

**46° CONVENCIÓN NOTARIAL DEL COLEGIO DE ESCRIBANOS DE LA
CIUDAD DE BUENOS AIRES**

AÑO 2026

TEMA II: Herramientas de acceso al crédito y la vivienda

SUBTEMA B: Alternativas de financiamiento – Fideicomiso de Garantía

COORDINADORES:

Esc. Sonia Lukaszewicz – Esc. R. N. Julián Frigerio

“FIDEICOMISO DE GARANTÍA”

DATOS DEL AUTOR:

Nombre y Apellido: María Teresita ACQUARONE

Teléfono de Contacto: 11 3649-0724

Correo Electrónico: maria@acquarone.com

TEMA II: Herramientas de acceso al crédito y la vivienda

SUBTEMA B: Alternativas de financiamiento – Fideicomiso de Garantía

Nombre y Apellido: María Teresita ACQUARONE

“FIDEICOMISO DE GARANTÍA”

PONENCIA

I-La utilización más común de financiar la adquisición de la propiedad es el fideicomiso de administración para la construcción de edificios destinados a la vivienda. Pero también una manera de financiar la adquisición de la propiedad, es a través de un mutuo garantizado con una transmisión fiduciaria en garantía lo que constituye una garantía autoliquidable

II-El código Civil y Comercial define al fideicomiso en garantía y lo reglamenta admitiendo su utilización y permitiendo que el fiduciario sea beneficiario

III-Lo que diferencia este fideicomiso de otros es el ius vendendi del fiduciario que es un derecho legítimo regulado en los artículos 1688 y 1680 y se distingue entre las distintas clases de bienes.

IV-La eficacia práctica del fideicomiso en garantía y la prevención de eventuales disputas judiciales dependen de una adecuada técnica de redacción del contrato constitutivo, lo que se realiza con una amplia libertad fundada en la autonomía de la voluntad, donde el operador jurídico adquiera la mayor relevancia

V-Cuando se celebra un fideicomiso en garantía, siempre está supeditado al contrato que está garantizando y forma parte de una red contractual en la cual habría una finalidad supracontractual que es común a todos los contratos que la estructuran, y por ello su tratamiento también se debe analizar a través de la regulación de los contratos conexos

SUMARIO:

I. Introducción y función económica: El fideicomiso de garantía como instrumento alternativo para el financiamiento y acceso a la vivienda.

II. Antecedentes históricos y conceptuales: De la fiducia romana ("cum amico" y "cum creditore") a la consagración positiva en el Código Civil y Comercial de la Nación.

III. Caracteres jurídicos esenciales:

1. El ius vendendi del fiduciario y sus límites legales frente a la prohibición del pacto comisorio.

2. Transmisibilidad del derecho del beneficiario.

3. La admisibilidad legal del fiduciario-beneficiario (art. 1673 del CCyCN).

IV. Régimen de realización y liquidación de los activos según su naturaleza:

1. Créditos y derechos generadores de flujos de fondos.

2. Bienes muebles: pautas de prudencia y prohibición de adjudicación directa.

3. Bienes inmuebles y la ejecución extrajudicial por subasta o remate privado.

V. Técnica de estructuración contractual notarial:

1. Definición y acreditación objetiva de la mora.

2. Procedimiento convencional de realización, avalúo y restitución de remanentes.

VI. La conexidad contractual y las redes de contratos: Finalidad supracontractual, excepción al efecto relativo y marco regulatorio de los artículos 1073 a 1075 del CCyCN.

DESARROLLO:

EL FIDEICOMISO DE GARANTÍA

Introducción

El contrato de fideicomiso regulado hoy en el Código Civil y Comercial en los artículos 1666 al 1707, recoge la experiencia de la doctrina elaborada después de la sanción de la ley 24441, tanto autoral como jurisprudencial y reglamenta alguna de las distintas situaciones que esta puede contemplar. Quizá el más común como forma de financiar la adquisición de la propiedad sea el fideicomiso de administración para la construcción de edificios destinados a la vivienda. Pero también una manera de financiar la adquisición de la propiedad, es a través de un mutuo garantizado con una transmisión fiduciaria en garantía

El contrato de fideicomiso siempre tiene una función de administración porque debe conservar los bienes que se le han transmitido, pero también siempre tiene una función de garantía no menos importante ya que al estar afectados a una finalidad determinada estos bienes quedan a resguardo de las agresiones al patrimonio del fiduciante. En ciertas ocasiones es más importante una función que la otra, y en el caso que vamos a tratar el acento está más en la garantía, que en la administración, por lo que se ha dado en llamar fideicomiso de garantía. Cuando se celebra un fideicomiso en garantía, siempre está supeditado al contrato que está garantizando y forma parte de una red contractual en la cual habría una finalidad supracontractual que es común a todos los contratos que la estructuran, y por ello su tratamiento también se debe analizar a través de la regulación de los contratos conexos

