

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

**EL NEGOCIO FIDUCIARIO(\*) (400)**

CELIA NORMA SASLAVSKY

**SUMARIO**

I. Definición. II. Naturaleza jurídica. III. Evolución histórica: 1) Derecho romano. 2) Derecho germánico. 3) Derecho angloamericano. IV. Visión comparatista de la fiducia: 1) Códigos de impronta romana. 2) Conformación anglosajona. 3) Países cuyas legislaciones hallan receptado la fiducia: a) Japón. b) Principado de Liechtenstein. c) Filipinas. d) Quebec. e) Alemania. f) Países latinoamericanos. V. Caracteres: 1) Sujetos. 2) Objeto. 3) Causa. 4) Caracteres del negocio. 5) Plazo. 6) Relación, medio y fin. 7) Regulación legal. VI. Clasificación. VII. Comparación de la fiducia con otros actos: a) Con la simulación. b) Con la venta, con pacto de retroventa y con la propiedad condicional o fiduciaria. c) Con el trust anglosajón. VIII. Variantes de la transmisión fiduciaria. a) Cosas y créditos: Compraventa. Cesión de créditos para el pago y para el cobro. b) Letras de cambio. c) Acciones. d) Administración y mandato. IX. Conclusión.

**I. DEFINICIÓN**

Según Messineo, el contrato fiduciario es el que tiende a realizar el fin de dar lugar a la efectiva transferencia de un derecho real, de parte de un sujeto fiduciante al otro que se denomina fiduciario, pero con el pacto que el derecho debe ejercitarse por éste último de una manera determinada y no de otra, en razón de que la eficacia del primero quede limitada por la presencia del segundo. Esto es: rige entre las partes la obligación personal de que el fiduciario usará del derecho real como si el derecho real perteneciese todavía al fiduciante o perteneciese a tercero (fiducia cum amico contracta); o bien con el acuerdo de que un bien se transfiera en propiedad al fiduciario, con la mera función de garantía (fiducia cum creditore contracta).

**II. NATURALEZA JURÍDICA**

Es un vínculo de orden patrimonial, fundado en la confianza, vehiculizado por un acto complejo, y que cuenta con una causa atípica digna de protección jurídica.

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

### **III. EVOLUCIÓN HISTÓRICA**

1) Derecho romano: Es una de las primeras formas de garantía real: se entrega a otra persona una cosa por mancipatio o in iure cessio con cargo de restitución una vez alcanzado el fin perseguido. Hay dos clases de fiducia: a) Fiducia cum creditore contracta: prevalece el interés del acreedor. b) Fiducia cum amico contracta o "altruista": prevalece el interés del deudor. De la primera derivará luego el pignus. De la segunda el depositum vel commodatum. De la fiducia manumissionis causa, el mandato. 2) Derecho germánico: Tiene protección legal: la transferencia de la propiedad se realiza en forma efectiva, pero es condicionada: dominio imperfecto. 3) Derecho angloamericano: La fiducia angloamericana es el trust. En ella hay un propietario (settlor), quien transfiere una cosa mueble o inmueble o crédito a otra persona (trustee), quien tiene la administración (feoffe to use) y la propiedad formal o legal (propietario - administrador), a condición de que un tercero (cestui que use o beneficiary) goce y disfrute el bien como si fuera el verdadero propietario. Esta fiducia tiene apoyo legal.

