninguna manera se puede hacer. Donde la legítima es una institución de orden público, tam-

poco se puede utilizar el fideicomiso para burlar la legítima. Siempre que aparezca la utilización de esta figura con una finalidad descalificadora, por la existencia o presunción de fraude, caerá el fideicomiso.

En materia de fideicomiso de inversión, por ejemplo, existen en el mundo, en los bancos, carteras enormes de encargos fiduciarios. Hoy son muchísimas las administraciones. Por ejemplo, en la banca mexicana los bancos más grandes tienen más de la mitad de sus negocios en fideicomiso de inversión. Ellos ofrecen una gama de inversiones muy atractiva para que el inversor constituya fideicomisos y reemplace el depósito común a intereses por ese mecanismo, que le da la seguridad, por sobre el depósito común, de que aquí no está transfiriendo los bienes al destino que quiera darle el banco, sino que le está dando una transferencia con un encargo determinado a un fiduciario profesional, y éste debe mantenerlo separado y contabilizarlo separadamente, de manera tal que no se puede confundir nunca con los demás bienes del banco.

Participante.— ¿La figura de un patrimonio de afectación independiente podría asimilarse al fideicomiso?

Dr. Villegas.— Sí, perfectamente. Es que es el gran medio de proteger a la gente. Fíjense en dos instituciones de la época en que no teníamos ley de fideicomiso: ¿cómo hizo el legislador para proteger los fondos comunes de inversión, que nacieron en 1960? ¿Cómo se hizo para proteger los fondos de jubilaciones y pensiones desde el año 1992? En los fondos comunes de inversión se dice que el inversor es copropietario de una parte alícuota de ese fondo, pero es un copropietario que no es tal, porque no tiene el derecho fundamental que tiene todo copropietario en nuestro Código: pedir la división del condominio; lo que puede llegar a hacer, nada más, es vender su parte. Entonces, era una figura que se aplicaba a la fuerza para solucionar una situación.

¿Qué hizo la ley 24241 por la que se crean las Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones y los fondos de jubilaciones y pensiones? Estableció que los aportes a esas AFJP son copropiedad de los aportantes; que la administradora es un simple administrador. Pero esos copropietarios no lo son tanto, pues no pueden disponer de los fondos, no pueden gravarlos, no pueden hacer nada. Esos bienes están afectados a un destino: es una propiedad fiduciaria, y como no existía el fideicomiso, inventaron esa forma. Para resguardarla, dijeron que esos derechos son inembargables porque están afectados al cumplimiento de una finalidad. Como no teníamos la legislación sobre el fideicomiso ni propiedad fiduciaria, había que formar los conceptos y ponerlos a cuña para que pudieran entrar. Hoy podemos decir que esos fondos son de propiedad fiduciaria que se transmiten a la AFJP y están afectados al cumplimiento de un objetivo. Por eso los fondos pueden ser utilizados en forma permanente para generar rentas y ser preservados de un proceso inflacionario.

Eso les indica la versatilidad y las inmensas posibilidades que abre el fideicomiso.

Participante.— ¿Frente al mal desempeño por parte del fiduciario, quiénes tendrían derecho a actuar en su contra?

Dr. Villegas.— Los fideicomisarios podrían ser los herederos legales para evitar cualquier tipo de objeción.

Todos los que tengan derecho en el fideicomiso —por ejemplo, el beneficiario, fundamentalmente, y después los fideicomisarios—, podrían tener la posibilidad de accionar contra el fiduciario. Muerto el fideicomitente, el beneficiario del fideicomiso será la persona encargada del cumplimiento de la manda, pues es quien posee el interés jurídico que protege la ley, y tendrá la acción para demandar la remoción del fiduciario.

El fiduciario no es esencial para la existencia del fideicomiso. El fiduciario puede ser transitorio. Si se desempeña mal o es una persona física que muere o desaparece, no termina el fideicomiso. Por eso es importante que en el contrato se prevea la posibilidad de sustituir al fiduciario o cómo se va a elegir al sustituto, para evitar que haya que recurrir al juez. Yo puedo prever quién va a ser el sustituto. En un fideicomiso ordinario y común puedo designar fiduciario al escribano Fulano de Tal, pero si el escribano deja de ejercer o fallece, le designo un sustituto o preveo cómo se lo va a designar, por ejemplo, diciendo que se designe a una institución financiera que tenga tales características, o que lo designe Fulano o que lo designe el juez.

