

SARRAMEA MARIA CECILIA DEL VALLE

***“EL FIDEICOMISO.
LA RESPONSABILIDAD
CIVIL DEL FIDUCIARIO
EN LA LEY 24.441”***



UNIVERSIDAD
EMPRESARIAL
SIGLO 21

2012

ABOGACIA

RESUMEN: El desarrollo del presente trabajo se divide en cuatro partes fundamentales: En la primera parte, haremos un recorrido histórico de la figura del fideicomiso, analizando sus orígenes para una mejor comprensión conceptual de la misma, como así también marcaremos la diferencia entre negocio y contrato fiduciario. En la segunda parte, ya interiorizándonos en la ley misma, explicaremos el contrato con lo que ello implica, sus partes, sus elementos, formalidades y todo lo atinente al mismo. Ya en la tercera parte ahondaremos la responsabilidad propiamente dicha que recae en cabeza del fiduciario objeto del presente trabajo. Aquí partiremos de conceptos y principios básicos para así introducirnos en la responsabilidad interna del fiduciario, considerando en que caso debe responder por daños causados por incumplimiento de sus funciones valorando los casos en que haya culpa como dolo, distinguiendo así la responsabilidad de medio o de resultado y concluyendo con la responsabilidad de daños en contra del fiduciario. En la cuarta parte, continuaremos analizando la responsabilidad del fiduciario pero ya no interna sino externa, delimitaremos esta responsabilidad en su patrimonio de afectación como así también el límite a la responsabilidad por el vicio o riesgo de la cosa. La última parte se refiere a las reflexiones y conclusiones del trabajo investigado dando una reflexión personal sobre el tema.

ABSTRACT: The development of this paper is divided into four main parts: In the first part, we will tour the historic figure of trust, analyzing its origins to a better conceptual understanding of it, as well as make the difference between business and trust deed. In the second part, and by interiorizing in the law itself, explain the contract with all that this implies, parts, elements, and everything related formalities at the same. Already in the third delve proper responsibility that falls on head of the trustee subject of this work. This will start from basic concepts and principles in order to introduce us to the international responsibility of the trustee, in which case consideration must answer for damages for breach of their duties evaluating the cases where there is guilt and fraud, thereby distinguishing the responsibility of media or outcome and concluding with the responsibility for damages against the trustee. In the fourth part, continue to analyze the responsibility of the trustee but not internal but external, delimitaremos this responsibility to its heritage of involvement as well as the limit of liability for the defect or risk of the thing. The last part refers to the reflections and conclusions of the investigation by giving a personal reflection on the subject.

DEDICATORIA

A mis padres, Eduardo y Cecilia de los cuales me siento orgullosa, gracias por confiar en mí; A mis hermanos Gastón y Agustín, por su amor incondicional, estando presente en mi vida en todo momento.

Gracias de todo corazón.

I.- INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo final de graduación haremos inicialmente una breve descripción y análisis de la figura del Fideicomiso, sus diferentes clases, los alcances del instituto, su funcionamiento, el dominio fiduciario, y otras características referenciales, debido al auge que ha tenido dicha figura en los negocios fiduciarios destacándose en la industria de la construcción, habiendo sido tan difundida en estos tiempos como consecuencia de la crisis económica que ha sufrido nuestro país en los primeros años del siglo XXI.

El centro del tema a analizar es la responsabilidad civil del fiduciario, atento a la naturaleza y la importancia de la figura del mismo; “el fideicomiso se inicia con una confianza plena en el fiduciario”, así reza el Art. 6 de la Ley 24.441: “*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*”.

A partir de esta confianza se interpreta que el fiduciario deberá cumplir una serie de obligaciones, su incumplimiento traerá aparejado su remoción y la responsabilidad frente al patrimonio de afectación.

Esta responsabilidad se identifica para algunos autores como “*Responsabilidad Interna del Fiduciario*”, para otros como “*Responsabilidad del Fiduciario por Incumplimiento de las obligaciones impuestas por el Fideicomiso*”, que normalmente se trata de “Responsabilidad de origen contractual”; por otro lado, tenemos a “*Responsabilidad Externa del Fiduciario*”, aquí puede darse “Responsabilidad de Origen Contractual o bien Extracontractual”, supuesto en que el fiduciario deba responder por los daños provocados o producidos a terceros por cosas fideicomitidas.

Lo interesante a plantear es en primer término la diferencia entre los tipos de responsabilidad que alcanzan al fiduciario, y asimismo analizar mas allá de lo dispuesto como regla general por el art. 16 de la Ley 24441 que determina: ... “*Los bienes del fiduciario no responderán por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, las que sólo serán satisfechas con los bienes fideicomitidos...*”

Aquí sería interesante valorar la conducta del fiduciario para justificar la responsabilidad de responder solo con los bienes fideicomitidos; por otro lado tenemos al art. 14 de la citada ley que nos habla del límite a la responsabilidad “*Los bienes*

fideicomitidos constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario y del fiduciante. La responsabilidad objetiva del fiduciario emergente del artículo 1113 del Código Civil se limita al valor de la cosa fideicomitida cuyo riesgo o vicio fuese causa del daño si el fiduciario no pudo razonablemente haberse asegurado.”

Sobre ello surge un dilema donde nos preguntamos ¿hasta dónde tiene el deber de responder el fiduciario, y en tal caso lo hará sólo con los bienes del fideicomiso o debería responder frente a la víctima con todo su patrimonio personal?

Respecto al límite del valor de la cosa fideicomitida tendremos que analizar si el legislador ha sido justo en plantearlo o quizás un error en la normativa.

Así, el propósito del presente trabajo final es desarrollar de manera clara las diferentes interpretaciones que han aportado los distintos autores de la doctrina argentina, sabiendo que contamos con escasa jurisprudencia; consecuencia de esto el legislador identificó causas concretas para asemejar determinados problemas y así contribuir a soluciones adecuadas.

CAPITULO I: CONSIDERACIONES GENERALES DEL **FIDEICOMISO**

En el presente capítulo haremos un recorrido histórico-conceptual de la figura del fideicomiso, analizando desde sus orígenes normativos para una mejor comprensión conceptual de la misma.

A) *FIDEICOMISO “ANTECEDENTES HISTÓRICOS”*

Para poder comprender una figura es necesario indagar sobre sus raíces, como así también en el derecho comparado. Comenzaremos explicando el origen de esta moderna figura, el vocablo “fideicomiso” proviene del latín “*fideicommissum*”, la cual tiene dos términos, por un lado “fides” que hace alusión a la fe, confianza y por otro lado “*commissum*” que significaría confiado, como vemos el eje de esta figura es la confianza y no es menor, hablamos de la confianza del fiduciario (Kipper Claudio M., Lisoprawski Silvio V. , 2005).

Derecho Romano:

Nuestra legislación adoptó mucho de esta institución romana, respecto de la fiducia como el fideicomiso testamentario, a estas instituciones se las conocía como negocios de fiducia, se basaban en la confianza del fiduciario al que el fiduciante le encargaba determinadas tareas o el depósito de algún bien. Así el fiduciario tenía un gran poder sobre la cosa pero este se comprometía a respetar la voluntad del fiduciante y los límites que éste le marcaba (Mosset Iturraspe J., Hiruela Maria del Pilar, 2001-3).

Podemos definir a la fiducia como, “convención anexa a una enajenación por *mancipatio* o por *in jure cessio*, y que desaparece cuando esos modos de enajenar caen en desuso, no siendo regulada por Justiniano” (Urrets Zavalía, 2002, pág. 12)

En un principio el compromiso del fiduciario en devolver la cosa, quedaba sometida a su buena fe, atento al carácter de propietario que adquiría. Esta es la causa fundamental de este negocio desde tiempos remotos, la confianza, esta figura también se incurrieron en excesos, por el cual se buscó una cierta protección para el fiduciante,

motivo por el cual la fiducia se inicio como una fiducia pura, que nacía de una obligación natural como regla de la buena fe. Atento que lo fines se fueron desvirtuando se pasa a una fiducia legal, regulado por el ordenamiento jurídico, desplazando ya la pura.

Existían dos tipos de fiducia o principalmente las mas utilizadas eran; “cum creditote” y “cum amico”. Respecto a la fiducia cum creditote, el fin de la misma era garantizar un crédito (garantía real); acá el deudor entregaba una determinada cosa al acreedor transmitiéndole la propiedad. Esta institución no tuvo éxito debido a que el deudor no tenia manera de acreditar que el acreedor había sido satisfecho con su obligación, sea pago, devolución de una cosa, etc. En segundo lugar la fiducia cum amico, la función primordial fue la custodia de una cosa, obteniendo de ella solo la tenencia para su uso o depósito, por citar algunos ejemplos (Urrets Zavalía, 2002).

Ambas figuras, fueron desplazadas por otras como el mandato y el depósito por citar algunos ejemplos.

Una diferencia que debemos ir advirtiendo es que el fideicomiso en el derecho romano sólo generaba efectos personales, no así el actual fideicomiso argentino que genera efectos reales.

Con respecto al fideicomiso testamentario, era utilizado por el testador que anhelaba favorecer mortis causa a determinada persona que no tenía capacidad hereditaria, motivo por el cual ordenaba a su heredero el cumplimiento de su voluntad beneficiando a quien él encomendaba (Kipper Claudio M., Lisoprawski Silvio V. , 2005).

Derecho Germano:

El negocio fiduciario germano se diferencia del romano “en que en este el fiduciario recibía la propiedad plena sobre los bienes fideicomitidos, quedándole al beneficiario solamente un derecho personal para exigir la transmisión de la propiedad a su favor cuando la obligación se tornara exigible” (Urrets Zavalía, 2002, Pág. 14).

Podemos señalar entonces que, “la estructura de tipo germánico conduce a una división de derechos que convierte al fiduciario en propietario o acreedor formal o legal, mientras que la propiedad o el derecho de crédito material corresponden al fiduciante. Se fracciona el derecho de propiedad en dominium legitimun y dominium material” (Kipper, Lisoprawski, 2005, pág. 3)

Esta caracterización, derivada del trust anglosajón.

El derecho anglosajón “el trust”:

Esta institución “El Trust” es utilizada para diversos fines, su antecesor en el fue el “*use*” que se remonta a la edad media, como “como vía para eludir las confiscación en tiempos de guerras y de persecuciones políticas que se batían sobre los vencidos, así como las exacciones de tributos feudales” (Kipper - Lisoprawski, 2005, pág. 4). Mediante el *use*, una persona (*settlor*) transmitía la propiedad sobre tierras a otra (*feoffee of use*), para que ésta permitiera el pleno goce de aquellas a un tercero (*cestui que uses*), que podía ser el propio *settlor*.

Cuando en el Derecho anglosajón, solo existía el common law, el *cestui* se veía absolutamente desprotegido frente a los abusos del *feoffee*, a quien el Derecho le reconocía plena facultades de uso y goce de la propiedad fideicomitida (Urrets Zavalía, 2002, pág. 15).

Por ello surge el “trust”, es un contrato en virtud del cual el *settlor* transmite la propiedad legal de uno o varios bienes determinados al *trustee* para que los afecte al cumplimiento de una finalidad determinada.. El derecho anglosajón relaciona el “trust” al fideicomiso (Urrets Zavalía, 2002, pág. 16).

La partes que van a integrar este trust son (Kipper - Lisoprawski, 2005):

- a.- El ***settlor*** (en nuestro derecho, fiduciante), quien es el creador del trust.
- b.- El ***trustee*** (en nuestro derecho, fiduciario), es a quien se le transmite la propiedad de los bienes y tiene la obligación de cumplir con lo que se le ha encomendado.

La figura del fiduciante y fiduciario pueden coincidir, cuando el ***settlor*** se nombra a sí mismo ***trustee***.

- c.- El ***cestui que trust*** (en nuestra derecho, el beneficiario), y es la persona en favor de quien se constituyó el *trust*

Ahora bien tenemos que distinguir dos tipos de trust:

- 1.- El trust expreso, constituido por la voluntad expresa del fiduciante.
- 2.- El trust implícito, es la interpretación que hacen los jueces, partiendo de la intención tacita de las partes

El fideicomiso en Latinoamérica:

El fideicomiso se instauró en varios países latinoamericanos y una gran característica fue la denotación de rasgos distintivos del trust anglosajón.

El trust desembarcó en México junto con la pacífica penetración económica de inversionistas de capitales norteamericanos a comienzos de este siglo, fundamentalmente en los rubros ferroviarios y de explotación petrolera. El contacto entre hombres de negocios y del Derecho de los Estados Unidos y de México, hizo interesar a estos últimos en los aspectos técnicos del trust, hasta entonces prácticamente ignorado fuera de las fronteras de los países anglosajones. (Urrets Zavalía, 2002, pág. 18).

