

**Universidad del CEMA**  
**Maestría en Finanzas**  
**Law and Finance**

**El Fideicomiso de Garantía.**

**La Superposición de los roles**  
**Fiduciario – Beneficiario**

**Germán Ciro Campi**

**Buenos Aires, 12 de noviembre de 2008**

**ABSTRACT**

Nos ocuparemos en el presente trabajo del conflictivo tema de la superposición de roles en el fideicomiso de garantía. Con ese fin, analizaremos los antecedentes en el derecho romano, el derecho anglosajón y en la normativa nacional originaria y la actualmente vigente. Asimismo, expondremos toda la legislación vigente en el continente americano para posteriormente analizar la doctrina nacional que defiende o rechaza la superposición de roles. Finalmente, fundaremos nuestra posición explicando los motivos por los cuales consideramos pertinente regular expresamente al fideicomiso de garantía y en especial la superposición de roles.

## **INTRODUCCIÓN**

*“Ni la ley ni el legislador contempló el contrato de fideicomiso [de garantía] pese a manifestar en ocasión de la celebración de este último cuerpo legal que se había analizado toda la legislación vigente a esa época”<sup>1</sup>*

La cita realizada nos permite iniciar nuestro trabajo afirmando que en nuestro país no existe regulación legal expresa referida al fideicomiso de garantía y menos aún a la eventual superposición de los roles fiduciario – beneficiario en cabeza del acreedor.

Lo expuesto genera un gran debate en la doctrina nacional que aún no cesa y la consecuente inseguridad jurídica.

Por lo dicho, en el presente trabajo nos ocuparemos de intentar terminar con ese debate proponiendo una solución definitiva al respecto.

Con ese anhelo, hemos decidido estructurarlo del siguiente modo:

**En la sección 1**, analizaremos la experiencia en el derecho romano y en el anglosajón, como también la regulación prevista por Vélez Sarsfield, para finalmente explicar la normativa vigente actual en nuestro país.

**En la sección 2**, pasaremos revista a toda la legislación vigente en el resto de nuestro continente para luego citar los argumentos nacionales que defienden o rechazan la superposición de roles.

**En la sección 3**, explicaremos nuestra posición, analizando los motivos por los cuales consideramos pertinente regular expresamente al fideicomiso de garantía y en especial la superposición de roles.

**En el Anexo**, analizaremos brevemente la regulación fiscal y bancaria de la figura.

---

<sup>1</sup> Barreira Delfino, Eduardo (2006), El Fideicomiso de Garantía y la ley de Quiebras, *El Derecho* 217: 754

## SECCION 1

### EL FIDEICOMISO. ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y SU REGULACIÓN LEGAL NACIONAL

#### 1.1 Antecedentes en el Derecho romano

El término Fideicomiso, según nos enseña el Diccionario de la Real Academia Española,<sup>2</sup> proviene del latín *fideicommissum*. *Fides* significa confianza, fe y *commissus*, confiado. Por ello, el elemento que continuamente mencionaremos en este trabajo es la especial confianza que las partes tienen en cuenta a la hora de utilizar el instituto que nos ocupa.

Esta figura nace en el derecho romano mediante la especie del fideicomiso testamentario, por ello el mismo Diccionario luego lo define como “*disposición por la cual el testador deja su hacienda o parte de ella encomendada a la buena fe de alguien para que, en caso y tiempo determinados, la transmita a otra persona o la invierta del modo que se le señala*”. El “*rogo fideicomitto*” era el encargo que le dejaba a una persona denominada “fiduciario” para que le trasmite luego de su muerte todos o parte de sus bienes a otra persona, el “fideicomisario”.

Ésta podría decirse que era la forma más “pura” de fideicomiso, toda vez que la disposición testamentaria, quedaba exclusivamente sujeta a la buena fe del fiduciario, quien en caso de incumplimiento no quedaba sujeto a acción alguna por parte del fideicomisario. Por ende, el testador a la hora de designar al fiduciario debía tener una “fe suprema” en que éste iba a cumplir

---

<sup>2</sup> Vigésima segunda edición disponible en <http://www.rae.es>

## El Fideicomiso de Garantía. La Superposición de los roles Fiduciario – Beneficiario

oportunamente con su ruego, toda vez que luego de muerto, ni él – obviamente- ni el beneficiario, nada podrían alegar.

Por lo dicho, el fideicomiso nace más como un instituto moral que jurídico.

Como era de esperarse, con el paso del tiempo se fueron produciendo innumerables abusos por parte de los fiduciarios quienes ejecutaban el ruego a su antojo o bien directamente lo incumplían.

Por ello, el emperador Augusto dispuso que los fideicomisarios pudieran entablar una *cognitio extra ordinem* (recurso administrativo) ante los cónsules, quienes ejerciendo el poder de Imperium, forzarían al fiduciario a cumplir la voluntad del testador.<sup>3</sup>

Sin embargo, el fideicomiso testamentario, si bien fue recogido por las legislaciones que siguieron la tradición romana bajo la denominación de “sustituciones fideicomisarias” terminaron siendo prohibidas por el Código Napoleón con el objeto de impedir la acumulación de riquezas en pocas manos, tal como terminaba ocurriendo.<sup>4</sup>

Expuesto cuanto antecede, debemos mencionar las principales formas que adoptó el fideicomiso en el derecho romano:

a) *Fiducia cum creditote contracta*. Es el primer antecedente del fideicomiso de garantía y se instrumentaba mediante el contrato por el cual el deudor u otra persona por el, transmitía la propiedad de una cosa al acreedor, quien a su vez se comprometía a devolverla al momento de pago de la obligación contraída.

---

<sup>3</sup> Fernández, Julio César D. (2000), *Antecedentes históricos del fideicomiso* en Maury de González, Beatriz –Directora-, *Tratado Teórico Práctico de Fideicomiso*, Buenos Aires, Ad-Hoc.

<sup>4</sup> Martorell, Ernesto E. (2000), *Tratado de los Contratos de Empresa*, Buenos Aires, Lexis-Nexis – Depalma.

## **El Fideicomiso de Garantía. La Superposición de los roles Fiduciario – Beneficiario**

En este caso, el fiduciante podría resultar el propio deudor o un tercero, quien garantizaba el cumplimiento de una obligación, siendo el acreedor, como fiduciario, quien recibía la cosa fideicomitada para su posterior restitución en ocasión de pago.

b) *Fiducia cum amico contracta*. El contrato era estipulado solamente en interés del constituyente o fideicomitente (llamado en nuestro derecho fiduciante) quien transmitía la cosa al fiduciario para que ostente la propiedad de la cosa en favor del primero. Nuevamente vemos el elemento confianza como cuestión sustancial en el contrato, por ello, no casualmente se transmite la cosa al *amico* (amigo).

En este supuesto, el fiduciario transmite un patrimonio para que el amigo (fiduciario) lo ejerza en beneficio del primero.

En ambos casos notamos que una parte que en nuestro derecho llamamos fiduciante le transmite la propiedad a otra, denominada fiduciario para que la ejerza ya sea en interés del primero (*amico*) o en interés propio (*creditote*).

### **1.2 Antecedentes en el Derecho inglés**

En el derecho anglosajón el fideicomiso es denominado *trust* cuya traducción justamente es confianza.

El *trust*, nacido luego de la conquista normada, reconoció su antecedente en los *uses*, que consistía en la transmisión de inmuebles a un tercero de confianza para que los destinara en beneficio del propio transmitente o de otra persona. A su vez, el *trust* también incorporaba la

## El Fideicomiso de Garantía. La Superposición de los roles Fiduciario – Beneficiario

posibilidad de transmisión de cosas muebles. Al igual que en Roma, el *trust* podía surgir por actos de ultimas voluntades o bien por acto entre vivos.