### **IV. VISIÓN COMPARATISTA DE LA FIDUCIA**

1) Códigos de impronta romana. A la manera del Código Napoleón: En principio lo no prohibido está permitido; pero por otra parte toda relación jurídica debe tener causa; y si se trata de derechos reales se debe respetar el numerus clausus. Por lo tanto el negocio fiduciario funciona en una línea paralela al derecho positivo, con moderado acogimiento jurisprudencial. 2) Conformación anglosajona: el trust alcanzó rango legislativo en Inglaterra: rigen estas leyes que lo definen: Statute of frauds (1677); Statute of wills (1837); Public Trustee Act (1906); Bankruptcy Act (1914); Trustee Act (1925); Law of Property Act (1925); Limitation Act (1939); Trust investment Act (1961), etcétera. 3) Países cuyas legislaciones han receptado la fiducia: a) El Código Civil de Japón incorporó en 1922 y 1923 leyes del trust civiles y comerciales. Esta institución puede instituirse por acto entre vivos o por testamento. En el derecho mercantil el Ministerio de Hacienda exige la intervención de una sociedad anónima con un capital mínimo de yens para proteger settlors y trustees. b) Código Civil del Principado de Liechtenstein: tiene una ley de trust que data de 1926 y se incorpora al Código de personas y asociaciones. El fiduciario o treuhänder tiene un verdadero derecho real (dinglich). c) Código Civil de Filipinas dictado en 1949 recepciona la figura del trust. d) Código Civil de Quebec: tiene como antecedente la Ley de Fiducia de 1875, e incorpora la figura del trust al artículo 981 del mencionado Código de extracción románica. e) Alemania: la ley sobre hipotecas de edificios en construcción de 1909 y 1925 ha introducido el oficio de treuhänder, que es una suerte de trustee. Igual situación se da en Austria a partir de 1933. f) Países latinoamericanos: han institucionalizado el fideicomiso como variante del trust anglosajón: Panamá (1925 y reformado en 1941); Méjico (1932) Puerto Rico (1928 e

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

incorporado al Código Civil en 1930); Venezuela (1956); EL Salvador (1937). Fue recomendada su adopción por la séptima conferencia Interamericana de Abogados (Montevideo 1951) y el Congreso Internacional de Derecho Privado reunido en Roma (1950).

#### **V. CARACTERES**

En este acto complejo, hay un negocio real de disposición (venta, cesión) y otro de contenido obligacional de retransmisión. El fin inmediato es garantizar, administrar, etcétera. El fin mediano es la confianza o fides que tiñe al pacto obligacional y que es el que da unidad al negocio. 1) Sujetos: hay un sujeto fiduciante o titular de la cosa o crédito, que lo transfiere al fiduciario y a cambio adquiere un derecho creditorio de: a) Custodiarla con la debida diligencia; b) restituirla al fiduciante; c) entregarla a un tercero; d) abonar la indemnización en que hubiese incurrido por faltar al deber de confianza que debió prevalecer en el pacto. 2) Objeto: es aquello sobre lo que recae el acto; puede ser una cosa (mueble o inmueble) o un crédito. Debe estar individualizada. 3) Causa: debemos distinguir: a) Causa fuente del negocio: por qué se debe: contrato; etcétera. b) Causa fin o causa eficiente: para qué se contrata; cuál es el fin último que se busca, y al cual el ordenamiento brindará cobertura por reputarlo justo: este fin último es la confianza o fides que colorea al acto. c) Causa típica o atípica: esto tiene especial relación con la protección legal; según que la ley ubique al acto en un tipo determinado. El negocio fiduciario tiene causa atípica; pero el ordenamiento lo protege por: responder a una necesidad y no verse afectado el bien común. 4) Carácter del negocio: Los negocios jurídicos pueden ser: a) simples: se agotan en sí mismos; b) complejos: constituyen la base para que en él se afiance otro acto. En este sentido el negocio fiduciario es un acto complejo unificado, cuya base es la causa fiduciae, que es una modalidad de la causa credendi (de credere, confiar). 5) Plazo: la propiedad que adquiere el fiduciario es plena y perfecta, pero tiene carácter provisional dado que está sujeto al pacto fiduciario. En suma, el negocio fiduciario no admite plazo. En la fiducia cum creditore el plazo está dado por el pago que realice el deudor. En la fiducia cum amico o de administración el plazo está dado por el cumplimiento del fin propuesto. En el dominio fiduciario del art. 2662 del Código Civil, la propiedad que se transmite es desde su origen menos plena, ya que está sujeta a término: cumplimiento de una condición resolutive o vencimiento de un plazo resolutive, para restituir la cosa a un tercero. 6) Relación, medio y fin: en la relación fiduciaria el medio es desproporcionado con respecto al fin: se transfiere una propiedad (medio) con el fin de garantía o administración (fin). La transferencia es plena y produce efectos erga omnes; pero sobre el fiduciario actúa el pactum, en virtud del cual el objeto de la propiedad debe ser restituido. 7) Regulación legal: nuestro ordenamiento recepciona sólo el dominio fiduciario a semejanza con el derecho germánico, y lo tipifica como dominio imperfecto en el ámbito de los derechos reales: art. 2662, Cód. Civil: "Dominio fiduciario es el que se adquiere en un fideicomiso singular,