Participante.— ¿En caso de fallecimiento o impedimento del fiduciario, podría quedar vacante la administración del fideicomiso?

Dr. Villegas.— Mientras se sustituye al fiduciario, ocurrirá esa situación. Es propio del fideicomiso y no afecta a su existencia ni a su cumplimiento. El fiduciario también puede renunciar. Hay que prever en el contrato si él va a poder renunciar a esas funciones; normalmente podrá renunciar, por equis razones. Puede terminar por liquidación, en el caso de fiduciarios profesionales que sean bancos, entonces habrá que designar a otra entidad.

Participante.— ¿Para el fraccionamiento y venta de un club de campo, se puede emplear el fideicomiso?

Dr. Villegas.—

El fideicomiso es el medio ideal. ¿Cómo protejo yo a los inversores a quienes les estoy requiriendo que pongan plata para armar un club de campo, cuando hay un largo proceso de formación mientras se consiguen las autorizaciones administrativas y demás? En ese íter de la constitución, que lleva un tiempo, el medio ideal es el fideicomiso, porque yo saco esos bienes de la propiedad de los actuales dueños —que serán los fiduciantes o fideicomitentes— y los transfiero en fideicomiso a un fiduciario para que él sea el encargado de cumplir ese encargo: constituir el club, realizar todas las gestiones, actuar y de-

más, y tendrá los bienes transferidos a su nombre. Esos bienes los protejo de cualquier agresión dirigida al fiduciante o al mismo fiduciario.

Por eso decía al principio que desde el punto de vista de la inversión y de los inversionistas el fideicomiso aparece como la figura ideal para proteger bienes sobre los cuales yo estoy pidiendo una inversión. Es el caso de la construcción de edificios, que ha dado tantos problemas en este país cuando aparecía la ejecución de hipotecas durante la construcción. Esa dificultad se evitaría si de entrada transfiero los bienes a un fiduciario suficientemente serio y responsable para que ejecute la obra y después realice la venta de los departamentos. En todas las construcciones colectivas, la figura del fideicomiso aparece como el medio ideal para otorgarle seguridad durante todo ese proceso, que generalmente es largo y que muchas veces se veía obstruido por situaciones como la de que a la empresa constructora le fuera mal, o apareciera una hipoteca que nadie conocía. Todas estas situaciones se evitan con el fideicomiso.

Participante.- ¿Cómo tributa el fideicomiso?

Dr. Villegas.- En materia de impuesto a las ganancias y de impuesto a los bienes personales, el fideicomiso está gravado. En general, el fideicomiso se grava en la persona del fiduciario como administrador de cosa ajena. Ésa es la figura que se aplica. Como cualquier administrador que tiene una cosa ajena que se le ha transferido para administrar, debe pagar el impuesto a las ganancias que generen esos bienes o esa empresa, y también el impuesto a los bienes personales. Eso se toma como pago a cuenta si esos bienes vuelven al fiduciante o son transferidos a un tercero.

Participante.- ¿Cuál es la forma jurídica aconsejable para su implementación?

Dr. Villegas.- La ley no exige que el fideicomiso sea hecho por instrumento público, pero es indudable que cuando su objeto sea transferir bienes inmuebles, debe hacerse por escritura pública. De acuerdo con la naturaleza de los bienes será la forma a utilizar, ya que la ley no ha previsto forma especial.