En el derecho inglés se reconocía una doble titularidad fiduciaria, toda vez que convivían dos derechos contrapuestos: el *common law* y el *equity law*. El primero fue generado por las compilaciones de jurisprudencia que desde tiempos inmemoriales se iban acumulando y los jueces aplicaban. Como contrapartida al estancamiento producido por el *common law* surgió el *equity law*, como el derecho aplicado por los cancilleres<sup>5</sup> en nombre del rey, guiado ya no por las costumbres, sino por los principios de equidad, justicia, moralidad.

Entonces, en un primer momento encontramos que el derecho del *trustee* (fiduciario) era el único protegido por el *common law*, quien resultaba como único titular de la propiedad frente a los tribunales, quienes desconocían los derechos del *beneficiary* (beneficiario).

Esto produjo que muchos fiduciarios terminaran ejerciendo la propiedad en su exclusivo interés; por lo que los cancilleres, en nombre del rey, intervinieron reconociendo la *equity law*, esto es el derecho de la equidad, basado en la justicia y la moralidad. Mediante esta intervención se pudo garantizar el derecho de los beneficiarios frente a los abusos de los fiduciarios. De todas formas hasta finales del siglo XIX ambos derechos convivieron juntos: *common law para el trustee* y *equity law para el beneficiary*.

---

<sup>5</sup> Los cancilleres cumplían funciones similares a las de un juez, en representación del rey, comenzaron siendo eclesiásticos para paulatinamente ser sustituidos por abogados

## El Fideicomiso de Garantía. La Superposición de los roles Fiduciario – Beneficiario

Ahora bien, si bien el *common law* regula la figura del trust consideramos que nuestro sistema se asemeja más al romano, en especial **Carregal**<sup>6</sup> afirma que la Ley 24.441 –que regula el fideicomiso en nuestro país, tal como analizaremos en el punto siguiente- no está inspirada en el *common law* sino en las legislaciones latinoamericanas sobre fideicomiso – que recogen la fuente romana-. A su vez, agrega el mismo doctrinario citando a Scott que no necesariamente se prohíbe de manera expresa la superposición en el derecho anglosajón.

### 1.3 El Código Civil de 1869

El Código Civil originario de Vélez Sársfield definía el dominio fiduciario en su artículo 2662 de la siguiente forma: “*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 resolutorio, para el efecto de restituir la cosa a un tercero*”.

Sin embargo, si bien la figura se encontraba expresamente definida en nuestro Código, la doctrina mayoritaria negaba su vigencia efectiva, toda vez que se encontraban expresamente prohibidas las sustituciones fideicomisarias como explicáramos en el punto 1.1 al cual nos remitimos en honor a la brevedad. No obstante, siguiendo a **Martorell**<sup>7</sup> en su crítica a **Salvat**, resultaría posible prohibir la sustitución fideicomisaria en materia sucesoria y a su vez admitir el fideicomiso singular por acto entre vivos.

---

<sup>6</sup> Carregal, Mario A. (2008), Coexistencia de las calidades de fiduciario y beneficiario en los fideicomisos de garantía, *La Ley*, 15/09/2008.

<sup>7</sup> Martorell, Ernesto E. (2000), *Tratado de los Contratos de Empresa*, Buenos Aires, Lexis-Nexis – Depalma.

## **El Fideicomiso de Garantía. La Superposición de los roles Fiduciario – Beneficiario**

Lo cierto es que prácticamente no se constituyó ningún fideicomiso bajo la vigencia originaria del artículo 2662, y mucho menos hubiese sido posible constituir un fideicomiso de garantía bajo esta norma, toda vez que establecía que la cosa debía ser restituida a un tercero afectando bienes del propio deudor fiduciante, por lo cual cancelado el crédito, el fiduciante no podría recuperar la cosa, al menos en forma directa. Este último aspecto fue modificado por la Ley 24.441, tal cual como explicaremos en el punto siguiente.

### **1.4 La Ley 24.441 “FINANCIAMIENTO DE LA VIVIENDA Y LA CONSTRUCCION”**

La Ley 24.441<sup>8</sup> en su artículo 1° establece: “ *Habrà 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*”. De esta definición surgen claramente cuatro sujetos durante la vigencia del contrato:

1. El *fiduciante* –llamado también constituyente o fideicomitente en otras legislaciones<sup>9</sup>- que es quien trasmite parte de su patrimonio presente o futuro.

---

<sup>8</sup> Sancionada: Diciembre 22 de 1994. Promulgada: Enero 9 de 1995

<sup>9</sup> A título ejemplificativo, se lo denomina fideicomitente en: Bolivia, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Panamá, Uruguay y Venezuela, entre otros países. En Colombia, se lo llama fiduciante o fideicomitente y en Paraguay se utilizan estas 2 denominaciones además de constituyente, en forma indistinta.

## El Fideicomiso de Garantía. La Superposición de los roles Fiduciario – Beneficiario

2. El *fiduciario* recibe este patrimonio con el fin de llevar adelante las funciones que le asigne el contrato constitutivo, conocidas como la “manda fiduciaria”.

3. El *beneficiario* es el sujeto a favor de quien se constituye el fideicomiso, debiendo el fiduciante ejercer la propiedad en beneficio de éste.

4. El *fideicomisario* es el destinatario final de los bienes remanentes quien podrá resultar el propio fiduciante, el beneficiario o una tercera persona; nunca podrá ser el fiduciario toda vez que el artículo 7° de la Ley citada prohíbe expresamente que éste pueda adquirir para sí los bienes fideicomitados. Resulta llamativo que todas las leyes extranjeras que se tuvo oportunidad de compulsar para la realización de este trabajo –las cuales se analizarán en la sección 2- no regulan separadamente al fideicomisario del beneficiario, utilizando indistintamente una o ambas denominaciones.

Ahora bien, habiendo mencionado que la ley regula 4 sujetos, resulta fundamental destacar que en definitiva solo 2 partes se deben encontrar presentes al momento de la firma del contrato<sup>10</sup>: el fiduciante y el fiduciario, pudiendo el beneficiario y/o el fideicomisario existir o no en dicha oportunidad, resultando suficiente según el artículo 2° de la ley que consten “*los datos que permitan su individualización futura*”. Por lo expuesto, el presente contrato es bilateral, teniendo 2 partes intervinientes no existen obstáculos para que éstas cumplan más de un mismo rol.

---

<sup>10</sup> Nos estamos refiriendo al fideicomiso constituido por acto entre vivos y no el testamentario como más adelante se mencionará.

## El Fideicomiso de Garantía. La Superposición de los roles Fiduciario – Beneficiario

Asimismo, como explicáramos anteriormente, el artículo 73 de la ley reforma el Art. 2662 del Código Civil del siguiente modo: *“Dominio fiduciario es el que se adquiere con 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”*. Esta última parte reforma fundamental al artículo citado, ya que deja abierta la posibilidad que la cosa sea restituida a cualquier persona, sea o no tercero al contrato, lo cual viabilizaría que un deudor pueda garantizar sus obligaciones con sus propios bienes y cumplidas las mismas el acreedor pueda restituirle las garantías prestadas. No obstante, hubiese resultado más pertinente utilizar la expresión “propiedad fiduciaria”, tal como se menciona en el artículo 1º, en vez de “dominio fiduciario” en virtud del artículo 4 pueden fideicomitirse tanto cosas como otros bienes presentes o futuros.