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

subordinado a curar 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." Art. 2661, Cód. Civil: "Dominio imperfecto es el derecho real revocable o fiduciario de una sola persona sobre una cosa propia, mueble o inmueble..." No hace referencia a los negocios fiduciarios, de inspiración románica. Por lo tanto, nuestro ordenamiento no regula expresamente estos actos; pero tampoco los prohíbe. Su naturaleza es por sobre todo de índole obligacional, y en este campo prevalece la voluntad de las partes contratantes. a) Art. 19, C. Nacional: "...Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley ni privado de lo que ella no prohíbe." b) Por los artículos 944, 1137, 1197 (Cód. Civil) y 207 (Cód. Comercial) se regulan las relaciones entre las partes a través de los contratos, reglas a las cuales deben someterse como a la ley misma. Estas prestaciones pueden consistir en un hacer o un dar (art. 1168) y en este último caso estamos frente a los contratos reales (1141, Cód. Civil) cuyo numerus apertus está consagrado por el 1143, Cód. Civil (contratos nominados e innominados) en contraposición al numerus clausus del art. 2503, Cód. Civil. Por otra parte, por el art. 1198, Cód. Civil: "Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosíblemente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión..." c) Por lo tanto, los negocios fiduciarios cuentan con el implícito amparo legal, ya que no hay obstáculo para que alguien adquiera la plena titularidad de un derecho con fines de garantía o administración.

## **VI. CLASIFICACIÓN**

El término fides hace referencia a la buena fe, a la confianza, con el factor de riesgo que ella implica. Este es el elemento primordial. Si la ley regulara estos negocios otorgando acciones personales y reales este elemento se diluye. Por lo tanto está ínsito en esta figura su pertenencia al campo de los contratos innominados. Según este criterio hay: a) una fiducia legal, impura o mixta: la germánica, el trust anglosajón y la propiedad fiduciaria del art. 2662, Cód. Civil; y b) Una fiducia propiamente dicha que puede ser: cum creditore (de garantía) o cum amico (de administración), donde el elemento "confianza" prevalece, y cuyo número puede ser creado en forma indefinida según la necesidad e inteligencia del hombre: venta frente al peligro de expropiación confiscatoria o persecutoria; venta para administrar como sucedáneo del mandato; cesión de la propiedad de una acción de sociedad anónima a fin de que el cesionario concorra a la asamblea societaria y vote en un determinado sentido; endoso en pleno o en blanco con fines de cobranza; transmisión de una cosa con cargo de ulterior transferencia a un tercero predeterminado; transferencia de un crédito a fin de que el fiduciario pueda oponer al deudor compensaciones y excepciones que no posea el acreedor fiduciante, o para que el acreedor fiduciante pueda testificar en contra del deudor.