Estados Unidos presionó de alguna manera a México para que este adopte esta nueva forma de institución anglosajona a su sistema legal. Pero había una gran diferencia respecto a la doble propiedad siendo incompatible con el sistema mexicano en su momento, motivo por el cual se generó la figura del fideicomiso.

Por lo tanto este fideicomiso latinoamericano fue creándose en cada lugar e incorporándose a sus códigos civiles; en México actualmente se encuentra regulado por la ley general de títulos y operaciones de crédito que data del año 1932 (Giraldi, Pedro M, 1998).

Podemos encontrar esta institución regulada en distintos países como por ejemplo; Chile, Perú, Bolivia, Colombia entre otros.

Podemos concluir como dice el Dr. Urrets Zavalía (2002, pág. 18), que el fideicomiso latinoamericano; “se trata de una figura jurídica nueva inspirada y no derivada del trust anglosajón.”

El negocio Fiduciario:

La principal característica del negocio fiduciario, es la confianza, por eso muchos autores lo consideran al negocio de confianza, como lo señalamos en reiteradas oportunidades el origen del término fiducia proviene del latín Fides, o sea confianza.

Vinculada a la confianza, está la potestad de abuso del fiduciario respecto del negocio que se le confió, y a ello le sigue la situación de peligro a la cual queda expuesto el instituyente, en lo que respecta a la posibilidad que el fiduciario pueda ir más allá del fin del negocio. (Kipper – Lisoprawski, 2005, pag. 16).

Hay que tener en cuenta el medio empleado por las partes y el fin que éstas persiguen, como también debemos distinguir qué tipo de negocio se genera, sea puro o impuro.

Los negocios fiduciarios puros, son aquellos en donde la confianza depositada en el es el valor supremo; los negocios fiduciarios impuros, son aquellos que esta previstos en la ley o el ordenamiento jurídico, esta limitada la facultad del fiduciario, como así las consecuencias de su actuar.

Podemos mencionar como ejemplos de negocios fiduciarios dentro de nuestro sistema jurídico al mandato, el depósito, la comisión, y el objeto del presente trabajo, el mismo “*FIDEICOMISO*”.

Podemos concluir con este recorrido histórico señalando que, el fideicomiso tiene sus antecedentes en el derecho romano, pero no deja de tener una gran similitud con el trust anglosajón, las circunstancias nos muestran que se ha logrado una gran adaptación en nuestro derecho con ambas instituciones.

CAPITULO II: EL FIDEICOMISO EN LA LEY 24441

A) LINEAMIENTOS GENERALES

Antes de la sanción de la Ley de Financiamiento de la Vivienda y la Construcción, el artículo 2662 del Código Civil anunciaba el dominio fiduciario como una especie del dominio imperfecto. Dicha norma definía el dominio fiduciario como aquel “...*que se adquiere en un fideicomiso singular, subordinado a durar solamente hasta el cumplimiento de una condición resolutive, o hasta el vencimiento de un plazo resolutive, para el efecto de restituir la cosa a un tercero*” (Urrets Zavalía, 2002, pag.23). La posibilidad de constituir negocios fiduciarios se encontraba prevista en diversas leyes como la 15.885 y la 24.083 (ambas de fondos comunes de inversión); la 19.550 (debentures); la 23.576 (obligaciones negociables); la 23.696 (reforma del Estado), e incluso la Ley 18.061 de Entidades Financieras del año 1969 ya preveía la posibilidad de que los bancos de inversión y compañías financieras ejecutaran encargos financieros. La Ley 21.526, reformada luego por la 24.627, sustituyó a la ley antes mencionada, manteniendo dicha posibilidad.

Algunos autores como Lisandro Segovia y Raymundo M. Salvat negaban la posibilidad de aplicación del artículo 2662. La práctica demostró que tras esta poco explorada figura de los Derechos Reales se escondía una herramienta de suma utilidad para la concreción de importantes negocios. De allí, surgieron los primeros fideicomisos inmobiliarios a fines de los años sesenta

Es decir, que si bien antes de la ley 24.441 el contrato de fideicomiso no se encontraba regulado por el Código Civil, ello no obstaba a la posibilidad de que con sustento en los artículos 1197 y 2662 pudiera darse en la práctica jurídica como negocio atípico (Urrets Zavalía, 2002, pág.24)

El fideicomiso, incorporado a nuestro ordenamiento por la Ley de Financiamiento de la Vivienda y Construcción 24.441, sancionada el 22 de Diciembre de 1994 y Promulgada el 9 de Enero de 1995, es una normativa inspirada en el trust anglosajón, donde el fiduciario no es un verdadero propietario aunque tenga la titularidad y operatividad de los bienes, sino que cumple una función totalmente disímil.

En el trust anglosajón, en el que se enraíza el fideicomiso incorporado por la ley 24.441, existe un verdadero patrimonio de afectación que, prácticamente, carece de un

sujeto titular que ejerza sobre él un derecho real de dominio, con las características que dicho derecho tiene en nuestro sistema. El fiduciante se desprende de los bienes de su patrimonio para constituir el fideicomiso, y queda prácticamente desligado de manera total de ese patrimonio que transfiere; por su parte, quien recibe en fiducia los bienes solamente cumple una función gerencial o empresaria de administración, que incluso será remunerada, pero que no es un verdadero dominus, porque esos bienes no le pertenecen; finalmente, el beneficiario o futuro fideicomisario –sujeto a quien se entregarán los bienes finalizado el fideicomiso– carece de un derecho real sobre los bienes fideicomitados mientras tengan tal carácter(Mosset Iturraspe J., Hiruela Maria del Pilar, 2001-3, pag. 430)..

Es por ello que para la ley 24.441, los bienes fideicomitados forman un patrimonio separado (art. 14) y no responden por las deudas y obligaciones contraídas por el fiduciario en nombre propio (arts. 14 y 15).

B) EL FIDEICOMISO COMO NEGOCIO FIDUCIARIO

¿Fideicomiso como contrato fiduciario o negocio fiduciario?

La moderna doctrina estudia los negocios fiduciarios, a todos aquellos supuestos en los que una persona transmite a otra derechos para que los ejerza en beneficio de sí mismo o de un tercero, constituyendo la confianza depositada en el fiduciario el elemento fundamental y tipificante.

Martorell (1994) ha dicho que los negocios fiduciarios se caracterizan por ser aquellos en los que una persona (fiduciario) recibe de otra (fiduciante), que confía en ella, una plena titularidad de derecho en nombre propio, comprometiéndose a usar de ella sólo en lo preciso para el fin restringido acordado y en interés suyo y también en el del trasmittente o de un tercero.

La generalidad de los autores sostiene que los negocios fiduciarios son negocios de confianza, y que ello trae aparejada la potestad de abuso del fiduciario respecto del negocio encomendado, puesto que existiría una desproporción entre el medio técnico empleado y la finalidad práctica. En tal sentido, Mosset Iturraspe (2001-3) opina que los negocios fiduciarios se caracterizan por la incongruencia o heterogeneidad entre lo querido por las partes y la vía elegida para lograrlo.

Giraldi (1998), en su obra sobre el fideicomiso de reciente publicación, distingue los “contratos de fiducia” de los “negocios fiduciarios”. Sostiene este jurista, que si bien la confianza constituye un elemento determinante del contrato de fiducia, en él no existe el riesgo que implica la potestad del fiduciario de ejercer abusivamente el derecho transmitido por el fiduciante, en razón de que siendo contratos tipificados por la ley, ésta provee de los medios legales para neutralizar ese riesgo y eventualmente subsanarlo. Tal sería el caso de ciertos contratos como el depósito, el mandato, la comisión, ciertas locaciones de obra y servicios y, en general, de todas las estipulaciones *intuitu personae*, entre ellas el fideicomiso.

No vemos la diferencia sustancial entre contratos de fiducia y negocios fiduciarios a la que se refiere Giraldi (1998) puesto que en definitiva el contrato es una especie de los negocios o actos jurídicos regulados por el Código Civil en los artículos 944 y concordantes. El contrato es una de las formas –quizás la más habitual– de gestación de los negocios fiduciarios, que también pueden constituirse mediante actos unilaterales como lo son las disposiciones testamentarias, tal como sucedía con el fideicomiso testamentario en el Derecho Romano.

A nuestro entender, hablar de contrato fiduciario es también referirse al negocio fiduciario, por la relación de género a especie que los vincula.

Negocio fiduciario

La postura doctrinaria que apoyamos, considera al fideicomiso como una modalidad de los *negocios fiduciarios*, y éstos, a su vez, como una especie de los negocios indirectos. *Negocio indirecto* es aquel que, para obtener un efecto jurídico, hace uso de una vía oblicua, transversal. Las partes quieren obtener por medio de un negocio un fin diverso del que le es típico o normal, o sea, distinto de su propia naturaleza.

Sin embargo, para algunos autores, *si el medio empleado excede el fin*, se está ante un negocio fiduciario, por ejemplo, si se transfiere el dominio sobre una cosa al fiduciario para que éste la administre en función del fin previsto por el fiduciante, cuando en realidad hubiese bastado con constituir un depósito. No nos parece que sea característico de los negocios fiduciarios la desproporción entre el medio técnico empleado y la finalidad práctica perseguida; no creemos que exista incongruencia entre lo querido por las partes y la vía elegida para lograrlo, al menos en los negocios

fiduciarios regulados legalmente, en los que sus efectos y acciones aplicables se encuentran previstos por la normativa jurídica específica.

Consideramos –como la mayoría de la doctrina- que dentro de los negocios fiduciarios, en general, caracterizados por el elemento “confianza”, deben distinguirse aquellos que se manifiestan en la versión pura de aquellos que lo hacen en una versión impura. Negocios fiduciarios puros –según muestra propia clasificación– son aquellos en los que el riesgo de la potestad abusiva del fiduciario derivada de la confianza depositada en él, es total; aquellos en los que el cumplimiento de la voluntad del fiduciante, queda librada a la buena fe y a la honestidad del fiduciario. Tal sería el supuesto en que con finalidad de garantía, se transfiera la propiedad de derecho creditorios al acreedor.

Negocios fiduciarios impuros es el caso de aquellos negocios jurídicos previstos y regulados en todos sus aspectos por la ley (Kipper - Lisoprawski, 2005, pág. 17). De tal manera, a diferencia de lo que ocurre en los negocios fiduciarios en su versión pura, las facultades del deudor (fiduciario) están limitadas por la propia ley, así como también se encuentran previstas las consecuencias de su incumplimiento y los medio legales para evitarlo. Nuestro sistema jurídico nos ofrece un sinnúmero de ejemplos de esta clase de negocios fiduciarios, como ser el mandato, el depósito, la comisión, el endoso en procuración y el propio “fideicomiso” de la ley 24.441.

Finalmente cabe pronunciarse acerca de si el negocio fiduciario se trata de un único negocio con efectos reales o personales, o bien de dos negocios convergentes y vinculados. Es importante la salvedad, porque la doctrina no es unánime, aunque la mayoría entiende que se trata de un solo negocio que genera dos relaciones: una real y otra personal u obligacional. En este último sentido se han pronunciado autores como Cariota Ferrara, Lisoprawski y Giraldi entre otros.

En la postura minoritaria se enrola Ferrara, quien opina que en los negocios fiduciarios “en realidad hay dos contratos, uno real o positivo produce la transferencia de la propiedad y otro obligatorio o negativo, es un contrato obligatoria negativo, por el cual, el fiduciario se obliga a usar sólo de cierta forma el derecho adquirido, para restituirlo después al constituyente o a un tercero.

Para nosotros, igual que para la mayor parte de la doctrina, el negocio fiduciario es un único negocio, que puede tener como causa fuente un contrato o un acto unilateral, con efectos complejos, pero no autónomos.

Como bien sintetiza Giraldi (1998) citando a Guastavino, “*en los negocios fiduciarios, el fiduciario adquiere un derecho del fiduciante, contrayendo respecto de éste una doble obligación: ejercer el derecho de modo de cumplir el fin acordado y restituirlo –o entregarlo a un tercero– una vez obtenido el resultado previsto.*” Coexisten en el negocio fiduciario dos derechos cuyo ejercicio puede ser conflictivo: un derecho real –y como tal erga omnes–, y un derecho personal que restringe los efectos de aquél en la relaciones entre partes.