A su turno, la norma solamente nombra dos especies de fideicomiso: el testamentario<sup>11</sup> y el financiero<sup>12</sup>. Por lo cual, el fideicomiso de garantía – como tantos otros- no se encuentra expresamente regulado por la Ley 24.441. No obstante, siguiendo a **Carregal**, este no es argumento suficiente para desconocer la existencia de esta especie ya que *“El hecho de que no se haya legislado en particular sobre el fideicomiso de garantía, lejos de significar un impedimento legal debe ser interpretado como espacio jurídico*

---

<sup>11</sup> **ARTICULO 3º.** *“El fideicomiso también podrá constituirse por testamento, extendido en alguna de las formas previstas por el Código Civil, el que contendrá al menos las enunciaciones requeridas por el artículo 4.”*

<sup>12</sup> **ARTICULO 19º.** *“Fideicomiso financiero es aquel contrato de fideicomiso sujeto a las reglas precedentes, en el cual el fiduciario es una entidad financiera o una sociedad especialmente autorizada por la Comisión Nacional de Valores para actuar como fiduciario financiero, y beneficiario son los titulares de certificados de participación en el dominio fiduciario o de títulos representativos de deuda garantizados con los bienes así transmitidos.”*

## El Fideicomiso de Garantía. La Superposición de los roles Fiduciario – Beneficiario

*disponible para la imaginación fecunda (...) Va de suyo que la ley 24.441 no prohíbe ni expresa ni tácitamente la celebración de fideicomisos de garantía. No ha estado en la mente del legislador prohibir esta clase de fideicomisos*<sup>13</sup>.

Con esta magnífica cita rechazamos de plano cualquier argumento que sostenga la ilicitud de esta figura, como el caso de **Peralta Mariscal** quien sostiene con argumentos extremos que “*el fideicomiso de garantía es ilícito. Nada garantiza.*” o “*todo contrato de fideicomiso de garantía es nulo*”<sup>14</sup>. Partimos entonces de la opinión mayoritaria que sostiene la licitud de esta especie y no nos detendremos en mayor análisis sobre este punto ya que no resulta el objeto de este trabajo<sup>15</sup>.

No existiendo entonces definición legal en nuestro país conceptualizamos al fideicomiso de garantía siguiendo a **Lisoprawski** y **Kiper**, entendiéndolo que es “*el contrato mediante el cual el fiduciante transfiere la propiedad (fiduciaria) de uno o más bienes a un fiduciario con la finalidad de garantizar con ellos, o con su producido, el cumplimiento de ciertas obligaciones a cargo de aquél o un tercero, designando como beneficiario al acreedor o a un tercero, en cuyo favor, en caso de incumplimiento, se pagará la obligación garantizada, según lo previsto en la convención fiduciaria*”<sup>16</sup> (y cumplidas las obligaciones contractuales previstas

---

<sup>13</sup> Carregal, Mario A. (2000), Fideicomiso de garantía: lícito y necesario, *La Ley*. 2000-E, 948.

<sup>14</sup> Peralta Mariscal, Leopoldo L. (2000), ¿Fideicomiso de garantía? ¡Neuralgias y cefaleas garantizadas!, *La Ley* 2000-D: 975.

<sup>15</sup> La escasa jurisprudencia, respalda esta postura, entre otros “*Crivelli Construcciones S.A. y otro c. Banco Hipotecario S.A.*” Cámara Nacional Civil y Comercial Federal, Sala I, 28/07/2005; “*Kayders S.A. s/conc. Preventivo*” Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala E, 08/05/2006 y “*Donolo, Darío Domingo c. Banco Hipotecario S.A.*” Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B, 05/09/2006.

<sup>16</sup> Lisoprawski, Silvio V. y Kiper, Claudio M. (2002), *Fideicomiso de Garantía*, Buenos Aires, Lexis Nexis.

## **El Fideicomiso de Garantía. La Superposición de los roles Fiduciario – Beneficiario**

*el fiduciario devolverá la propiedad de los bienes fideicomitados o de su remanente o producido al fiduciante). –el agregado es nuestro-.*

Aplicando esta definición la estructura lógica sería la siguiente: El deudor (fiduciario) entrega parte de su patrimonio a un fiduciario para ser conservado por éste, designado beneficiario al acreedor del crédito que por éste contrato se garantiza, para que en el caso de incumplimiento proceda de acuerdo a la manda, enajenado el patrimonio fideicomitado; cumplido el pago del crédito conforme lo establecido el fiduciario devolverá el patrimonio fideicomitado al deudor (fiduciante). Sin embargo, si bien esto podría parecer obvio, la falta de regulación del fideicomiso de garantía en la Ley 24.441 y en especial la posibilidad de superposición de roles entre el fiduciario – beneficiario – acreedor ha desatado un profundo debate en la doctrina nacional, el cual no cesa.

En razón de lo expuesto, teniendo en cuenta este vacío legal, en la sección siguiente analizaremos la superposición de roles en la legislación comparada americana y en la doctrina nacional.

## SECCION 2

### LA SUPERPOSICIÓN DE LOS ROLES FIDUCIARIO – BENEFICIARIO EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA Y EN LA DOCTRINA NACIONAL

Como mencionáramos en la sección anterior, a la cual nos remitimos, el Fideicomiso se encuentra regulado por la Ley 24.441 y se lo conceptualiza en su Art. 1º. No regula específicamente el fideicomiso de garantía como tampoco la superposición de roles, solamente prohíbe al fiduciario adquirir para sí los bienes fideicomitidos, tal como también dijéramos.

Por su parte, el artículo 5º legisla: “El fiduciario podrá ser cualquier persona física o jurídica. Sólo podrán ofrecerse al público para actuar como fiduciarios las entidades financieras autorizadas a funcionar como tales sujetas a las disposiciones de la ley respectiva y las personas jurídicas que autorice la Comisión Nacional *de Valores quien establecerá los requisitos que deban cumplir.*”

Por todo lo expuesto, insistimos que no se encuentran expresamente regulados en nuestra norma ni el fideicomiso de garantía ni mucho menos la superposición de roles fiduciario – beneficiario. Por ello, en esta sección pasaremos revista a las regulaciones vigentes en la materia en nuestro continente y las distintas opiniones acaecidas en la doctrina nacional.

#### 2.1 La regulación en el continente americano

Para un mejor ordenamiento de este apartado hemos dividido a los Estados de nuestro continente en tres grupos: a) Países que admiten expresamente la superposición o bien la admiten cuando existe más de un

## **El Fideicomiso de Garantía. La Superposición de los roles Fiduciario – Beneficiario**

fiduciario o beneficiario; b) Países que prohíben la superposición y c) Países que no regulan la cuestión.

### **a) Países que admiten expresamente la superposición o bien la admiten cuando existe más de un fiduciario o beneficiario**

#### **Brasil**

La Ley 9514 de 1997, regula específicamente al fideicomiso de garantía en su Art. 22 disponiendo: *“La enajenación fiduciaria regulada por esta Ley es el negocio jurídico por el cual el vendedor o fiduciante con objeto de garantía contrata la transferencia al acreedor o fiduciario de la propiedad resoluble de la cosa inmueble”*, previamente el Art. 2° establece que *“podrán operar el sistema de financiamiento inmobiliario las cajas económicas, los bancos comerciales, los bancos de inversiones, los bancos con cartera de crédito inmobiliario, las sociedades de crédito inmobiliario, las sociedades de ahorro y préstamo, las compañías hipotecarias y a criterio del Consejo Monetario Nacional otras entidades”*

En este caso, la Ley regula específicamente al fideicomiso de garantía disponiendo directamente que el al acreedor ocupe el doble rol. Sin embargo, se prevé que solamente las instituciones específicas antes indicadas podrán actuar en este negocio, existiendo entonces superposición pero con un fiduciario especialmente controlado.