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

**VII. COMPARACIÓN DE LA FIDUCIA CON OTROS ACTOS**

a) Con la simulación: 1) El negocio simulado es fingido, no real. El negocio fiduciario es real y querido por las partes; 2) El negocio simulado tiene como fin el engaño; el negocio fiduciario, no. 3) La simulación ilícita concluye con la nulidad del acto: art. 958 y 959, Cód. Civil, la que se puede hacer valer por vía de acción o de excepción. En el negocio fiduciario, el acto es plenamente válido. 4) Efectos de la declaración de nulidad: en la simulación, en virtud de lo dispuesto por el art. 2224, Cód. Civil, el ficto comprador tiene derecho al reembolso de los gastos de conservación de la cosa, mientras que el fiduciario no, por haberlos realizado sobre cosa propia. Igual solución cabe en cuanto a los frutos: el ficto vendedor tiene derecho a repetir los frutos percibidos por el comprador simulado; no así el fiduciario por ser el dueño de la cosa. El comprador simulado tiene derecho al pago de las mejoras introducidas, no así el fiduciario por ser mejoras realizadas en cosa propia. b) Con la venta con pacto de retroventa, art. 1366, y con la propiedad condicional o fiduciaria, 2662, Cód. Civil. Aquí la fides, que es el alma del negocio fiduciario, resulta reemplazada por el amparo legal, dando al vendedor o propietario fiduciante el derecho reipersecutorio erga omnes de perseguir su cosa donde quiera que esté, derecho del que carece el acreedor fiduciante en la fiducia. c) Con el trust anglosajón: 1) En el trust se transmite una administración; en el negocio fiduciario, una verdadera propiedad. 2) El trust nace con fines de permanencia; el negocio fiduciario es transitorio: consume su existencia cumpliendo con las obligaciones que origina. 3) El trust debe ser instituido en beneficio de un tercero; mientras que el negocio fiduciario interesa fundamentalmente a las partes.

**VIII. VARIANTES DE LA TRANSMISIÓN FIDUCIARIA**

a) Transmisión fiduciaria de cosas y créditos: 1) Compraventa con fines fiduciaros: en el supuesto de ventas con cláusulas "de retroventa" en favor del vendedor (art. 1366, Cód. Civil) y de "reventa" en favor del comprador (art. 1367, Cód. Civil), así como la propiedad fiduciaria (art. 2662, Cód. Civil), debemos investigar la existencia o no del pacto fiduciario en la transferencia de la cosa en garantía, todo en amparo de un crédito representado por el precio de venta. 2) Cesión de créditos: 2.1) Cessio pro solvendo o cesión de créditos para el pago y en garantía: el cedente faculta al cesionario para cobrar un crédito que él tiene con un tercero, sirviendo el mismo como garantía de una deuda de menor o igual valor que contrajo con el segundo: es la llamada "cesión de créditos en prenda o garantía", muy común en el ámbito de los negocios bancarios. El deudor contrae un préstamo con el banco, y en garantía de su deuda, da en prenda un título de crédito, gestionando el banco su cobro, y devolviendo el remanente al deudor: este remanente, sobre el que pesa el cargo de restitución, es el que configura el negocio fiduciario. 2.2) Cesión de créditos para el cobro (administración): en esta figura se transmite íntegramente un crédito (medio)

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

para gestionar su cobro (fin). En este exceso del apoderamiento con respecto a su fin (cobro) es que rige el pacto fiduciario. b) Transmisión fiduciaria de letras de cambio: el endoso en las letras de cambio puede ser: 1) Endoso completo. 2) Endoso en blanco. 3) Endoso con las cláusulas "en procuración", "valor al cobro", "al cobro" u otra mención. 4) Endoso con la cláusula "valor en garantía", "valor en prenda" o cualquier otra que implique una caución (decreto 5965/63). Sólo al omitir el tercero y cuarto endoso, es decir las cláusulas del mandato y de la garantía, es que nos encontraríamos frente a la verdadera transmisión fiduciaria, cuando dicha entrega se realiza con ese fin y no se menciona, ya que el endosatario estaría actuando erga omnes como titular de la letra, y sólo queda obligado por el pacto fiduciario. El art. 586 del Cód. de Comercio, al referirse a la prenda dice: ". . . Sin embargo aunque el endoso sea hecho en forma de transmitir la propiedad, puede el endosante probar que sólo se ha transmitido el crédito en prenda o garantía." c) Transmisión fiduciaria de acciones: es el supuesto de la transmisión que efectúa el titular de acciones (títulos, valores representativos de intereses en sociedades comerciales) a fin de que el fiduciario concurra a las asambleas, impugne balances, etcétera. Es una fiducia cum amico que se asimila al mandato. d) Transmisión, fiduciaria para administración o mandato: una de las aplicaciones más frecuentes de esta fiducia la encontramos en los llamados "fondos comunes de inversión". En ella los fiduciantes, aportantes, accionistas, etcétera, transmiten la propiedad de sus bienes a un ente inscripto en registros especiales con la categoría de banco o sociedad anónima, el que debe administrarlos, invertir sus resultados y dividendos ejecutar actos diversos, y rendir cuentas al fiduciante por su actuación, satisfaciendo los intereses individuales de la inversión.