Concepto y Caracteres esenciales

Como veníamos mencionando, el fideicomiso es un negocio mediante el cual una persona transmite la propiedad fiduciaria de ciertos bienes para que sean destinados a una finalidad.

Así Carregal (1982) lo define sintéticamente como “*el contrato por el cual una persona recibe de otra un encargo respecto de un bien determinado cuya propiedad se le transfiere a título de confianza, para que al cumplimiento de un plazo o condición le dé el destino convenido*”. Explica que el fideicomiso no es un fin en sí mismo, sino que configura una suerte de medio o vehículo apto para otorgar mayores seguridades jurídicas y garantías a un negocio subyacente determinado. La ley 24.441 implementa un mecanismo de seguridad en virtud del cual los bienes fideicomitados se encuentran legalmente amparados por una “*campa de cristal*” que los protege de la eventual agresión por parte de los acreedores tanto del fiduciante cuanto del fiduciario (Urrets Zavalía, 2002)

Por su parte, Giraldi (1998) lo define como “*un negocio jurídico consistente en la afectación de un patrimonio a un propósito determinado en beneficio de alguien y en el encargo a un sujeto ajeno a la finalidad de realizar los actos tendientes a su cumplimiento*”.

En el fideicomiso se dan dos notas básicas o caracteres esenciales: 1) La transferencia de la propiedad, y 2) el encargo de confianza, es decir, el destino que el fiduciario debe darle a los bienes que le han transmitido.

Definición legal. Crítica

El artículo 1º de la Ley 24.441 de Financiamiento de la Vivienda y la Construcción dice que:

“Habrá fideicomiso cuando una persona (fiduciante) transmita la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (fiduciario), quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato (beneficiario), y a transmitirlo al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario”.

Si bien el fideicomiso puede tener origen en actos entre vivos o disposiciones de última voluntad, tal como lo prevé expresamente el artículo 3° de la ley 24.441, la definición legal transcrita en el párrafo precedente parece referirse sólo al fideicomiso de fuente contractual. En efecto, cuando se refiere al beneficiario, lo define como aquella persona que “se designe en el contrato”.

Bettina Freire (1997) interpreta que la norma que comentamos define más bien la propiedad fiduciaria y no el contrato de fideicomiso; mientras que Giraldi (1998) sostiene que lo definido por dicha norma es el fideicomiso, aunque ubicándolo dentro de un marco contractual.

Por otra parte, de interpretarse lo definido en el artículo 1° de la Ley de Fideicomiso es el contrato de fideicomiso, y no el fideicomiso como negocio fiduciario, estaría en franca colisión con el artículo 4°¹ de la ley, puesto que la definición legal hace referencia al fideicomiso como si fuera un contrato real, mientras que del artículo 4° no surge que la tradición de los bienes fideicomitados sea requisito para el perfeccionamiento del contrato. En efecto, el artículo 1° expresa que *“Habrá fideicomiso cuando una persona transmita la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otras...”*, en tanto que el artículo 4°, que se refiere a los requisitos esenciales del contrato de fideicomiso, en el inciso a, deja abierta la posibilidad a que los bienes fideicomitados sean individualizados con posterioridad a la vigencia del contrato. En conclusión, aunque a primera vista puede interpretarse de manera diferente, el contrato de fideicomiso es consensual, es decir que se perfecciona con el solo

¹ **ARTICULO 4° de Ley 24.441** — El contrato también deberá contener:

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

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

c) El plazo o condición a que se sujeta el dominio fiduciario, el que nunca podrá durar más de treinta (30) años desde su constitución, salvo que el beneficiario fuere un incapaz, caso en el que podrá durar hasta su muerte o el cese de su incapacidad;

d) El destino de los bienes a la finalización del fideicomiso;

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

consentimiento de las partes; sus efectos se producen a partir de la declaración común (art, 1140, Cód. Civ.).

En síntesis, en virtud del contrato de fideicomiso, el fiduciante se obliga a transmitir la propiedad fiduciaria sobre uno o varios bienes identificados en el contrato, o que puedan identificarse conforme a las pautas acordadas, con lo cual el fiduciario tendrá un derecho personal en contra de aquél para exigir el cumplimiento de la prestación debida.

Por último, en la parte final de la definición contenida en el artículo 1º de la Ley Fideicomiso, Urrets Zavalía (2002) halla dos defectos más:

1) Se advierte que en la parte final donde se refiere a las obligaciones asumidas por el fiduciario, textualmente dice: “...y a transmitirlo al cumplimiento de un plazo o condición...”, parecería que lo que el fiduciario se obliga a transmitir al cumplimiento del plazo o la condición es la propiedad fiduciaria, cuando en realidad no puede interpretarse de otra manera que lo que se transmite a la conclusión del fideicomiso es la propiedad plena sobre los bienes fideicomitidos y no la propiedad fiduciaria.

2) El artículo concluye diciendo que al cumplimiento del plazo o la condición convenidos, el fiduciario deberá transmitir la propiedad fiduciaria al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario. En realidad, el destinatario final de los bienes al cumplimiento del plazo o condición es el fideicomisario, cuarto sujeto que además del fiduciante, del fiduciario y del beneficiario se encuentra involucrado en el negocio. Si bien la ley, en el artículo que comentamos y también en el artículo 26 de la ley de Fideicomiso, se refiere al fideicomisario como un sujeto distinto a los otros tres, nada obsta, porque la propia ley lo permite, a que exista superposición de roles, con lo cual tanto el fiduciante cuanto el beneficiario pueden ser fideicomisarios, no así el fiduciario, a quien el artículo 7º de la ley de Fideicomiso, le prohíbe esa posibilidad. Por lo tanto, la definición legal debió simplemente decir que al vencimiento del plazo o al cumplimiento de la condición, el fiduciario deberá transmitir los bienes fideicomitidos al fideicomisario.

Fuentes del fideicomiso

Giraldi (1998), sostiene que el fideicomiso es un negocio esencialmente bilateral, incluso en el supuesto de fideicomiso testamentario. Según este autor, si bien el fideicomiso testamentario se origina en una declaración unilateral de voluntad, en el

sistema de la ley 24.441 es un acto jurídico genéricamente bilateral y específicamente contractual, por lo que la sola disposición testamentaria del causante no es suficiente para la constitución del fideicomiso, sino que es necesario el otorgamiento de un contrato entre los herederos –o el albacea– y el fiduciario designado por el testamento o por el juez, para que el fiduciario quede legitimado para exigir la entrega de los bienes afectados. Muchos autores no comparten la opinión de este jurista, puesto que el artículo 3282 del Código Civil determina claramente que tanto las sucesiones legítimas cuanto las testamentarias se abren desde la muerte del autor de la sucesión.

El contrato de fideicomiso debe, como requisito de validez, cumplir con las exigencias genéricas que manda la ley sobre capacidad, consentimiento, objeto lícito, etc., además de los contenidos específicos enunciados en el artículo 4º de la Ley de Fideicomiso. De la misma manera, la validez de la disposición testamentaria por la que se constituye un fideicomiso depende de la cumplimiento de los requisitos y formas aplicables a la sucesión testamentaria (arts. 3606 y ss. del Cód. Civ.) y que con ella no se afecte la legítima de los herederos forzosos (arts. 3591 y 3592 del Cód. Civ.).

A pesar de que la ley reduce las fuentes del fideicomiso a las que hemos explicado, es decir, *el contrato y el testamento*, contrariando la garantía de reserva legal consagrado en el artículo 31 de la Constitución Nacional, la Comisión Nacional de Valores, por medio de la resolución general 271/95, modificó la ley 24.441 estableciendo la posibilidad de que el fideicomiso financiero fuera constituido mediante acto unilateral en el cual coincidan las personas del fiduciante y del fiduciario. Esta resolución fue reemplazada luego por la 290/97 CNV, que en su artículo 3º expresamente prohíbe la constitución de fideicomisos por acto unilateral.

Forma y elementos del contrato de fideicomiso

Si bien la ley 24.441 no contiene una norma expresa sobre la forma que debe revestir el contrato de fideicomiso, el artículo 4º establece que el mismo debe respetar una serie de contenidos esenciales, de lo que se desprende la exigencia de la forma escrita.

Por otra parte, la trascendencia de los efectos del instituto sobre los derechos de los terceros, especialmente en lo que se refiere a la afectación de un patrimonio (art. 14, primera parte), a la limitación de la responsabilidad objetiva (art. 14, segunda parte), al condicionamiento de los actos de disposición y gravamen (art. 17), y a la extinción del

fideicomiso por vencimiento del plazo máximo legal o cumplimiento de las modalidades resolutorias (art. 25), hacen impensable que las partes sean libres de usar las formas que consideren convenientes (art. 974, Cód. Civ.).

Entonces estamos ante un contrato formal cuya validez depende de que sea instrumentado por escrito y respetando los contenidos mínimos indicados en el artículo 4° de la ley. Éste guarda estrecha vinculación con el artículo 12 en virtud del cual para la transferencia de los bienes fideicomitados deben cumplirse las formalidades exigibles de acuerdo a la naturaleza de los mismos (Urrets Zavalía, 2002).

Por lo tanto, el contrato deberá ser extendido únicamente por escrito, pudiendo optarse entre hacerlo por instrumento privado o público, a elección de las partes (art. 978, Cód. Civ.), pero siempre teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes en caso de que la transferencia conste en el mismo instrumento.

En este supuesto existe un lapso entre la celebración del contrato que justifica el título en base al cual el fiduciario conservará los bienes que compongan el patrimonio fiduciario, y la efectiva tradición de los mismos, momento desde el cual se constituye el derecho real de dominio imperfecto en cabeza de este último.

Elementos del contrato

El artículo 4° establece los contenidos mínimos que debe tener un contrato de fideicomiso para que sea válido. Su inobservancia es motivo de nulidad, como todo acto jurídico en el que no se respeten las formalidades exigidas por la ley, de acuerdo a lo prescripto en los artículos 1044 y 1055 del Código Civil. Indiscutiblemente, además de dichos contenidos mínimos, que deben considerarse como requisitos esenciales, deben figurar los datos personales de los otorgantes, y, tratándose de bienes gananciales, si el objeto de fideicomiso consiste en inmuebles, derechos o bienes muebles registrables, constar el consentimiento del cónyuge conforme al artículo 1277 del Código Civil, cuando el acto de transferencia esté incluido en el documento.

a) Individualización de los bienes

El inciso a, del artículo 4° prescribe que el contrato debe contener *“La individualización de los bienes objeto del contrato. En caso de no resultar posible tal individualización a la fecha de la celebración del fideicomiso, constará la descripción de los requisitos y características que deberán reunir los bienes”*.

El fideicomiso es un contrato consensual, puesto que su perfeccionamiento no depende de la entrega de los bienes prometidos en fideicomiso, por lo cual resulta de aplicación el régimen de las obligaciones de dar cosas ciertas (arts. 574 al 600 del Cód. Civ.).

La ley permite la individualización futura de los bienes fideicomitidos, es decir que no es necesario que los mismos estén determinados en el contrato, pudiendo indicarse los requisitos y características que deberán reunir dichos bienes. Con ello se admite la posibilidad de que sean objeto del fideicomiso bienes futuros (arts. 1173, 1447 y 1148, Cód. Civ.) o ajenos (arts. 1177, Cód. Civ.). En caso de que éstos no llegaren a existir o las cosas ajenas no fueren entregadas, será de aplicación lo previsto por el Código Civil en los artículos mencionados.

b) Incorporación de nuevos bienes

En el segundo inciso, el artículo 4º establece que el contrato deberá contener la “...determinación del modo en que otros bienes podrán ser incorporados al fideicomiso”.