#### **México**

La Ley de General de Títulos y Operaciones de Crédito en su Art. 395 afirma: *“Sólo podrán actuar como fiduciarias de los fideicomisos que tengan*

## **El Fideicomiso de Garantía. La Superposición de los roles Fiduciario – Beneficiario**

*como fin garantizar al fideicomisario el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago, previstos en esta Sección Segunda, las instituciones y sociedades siguientes: [lista de instituciones].” A continuación el Art. 396 dispone: “Las instituciones y sociedades mencionadas en el artículo anterior, podrán reunir la calidad de fiduciarias y fideicomisarias, tratándose de fideicomisos cuyo fin sea garantizar obligaciones a su favor. En este supuesto, las partes deberán convenir los términos y condiciones para dirimir posibles conflictos de intereses.”*

Entonces la ley claramente autoriza solo a determinadas instituciones cumplir el rol de fiduciario y autoriza la superposición, y reconociendo un eventual conflicto de intereses, las partes deben regular esta situación.

### **Uruguay**

La Ley 17.703 de Fideicomiso (2003), Art. 9° inc. b) prohíbe: *“El fideicomiso en el cual se designe beneficiario al fiduciario salvo en los casos de fideicomiso en garantía constituidos a favor de una entidad de intermediación financiera”*

En este caso claramente se regula la superposición en el fideicomiso de garantía cuando se trata de una entidad financiera.

### **Estados Unidos**

Los estados se rigen según el sistema de *common law*, encontrándose siempre precedentes para el conflicto que se plantee. Cabe destacar el *Uniform Trust Code* (2004) adoptado en forma prácticamente unánime por todos los estados, el cual establece principios mínimos

## **El Fideicomiso de Garantía. La Superposición de los roles Fiduciario – Beneficiario**

supletorios para el sistema estadual, entre ellos en su sección 402 (a) (5)<sup>17</sup> dispone que el fideicomiso se considera creado solamente solo si *“la misma persona no es el único fiduciario y el único beneficiario”*. Por ende, se autoriza la superposición cuando no existe único fiduciario y beneficiario.

### **Canadá**

Cada estado posee su propia regulación, por ejemplo, Québec en su Código Civil, Art. 1274 dispone: *“cualquier persona física con pleno ejercicio de sus derechos civiles y cualquier persona jurídica autorizada por la ley pueden actuar como fiduciarios”*. Esto último es regulado específicamente por la *Trust Companies Act*. Por su parte, el Art. 1275 establece que *“el constituyente o el beneficiario puede ser fiduciario, pero debe actuar conjuntamente con un fiduciario que no es constituyente ni beneficiario”*. Resulta entonces similar a la regulación anterior.

### **Chile**

La Ley General de Bancos (1997), Art. 86, inc. 8 dispone: *“Los Bancos podrán desempeñar las siguientes funciones de confianza: (...) Ser administradores de bienes constituidos en fideicomisos, cuando así se haya dispuesto en el acto constitutivo. Ni el propietario fiduciario ni el fideicomisario, ni ambos de consumo, podrán privar al banco de la administración “*

---

<sup>17</sup> Este cuerpo fue adoptado por la “NATIONAL CONFERENCE OF COMMISSIONERS ON UNIFORM STATE LAWS” en su encuentro en Portland, Óregon (30 de Julio al 6 de Agosto de 2004).

## **El Fideicomiso de Garantía. La Superposición de los roles Fiduciario – Beneficiario**

Por su parte el Código Civil en su Art. 763, inc. 6 establece que: *“El fideicomiso se extingue: (...) Por confundirse la calidad de único fideicomisario con la de único fiduciario”*. Nuevamente asistimos a la admisión de la superposición, pero solo en el supuesto de más de un fiduciario y beneficiario.

### **Ecuador**

La Ley de Mercado de Valores (1998), Art. 10, inc. 8 otorga a la Superintendencia de Compañías la función de: *“Autorizar el funcionamiento en el mercado de valores de (...) sociedades administradoras de fondos y fideicomisos (...)”* y el Art. 150 explica que el fideicomiso de garantía: *“Consiste en la constitución de patrimonios independientes que tengan por objeto garantizar el cumplimiento de los derechos reconocidos a favor de los inversionistas”*.

El Código Civil Art. 795, inc. 6 afirma que el fideicomiso se extingue: *“Por confundirse la calidad de único fideicomisario con la de único fiduciario”*, siguiendo de este modo lo explicado en los países precedentes.

### **b) Países que prohíben la superposición**

#### **Bolivia**

El Código de Comercio en su Art. 1302, establece lo siguiente: *“Las operaciones y los contratos mencionados en forma enunciativa en este Título sólo pueden ser realizados por los Bancos y entidades de crédito debidamente autorizados al efecto y conforme a la Ley respectiva”*. Entre los

## **El Fideicomiso de Garantía. La Superposición de los roles Fiduciario – Beneficiario**

contratos mencionados en dicho Título figura el Fideicomiso y al respecto el Art. 1424 expresamente dispone: *“No son aceptables en una misma persona las calidades de fiduciario y de beneficiario. Si tal cosa sucediera, no podrá ser acreedor de los beneficios del fideicomiso mientras subsista la confusión.”*

Por ende, solo los bancos y entidades de créditos pueden actuar en fideicomisos y se prohíbe expresamente la superposición de roles.

### **Colombia**

El Código de Comercio en su Art. 1226 ordena que: *“(…) Solo los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias, especialmente autorizados por la Superintendencia Bancaria, podrán tener la calidad de fiduciarios “*

Por su parte, la Superintendencia Bancaria de Colombia mediante la Circular Externa 043 de 2002, en su Capítulo I, apartado 2.9 b) define al fideicomiso de garantía como: *“aquel negocio en virtud del cual una persona transfiere de manera irrevocable la propiedad de uno o varios bienes a título de fiducia mercantil, o los entrega en encargo fiduciario irrevocable a una entidad fiduciaria, para garantizar con ellos y/o con su producto, el cumplimiento de ciertas obligaciones a su cargo y a favor de terceros, designando como beneficiario al acreedor de éstas, quien puede solicitar a la entidad fiduciaria la realización o venta de los bienes fideicomitados para que con su producto se pague el valor de la obligación o el saldo insoluto de ella, de acuerdo con las instrucciones previstas en el contrato (...) la entidad fiduciaria deberá enviar con razonable periodicidad al beneficiario un reporte”*

## **El Fideicomiso de Garantía. La Superposición de los roles Fiduciario – Beneficiario**

De esta definición surge que el que fiduciario y beneficiario – acreedor son dos personas distintas.

### **Costa Rica**

El Código de Comercio en su Art. 637 legisla: *“Puede ser fiduciario cualquier persona física o jurídica, capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones. En el caso de personas jurídicas, su escritura constitutiva debe expresamente capacitarlas para recibir por contrato o por testamento la propiedad fiduciaria.”* Por su parte, la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional dispone en su Art. 116: *“los bancos comerciales podrán realizar las siguientes operaciones de confianza (...) realizar contratos de fideicomiso, conforme lo dispuesto en el Código de Comercio y demás normas legales y reglamentarias aplicables”.*

El Código regula el fideicomiso de garantía en el Art. 648 de este modo: *“Puede constituirse un fideicomiso sobre bienes o derechos en garantía de una obligación del fideicomitente con el fideicomisario. En tal caso, el fiduciario puede proceder a la venta o remate de los bienes en caso de incumplimiento, todo de acuerdo con lo dispuesto en el contrato”.*

A su turno, el Art. 656 del mismo cuerpo regula que: *“El fiduciario no podrá ser fideicomisario. De llegar a coincidir tales calidades, el fiduciario no podrá recibir los beneficios del fideicomiso en tanto la coincidencia subsista.”*

De este modo, el fiduciario no podría proceder a la venta mientras persista la superposición.