## **IX. CONCLUSIÓN**

En los países de derecho continental, de filiación románica, es viable la concepción de un negocio fiduciario como entidad autónoma que no se confunde con el negocio simulado ni con el fraudulento ni con el aparente: es un acto lícito, dotado de una causa atípica: la causa fiduciae, o causa credendi. Configura una expresión completa de la autonomía de la voluntad que no encuentra la veda del numerus clausus, en tanto se inordine en los superiores fines de la sociedad.

## **BIBLIOGRAFÍA**

La transmisión de créditos en garantía, Elías P. Guastavino. (Comentario al fallo del Juzg. Fed. Cap., la inst., 6/10/72, "Famatex SA/Ferroc. Gral. Belgrano", Jurispr. arg., pág. 504.)  
Contrato fiduciario, Eduardo Cortés Giménez, Enc. Jurídica Omeba.  
Negocio fiduciario, Jorge A. Carranza, Omeba.



**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

**LA ESCRITURA PÚBLICA Y EL NOTARIO FRENTE AL "FACTORING"(\*)**(401)****

J. EDUARDO SCARSO

**SUMARIO**

I. Antecedentes en nuestra legislación. II. Concepto. III. Problemática. IV. El "factoring" y la cesión de créditos. V. La debida instrumentación del "factoring". VI. Cesión de créditos y descuento de facturas. VII. Los modernos contratos y el notario.

**I. ANTECEDENTES EN NUESTRA LEGISLACIÓN**

No existe en nuestra legislación una regulación del contrato de factoring(1)(402), ya que, sin llegar a ser así nominada, la figura fue introducida a nuestro panorama financiero en el año 1969 en virtud de la sanción de la ley 18061. Su sucesora, la actual ley 21526 de entidades financieras, que regula específicamente las operaciones que pueden realizar las entidades del sistema financiero institucionalizado - sustitutiva de la 18061 - , se limitó a reproducir (arts. 21 y 24, d) el contenido de su antecesora, autorizando a las entidades financieras para "otorgar anticipos sobre créditos provenientes de venta, adquirirlos, asumir sus riesgos, gestionar su cobro y prestar asistencia técnica y administrativa". La Exposición de Motivos de la ley vigente reconoce no haber introducido cambios de fondo sino meramente formales, a fin de procurar una redacción más ajustada y posibilitar a la autoridad de aplicación en ejercicio pleno del poder reglamentario que le compete. Empero el BCRA en su calidad de autoridad de aplicación, jamás reglamentó aspecto alguno relativo al funcionamiento de la operatoria del factoring, excepto la circular RF 1291 ( 15/12/80) sobre normas contables para las entidades financieras (Anexo II, Plan de Cuentas Mínimo) que dota de identidad propia al factoring aunque sólo a los efectos puramente contables, como aconteció asimismo con el leasing(2)(403).

**II. CONCEPTO**

En su concepción moderna, el factoring es el "contrato mediante el cual, una empresa especializada, denominada «factor», presta en servicio de colaboración (asistencia técnica y financiera) a otra empresa comercial o industrial, llamada «cliente», obligándose la primera, mediante un precio en el que se computa el costo - latu sensu - de prestación del servicio, a adquirir una determinada masa de créditos que tuviere la otra por su actividad empresarial en relación a terceros y durante un lapso determinado"(3)(404). En consecuencia, el factor adquiere todos los créditos que el cliente tenía contra sus deudores; recibe las facturas y demás documentación que instrumenta el contrato de factoring; anticipa al cliente el importe de los créditos recibidos previa deducción de un porcentaje convenido por la gestión del cobro, gastos de financiamiento y