Los efectos del fideicomiso respecto de terceros se producen cuando se cumplimentan las obligaciones de inscripción relativas a los bienes transferidos. Si fueron inmuebles, después de su inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble; si son automotores, marcas, patentes, después de que se han inscripto en los registros pertinentes. De manera que, si bien es un contrato consensual que se perfecciona con el acuerdo entre fideicomitente o fiduciante y el fiduciario, va a surtir efectos respecto a terceros desde el momento de la inscripción. Por eso la inscripción tiene tanta importancia, porque marca el momento en que realmente ese fideicomiso comienza a tener efectos para todo el mundo, y en el caso de la propiedad inmueble se exterioriza en el Registro porque el bien se inscribe como fideicomiso a nombre del fiduciario. Así lo establecen las normas registrales que ha dictado el Registro de la Propiedad In-

mueble en la Capital Federal. Les voy a dejar copia de la Resolución Registral N° 4, que es la que reguló el tema de la inscripción.

Participante.— ¿En caso de vacancia, puede ser designado otro funcionario previamente?

Dr. Villegas.— Hay que nombrar otro fiduciario y se hará constar la sustitución en la escritura respectiva, asimismo se va a inscribir en el Registro, sustituyendo al anterior fiduciario por el nuevo, cualquiera sea la causa de sustitución: puede ser remoción judicial, renuncia, etcétera.

Participante.— ¿Puede ser designado judicialmente?

Dr. Villegas.— En caso de que haya fallecido el fiduciario anterior, lo va a disponer el juez, para mayor seguridad. Pero como está inscripto a nombre del fiduciario anterior, no necesitaría pedirlo judicialmente. Bastaría acreditar la circunstancia del fallecimiento.

Participante.— ¿La actuación del fiduciario podría asimilarse a las obligaciones previstas para los administradores por la Ley de Sociedades?

Dr. Villegas.— Hacíamos referencia a las dos posibilidades que tiene nuestra ley: que sean personas físicas o jurídicas comunes, o que sean entidades financieras o personas jurídicas autorizadas por la Comisión Nacional de Valores en el caso del fideicomiso financiero. Hablamos de las obligaciones que imponga el contrato; del deber de actuar con la diligencia y prudencia de un buen hombre de negocios; de la obligación de rendir cuentas.

¿Cuáles son las prohibiciones? No puede dispensarse del dolo o culpa del fiduciario o de sus empleados o dependientes, y la prohibición de adquirir para sí los bienes fideicomitidos.

Esto plantea un problema: por ejemplo, en el fideicomiso de garantía el deudor le transmite al acreedor los bienes que serán objeto del fideicomiso. La ley no prohíbe que el acreedor pueda actuar como fiduciario; de todas maneras, no hay dudas de que habría un fuerte conflicto de intereses. En consecuencia, es aconsejable y preferible que el fiduciario sea un tercero, que esté ajeno a toda sospecha de parcialidad y sobre todo de no cumplimiento de la finalidad del fideicomiso. En los casos comunes, importantes, profesionales, se plantea siempre la designación de un fiduciario profesional, pero aquí se está replanteando el tema. El Proyecto de reforma del Código Civil de 1998 prevé expresamente que en el caso de que el acreedor sea una entidad financiera pueda ser fiduciario, mientras que en el orden internacional no ocurre eso, sino que se designa como fiduciario a otra entidad financiera.

Participante.— ¿Podría ser designado fiduciario el mismo acreedor?

Dr. Villegas.— Ése es el tema que se plantea en el fideicomiso de garantía. Lo que aconseja la doctrina partidaria de que el mismo acreedor pueda ser fiduciario, en el caso de las entidades financieras, es que se prevea expresamente en el contrato que de todas maneras tiene que haber un procedimiento de liquidación de los bienes, en forma pública, como se prevé en el artículo 585 del Código de Comercio en relación con los bienes prendados, o como se prevé en la ley de prenda con registro respecto de la ejecución prendaria por las mismas entidades financieras. Es decir, que no haya posibilidad de que el acreedor se apropie de los bienes del deudor —ésa es la prohibición que existe en nuestra ley— sino que ante el incumplimiento, el acreedor sólo pueda pedir la ejecución por remate público de esos bienes. Eso brinda una base de seriedad como para que no pueda haber impugnaciones. La transferencia al acreedor se hace por razones de costo, más que nada para evitar tener que encarar el fideicomiso pagándole a un tercero fiduciario que va a cargar con la responsabilidad de administrar ese fideicomiso durante todo el desarrollo de la deuda.