## **El Fideicomiso de Garantía. La Superposición de los roles Fiduciario – Beneficiario**

### **El Salvador**

El Código de Comercio Art. 1184, inc. IV impone que *“las siguientes operaciones sólo podrán ser practicadas por instituciones bancarias con sujeción a la Ley especial de la materia: (...) Fideicomiso”*. A su turno, la Ley de Bancos, Art. 51, inc. k) les otorga dicha facultad.

Por su parte, el Art. 1237 es contundente: *“El fideicomitente puede establecer fideicomiso a favor suyo, pero el fiduciario **jamás** podrá ser fideicomisario.”* A su vez, el artículo siguiente dispone que *“Sólo podrán ser fiduciarios los bancos o instituciones de crédito autorizados para ello conforme a la ley especial de la materia.”*

### **Guatemala**

El Código de Comercio, Art. 768 establece: *“solo podrán ser fiduciarios los bancos establecidos en el país. Las instituciones de crédito podrán así mismo actuar como fiduciarios, después de haber sido autorizadas especialmente para ello por la junta monetaria.”* El Art. 791 regula específicamente: *“El fiduciario de un fideicomiso de garantía debe ser persona distinta del acreedor.”*

### **Honduras**

El Código de Comercio Art. 1040 dispone que: *“solo podrán ser fiduciarios los establecimientos bancarios expresamente autorizados para ello”* y la Ley de Instituciones del Sistema Financiero, Art. 42, inc. i) le confiere a los bancos idéntica atribución.

## **El Fideicomiso de Garantía. La Superposición de los roles Fiduciario – Beneficiario**

Con la misma redacción que en El Salvador, el Art. 1038 impone que: *“El fideicomitente puede establecer el fideicomiso en favor suyo; pero el fiduciario **jamás** podrá ser fideicomisario.”*

### **Panamá**

La Ley 1, de 5 de enero de 1984, *“por la cual se regula el Fideicomiso en Panamá y se adoptan otras disposiciones”*, en su Art. 19 autoriza: *“podrán ser fiduciarios las personas naturales o jurídicas”* y el Art. 33, inc. 5 dispone: *“El fideicomiso se extingue: (...) Por confundirse en una sola persona la calidad de único beneficiario con la de único fiduciario.”*

### **Paraguay**

La Ley 921 de 28 de enero de 1996 de Negocios Fiduciarios, Art. 19 afirma: *“solamente podrán tener la calidad de fiduciarios los bancos y empresas financieras y las empresas fiduciarias especialmente autorizadas por el Banco Central del Paraguay, conforme a lo dispuesto en esta ley. En ningún caso el fiduciario podrá reunir la calidad de fideicomitente o de beneficiario en un negocio fiduciario.”* Esta misma circunstancia es causal de nulidad del negocio fiduciario según el Art. 8°.

### **Perú**

La Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, Art. 242 dice: *“Están autorizadas para desempeñarse como fiduciarias, las empresas de operaciones múltiples (...) y las empresas de servicios fiduciarios (...)”*. Más

## **El Fideicomiso de Garantía. La Superposición de los roles Fiduciario – Beneficiario**

adelante, el Art. 274º: *“La empresa que otorgue créditos con una garantía fiduciaria constituida con una tercera empresa fiduciaria se resarcirá del crédito incumplido con el resultado que se obtenga de la ejecución del patrimonio fideicomitado, en la forma prevista en el contrato o con el propio patrimonio fideicomitado cuando éste se encuentre integrado por dinero, dando cuenta, en este último caso a la Superintendencia. Son excluyentes la calidad de fiduciario y acreedor.”* La prohibición es manifiesta.

### **Venezuela**

La Ley de Bancos y otras instituciones financieras, Art. 47 establece: *“Los bancos (...), requerirán de la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras para actuar como fiduciario (...).”* La Ley de Fideicomiso, Art. 23, dispone: *“El fiduciario no podrá ser beneficiario”*

### **c) Países que no regulan la cuestión**

#### **Cuba**

El Decreto Ley 173/1997 *“sobre los Bancos e Instituciones Financieras no bancarias”* en su Art. 1 Inc. 8 define a la *“institución financiera no bancaria”* como *“toda entidad jurídica constituida con arreglo a las leyes (...); que realicen actividades de intermediación financiera tales como: (...) de operaciones de fideicomiso (en trust)”*.

Podemos observar que no existe regulación específica sobre la materia más allá de la facultad conferida a toda *“institución financiera no bancaria”* para actuar en operaciones de fideicomiso.

### **República Dominicana**

La Ley Orgánica sobre Bancos Hipotecarios de la Construcción en su Art. 4º, inciso d) estipula: “*Los bancos hipotecarios de la construcción estarán expresamente facultados para efectuar las siguientes operaciones pasivas: (...) Recibir para fines de administración o en fideicomiso, de acuerdo a contratos o convenios, fondos, valores, títulos públicos o privados. Similar regulación establece el Art. 6 inciso f).*”

En razón de lo expuesto, los “*Bancos Hipotecarios de la Construcción*” están autorizados para actuar como fiduciarios.

### **Puerto Rico**

La Ley de Compañías de Fideicomisos define a esta entidad en su sección 302 como “*una corporación del país formada con el objeto de tomar, aceptar y cumplir o ejecutar los fideicomisos que legalmente se le confíen, actuando como fiduciaria en los casos previstos por la ley (...)*” A su turno, la sección 363, párrafo 4 les otorga atribuciones para “*actuar como fiduciaria (...) y cumplir cualquier otra encomienda que no prohíban las leyes de Puerto Rico como fiduciaria de un municipio o persona jurídica*”.

A su vez, la sección 14, párrafo j de la Ley de Bancos, les otorga a estas instituciones facultades para: “*Tomar, aceptar y cumplir o ejecutar toda clase de fideicomisos que legalmente se le confíen, actuando como fiduciario (trustee) en todos los casos prescritos por la Ley (...)*”

En este país, las normas puertorriqueñas le otorgan facultades a las “*compañías de fideicomisos*” y a los Bancos para actuar como fiduciarios.

## **Nicaragua**

La Ley General de Bancos, Instituciones Financieras no Bancarias y Grupos Financieros, Art. 54, inc. 8 regula que todos los Bancos podrán: *“Actuar como fiduciario de fideicomisos que se constituyeren”*.

### **2.2 La doctrina argentina**

Como analizáramos en el punto anterior en la mayoría de los países de nuestro continente se regula expresamente el tema que nos ocupa. Sin embargo, en nuestro país la Ley aplicable no regula la superposición de roles. Por ende, la doctrina no es pacífica en cuanto a la admisión o no de la superposición de roles en nuestro ordenamiento.

En razón de ello, pasaremos revista a las distintas opiniones vertidas por algunos de los autores nacionales, no pretendiendo ser exhaustivos, empezando por quienes sostienen una postura intermedia, y luego analizando quienes aceptan y quienes rechazan la superposición.

**Lisoprawski y Kiper** podríamos decir que se colocan en una postura intermedia, citando argumentos en contra y a favor de la superposición finalmente concluyen que hasta tanto no se regule expresamente la figura se debe adoptar una actitud prudente.

Por la negativa citan el argumento de la contraposición de intereses, ya que la relación acreedor-deudor es contrapuesta: “el acreedor normalmente quiere cobrar y cuando se trata de ejecución de bienes de su

## El Fideicomiso de Garantía. La Superposición de los roles Fiduciario – Beneficiario

deudor, poco le importa si habrá detrimento patrimonial en contra del último porque su interés está en la satisfacción de su crédito”<sup>18</sup>.