ANTECEDENTES Y DEFINICIONES

Según el Art.1666 del código civil y comercial hay contrato de fideicomiso cuando una parte transmite a otra o se compromete a transmitir la propiedad de bienes a otra llamada fiduciario que se obliga a ejercerla en beneficio de otra. Al decir que es en beneficio de otro, no cabría la posibilidad que la ejerza en beneficio de sí mismo, parecería que siempre tiene el fiduciario que beneficiar a otro. Sin embargo, el propio Código cuando define al beneficiario dice que pueden ser beneficiarios el fiduciante, el fiduciario o el fideicomisario y al definir al fiduciario también reitera que el fiduciario puede ser beneficiario art 1673

Esta aclaración la realiza el Código Civil y Comercial porque había dado lugar a muchas interpretaciones en la legislación anterior si era posible, y sin ninguna duda su

reglamentación sirve para una mejor utilización del fideicomiso con fines de garantizar una obligación contraída mediante otro contrato

El fideicomiso es un contrato que estructura situaciones muy diversas. En sus orígenes en el derecho Romano distinguían dos clases de fiducia: la que llamaban *cum amico* (fiducia altruista en beneficio del fiduciante) cuando se le encargaba a un amigo que cuidara los bienes ante situaciones de viajes y se los transmitía en fideicomiso, este fiduciario lo hacía gratuitamente. La otra era la fiducia “*cum creditore*”, que se transmitía bienes en garantía de una deuda contraída, cuando se cancelaba la deuda se retransmitía. También se conoce mucho esto en el derecho Anglosajón que ha desarrollado mucho el trust para usarlo con fines de garantía.

Esto se debía, según algunos autores ^{1a} que en la Edad Media cuando los que prestaban dinero no podían cobrar intereses, lo que estaba mal visto por la iglesia, lo calificaban de usura. Se solucionaba mediante la transmisión en garantía ya que el acreedor podía usar el inmueble hasta que se devolviera el capital y cuando devolvía el capital, se retransmitía la propiedad de ese inmueble. Después se fue permitiendo cobrar intereses, y si bien esta situación no era condenable el sistema se mantuvo.

El código Civil y Comercial define al fideicomiso en garantía y dice que “el fiduciario puede aplicar las sumas de dinero que ingresen al patrimonio incluso por cobro judicial o extrajudicial de los créditos o derechos fideicomitidos al pago de los créditos garantizados. Respecto de otros bienes para ser aplicados a la garantía el fiduciario puede disponer de ellos según lo dispuesto en el contrato y en defecto de convención en forma privada o judicial asegurando un mecanismo que procure obtener el mayor valor posible de los bienes

CARACTERES

I-Lo que diferencia este fideicomiso de otros es el *ius vendendi* del fiduciario que es un derecho legítimo regulado en los artículos 1688 y 1680 y se distingue entre las distintas clases de bienes. Si fuera dinero lo puede aplicar al pago de la deuda. Si fueran otros bienes hay que regular en el contrato la forma de liquidar los mismos, rigiendo en todo momento la autonomía de la voluntad. Es decir el procedimiento para la venta de los bienes tiene un único límite, que es la adquisición de los bienes por el fiduciario. En

¹LISOPRAWSKY, Silvio V. “Fideicomiso en el Código Civil y Comercial Sup. Especial Contratos en particular” 2015 217472015 la ley on line

defecto de convención de partes el fiduciario puede disponer de los bienes en forma privada o judicial planteándose la doctrina si sería posible que el fiduciario adquiriera los bienes por dación en pago, frente a la prohibición del pacto comisorio en los derechos reales de garantía (art 2198 del CCy C) Los autores que sostienen la posibilidad de la dación en pago también sostienen que los bienes del deudor no estarían en propiedad del acreedor, sino en propiedad del fiduciario y este puede disponer los mismos liquidándolos y si fuera por venta, el dinero que ingresa de alguna manera sustituye al bien por subrogación y en consecuencia sería similar a la dación en pago para la cancelación de la deuda ²

II Es transmisible. El beneficiario puede ceder su derecho. En caso de que muera el beneficiario sus sucesores universales ocuparán su lugar y tendrán el mismo derecho que tenía el causante.

III El fiduciario puede ser beneficiario.

LIQUIDACIÓN DE LOS BIENES SEGÚN SU NATURALEZA

En la liquidación y realización de los bienes en caso del incumplimiento del deudor se deben seguir las pautas delineadas en el contrato, en cuanto a la forma de liquidarlos según su naturaleza. Hay algunas pautas a seguir según su naturaleza

1. Créditos y Derechos Generadores de Flujos de Fondos

Cuando el patrimonio fiduciario se integra con derechos de cobro o flujos de fondos, la función del fiduciario se centra en la percepción directa de los valores. Salvo pacto en contrario, el fiduciario se encuentra plenamente legitimado para percibir las sumas que ingresen al patrimonio separado y aplicarlas de manera inmediata al pago de la deuda garantizada.