El patrimonio fiduciario puede incrementarse de dos maneras: por nuevos bienes aportados por el fiduciante o por un tercero, o bien por los bienes incorporados como consecuencia de la actividad desplegada por el fiduciario.

c) Duración del fideicomiso

Coherentes con el carácter temporal del dominio imperfecto, ya sea por estar sujeto a una condición o a un plazo resolutorio, el contrato de fideicomiso debe prever un plazo de duración, bajo pena de nulidad. Asimismo, el inciso c, del artículo 4º, fija en treinta años el límite máximo a dicho plazo.

d) Destino de los bienes

En concordancia con el artículo 1º de la ley y el artículo 2662 del Código Civil, el inciso d, del artículo 4º dispone que el contrato deberá mencionar “El destino de los bienes a la finalización del fideicomiso”. Es de la esencia del fideicomiso que al cabo del plazo convenido o al cumplimiento de la condición resolutoria prevista, el patrimonio fiduciario sea entregado –como dice el artículo 2662 del Código Civil– “...a quien corresponda según el contrato, el testamento o la ley”.

e) Derechos y obligaciones del fiduciario

A pesar de que el último de los incisos del artículo en comentario enuncia como requisito que en el contrato deben establecerse *“Los derechos y obligaciones del fiduciario y el modo de sustituirlo si cesare”*, entendemos que ello no es un requisito esencial cuya omisión obste a la validez del contrato, puesto que la propia ley a lo largo de su articulado (vgr. arts. 6º, 7º, 8º, 10º, 13º, 17º y 18º) lo regula perfectamente. Ello no impide que en virtud del principio de autonomía de la voluntad puedan pactarse obligaciones y derechos adicionales a los que establece la ley, o la designación de un fiduciario sustituto o el procedimiento a seguir para su designación (Urrets Zavalía, 2002).

f) Individualización del beneficiario y del fideicomisario

Si bien no se encuentra enunciado en los incisos del artículo 4º, el artículo 2º impone que *“El contrato deberá individualizar al beneficiario”*. El beneficiario, que es aquel sujeto en cuyo favor debe manejarse el patrimonio afectado, es rasgo típico del fideicomiso, por lo que la validez del acto depende de que en el contrato se indique con claridad quién es el beneficiario, o al menos *“...los datos que permitan su individualización futura”*, sin ser necesario que el mismo exista al momento de su celebración, pudiendo incluso llegar a no existir nunca. En este último caso, o bien si ningún beneficiario aceptare o todos renunciaren, se aplicará el orden de sustitución previsto por el último párrafo del artículo 2º, según el cual se tendrá por beneficiario al fideicomisario, o en su defecto al fiduciante (Urrets Zavalía, 2002).

Naturaleza jurídica del fideicomiso introducido por la ley 24.441

La característica esencial del fideicomiso de la ley 24.441 es la de tratarse de un patrimonio de afectación a un fin, que se distingue ontológicamente de la noción tradicional de derecho real de dominio aunque coincida en algunas características.

Es decir, los bienes transferidos en fiducia constituyen un patrimonio de afectación autónomo, distinto del patrimonio del constituyente, del patrimonio del fiduciario y del patrimonio del beneficiario, sobre el que ninguno de ellos tiene un derecho real de dominio. Integran un patrimonio diferente que no puede ser afectado por las vicisitudes que corresponde a los patrimonios de quien dio en fiducia, ni de quien lo

recibió para administrar, ni del destinatario final (Mosset Iturraspe J., y Hiruela María del Pilar, 2001-3).

Sujetos del fideicomiso

A diferencia de lo que ocurre en el trust anglosajón, en donde la figura se compone de un modo triangular por el constituyente del fideicomiso, el que recibe los bienes para administrarlos y el beneficiario a quien se transmitirán cuando transcurra el plazo o se cumpla la condición, la ley 24.441 prevé cuatro posibles sujetos, porque permite diferenciar al beneficiario actual –mientras el fideicomiso se está cumpliendo– del destinatario final de los bienes y, aunque muchas veces estas dos posiciones pueden coincidir en un solo sujeto, está admitido por la ley que se disocien (Mosset Iturraspe J., y Hiruela María del Pilar, 2001-3).

Es decir que beneficiario y fideicomisario pueden ser dos sujetos distintos, a diferencia de lo que ocurre en el trust anglosajón donde ambas figuras están superpuestas.

De manera que en nuestro sistema puede haber cuatro polos:

- 1) Quien da los bienes (fideicomitente o fiduciante);
- 2) quien los administra (fiduciario);
- 3) quien se beneficia con el producido de esos bienes mientras se están administrando (beneficiario) y
- 4) el destinatario final de esos bienes (fideicomisario).

Ello así, nuestro fideicomiso permite distinguir cuatro posiciones jurídicas, las que pueden ser ocupadas por cuatro personas distintas.

El fiduciante

El fiduciante es el que transmite 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.

La doctrina hace referencia a que la ley se olvida del dador de los bienes o fiduciante, porque transmitió los bienes –por contrato o vía testamentaria– y luego desaparece, salvo que sea designado como beneficiario o fideicomisario. Es decir, el fiduciante que transmitió los bienes podría, luego –al final del fideicomiso–, ser el

receptor de los mismos, o puede constituirse –en el periodo de vigencia del patrimonio– en beneficiario, con la limitación de que no debería ser el beneficiario único (Mosset Iturraspe J., Hiruela Maria del Pilar, 2001-3).

La razón por la cual no puede ser el único beneficiario es sólo de carácter legal; debemos destacar el hecho de que otras legislaciones no imponen esa limitación.

El beneficiario

Es el sujeto que durante la vigencia del fideicomiso recibe las ventajas de esos bienes.

Puede o no coincidir con el destinatario final de los bienes.

En definitiva, el beneficiario es el que aprovecha el resultado económico del fideicomiso mientras éste dura, es decir, mientras pende la condición o dura el plazo.

López de Zavalía enseña con acierto que el beneficiario no puede ser el fiduciario ya que “éste –por hipótesis– debe actuar en beneficio de otro”.

Salvo pacto de contrario, la posición jurídica del beneficiario es transmisible tanto por actos entre vivos como por disposiciones de última voluntad.

El fideicomisario

Es aquel sujeto a quien los bienes fideicomitidos van a ser entregados cuando termine el fideicomiso.

Es decir, es el sujeto que recibe el patrimonio fideicomitado una vez que se haya cumplido la condición o fenecido el plazo dispuesto para su duración.

La transmisión de los bienes se produce ipso iure o de pleno derecho una vez terminado el fideicomiso. Sobre el punto de jurisprudencia ha sostenido que “El fideicomisario no tiene obligación de interpelar al fiduciario para que éste entregue los bienes fideicomitidos una vez producida la extinción del fideicomiso”.

Los mismo ocurre con el beneficiario, salvo pacto en contrario, la posición jurídica del fideicomisario es transmisible tanto por actos entre vivos como para después de la muerte (Mosset Iturraspe J., Hiruela Maria del Pilar, 2001-3).

El fiduciario

El fiduciario es aquel que tiene a su cargo la gestión del patrimonio fideicomitado para la consecución de los fines perseguidos con su afectación y la transmisión del mismo una vez cesado el fideicomiso.

Los primeros autores que han comentado esta ley han sostenido que este sujeto es titular de un derecho real de dominio.

Aun cuando existen algunas cuestiones que parecieran indicar que se trataría de un nuevo derecho de propiedad imperfecto (la denominación legal como “derecho real”, la titularidad registral, la posibilidad a ejercer actos de disposición, etc.) no coincidimos con tal calificación y ello así desde que la participación del fiduciario en el fideicomiso carece de los caracteres esenciales de la propiedad, al menos de las notas previstas en el Código de Vélez(Mosset Iturraspe J., Hiruela Maria del Pilar, 2001-3).

Las razones para justificar tal aseveración pueden ser compendiadas del siguiente modo:

- a) Los bienes fideicomitados no ingresan al patrimonio general del fiduciario, ni puede adquirirlos para sí (arts. 7º, 14 y 16 de la ley 24.441), sino que constituyen un patrimonio separado y autónomo de aquél.
- b) Aun cuando está investido de ciertos poderes de disposición y administración, el fiduciario carece del provecho económico de los bienes fideicomitados.
- c) Por regla, el derecho de propiedad pasa a los herederos del titular dominial y puede ser dejado en legado.
- d) Las facultades del fiduciario de disponer y enajenar los bienes fideicomitados se encuentra rigurosamente limitada, siendo autorizada por la ley sólo “...cuando lo requieran los fines del fideicomiso...” (conf. art. 17, ley 24.441).
- e) Existe la posibilidad, a más de la hipótesis de muerte, de que el fiduciario cese en sus funciones por renuncia o por remoción.

Quien es titular de un derecho real de dominio no puede ser privado del mismo por remoción, tal supuesto sólo ocurre en los casos de mandatarios o gestores.

La cesación en sus funciones de fiduciario no pondrá fin al fideicomiso.

Es decir, no la va a extinguir mientras sea posible la designación de otra persona para cumplimentar la función de administración de los bienes.

En otras palabras, la cesación del fiduciario y la extinción del fideicomiso son dos cosas distintas.

El fideicomiso tiene un plazo de duración o una condición que lo va a hacer cesar. Mientras el fideicomiso subsista es menester que haya un fiduciario que lo administre y si éste cae por alguna causa, hay que proveer a su reemplazo para que siga la tarea de administración de los bienes que se han puesto a su cargo.

- f) El fiduciario está obligado a rendir cuentas al menos una vez al año (art. 7º, ley 24.441), lo que impide asimilar su posición a la de un titular dominial que –por principio o regla– no tiene tal carga.

En definitiva, consideramos que el fiduciario, en rigor de verdad, no es titular de un derecho real de dominio, sino un administrador que tiene a su cargo la gestión, administración y disposición de los bienes fideicomitados en pos de un beneficio o interés ajeno.

C) EL PATRIMONIO FIDUCIARIO

El patrimonio es aquello que los acreedores pueden agredir, lo que los herederos reciben a la muerte del causante, lo que el tutor o curador administra en representación de un menor o un incapaz, lo que un cónyuge conserva como propio bajo un régimen de comunidad, etc. Y aquí la noción es fundamental porque, por regla, el patrimonio fiduciario sólo responde “por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso” (Vázquez, Gabriela A., 2001, pág. 105).

En el marco de la ley 24.441, el patrimonio fiduciario puede conceptuarse como aquel cuya titularidad corresponde al fiduciario, aunque separado del suyo en general; afectado a la consecución de un fin determinado; constituido, en su aspecto activo, por los bienes (cosas o derechos) que el fiduciante ha transmitido al fiduciario en propiedad fiduciaria, ya sea en el origen del fideicomiso o con posterioridad, por los que se integran por subrogación real, al adquirirse con los frutos devengados por los bienes que lo integran o con el producido de su enajenación, y, en su aspecto pasivo, por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso y que no puede ser declarado en quiebra.

Terminología

La terminología “patrimonio fiduciario” se justifica por la naturaleza fiduciaria de la propiedad que se detenta, porque el sujeto titular de este patrimonio es el fiduciario y finalmente por la especial relevancia que en la operación reviste la persona de éste. (Vázquez, Gabriela A., 2001, pág. 105).

Nuestra legislación ha descartado la existencia de un patrimonio de afectación sin un sujeto al frente.

Podría también emplearse la calificación de “*patrimonio fideicomitado*”, ya que el patrimonio en estudio comprende a los bienes fideicomitados. ” (Vázquez, Gabriela A., 2001).

Patrimonio separado. Universalidad jurídica. Subrogación real

Los bienes que integran el fideicomiso constituyen un patrimonio separado surge del primer párrafo del artículo 14 de la ley 24.441: “*Los bienes fideicomitados constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario y del fiduciante*”.

La existencia de un patrimonio separado, exaltado por la ley en el artículo 14, viene así a engrosar las excepciones al principio general receptado por la doctrina clásica en el sentido de que el patrimonio es, en principio, uno solo e indivisible.

La doctrina que “*llegó al Derecho argentino a través de Aubry y Rau (en seguimiento de Zacharie), pone especial énfasis en la idea de unidad del patrimonio, pues lo conecta íntimamente con la persona de su titular*” (Lambias y Alterini, 1998). De allí que a esta tesis se la denomine subjetiva. Se trata del principio de la unidad o de la indisolubilidad del patrimonio, según el cual “cada individuo está al frente de un solo patrimonio que comprende el conjunto de derechos y obligaciones.

La teoría subjetiva reconoce ciertas universalidades jurídicas que se distinguen del patrimonio de su titular. En el Derecho Sucesorio, del beneficio de inventario o la separación de patrimonios, al caso del patrimonio del ausente y al caso del fideicomiso universal o a título universal, donde visualizan supuestos de universalidades jurídicas distintas del patrimonio heredero, del llamado a poseer provisoriamente los bienes del ausente o del fideicomisario (Vázquez, Gabriela A., 2001).

Los casos enunciados también tienen su reflejo en la legislación argentina (arts. 3358 y ss., 3433 y ss., Cód. Civ., y 22 y ss., ley 14.394) y con respecto al fideicomiso, se plasma en el ya transcrito artículo 14 de la ley 24.441.

Efectivamente, el heredero conservará la propiedad de los bienes al finalizar la etapa del inventario, o los bienes que resten al cesar la separación, pero al fiduciario le está vedado “adquirir para sí los bienes fideicomitidos” (art. 7°).