Por la afirmativa comienzan mencionando el fundamento de la falta de restricción legal y el rechazo a la inevitable contraposición de intereses, entendiendo que ambos tienen un objetivo común que consiste en la obtención del mejor precio posible para satisfacer la acreencia del fiduciario. Asimismo, recuerdan los mecanismos de protección de los intereses del fiduciante previstos en la ley, tales como los de carácter preventivo, como la remoción por vía de lo dispuesto en el artículo 9° inciso a) o las acciones de defensa de los bienes fideicomitidos mediante el artículo 18, segundo párrafo<sup>19</sup>, como así también los mecanismos de carácter resarcitorio por incumplimiento doloso (artículos 6° y 7°)<sup>20</sup>.

Por otra parte, citan el argumento del encarecimiento que produce colocar a un tercero como fiduciario al tener que abonar sus honorarios, los cuales estarían a cargo del deudor y por último menciona que es preferible que la dualidad acreedor-deudor surja claramente en el contrato antes que el acreedor imponga a un fiduciario, triangulando entonces su función.

**Torres Cavallo**, al igual que **Lisoprawski y Kiper**, comienza citando los argumentos por la negativa representados por Villegas, Molina Sandoval, Casas y Peralta Mariscal. Recuerda la contraposición de intereses; la

---

<sup>18</sup> Lisoprawski, Silvio V. y Kiper, Claudio M. (2002), *Fideicomiso de Garantía*, Buenos Aires, Lexis Nexis.

<sup>19</sup> **ARTICULO 18.** “El fiduciario se halla legitimado para ejercer todas las acciones que correspondan para la defensa de los bienes fideicomitidos, tanto contra terceros como contra el beneficiario.”

<sup>20</sup> **ARTICULO 6°.** “El fiduciario deberá cumplir las obligaciones impuestas por la ley o la convención con la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él.”

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

## El Fideicomiso de Garantía. La Superposición de los roles Fiduciario – Beneficiario

prohibición indirecta establecida en el artículo 7°; y la imposibilidad de rendirse cuentas a sí mismo según el artículo 6°.

Menciona, asimismo, la postura que denomina “intermedia” de quienes desaconsejan la superposición de roles, pero no la niegan como **Clusellas - Ormaechea** o quienes la admiten como **Puerta de Chacón**. Esta tesis también es sostenida por **Carregal** siguiendo al proyecto de Código Civil redactado por la Comisión designada por decreto 685/95, el cual dispone en su Art. 1466 que “si el fiduciario es una entidad financiera, puede ser también beneficiaria”<sup>21</sup>. Asimismo, este autor brinda argumentos económicos para sostener la superposición habida cuenta de la reducción de los costos del crédito que, en definitiva, benefician al deudor.

No obstante, las citas efectuadas por **Torres Cavallo**, este autor se enrola en la tesis afirmativa sobre la base de los siguientes argumentos: la falta de prohibición expresa para la superposición; no se presume la contraposición de intereses, la cual reconoce que existe solamente ante el incumplimiento del deudor; es mejor transparentar la relación deudor-acreedor, antes que éste coloque al fiduciario; la economía por la falta de retribución al fiduciario; y por último que la obligación de rendir cuentas no procede cuando hay superposición.

Por su parte, **Pérez Hualde** abona la tesis afirmativa con argumentos similares a los ya señalados. En especial, quisiéramos citar el ejemplo que brinda para concluir que el acreedor no siempre es el único beneficiario diciendo: *“imaginemos en el supuesto que Pedro (fiduciante), a los efectos de garantizar el cumplimiento de una obligación, afecta en fideicomiso un*

---

<sup>21</sup> Carregal, Mario A. (2000), Fideicomiso de garantía: lícito y necesario, *La Ley*: 2000-E, 950. Conf. Lorenzetti, Ricardo Luís (2003), *Contratos Parte Especial*, Santa Fe, Rubinzal – Culzoni, Tomo II.

## **El Fideicomiso de Garantía. La Superposición de los roles Fiduciario – Beneficiario**

*departamento de su propiedad, otorgando la propiedad fiduciaria a Juan (fiduciario) que es su acreedor. En el contrato se estipula que en dicho departamento vivirá la hija de Pedro (beneficiaria), sin pagar alquiler alguno. No cabe duda de que en la figura descrita la propiedad fiduciaria que Juan ejerce es en beneficio de la hija de Pedro.*<sup>22</sup>

Por último, mencionaremos a **Haysus**, quien sostiene que uno de los principios en los que se funda la propiedad fiduciaria es la neutralidad e independencia del fiduciario. La confusión de roles sería un ataque a dichos principios que perjudicaría la integridad del régimen de fideicomisos.<sup>23</sup>

---

<sup>22</sup> Pérez Hualde, Fernando (2000), *El Fideicomiso de garantía y las posiciones del negocio fiduciario en la Ley 24.441* en Maury De González, Beatriz –Directora-, *Tratado Teórico Práctico de Fideicomiso*, Buenos Aires, Ad – Hoc, Pág. 238

<sup>23</sup> Haysus, Jorge Roberto (2001), *Fideicomiso*, Buenos Aires, Editorial Astrea, Pág. 101.

### SECCION 3.

#### LA NECESIDAD DE REGULAR AL FIDEICOMISO DE GARANTÍA Y LA SUPERPOSICIÓN DE ROLES.

Iniciamos la sección anterior afirmando que en nuestro país no existe regulación específica sobre el fideicomiso de garantía y más aún sobre la superposición de roles; por ello pasamos revista a la legislación vigente en el continente americano y a la opinión de distintos doctrinarios.

De lo analizado se desprende que existen países –especialmente centroamericanos- donde la prohibición para la superposición es expresa, otros donde se admite sin restricciones –como las 2 potencias de la región: México y Brasil - o bien se requiere que exista más de un fiduciario o de un beneficiario –como Estados Unidos y Canadá - y otros que al igual que en nuestro país no se regula la cuestión. Mientras tanto, la doctrina nacional se encuentra profundamente dividida, un sector como el representado por **Carregal** admite sin limitación la superposición, otros como **Lisoprawski y Kiper** se enrolan en una tesis intermedia y un tercer grupo representado, por ejemplo, por **Peralta Mariscal y Haysus** la rechazan de plano.

Por todo lo expuesto, quisiéramos brindar nuestra propuesta a los efectos de finalizar definitivamente con el debate legislativo y doctrinario planteado.

Somos partidarios de regular específicamente el fideicomiso de garantía mediante la incorporación de un nuevo capítulo en la Ley 24.441 con dicho Título con el fin de:

## El Fideicomiso de Garantía. La Superposición de los roles Fiduciario – Beneficiario

- a) En primer lugar, establecer una definición del fideicomiso de garantía pudiendo utilizarse una similar a la brindada por **Lisoprawski y Kiper** citada en el primera sección y que nos permitimos reproducir nuevamente: “(Habrá fideicomiso de garantía cuando una persona) *fiduciante transfiere la propiedad (fiduciaria) de uno o más bienes a un fiduciario con la finalidad de garantizar con ellos, o con su producido, el cumplimiento de ciertas obligaciones a cargo de aquél o un tercero, designando como beneficiario al acreedor o a un tercero, en cuyo favor, en caso de incumplimiento, se pagará la obligación garantizada, según lo previsto en la convención fiduciaria*” (y cumplidas las obligaciones contractuales previstas el fiduciario devolverá la propiedad de los bienes fideicomitados o de su remanente o producido al fiduciante). –el agregado es nuestro-. De este modo, terminaríamos con las dudas que plantean algunos autores relativas a la licitud de la figura, atento su actual falta de regulación expresa.
- b) En segundo lugar, admitir expresa y únicamente que las entidades financieras puedan actuar como fiduciarias de estos fideicomisos pudiendo también resultar beneficiarias de este modo: “solamente podrán actuar como fiduciarios en los fideicomisos de garantía las entidades financieras autorizadas por el BANCO CENTRAL DE LA REPUBLICA ARGENTINA, pudiendo ser designadas como beneficiarias”. De este modo, se regula específicamente la superposición

## **El Fideicomiso de Garantía. La Superposición de los roles Fiduciario – Beneficiario**

para este caso particular arrojando total claridad a este escenario, que resulta el habitual en estos casos.