En caso de incumplimiento de los deudores del crédito fideicomitido, el fiduciario, en su carácter de titular de la propiedad fiduciaria, está facultado para promover las acciones de cobro judiciales o extrajudiciales necesarias. Los recursos netos que se obtengan de la gestión de cobro se destinarán al pago del crédito garantizado.

2. Bienes Muebles

Tratándose de bienes muebles se deben seguir las pautas respecto de los cuales no se han fijado pautas contractuales específicas para su enajenación, el fiduciario mantiene la

² LISOPRAWSKY, Silvio V. "Fideicomiso en el Código Civil y Comercial Sup. Especial Contratos en particular" 2015. 217472015 la ley on line

potestad de disponer de ellos para cumplir los fines de la garantía, actuando siempre con la prudencia y diligencia exigibles a un «buen hombre de negocios».

Se puede optar por el concurso publico de precios o encontrar una forma equitativa de valuarlos siempre teniendo en cuenta que el fiduciario en ningún caso puede adjudicarse directamente el bien para sí, puesto que ello implicaría asumir la condición de fideicomisario, figura que le está expresamente vedada por el régimen legal del fideicomiso

3. Bienes Inmuebles y la Ejecución Extrajudicial

Uno de los principales atributos del fideicomiso en garantía sobre bienes inmuebles es la factibilidad de ejecutar el bien sin recurrir a un juicio previo, incluso ante el silencio o vacíos del contrato.

Con la evolución del derecho de garantías y la incorporación de regímenes especiales para la ejecución extrajudicial de hipotecas, se reconoce por analogía la validez del remate privado o extrajudicial conducido por el fiduciario. Dado que el fiduciario es titular de una propiedad fiduciaria (aunque imperfecta) sobre el inmueble, la ley tolera la enajenación privada siempre que se observen los recaudos mínimos de publicidad, intervención de martillero e intervención notarial, garantizando un procedimiento transparente e imparcial.

ESTRUCTURACIÓN CONTRACTUAL

La eficacia práctica del fideicomiso en garantía y la prevención de eventuales disputas judiciales dependen de una adecuada técnica de redacción del contrato constitutivo. A fin de resguardar al fiduciario de asumir responsabilidades derivadas de su gestión, el instrumento debe prever con precisión al menos con dos aspectos críticos:

I -Definición Objetiva de la Mora

El contrato debe evitar atribuir al fiduciario facultades discrecionales para juzgar si el deudor ha incurrido o no en incumplimiento. Asumir esa valoración ubica al fiduciario en una posición análoga a la de un juez o árbitro, sometiéndolo a responsabilidades frente a ambas partes en caso de error. Para ello, se aconseja establecer mecanismos de acreditación objetiva:

Mera expiración del plazo: En obligaciones de dar sumas de dinero, el vencimiento de la fecha fijada es prueba suficiente de la mora.

Dictámenes técnicos o arbitrales: En obligaciones de hacer o de no hacer, la acreditación de la mora puede supeditarse a peritajes de terceros independientes o a la notificación de un laudo arbitral.

II- Procedimiento Claro de Enajenación

El texto debe pautar de forma exhaustiva el método de realización de los activos una vez configurado el incumplimiento y otorgarle facultades claras al fduciario.³ Entre las cláusulas indispensables hay que prever

- La modalidad de venta (remate privado, licitación o venta directa mediante agentes inmobiliarios).
- La determinación de precios base y las reglas para reajustes o rebajas progresivas en caso de subastas desiertas.
- Las pautas de avalúo y la forma de liquidar y restituir al fiduciante los saldos sobrantes tras la cancelación integral de la deuda garantizada.

.

La regla general es que la autonomía de la voluntad es un valor jurídico y una posición jurídica de rango constitucional que comprende dos aspectos: la libertad de celebrar un contrato y la de configurar su contenido. Este contrato nunca se encuentra solo, ya que esta siempre vinculado con otros, que son cuyas obligaciones garantiza, formando conjuntos de productos y servicios de donde surge una operación económica que se vale de varios contratos como instrumentos para su realización formando “redes contractuales”. Ello lleva al análisis de los grupos de contratos cuyo objeto es analizar la configuración en sistemas con finalidades supracontractuales, en donde se analiza la perspectiva interna que estudia las relaciones entre las partes, el objeto como operación que involucra varios contratos, el nexo asociativo y la perspectiva externa que analiza los efectos del conjunto frente a los terceros.

Cuando el negocio excede al contrato, es necesario vincularlo en sus efectos consagrando una excepción al efecto relativo, de modo que la ineficacia de uno de los contratos será oponible a los otros en virtud de esa conexión, pero esta interpretación debe ser delimitada para no distorsionar el principio rector que había consagrado el artículo 1195 del código Civil y actualmente en los artículos 959 del Código Civil y Comercial.

³ CARREGAL, Mario, y otros TRATADO DE FIDEICOMISO Tomo II parte especial La Ley 2013

El análisis del negocio en su conjunto debe ser analizado desde la mirada de los contratos conexos hoy consagrados en el Código Civil y Comercial en los artículos 1073, 1074 y 1075