Los patrimonios separados constituyen “*conjuntos patrimoniales que, en interés de un determinado fin y especialmente con referencia a la responsabilidad por deudas, son tratados en ciertos aspectos como un todo distinto del resto del patrimonio*” (Vázquez, Gabriela A., 2001, pág. 109).

Por cierto que la ley 24.441 descarta en el fideicomiso y en el patrimonio fiduciario la existencia de un mandato irrevocable, que caracterizó al fideicomiso panameño en sus comienzos, al amparo de la tesis del jurista Ricardo Alfaro (Chalub, 2000).

El Fiduciario es el sujeto titular

La doctrina subjetiva sobre el patrimonio que ve a éste como una emanación de la persona, se refleja en la siguiente máxima: todo patrimonio supone necesariamente una persona como titular, un sujeto de derecho, persona física o jurídica. Esta concepción se opone a la llamada doctrina objetiva, de fuente germánica, según la cual el sostén del patrimonio no es la persona sino la afectación a la consecución de un fin (Vázquez, Gabriela A., 2001).

La ruptura entre persona y patrimonio admite incluso una masa de bienes considerada patrimonio, aún en el caso de no tener a ninguna persona como titular.

Fin determinado

El patrimonio en estudio se constituye para el cumplimiento de un fin determinado. Si el acto constitutivo del fideicomiso no precisa el “fin determinado” el negocio será nulo por ausencia de un elemento sustancial del acto jurídico (Vázquez, Gabriela A., 2001).

D) FIDEICOMISO EN LOS NEGOCIOS INMOBILIARIOS

El fideicomiso en los negocios inmobiliarios, no se trata de una clase de fideicomiso, sino de un objeto específico de él, revista éste ya la clase de un fideicomiso de administración, inversión, garantía o financiero.

Su análisis concreto adquiere relevancia, en tanto la problemática habitacional de nuestro país ha seguido siendo importante, reconociéndose oficialmente un déficit habitacional de tres millones de vivienda, cantidad que asciende a cuatro de tres millones para el empresariado (Bressan, Pablo E., 2004).

Fideicomiso de objeto inmobiliario

Reiteramos el “fideicomiso inmobiliario” es aquel que tiene un objeto inmobiliario. Pero objeto entendido como finalidad y no como objeto de la transmisión fiduciaria. Este último objeto consiste en la determinación de los bienes que pueden ser fideicomitidos –bienes materiales o inmateriales–, salvo los personalismos del fiduciante (Bressan, Pablo E., 2004).

No se tratará de un “fideicomiso inmobiliario” por el solo hecho de haberse transmitido el dominio fiduciario de inmuebles. Lo será cuando el objeto –finalidad– del fideicomiso tenido en mira por los contratantes, consista en la realización de negocios inmobiliarios o en el desarrollo de parte de ellos por el fiduciario.

Ventajas del fideicomiso en los negocios inmobiliarios

La figura del fideicomiso aporta ventajas considerables para los contratantes en negocios inmobiliarios. Entre ellas resaltamos (Bressan, Pablo E., 2004):

- a) Permite movilizar proyectos sobre inmuebles cuyos propietarios carecen de capacidad económica.
- b) Permite adaptarse a diversos fines y receptar negocios complejos.
- c) Aporta mayor seguridad al inversor sobre la base de patrimonio separado, abstrayéndose no solamente de los acreedores particulares del fiduciante y del fiduciario, sino además de los acreedores de algún otro bien fideicomitado cuyo riesgo o vicio hubiere ocasionado un daño –responsabilidad objetiva del fiduciario emergente del art. 1113 del Cód. Civil– limitada por el art. 14 de la ley 24.441 exclusivamente al valor de dicha cosa y no a otras que integren el patrimonio fideicomitado.
- d) En los casos de programas habitacionales públicos, permite evitar la paralización del desarrollo de obras de barrios, a través de la posibilidad de nombrar otra constructora y disponer de los siguientes desembolsos a los efectos de continuar con el proyecto.

Bienes que lo componen

La transmisión fiduciaria puede recaer respecto de toda clase de bienes que estén en el comercio y que sean transmisibles, es decir, tanto cosas como derechos.

También el contrato puede prever que otros bienes se incorporen al patrimonio con posterioridad (art. 4º, inc. b).

CAPITULO III: RESPONSABILIDAD CIVIL DEL FIDUCIARIO

Aplicación de los principios generales

Por aplicación de los principios generales, se puede establecer que si el fiduciario, en el ejercicio de su función de administrar un patrimonio o cosas determinadas, que son propias pero que debe hacerlo en interés ajeno, ocasiona un daño por su culpa o dolo, está obligado a repararlo. La regla consiste en que el fiduciario es responsable de todo daño causado al fiduciante, al fideicomisario, o al beneficiario, derivado de la no ejecución total o parcial de las obligaciones emergentes del fideicomiso, salvo el que se daba a caso fortuito o fuerza mayor (Kipper, Claudio M., y Lisoprawski, Silvio V. , 2005, pág. 303).

También se pueden presentar situaciones en las que su responsabilidad sea de carácter objetivo y extracontractual, derivada de los daños que causen las cosas riesgosas o viciosas de las que es titular, o bien cuando cometa un delito, lo que indica que el examen de su responsabilidad civil se debe realizar en dos planos diferentes

En nuestro derecho positivo coexisten dos sistemas de responsabilidad civil: *el contractual y el extracontractual*. Ello se traduce en dos diferencias importantes: a) una se vincula con la extensión del resarcimiento, que puede ser mayor en la responsabilidad aquiliana, en la que se siempre se responde por las consecuencias inmediatas y mediatas (arts. 903 y 904), y puede abarcar también las consecuencias casuales en los delitos, si el agente las previó y no quiso (art. 905); en la responsabilidad contractual, el deber de resarcir sólo alcanza, en principio, a las consecuencias inmediatas y necesarias (art. 520); b) la otra comprende el plazo de prescripción liberatoria de la acción resarcible, de 2 años en la responsabilidad extracontractual (art. 4037), y generalmente de 10 años en la contractual (art. 4023).

Diferencias de menor importancia: la competencia, repercusiones respecto de la imputabilidad de los menores, pues una requiere capacidad mientras que el otro discernimiento; la prueba y la culpa; la solidaridad; la reparación del daño moral, más estricta en materia de incumplimiento contractual; la posibilidad de que en esta última se pacten cláusulas limitativas de la responsabilidad; la extensión de la reparación por hechos de otros en el campo contractual, aun cuando no sean dependientes, etc.

En lo que concierne a la responsabilidad del fiduciario, resultan de aplicación los principios generales de la responsabilidad civil.

Aplicación supletoria de las normas del Código Civil en el ámbito del Derecho Comercial

En tal sentido, la jurisprudencia ha dicho que *“cada estructura de nuestro ordenamiento jurídico, rigen en el ámbito mercantil los mismo presupuestos que en materia civil, a fin de determinar la responsabilidad u obligación de resarcir, en todo lo no modificado por las normas de aquella materia o cuya solución distinta viene impuesta por razones de coherencia sistemática interna de dichas normas. De ello se deriva que, en primer lugar, debe verificarse un incumplimiento jurídicamente relevante moral: tal incumplimiento debe ser atribuible a título de culpa entendido este término en un sentido amplio, lo que significa que el segundo requisito es la imputabilidad; en tercer orden debe constatarse la existencia de un daño concreto (art. 519 del Cód. Civ.) y, por último, debe existir un nexo de causalidad entre daño y el incumplimiento”*²

Para que proceda la acción de responsabilidad deben configurarse un daño concreto y los restantes presupuestos de la teoría general de la responsabilidad civil anteriormente referenciados.

Ámbitos de responsabilidad del fiduciario

La ley 24.441 no establece una enumeración de los deberes del fiduciario. Se deja librada a la buena fe del fiduciario el correcto desempeño de sus funciones conforme a la pauta del artículo 6 y, en todo caso, a la autonomía de la voluntad de las partes, el establecimiento de obligaciones especiales además de las fijadas por la ley.

De manera expresa o implícita la ley establece que el fiduciario deberá cumplir una serie de obligaciones, cuyo incumplimiento será motivo de remoción a instancia del fiduciante, o a pedido del beneficiario con citación del fiduciante (Art. 9), y de responsabilidad por los daños que ello eventualmente pudiera provocar al patrimonio fiduciario como ejercer el cometido en interés del beneficiario, la de rendir cuentas, de proteger los bienes fideicomitidos, transferir los bienes fideicomitidos a quien corresponda a la finalización del fideicomiso, de mantener dichos bienes separados de los de su propio patrimonio, etc. (Urrets Zavalía, 2002, pág. 51).

² CN Com., sala B, 29-11-94, “Moran López, José Luis c/ Editorial Molina S.A. y otros s/ Sumario”, Errepar, D.S.E. Nro. 92, julio '95, t.VV-129.

Todas esas obligaciones mencionadas anteriormente quedan englobadas en la obligación genérica consagrada en el Art. 6 de la ley 24.441 de cumplir con la gestión encomendada con la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza puesta en él, se trata de obligaciones accesorias, que por sus características pueden ser catalogadas como obligaciones de resultado, aquellas que el deudor se compromete al cumplimiento de un determinado objetivo, consecuencia o resultado.

El incumplimiento estará dado por la falta de obtención del resultado, sin interesar que el fiduciario haya obrado con culpa, con la única excepción de que haya mediado alguno de los justificativos excluyentes de la relación causal entre la conducta omisiva del fiduciario y el incumplimiento que taxativamente surgen de la ley: fuerza mayor, o culpa de la victima o de un tercero por el cual no deba responder.

Ese incumplimiento puede provocar la remoción del fiduciario. Si además, como consecuencias de ello, se produce un daño injustificado en el patrimonio de afectación, responsable frente al fiduciante, el beneficiario o el fideicomisario. En este supuesto, estamos frente a lo que con fines didácticos denominamos *ámbito interno de la responsabilidad del fiduciario, o responsabilidad de origen contractual* (Urrets Zavalía, 2002, pág. 52).

Existe también otro ámbito de responsabilidad del fiduciario: *el externo*, que involucrar a todos aquellos supuestos en que el fiduciario deba responder pro los daños provocados a terceros en ocasión del cumplimiento de los fines del contrato. Dentro de este ámbito, pueden darse supuestos *de responsabilidad contractual o bien de responsabilidad extracontractual*.

Como regla general el art. 16 de la ley establece que los bienes del fiduciario no responderán por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, las que sólo serán satisfechas con los bienes fideicomitidos. La insuficiencia de los bienes fideicomitidos para atender a estas obligaciones, no dará lugar a la declaración de su quiebra.

En cambio el Art. 14 de la ley establece que los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario y del fiduciante. La responsabilidad objetiva del fiduciario emergente del artículo 1113 del Código Civil se limita al valor de la cosa fideicomitada cuyo riesgo o vicio fuese causa del daño si el fiduciario no pudo razonablemente haberse asegurado.

Agresión del patrimonio fiduciario.

En el capítulo de responsabilidad interna del fiduciario, se estudiará con mayor profundidad este tema, lo que se hará una breve mención de los distintos supuestos de acreedores que pueden agredir el patrimonio fiduciario a saber:

a) Acreedores del fiduciante

Los acreedores del fiduciante no pueden por regla atacar el patrimonio fiduciario.

Los bienes fideicomitidos no integran al patrimonio del fiduciante o porque han salido de este, por la enajenación fiduciaria o porque nunca lo han constituido.

EL patrimonio se encuentra exento de la acción singular o colectiva de los acreedores del fiduciante.

Pese a ello, el artículo 15 de la ley de fideicomiso limita la regla de la inmunidad del patrimonio fiduciario al prescribir; “*quedando a salvo la acción del fraude*”.

Cuando la ley 24.441 se refiere en su artículo 15 a la “acción de fraude” no sólo comprende a la acción pauliana del Código Civil (arts. 961 y ss., Cód. Civ.), sino que también abraza a las ineficiencias contempladas en los artículos 118 y 119 de la Ley Concursal 24.522 (Vázquez, Gabriela A., 2001).

El silencio de la ley especial no significa que el negocio de transmisión fiduciaria no pueda ser impugnado con fundamento en los mentados defectos. El fideicomiso es un instituto jurídico más, que junto con otros integra el ordenamiento en su conjunto y por lo tanto no es ajeno a los principios generales del sistema. De allí que tampoco puedan sortearse a través de él los límites del orden público plasmados en las normas estatutarias (arg. Art. 21, Cód. Civ.).

b) Acreedores personales del fiduciario

El fiduciario es titular de un patrimonio personal o general y uno o varios patrimonios fiduciarios que están separados del suyo propio y que existen en paralelo (Vázquez, Gabriela A., 2001).