- c) En tercer lugar, resulta fundamental que el contrato prevea expresamente el procedimiento a seguir, ante eventuales incumplimientos de las partes, lo cual surge de la última parte de la definición cuando menciona “*en caso de incumplimiento, se pagará la obligación garantizada, según lo previsto en la convención fiduciaria.*”

A continuación desarrollaremos nuestros argumentos para intentar sostener nuestra postura.

### **a) La inexistente contraposición de intereses y las ventajas económicas de la superposición**

Como explicáramos anteriormente, un sector de la doctrina afirma la inevitable contraposición de intereses. No obstante, en nuestra solución planteada la misma no resulta tal. Lo expresado se sostiene toda vez que el deudor tiene por finalidad obtener un crédito a menor costo, en virtud de la especial garantía prestada, lo cual disminuye notoriamente el riesgo de incobrabilidad justifica lógicamente una tasa inferior y el acreedor presta esta tasa diferencial atento la especial garantía otorgada, por lo cual planteado de este modo no solo no habría contraposición sino que existiría un interés común.

Resulta de obviedad manifiesta que el interés social de una entidad financiera básicamente consiste en lucrar con la diferencia entre la tasa activa y la tasa pasiva y no en ejecutar las garantías las cuales en

## **El Fideicomiso de Garantía. La Superposición de los roles Fiduciario – Beneficiario**

prácticamente la totalidad de los casos no le permitirán el cobro completo de sus acreencias y por otro le generaría un descalce de tasas habida cuenta del pago producido fuera del término contractualmente previsto.

No obstante todo lo expuesto, podría ocurrir que el negocio de algún prestamista no institucional consistiera en lucrar con ejecuciones y con ello existiría un claro conflicto de intereses. Ahora bien, admitiendo solamente que las entidades financieras ocupen el rol de fiduciarios en los fideicomisos de garantías este posible conflicto desaparece.

### **b) Los mecanismos de protección**

Como también explicáramos en la sección anterior, quienes defienden la figura manifiestan que el fiduciante cuenta con los mecanismos de protección previstos en los artículos 9, inciso a) y 18, segundo párrafo. Por otra parte, ante un eventual incumplimiento por parte del fiduciario cabrían las acciones resarcitorias establecidas del derecho común.

Ahora bien, nosotros agregamos que disponiendo que solo las entidades financieras cumplan el rol de fiduciarios se encontrarían permanentemente supervisados por el BANCO CENTRAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA, a través de la Superintendencia de Entidades Financieras y Cambiarias y sujetos al régimen sumarial por posibles incumplimientos por parte de éstas.

### **c) Trasparentar la dualidad acreedor-deudor**

Las legislaciones que prohíben expresamente la superposición, partiendo del insoslayable conflicto de intereses -en nuestra opinión

## **El Fideicomiso de Garantía. La Superposición de los roles Fiduciario – Beneficiario**

inexistente- olvidan que el fideicomiso de garantía se celebra en todas las legislaciones bajo contratos con cláusulas predispuestas por el acreedor y entre éstas se encontraría la designación del fiduciario con lo cual la supuesta imparcialidad quedaría de lado cuando quien abona los honorarios y designa permanentemente al fiduciario es el propio acreedor, con todos los costos de constitución y administración, que en definitiva, se terminan trasladando al deudor.

Por ello la supuesta imparcialidad resulta en términos prácticos un mero deseo de aquellas legislaciones que prohíben la superposición.

### **d) Acreedor y deudor, ambos beneficiarios**

Tal como sostuviéramos anteriormente ambas partes se benefician con la firma del contrato, por ende en las legislaciones que se admite la superposición en el caso de existir pluralidad de beneficiarios este requisito debería darse por cumplido.

### **e) La rendición de cuentas**

El mismo artículo 7° establece que “ *el contrato no podrá dispensar al fiduciario de la obligación de rendir cuentas, la que podrá ser solicitada por el beneficiario conforme las previsiones contractuales*”.

Habiendo sostenido en el párrafo anterior que el deudor del contrato es también beneficiario del mismo esta rendición anual de cuentas debería ser practicada a este por parte del acreedor en su rol de fiduciario.

Descartando el conflicto de intereses planteado por cierto sector de la doctrina, como indicáramos anteriormente, resulta fundamental destacar en

### **El Fideicomiso de Garantía. La Superposición de los roles Fiduciario – Beneficiario**

la convención fiduciaria el modo en el cual se llevará adelante esta rendición anual y en especial regular el procedimiento a seguir tanto en la eventualidad que el fiduciario no cumpliera con sus obligaciones, como en el caso de incumplimiento por parte deudor y consecuente enajenación del patrimonio fideicomitado.

## **CONCLUSIÓN**

Iniciamos este trabajo con la magnífica cita del Dr. Barreira Delfino, toda vez que constituye nuestro *leit motiv*.

Si el legislador hubiese legislado sobre el fideicomiso de garantía y, en especial, sobre la superposición de roles, este trabajo no hubiese tenido objeto alguno, toda vez que este vacío generó el debate que detallamos en la doctrina nacional.

Por lo expuesto en el presente trabajo estudiamos las regulaciones previstas en el derecho romano y en el anglosajón, como también la prevista en nuestro Código Civil originario, para finalmente explicar la normativa vigente, luego explicitamos las normas dictadas en todo el continente americano para posteriormente analizar las distintas posiciones relativas a la superposición de roles en la doctrina nacional.

Finalmente, desarrollamos nuestra posición, explicando los fundamentos en virtud de los cuales estimamos necesario normar expresamente al fideicomiso de garantía y en especial la superposición de roles.

En ese sentido, concluimos que resulta imperiosa una modificación de la Ley 24.441, regulando específicamente al fideicomiso de garantía y admitiendo en forma única a las entidades financieras como fiduciarios de estos fideicomisos, pudiendo también ocupar el rol de beneficiarios y estableciendo claramente el procedimiento aplicable ante eventuales incumplimientos.

## **El Fideicomiso de Garantía. La Superposición de los roles Fiduciario – Beneficiario**

Una vez modificada la ley se abre un largo camino en el cual será imprescindible que las entidades financieras brinden información adecuada al consumidor financiero, de modo de conocer acabadamente las ventajas de este instituto, y por otra parte, como más arriba indicáramos resulta fundamental que los bancos ofrezcan tasas de interés inferiores a las brindadas en los créditos hipotecarios, toda vez que ésta resulta la llave fundamental para el éxito de este instituto.

De este modo, podríamos cumplir con el continuo anhelo de generar seguridad jurídica en las transacciones comerciales con el objeto de contribuir a un desarrollo adecuado de nuestro mercado de capitales el cual resulta un motor fundamental para el crecimiento de la economía de la Nación.

## **ANEXO. REGULACION FISCAL Y BANCARIA DEL FIDEICOMISO DE GARANTÍA.**

Si bien excede el objeto de nuestro trabajo, no queríamos dejar de hacer una reseña de las principales normas tributarias vigentes en el Fideicomiso de Garantía, como así también explicar la regulación del Status de Garantía Preferida de esta figura por el Banco Central de la República Argentina.