Vamos a seguir el próximo martes con el fideicomiso de garantía, los fideicomisos especiales y veremos en detalle los fideicomisos públicos. En los últimos años, el fideicomiso se ha convertido en todo el mundo en un instrumento importante para el Estado con vistas al cumplimiento de ciertas finalidades.

Participante.— ¿El fideicomisario puede ser el mismo fiduciario?

Dr. Villegas.— La prohibición es respecto de que el fiduciario pueda ser el fideicomisario o destinatario final de los bienes, pero la transferencia existe para que se haga posible la ejecución del encargo, pues de lo contrario no se puede.

Participante.— ¿En el fideicomiso de garantía podría obviarse el proceso judicial de liquidación de los bienes para el caso de incumplimiento?

Dr. Villegas.— El fideicomiso de garantía se constituye por contrato y allí hay que establecer todas las previsiones. Se dice que, verificado por el propio fiduciario el incumplimiento —y ése es el problema en el caso de que el fiduciario sea el mismo acreedor—, él dispondrá la liquidación del bien transferido a los efectos del cumplimiento del fideicomiso de garantía, que es pagar la deuda. Entonces procederá a la liquidación conforme lo establece el contrato; si el fiduciario es un tercero no hay inconveniente de que sea liquidación privada, pero si es el mismo acreedor, de acuerdo con nuestras leyes, tendrá que ser por remate público. En ese caso, el producido del remate se aplica a la cancelación de la deuda. Es decir que allí se ejecuta en realidad la finalidad del fideicomiso, que es pagar la deuda. Al remanente, se le dará el destino que establezca el contrato, que será volver al fiduciante o deudor, o ir a un tercero.

Participante.— ¿La transferencia de los bienes por el fiduciario a los acreedores podría considerarse como una venta?

Dr. Villegas.— No hay adquisición de los bienes fideicomitidos. Se va a cumplir el destino del fideicomiso que es pagar esa deuda. En ese caso, sin duda, hay una situación de conflicto. La destaco: consiste en que el acreedor, quien a la vez es fiduciario, va a cumplir ese rol. Lo que pasa es que se entiende que es fiduciario hasta el momento en que se produce la liquidación y pago.

Hay fideicomisos de garantía muy complejos, y allí se requiere la actuación como fiduciario de un tercero, porque a veces hay que determinar situaciones de incumplimiento que no son claras, y no puede ser el mismo acreedor actuando como fiduciario el que establezca cómo y cuándo se prueba el incumplimiento. Ésa es la grave situación de conflicto. Algunos autores pretenden que los bancos están exentos de esa mala presunción que puedan tener, o de esos conflictos, y ello es ignorar la realidad. Todos los días los bancos dan muestras de que proceden mal, porque están administrados y manejados por seres humanos que pueden cometer los mismos errores que nosotros.

Participante.— ¿Cómo liquida tributariamente el fiduciario?

Dr. Villegas.— Cada fideicomiso debe ser manejado y contabilizado separadamente, y tributan separadamente, en su caso. A los efectos del impuesto a los bienes personales, el fiduciario no suma los bienes dados en fideicomiso a sus bienes personales, porque no tienen nada que ver. Si cada fideicomiso excede los 102.300 pesos, deberá tributar impuesto sobre los bienes personales, pero no se suman. Se mantienen separados del patrimonio del fiduciario y de los distintos fideicomisos. Hay una doble separación y de allí la necesidad de una contabilización separada de cada fideicomiso, porque va a haber fiduciarios que administren muchos fideicomisos. De otro modo nadie podría ser fiduciario. Eso está previsto en el decreto 780, del que les voy a dejar un ejemplar.

El fiduciario debe realizar el trámite de inscripción ante la AFIP de cada fideicomiso por separado.

Participante.— ¿Ante el fallecimiento del fiduciante, podría plantearse un conflicto entre los legitimados y el fiduciario?

Dr. Villegas.— Eso se planteará luego del fallecimiento, en la sucesión, pero no antes.

Sra. coordinadora.— Agradecemos al doctor Carlos Villegas por su exposición y los esperamos a todos el próximo martes.

-Con lo que terminó el acto.