Los acreedores personales del fiduciario no pueden agredir el patrimonio separado y, en este sentido, el artículo 15 de la ley 24.441 establece, en su primer párrafo: “*Los bienes fideicomitidos quedarán exentos de la acción singular o colectiva*

de los acreedores del fiduciario”. El patrimonio queda inmunizado, se lo coloca como debajo de una campana, al amparo de agresiones extrañas a los fines para los que fue constituido.

La línea divisoria de aguas que fija la ley 24.441 en torno de las obligaciones personales del fiduciario, determina una de las obligaciones esenciales del fiduciario que surge implícita del Art. 18 de la ley de fideicomiso establece que 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. El juez podrá autorizar al fiduciante o al beneficiario a ejercer acciones en sustitución del fiduciario, cuando éste no lo hiciere sin motivo suficiente.

En torno de la responsabilidad objetiva del fiduciario en el marco del artículo 1113 del Código Civil: *“La responsabilidad objetiva del fiduciario emergente del artículo 1113 del Código Civil se limita al valor de la cosa fideicomitada cuyo riesgo o vicio fuese causa del daño si el fiduciario no pudo razonablemente haberse asegurado”* y materia de responsabilidad tributaria, el patrimonio personal del fiduciario está expuesto y puede conspirar contra la utilización de la estructura negocial.

El fiduciario responde con su patrimonio personal por el monto limitado de la indemnización y sin límite alguno cuando no se configure el supuesto específico de responsabilidad objetiva como dueño de la cosa (Vázquez, Gabriela A., 2001, pág. 122).

López de Zavalía (2002) se inclina a pensar que se compromete siempre al patrimonio fideicomitado y dice: *“...contestar la pregunta diciendo que el fiduciario responderá con su patrimonio general, implicaría erigirlo en una suerte de garante (cual si fuera un fiador solidario) para lo cual hará falta un texto más explícito”*. *“El significado del artículo 14 es que el infortunio no puede comprometer ‘a título personal’ al fiduciario, si ha obrado con la debida diligencia (con o sin seguro)*.

Sobre este tema, profundizaremos en el capítulo V del presente trabajo.

c) Acreedores del beneficiario

Dada la naturaleza del derecho del beneficiario, sus acreedores no pueden agredir el patrimonio fiduciario para cobrarse sus créditos; podrán, no obstante, agredir el derecho personal (vgr., embargar el crédito del beneficiario) e instar su percepción por vía de acción subrogatoria. *“Los acreedores del beneficiario podrán ejercer sus derechos sobre los frutos de los bienes fideicomitados y subrogarse en sus derechos”*.

En efecto, los frutos de los bienes fideicomitidos integran el patrimonio separado y no pueden ser agredidos sino por los acreedores del fideicomiso; el acreedor del beneficiario no lo es (Vázquez, Gabriela A., 2001).

Deudas “contraídas en la ejecución del fideicomiso”

Se visualiza una de las funciones prácticas de la creación legal de un patrimonio separado ya que éste se reserva a determinado grupo de acreedores: los acreedores del fideicomiso, es decir, aquellos cuyos créditos nace “en la ejecución” del encargo fiduciario. El artículo 16 de la Ley de Fideicomiso se refiere a obligaciones vinculadas con los “*finés del fideicomiso*”.

Al celebrar el contrato, el fiduciario concurre por el patrimonio fideicomitado puesto que de otra manera, el acreedor podrá exigirle el pago a su patrimonio personal, dado que esta ley no ha alterado el principio según el cual el patrimonio es prenda común de los acreedores.

CAPITULO IV: RESPONSABILIDAD INTERNA DEL FIDUCIARIO
O POR INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES IMPUESTAS
POR EL FIDEICOMISO

En este capítulo estudiaremos *la responsabilidad civil interna de fiduciario* o como mencionan otros autores *responsabilidad del fiduciario por incumplimiento de las obligaciones impuestas por el fideicomiso*, –como ya anticipamos en el capítulo anterior- se refiere a todos los supuestos en que el fiduciario deba responder por los daños provocados a los restantes sujetos involucrados en el negocio de fideicomiso, debido al incumplimiento en sus obligaciones legales y convencionales que le corresponden en virtud del rol que desempeña.

A) NATURALEZA DE LA RESPONSABILIDAD

La responsabilidad del fiduciario por el indebido cumplimiento de su función es de índole contractual, pues deriva del incumplimiento de obligaciones emergentes de un contrato. El contrato es la fuente principal del fideicomiso, del cual surge el derecho del fiduciario a cobrar una retribución por su servicio. La mayoría de las veces se trata de la no ejecución de un acuerdo previo de voluntades entre el que resulte víctima y el fiduciario. Esta responsabilidad la tiene frente al constituyente, y también ante el beneficiario o el fideicomisario, según las circunstancias.

El beneficiario y el fideicomisario, quienes tiene derecho a exigir el cumplimiento de las prestaciones a las que el fiduciario se encuentra obligado y, eventualmente, a reclamarle los daños y perjuicios sufridos, la doctrina considera que la responsabilidad es también contractual a pesar de que aquellos no fueron parte en el contrato, aunque nada impide que lo sean. Se trata de una aplicación de la estipulación a favor de tercero (art. 504, CCiv.), del cual el convenio celebrado entre dos personas nace un derecho a favor de una tercera que no intervino en el otorgamiento del acto, pero que, sin embargo, es la verdadera beneficiada de la operación. En el caso del fideicomiso, es un tercero con interés legítimo, al que la ley le reconoce importantes derechos, es decir, la ley lo reconoce como un efectivo acreedor, aun cuando no haya intervenido como parte en la relación contractual (Kipper, Claudio M., Y Lisoprawski, Silvio V. , 2005).

Claro está, como se señaló, que en la ley nada impide la intervención del beneficiario o del fideicomisario, o de ambos, en el contrato.

El art. 6° de la ley 24.441 dispone que *“el fiduciario deberá cumplir las obligaciones impuestas por la ley o por la convención con la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él”*. A su vez, el art. 7° agrega que el contrato no podrá dispensar al fiduciario *“de la culpa o dolo en que pudieren incurrir él o sus dependientes”*.

Por tanto, el fiduciario será responsable cuando el daño sea el resultado de su actuar culpable, esto es, con negligencia, ligereza o ignorancia de las cosas que debe conocer necesariamente.

La responsabilidad del fiduciario por acción implica que actúa en exceso de sus facultades, esto es, que su conducta no se ajusta a los términos del contrato o testamento.

B) CRITERIO DE VALORACIÓN DE LA CULPA

Sistema de apreciación

La culpa, en sentido genérico, es objeto de dos sistemas de apreciación: *valoración concreta o subjetiva* por la que se la juzga con relación al propio sujeto, teniendo en cuenta sus condiciones personales y las demás circunstancias del tiempo y lugar en las que actuó; y la *valoración abstracta a objetiva*, en la que el parámetro de comparación está dado por la previsión general de un patrón o tipo medio: el hombre común, el buen padre de familia, etc. (Kipper, Claudio M., Y Lisoprawski, Silvio V. , 2005).

Parte de la doctrina, especialmente la de los autores clásicos, sostiene que nuestro Código Civil ha consagrado el sistema de la culpa concreta, mientras que otro sector se inclina por el criterio de la culpa abstracta. También, con buen criterio, se explica que ambos sistemas no son antagónicos sino que se complementan. Al ser así, cabe examinar la actuación del sujeto en función de los hechos acontecidos y luego confrontar la con la conducta que en tal evento observaría un hombre prudente; *por lo que se sostiene que el art. 512 del Código Civil, consagra un sistema mixto: concreto y abstracto* (Orgaz, A., 1970).

La culpa, en función de dicho artículo, existe cuando por descuido, negligencia, falta de preocupación o imprudencia, no se obró como habría debido hacerse y se causa un daño, sin que medie un propósito deliberado en tal sentido. Siguiendo a Trigo Represas, se puede decir que la culpa se caracteriza por dos notas igualmente negativas: está ausente o falta la intención de perjudicar, pero igualmente media omisión por no haberse adoptado las medidas adecuadas para evitar la producción del daño.

El estándar del “buen hombre de negocios”

La ley 24.441 impone un estándar para medir la culpa, ya que establece que debe actuar con la prudencia y diligencia del “*buen hombre de negocios*”. Esto significa que se deben armonizar las directivas del art. 512 del Código Civil con las del art. 902 del Código Civil para la esfera aquiliana, y con el art. 909 del Código Civil para el ámbito contractual, de modo que genera un especial deber de obrar con más prudencia y conocimiento.

La ley 24.441 adopta un criterio más concreto y subjetivo cuando alude a “*la confianza depositada en él*”, que se debe combinar con el estándar abstracto. Por un lado, el contrato de fideicomiso, no obstante gozar de la tutela legal, a diferencia del negocio fiduciario “*puro*”, está dominado por la idea de confianza en el obligado. Se trata de un acto jurídico en el cual el elemento psicológico de la confianza adquiere un rango sobresaliente.

El quebrantamiento al deber de lealtad se configura cuando el fiduciario se aprovecha de los conocimientos e informaciones de su función para procurar beneficios directos o indirectos para sí o para otros, en menoscabo del fideicomiso.

El fiduciario, al tomar decisiones, especialmente en lo que concierne a inversiones productivas, se puede equivocar, lo que implica mala práctica o práctica equivocada. El error puede ser excusable o inexcusable, según que haya y se demuestre razón para errar. El fiduciario es responsable siempre que comete un error objetivamente injustificable para un experto de su clase. En cambio, si el supuesto error es opinable, pues se trata de un tema sobre el que existen diversas posturas (Kipper, Claudio M., Y Lisoprawski, Silvio V. , 2005).

En la atención del desarrollo del fideicomiso, cabe exigir del fiduciario, por su “condición especial” (arts. 902 y 909 del Código Civil), todos los cuidados de un buen profesional de su especialidad, al presumirse que posee conocimientos y habilidades

superiores a las del hombre medio. Esto significa que debe tomar en cuenta la especialidad, el lugar donde se ejercita, la posibilidad de consulta o de obtener asesoramiento en operaciones más complejas y riesgosas, el tiempo histórico, la coyuntura, y el componente psicológico que supone la prestación (art. 512 del Código Civil).

El art. 909 del Código Civil, antes citado, establece que “en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes” la responsabilidad se mide “por la condición especial de los agentes”. El fideicomiso, como su propio nombre lo indica, es, indudablemente, un contrato de confianza, y el art. 6º de la ley 24.441 presupone que en el fiduciario se deposita una confianza especial.

Por la índole de la relación, dicha confianza especial está supuesta por la ley, que agrava la responsabilidad de la persona. No obstante, la regla no es absoluta ya que, prescindiendo del supuesto del fideicomiso financiero, puede haber fideicomisos contractuales o testamentarios en los que el constituyente haya decidido efectuar un encargo al fiduciario sabiendo que no era un experto o que no tenía conocimientos especiales, en cuyo caso la falta de pericia no marca la responsabilidad.

La solución escogida por nuestra legislación, en líneas generales, es compatible. El asunto requiere de algunas consideraciones adicionales, pues ocurre que la ley 24.441 regula dos clases de fideicomisos: el mercantil, especialmente el denominado “financiero”, y el civil, basado en simples relaciones contractuales entre particulares que pueden carecer de una idoneidad especial.

Fiduciario profesional

En el primer supuesto, en el cual pueden ser fiduciarios entidades financieras o sociedades especialmente autorizadas por la Comisión Nacional de Valores o bien empresas comerciales o especialistas en administración o en inversiones, no cabe duda de que resultan aplicables las reglas elaboradas en torno a la responsabilidad de los profesionales, ya que esta calidad no depende de la obtención de un título habilitador, para ser considerado profesional basta con poseer conocimientos suficientes respecto a una determinada actividad que se practica con habitualidad. Su conocimiento particular de los negocios que ofrecen a un mercado, los obliga a actuar con un cuidado excepcional, ya que despiertan una confianza especial en su idoneidad. Es válido exigir

una conducta especial, fundada en el profesionalismo con el cual estos comerciantes se presentan ante el mercado y la comunidad, que espera de ellos esa diligencia esmerada (Kipper, Claudio M., Y Lisoprawski, Silvio V. , 2005).