### **A. Aspectos Tributarios del Fideicomiso de Garantía**

En este apartado analizaremos someramente los distintos tributos que deben considerarse a la hora de constituir un fideicomiso de garantía, siguiendo lo analizado por Coto.<sup>24</sup>

**1. Impuesto a las Ganancias.** Para producirse el hecho imponible necesariamente debe existir una renta y entendiendo que la transmisión se realiza a los efectos de garantizar una deuda del fiduciante, la misma se realiza normalmente a título gratuito, toda vez que el citado bien retornará al patrimonio del fiduciante si el mismo cancela la deuda con su acreedor. Por ende el hecho imponible no se configura.

**2. Impuesto al Valor Agregado.** Nos encontramos frente a un escenario similar al anteriormente descrito, la transferencia en si misma no genera hecho imponible para este tributo. No obstante, cabe considerar si existe

---

<sup>24</sup> Coto, Alberto P. (2007), Aspectos Tributarios del Fideicomiso, Avellaneda, La Ley.

### **El Fideicomiso de Garantía. La Superposición de los roles Fiduciario – Beneficiario**

obligación por parte del fiduciante de reintegrar el crédito fiscal oportunamente computado, si el bien fideicomitado lo hubiese permitido. En este caso se plantean dos escenarios, que la deuda garantiza se encuentre vinculada a una actividad gravada o por el contrario que ésta no se vincule a una actividad alcanzada por el gravámen. En el primer supuesto no corresponderá el reintegro del crédito mientras que el segundo caso la restitución resulta imperativa.

**3. Ingresos Brutos.** Si bien la regulación varía según cada jurisdicción, en la Ciudad de Buenos Aires, por ejemplo, el tratamiento tributario debe corresponder a la naturaleza de la actividad económica realizada. Por tanto, no realizando actividad gravada no aplicará el tributo en cuestión.

**4. Impuesto a las Transferencias.** Dado que el impuesto alcanza a las transferencias realizadas a título oneroso toda vez que como venimos afirmando en este caso la transferencia resulta a título gratuito no se configura tampoco el hecho imponible.

**5. Impuesto de sellos.** En tanto y en cuanto el bien retorne al fiduciante original no se generaría hecho imponible toda vez que el gravamen recae también sobre las transmisiones onerosas. Distinto sería el caso en el cual el bien deba ser vendido como consecuencia del incumplimiento del deudor, en cuyo caso en esta última transferencia resultado onerosa correspondería el pago del tributo.

## **El Fideicomiso de Garantía. La Superposición de los roles Fiduciario – Beneficiario**

En resumen, no revistiendo la transferencia carácter oneroso y no realizando el fiduciante actividad gravada, según cada tributo en particular, el mismo no se encontraría alcanzado por los impuestos mencionados. Ahora bien, en relación al fiduciario si este percibiera honorarios por su administración, los mismos se encontrarían alcanzados por el Impuesto al Valor Agregado, Ganancias e Ingresos Brutos.

## **B. El Status de Garantía Preferida del Fideicomiso de Garantía<sup>25</sup>**

Las entidades financieras a los efectos de dar cumplimiento a las normas del Banco Central sobre “Previsiones Mínimas por riesgo de incobrabilidad”, deben provisionar determinados porcentajes de fondos dependiendo de la clasificación otorgada a cada deudor. A su vez dependiendo de que las garantías ofrecidas por los deudores sean consideradas preferidas, esta previsión en algunos casos se lleva a reducir hasta la mitad porcentual. Por ende, a mejor garantía menor previsión.

El Texto Ordenado del Banco Central actualmente vigente relativo a Garantías, punto 1.2.7 establece entre las garantías preferidas “B” a los *“Fideicomisos de garantía constituidos de acuerdo con las disposiciones del Título I de la Ley 24.441 con el objeto de respaldar el pago de financiaciones otorgadas para la construcción de inmuebles”* estableciendo una serie de requisitos entre los que se encuentra que la entidad financiera prestamista no resulte fiduciaria.

---

<sup>25</sup> Al respecto ver Textos Ordenados del Banco Central sobre: Clasificación de Deudores; Previsiones Mínimas por riesgo de incobrabilidad y Garantías

## **El Fideicomiso de Garantía. La Superposición de los roles Fiduciario – Beneficiario**

Larrarte<sup>26</sup> afirma que entre los criterios que utiliza el Banco Central para definir a una garantía como preferida se encuentra la “mayor o menor seguridad jurídica del instituto utilizado como garantía de la obligación principal”. De lo expresado, podría desprenderse como venimos manifestando que la falta de regulación del fideicomiso de garantía y en especial de la superposición de roles atenta contra la ansiada seguridad jurídica que todo operador del derecho requiere.

Por ende, sería lógico imaginar que en la eventualidad que se modificar la Ley 24.441, en el sentido por nosotros propuesto, el Banco Central consideraría suprimir la superposición del Texto Ordenado actual de modo de viabilizar su inclusión como garantía preferida.

---

<sup>26</sup> Larrarte, Juan Fermín (2008) Fideicomiso con fines de garantía. Su análisis a la luz de las garantías bancarias. UNLP2008-38, 201

## BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- Barreira Delfino, Eduardo (2006), El Fideicomiso de Garantía y la ley de Quiebras, *El Derecho* 217: 754.
- Bollini Shaw, Carlos y Boneo Villegas, Eduardo J. (1997), *Manual de Operaciones Bancarias y financieras*, Buenos Aires, Abeledo Perrot.
- Carregal, Mario A. (2000), *Fideicomiso de garantía: lícito y necesario*, *La Ley*: 2000-E, 948.
- Carregal, Mario A. (2008), Coexistencia de las calidades de fiduciario y beneficiario en los fideicomisos de garantía, *La Ley*, 15/09/2008.
- Coto, Alberto P. (2007), *Aspectos Tributarios del Fideicomiso*, Avellaneda, La Ley.
- Giraldi, Pedro Mario (1998), *Fideicomiso (Ley 24.441)*, Buenos Aires, Depalma.
- Haysus, Jorge Roberto (2001), *Fideicomiso*, Buenos Aires, Editorial Astrea.
- Kelly, Julio (1998), Fideicomiso de garantía, *Jurisprudencia Argentina*, 1998-III: 782.
- Lisoprawski, Silvio V. y Kiper, Claudio M. (2002), *Fideicomiso de Garantía*, Buenos Aires, Lexis Nexis.
- Lorenzetti, Ricardo Luís (2003), *Contratos Parte Especial*, Santa Fe, Rubinzal – Culzoni, Tomo II.
- Martorell, Ernesto E. (2000), *Tratado de los Contratos de Empresa*, Buenos Aires, Lexis-Nexis – Depalma.

## **El Fideicomiso de Garantía. La Superposición de los roles Fiduciario – Beneficiario**

- Malumián, Nicolás (2005), La ejecución de un fideicomiso de garantía, *La Ley* 2005-E: 878.
- Márquez, José F. (2000), Notas sobre el fideicomiso con fines de garantía, *Jurisprudencia Argentina* 2000-IV: 1225.
- Peralta Mariscal, Leopoldo L. (2000), ¿Fideicomiso de garantía? ¡Neuralgias y cefaleas garantizadas!, *La Ley* 2000-D: 975.
- Pérez Hualde, Fernando (2000), *El Fideicomiso de garantía y las posiciones del negocio fiduciario en la Ley 24.441* en Maury De González, Beatriz –Directora-, *Tratado Teórico Práctico de Fideicomiso*, Buenos Aires, Ad – Hoc, Pág. 238.
- Urrets Zavalía, Pedro (2002), *Responsabilidad Civil del Fiduciario*, Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni Editores.
- Vázquez, Gabriela A., El fideicomiso de garantía: Certezas y vacilaciones, *La Ley* 2006-A: 1169.