Fiduciario no profesional (fiducia cum amico)

Hay que valorar que cualquier persona física o jurídica puede ser fiduciario (art. 5°). Excepcionalmente, habrá que juzgar la culpa del fiduciario con el arquetipo del hombre medio, no del hombre de negocios, lo cual dependerá de las condiciones particulares del elegido como fiduciario, ya sea contractual o testamentario, los beneficios esperados por el constituyente, el carácter gratuito u oneroso de la gestión, y otras circunstancias específicas que presente cada caso.

No es lo mismo transferirle bienes a una sociedad especializada pura que obtenga rendimientos, que los beneficios esperables del encargo efectuado a un amigo o familiar, en los que no hay ninguna competencia profesional. De la primera cabe esperar un mayor grado de habilidad y diligencia, pues sus miembros son profesionales y generalmente tienen numerosos empleados y asesores especializados. En cambio, del segundo corresponde exigir que actúe con buena fe, con la probidad y diligencia que lo ha hecho merecedor de su confianza, pero no que lo haga con la especial habilidad de quien se dedica habitualmente a una actividad (Kipper, Claudio M., Y Lisoprawski, Silvio V. , 2005).

C) SUPUESTO DE CONSTITUCIÓN DE UN COMITÉ TÉCNICO

Es posible que en el acto constitutivo se prevea la existencia de un comité técnico, integrado por expertos, para que asesore y dé instrucciones al fiduciario en determinadas situaciones.

Esta cuestión no está prevista en la ley 24.44, se encuentra contemplada en otras legislaciones.

Si el fiduciario obra según lo aconsejado por dicho comité, no podría ser responsabilizado de algún posible perjuicio. Sin embargo, si recibiera alguna instrucción que sea contraria a lo dispuesto en la ley o en el acto constitutivo, no debería cumplirla, pues de hacerlo se generaría su responsabilidad. De obedecer instrucciones

ilegítimas, no actuaría con la prudencia y diligencia que cabe esperar de un buen hombre de negocios.

Debemos aclarar que el sometimiento del fiduciario a las instrucciones de un comité técnico lo puede eximir de responsabilidad frente a las partes del negocio fiduciario, quienes aceptaron su existencia. En cambio, sería ineficaz frente a terceros que sufran un daño, pues dicha convención les sería *res inter alios acta*.

Sin embargo, el fiduciario que sigue la recomendación de un órgano de esa especie, o del fiduciante o de los beneficiarios, si se hubieran previsto convencionalmente, el juzgamiento podría variar substancialmente en sentido positivo.

D) EL DISTINGO ENTRE OBLIGACIONES DE MEDIOS Y RESULTADOS

Las actividades profesionales que implican una obligación de hacer (art. 630), se señala que según el objeto de la obligación, ésta se puede considerar como de “medios” –de conducta– o de “resultado” –fines–. Así se puede distinguir que tiene trascendencia en dos ámbitos: uno la determinación del factor de atribución, subjetivo en el primer caso y objetivo en el segundo; y el otro en la distribución de la carga de la prueba, aunque esto es relativo ya que en ciertos casos el acreedor deberá probar la culpa del deudor y en otros la culpa se presumirá, lo que obligará al deudor a intentar la prueba de su falta de culpa.

En las obligaciones de medios, el hecho de que no se logre el resultado esperado no siempre genera responsabilidad por incumplimiento, pues la atención se centra en la conducta desplegada por el deudor. A su vez, hay incumplimiento cuando no se actúa con la diligencia y prudencia debidas (Bueres, Alberto J., 1992).

En el caso del fiduciario, su obligación es de “medios” dado que no se puede comprometer a obtener rendimientos de los bienes recibidos, o los máximos beneficios posibles, sino únicamente a poner de su parte todos sus conocimientos, aptitud, empeño y dedicación para alcanzar el resultado esperado pero no asegurado.

En principio, esto es lógico, pues el fiduciario no se puede obligar a conseguir un resultado, sobre todo cuando éste dependerá de otros factores que le son inmanejables y de la voluntad de terceros vinculados con el negocio fiduciario.

En el fideicomiso de inversión, el constituyente también asume un riesgo de modo que está ligado a la suerte de las inversiones que efectúe el fiduciario. De no ser así, el fiduciario sería en rigor un intermediario del mercado.

En lo que respecta a la aceptación de riesgos, se deben tener en cuenta los que son naturales de ciertas actividades. Esto ocurre en el fideicomiso, en el cual existe un alto grado de confianza en el fiduciario, pero al tratarse de una fiducia legal, no todo queda librado a dicha confianza ya que la ley prevé mecanismos para tutelar a los interesados de los posibles abusos del fiduciario.

Sin perjuicio de lo expuesto, cabe advertir que no siempre las obligaciones del fiduciario son de medios. En los negocios fiduciarios, en general, hay obligaciones instrumentales y accesorias que son claramente de resultado. La obligación de efectuar análisis técnicos de riesgos, la obligación de inscribir en el registro cuando corresponda, la de rendir cuentas, la de hacer inventario, la de contratar un seguro a los bienes cuando sea posible, la de mantener separado el patrimonio, etc. Al ser así, la sola prueba del incumplimiento es suficiente para presumir la responsabilidad (Kipper, Claudio M., Y Lisoprawski, Silvio V. , 2005).

Se puede decir, entonces, que hay obligaciones principales o de gestión que son de medio, como sucede con la administración de los bienes, adecuada inversión, obtención del mayor rendimiento posible. Otras, de carácter instrumental y accesorio, son de resultado y, por ende, el factor de atribución es objetivo, pues no es de menester probar su culpa, no porque ésta no exista sino porque carece de interés (Rodríguez Azuero, Sergio, 1997).

El incumplimiento de obligaciones de resultado, la responsabilidad del fiduciario es objetiva.

También se admite que en cierta clase de fideicomisos las obligaciones principales son de resultado. Esto es lo que ocurre con el fideicomiso de administración, en el cual una entidad pública o privada transfiere fondos al fiduciario para que, al cabo de un plazo o al cumplimiento de una condición.

Las obligaciones del fiduciario, en su condición de profesional de los negocios, son de medios, en muchas situaciones puede ocurrir lo contrario. En definitiva, en cada supuesto habrá que determinar la manera de juzgar la responsabilidad.

E) RESPONSABILIDAD POR DOLO

El Dolo como factor de atribución implica la realización de un hecho ilícito “*a sabiendas y con intención de dañar la persona o los derechos de otro*” (Art. 1072 del Código Civil).

La intención de dañar a la que se refiere el artículo 1072 no implica necesariamente un propósito deliberado de dañar, sino que basta con que el sujeto tenga conocimiento y consciencia de que su conducta es idónea para provocar un perjuicio, aunque no quiera el resultado dañoso(Urrets Zavalía, 2002).

Para muchos autores puede suceder que el fiduciario sea responsable por dolo, en los casos en que la no ejecución total o parcial del encargo sea dolosa o maliciosa, aunque se de en muy pocas ocasiones. Podemos considerar como ejemplo sin que lo requieran los fines del fideicomiso, y con la intención de apropiarse de los bienes fideicomitidos, enajene inmuebles a terceros que luego no puedan ser recuperados, o que secuestre o denuncie penalmente a un tercero para impedirle participar en una licitación o remate. En esos casos, el deber de reparar tiene una extensión mayor (art. 521 Código Civil)

En conclusión, el dolo o la malicia en la ejecución de los contratos radica en el propósito deliberado de no cumplir la obligación, sin necesidad de ánimo de perjudicar al acreedor.

F) EL DAÑO

El principio emergente del art. 505 del Código Civil, ante el incumplimiento contractual el acreedor tiene derecho a exigir del deudor el cumplimiento forzado, o por un tercero, y de no optar por ello si el cumplimiento específico no es jurídicamente procedente, corresponde la indemnización de los daños y perjuicios (Urrets Zavalía, 2002, pág. 61).

En el caso del fideicomiso, resulta difícil imaginar la posibilidad de obtener el cumplimiento, y menos aún por parte de un tercero, dada la confianza depositada en él y el hecho de que para alcanzar el fin se le transmitió la propiedad de bienes, condición en la que no se puede encontrar un tercero.

El fiduciario asume una obligación de medios, el vínculo obligatorio le impone al fiduciario la realización de una serie de actividades algunas contractualmente determinadas y otras indeterminadas en un principio, pero comprendidas dentro de las que son propias y conducentes al resultado que se persigue, y cuya elección se deja librada al criterio de aquél (Kipper, Claudio M., Y Lisoprawski, Silvio V. , 2005).

Puede haber situaciones en las que el pedido de cumplimiento específico sea el adecuado, por ejemplo, si el encargo consiste en adquirir un inmueble o en realizar una construcción. Ya sea el incumplimiento parcial o total, a los interesados les resta la posibilidad de obtener el resarcimiento de los perjuicios sufridos. Además del daño emergente, los interesados tienen derecho a la indemnización del lucro cesante.

Ahora bien, si admitimos que en la obtención del resultado esperado hay un componente aleatorio, ello debe repercutir en la determinación del daño.

Los autores piensan que no se pueden fijar reglas absolutas. Si se transmitió fiduciariamente un inmueble muy poco apto para destinos productivos con el objeto de hacerlo rendir, y nada hace el fiduciario, la indemnización estaría reflejada por la pérdida de la chance o posibilidad de éxito.

Ahora, si se transmitió un inmueble y el fiduciario lo pierde por haber sido ejecutado por los acreedores del fideicomiso, o peor aún, lo enajena a terceros de buena fe y a título oneroso sin reemplazarlos por uno igual o mejor, la indemnización debería consistir en el valor de ese inmueble y sus frutos.

Si de una misma infracción resultan pérdidas y ganancias, pensamos que es legítima la compensación a los efectos de valorar el daño, pues de no ser así se produciría un enriquecimiento ilícito. Fuera de ello, no parece posible que se compensen las pérdidas resultantes del incumplimiento con sus aciertos, porque al obrar con diligencia no ha hecho más que cumplir con sus obligaciones, en tanto que al actuar con negligencia las descuidó.

En cada caso, cabe hacer la valuación del daño aplicando los principios generales de la responsabilidad civil, sin que se advierta la necesidad de establecer reglas especiales para la actuación del fiduciario. No obstante, nada impide que las partes fijen anticipadamente el monto del daño derivado del incumplimiento mediante la inserción de una cláusula penal (arts. 655 y 656 del Código Civil).

G) CLÁUSULAS EXIMENTES Y CLÁUSULAS LIMITATIVAS DE RESPONSABILIDAD. INDEMNITY

Es posible que en el acto constitutivo se inserte alguna cláusula tendiente a liberar al fiduciario de las consecuencias de su incumplimiento. Las cláusulas de exoneración o limitativas de la responsabilidad de admiten, con ciertas reservas, en el ámbito de la responsabilidad contractual.

Las cláusulas de indemnidad (indemnity) son válidas en el derecho angloamericano y por medio de ellas se exime de responsabilidad al trustee por ciertas infracciones, salvo que haya obrado con intencionalidad o negligencia grave, ofenda normas de orden público o resulten abusivas dentro del contexto de una relación de confianza(Kipper, Claudio M., Y Lisoprawski, Silvio V. , 2005).

En el caso de la ley argentina, una cláusula de este tipo, salvo el supuesto que tratamos más adelante, es inválida, pues el art. 7º de la ley 24.441 dispone que el contrato no puede dispensar al fiduciario de la culpa o dolo en que pudieren incurrir él o sus dependientes. Se trata de una regla de orden público, indisponible por las partes. En lo que concierne al dolo, la prohibición ya se encontraba en el art. 507 del Código Civil.

Se entiende que hay dispensa de la culpa cuando se conviene eximir al deudor de responsabilidad, total o parcialmente, por su incumplimiento culposo.

Se entiende que en la ley argentina se encuentra prohibida la dispensa total y parcial porque se desnaturalizaría el negocio fiduciario, en el cual, a cambio de la confianza depositada, es razonable ser severo con el fiduciario y que responda por todos los perjuicios que ocasione (Urrets Zavalía, 2002).

Tampoco es dispensable, como surge de la norma citada, la responsabilidad que le corresponda al fiduciario por la culpa o dolo de sus dependientes. La solución es lógica si se tiene en cuenta que, por reglas, sus funciones son indelegables. De admitirse la dispensa, sería una tentación para el fiduciario delegar al máximo sus funciones para no incurrir en responsabilidad. Además, hay que tener en cuenta que la responsabilidad por el hecho del dependiente encuentra su explicación en varios factores: la posibilidad de vigilancia y control, y fundamentalmente, en la de dar órdenes y en la de organizar determinada actividad. Asimismo, se considera que la responsabilidad del principal es inexcusable. Para que el fiduciario sea responsable por el hecho del dependiente se debe

tratar de daños ocasionados en ejercicio o con ocasión de las funciones encomendadas; debe mediar una adecuada relación de causalidad entre la función y el daño, valorada de acuerdo a lo dispuesto por el art. 901 y ss., del CCiv. Cuando confluyen la responsabilidad del principal (fiduciario) y la del dependiente, se considera que se trata de obligaciones concurrentes o in solidum (arts. 1122 y 1123, CCiv.)

La responsabilidad del principal por el hecho del dependiente ha sido explicada de diversas formas. Entre las más importantes se encuentran la teoría de la “obligación de garantía”, que se basa en sostener que la responsabilidad del deudor por el hecho ajeno es refleja, con fundamento en una obligación de garantía asumida por aquél frente al acreedor (Tobías, 1998).

Otros la explican por medio de la teoría del riesgo creado (riesgo de autoridad), en el cual la responsabilidad es directa y objetiva, sin necesidad de que se acredite la culpa del dependiente; o mediante el mecanismo de la estipulación a favor de terceros, que combina el deber de garantía o de seguridad según el tercero esté, o no, subordinado técnica o científicamente (Bueres, 1992), o directamente por medio de la obligación de seguridad (Agoglia-Boragina-Meza).

Lo interesante, según varias de las doctrinas es que se llega a que la responsabilidad del principal –en nuestro caso el fiduciario– es siempre objetiva. Al ser así, aunque la ley 24.441 se refiere tan sólo a la dispensa de culpa o dolo, es obvio que tampoco sería dispensable su responsabilidad objetiva. El fiduciario debe ser responsable por el hecho culpable de cualquier tercero del que se valga para cumplir sus obligaciones, ya que el hecho de sus auxiliares obra como si fuese el del mismo obligado.

H) REMOCIÓN JUDICIAL POR INCUMPLIMIENTO. REVOCACIÓN DEL ENCARGO

Remoción judicial

La no ejecución total o parcial determinan la responsabilidad civil del fiduciario hacia los cocontratantes, salvo que acredite el caso fortuito o fuerza mayor, o sea que no le es imputable. Dicha responsabilidad lo obligará a indemnizar en tanto y en cuanto se haya producido un daño, requisito ineludible para dar nacimiento a la obligación de

reparar. Ahora bien, haya o no daño, deba o no reparar, le ley prevé otra consecuencia derivada del incumplimiento: su remoción judicial.

El art. 9º de la ley 24.441 dispone que el fiduciario cesará como tal por “remoción judicial por incumplimiento de sus obligaciones, a instancia del fiduciante”; o a pedido del beneficiario con citación del fiduciante (inc. a). En ese caso debe ser reemplazado por un fiduciario sustituto (art. 10).

El fideicomiso le impone al fiduciario una gran cantidad de obligaciones. Aunque la ley no lo aclara, cabe entender que el incumplimiento de cualquiera de ellas, aun cuando otras hayan sido cumplidas, habilita para solicitar la remoción.

Ante la falta de previsión legal, cabe entender que es posible requerir judicialmente la remoción sin necesidad de intimar previamente el cumplimiento de las obligaciones.

El incumplimiento no origina, ipso jure, la remoción, pues la ley exige que sea solicitada al juez; es necesario un acto de voluntad. Según el texto del referido art. 9º, pueden solicitarla: a) el fiduciante y el beneficiario con citación de aquél, b) el fideicomisario, si es una persona distinta de aquéllos, c) los sucesores de los mencionados, con la salvedad de que en el contrato se le hubiese prohibido al beneficiario transmitir su derecho por actos entre vivos o por causa de muerte (art. 2º, párrafo cuarto, ley 24.441), en cuyo caso la acción del beneficiario sería intransmisible, y c) los acreedores del beneficiario o del fideicomisario podrían requerir la remoción por vía de la acción subrogatoria. Todos ellos tienen interés en que el fiduciario cumpla con sus obligaciones.

Es dudoso, en cambio, que puedan hacerlo los acreedores del constituyente, ya que según el art. 15 de la ley éstos carecen de derechos sobre los bienes fideicomitidos. La doctrina piensa que cualquiera de ellos la puede pedir, por estar en juego la suerte del fideicomiso y la admisión de la acción judicial de remoción impetrada por el fiduciante produce efectos ante el beneficiario, el fideicomisario, e inclusive frente a todos aquellos que no hubiesen participado en el pleito. En cambio, la doctrina sostiene que si la demanda es rechazada, la sentencia no produce efectos de cosa juzgada respecto de otros legitimados para solicitar la remoción. Esto último sólo podría ocurrir si la acción la intentó sólo el fiduciante, pues si la promueven otros aquél debe ser citado al juicio (art. 9º, inc. a), ley 24.441) (Kipper, Claudio M., Y Lisoprawski, Silvio V. , 2005).

La revocación del encargo

No hay que confundir la remoción con la revocación que puede efectuar el fiduciante si se reservó esa facultad en el contrato (art. 25, inc. b)). Si bien ambas expresan la voluntad del fiduciante y tiene por objeto apartar al fiduciario, existen claras diferencias.

La revocación opera por la declaración del fiduciante, sin necesidad de resolución judicial, aun cuando ante la negativa del fiduciario sea menester una sentencia. La revocación extingue el fideicomiso (art. 25), no al fiduciario, de modo que no se le designa un sustituto sino que debe entregar los bienes a quien corresponda.

Responsabilidad del Fiduciario sustituto

En caso de disponerse la remoción, el fiduciario debe ser reemplazado por un fiduciario sustituto. Los bienes fideicomitidos deben ser transmitidos al nuevo fiduciario, de lo que cabe inferir que hasta que no se efectúe el traspaso con las formalidades que corresponden a la naturaleza de los bienes, el fiduciario cuya remoción se dispuso judicialmente, sigue obligado a cumplir con los deberes de su cargo.

A partir del momento en el que asume sus funciones, las reglas expuestas en torno a la responsabilidad por falta de ejecución total o parcial de las obligaciones resultan plenamente aplicables al sustituto, quien ocupa la posición de su antecesor. En cambio, no cabe hacer responsable al sustituto de los daños causados por el primitivo fiduciario, pues no hubo culpa de su parte, ni vínculo contractual que lo obligase.

El sustituto puede incurrir en responsabilidad si no cumple con la obligación de exigir al predecesor a que le rinda cuentas y le entregue los bienes del fideicomiso; y si se abstiene de promover las acciones necesarias para que el removido repare los daños causados, si los hubiese.

Agregamos la necesidad de que reclame la indemnización de los daños causados, pues al fiduciario le compete velar por la buena conservación del patrimonio fideicomitido y su mejor aprovechamiento, lo que incluye también la obligación de iniciar las acciones legales necesarias para la defensa del fideicomiso(Urrets Zavalía, 2002).

En cuanto a los daños que cause el sustituto desde el momento en que se haga cargo, cabe entender que el anterior fiduciario carece de responsabilidad.

I) BIENES CON LOS QUE RESPONDE EL FIDUCIARIO

La ley 24.441, establece la separación del patrimonio personal del fiduciario respecto del que adquiere a causa del fideicomiso (art. 14). De este sistema resulta que el fiduciario es titular de dos patrimonios, el que ya tenía, como le corresponde a cualquier sujeto de derecho, y el nuevo, que adquiere en fideicomiso y que no se confunde con el primitivo. El art. 15 de la ley citada establece que *“los bienes fideicomitidos quedarán exentos de la acción singular o colectiva de los acreedores del fiduciario”*, y el art. 16 de la ley referenciada que *“los bienes del fiduciario no responderán por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, las que sólo serán satisfechas con los bienes fideicomitidos”*.

Los bienes del fideicomiso sólo responden ante determinados acreedores, los del fideicomiso, es decir, aquellos que tengan un crédito en virtud de obligaciones contraídas por el fiduciario *“en la ejecución del fideicomiso”*. Estos bienes no pueden ser agredidos por otros acreedores del fiduciario, cuyos créditos sean ajenos a la ejecución del fideicomiso.

Si el fiduciario incurre en responsabilidad por la indebida ejecución de sus obligaciones y es demandado por el fiduciante, el beneficiario, o el fideicomisario, en caso de que uno o todos ellos hayan sufrido un perjuicio derivado de la afectación del patrimonio fideicomitado, con qué bienes responde ante tales acreedores?.

La respuesta a esa pregunta es que la responsabilidad recaerá sobre su propio patrimonio y no sobre el fideicomitado, reservado a los acreedores de obligaciones nacidas en la ejecución del fideicomiso.

Hay que diferenciar si la ejecución es *correcta* del fideicomiso es posible que genere obligaciones, que encuentran respaldo en el patrimonio fideicomitado, del cual el fiduciario es titular. En cambio, la *incorrecta* ejecución del fideicomiso genera otra clase de obligaciones, ajenas al fin perseguido, que deben estar garantizadas con los bienes de quien actuó con culpa o dolo en su cumplimiento.

La responsabilidad contractual que estamos examinando persiste cuando el fiduciario no actúa con la prudencia y diligencia exigibles a un buen hombre de negocios y defrauda la confianza depositada en él.

Desde otro ángulo, se puede apreciar que el fiduciario, ab initio, tiene a su cargo una serie de obligaciones que debe cumplir con diligencia.

En el supuesto de no cumplir adecuadamente el encargo, sus acreedores serán el fideicomitente, el beneficiario o el fideicomisario, según las circunstancias. En el supuesto de las “obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso”, los acreedores serán terceros que hayan contratado con el fiduciario alguna prestación necesaria para la obtención del fin del fideicomiso, aunque se podría dar la hipótesis de que coincidan con aquéllos, pero de todos modos la causa de la obligación es diferente (Kipper, Claudio M., Y Lisoprawski, Silvio V. , 2005).

En consecuencia, por los daños que cause el fiduciario al no ejecutar debidamente el encargo, debe responder con su patrimonio personal, distinto del fideicomitado.

De no ser aceptada esta conclusión, se le otorgaría al fiduciario un superprivilegio, pues el incumplimiento de sus obligaciones contractuales no le llevaría ninguna consecuencia en tanto su patrimonio primitivo quedaría intacto, y sólo sería agredido el recibido fiduciariamente para un fin especial.

Además, el art. 7º le prohíbe al fiduciario adquirir para sí los bienes fideicomitados, pero si éstos respondieran ante las obligaciones resultantes de su obrar negligente, sería una forma indirecta de adquirir los bienes fideicomitados y de mezclarlos con su patrimonio personal preexistente.

J) IMPOSIBILIDAD DE RESOLVER POR INCUMPLIMIENTO

En materia de fideicomiso, ante el incumplimiento del fiduciario no es posible la resolución, pues la ley sólo admite la remoción del fiduciario y la designación de un sustituto. Además, como se señaló, sólo es posible la revocación si el fiduciante se hubiese reservado expresamente esa facultad.

López de Zavalía (1997) señala que esto se explica por la estructura del contrato a favor de tercero, en el cual una resolución contra el promitente no afecta el derecho

del tercero que pasa a ejercerlo contra el que estipula. Sin embargo, para que este efecto se produzca en el fideicomiso es preciso que el que estipula asuma la posición de fiduciario, pero si se acumulan ambas posiciones jurídicas no habría fideicomiso.

Si es el fiduciante quien no cumple con sus obligaciones, el fiduciario es quien debe reclamar incluso judicialmente (art. 18, ley 24.441).

CAPITULO V: RESPONSABILIDAD EXTERNA DEL FIDUCIARIO

El Fiduciario debe asumir una serie de obligaciones, cuyo cumplimiento se encuentra garantizado por el patrimonio fiduciario y puede cometer actos ilícitos con consecuencias dañosas por los que deba responder.

Al hablar de responsabilidad externa del fiduciario nos referiremos a todo aquellos supuestos en que el fiduciario deba responder por los daños ocasionados a terceros como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones asumidas con motivo del fideicomiso, así como de actos ilícitos cometidos en ocasión del cumplimiento de su gestión.

Resulta aplicable el régimen común de responsabilidad por daños, con algunas particularidades: 1) La ley de fideicomiso a establecido que todas las obligaciones emergentes de la ejecución del fideicomiso, serán satisfechas con los bienes fideicomitidos, estableciendo limitación genérica a la responsabilidad contractual o extracontractual del fiduciario, y 2) Establece una limitación específica a la responsabilidad objetiva resultante del art. 1113 del Código Civil.

A) RESPONSABILIDAD DEL FIDUCIARIO FRENTE A TERCEROS

Obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso

Es notable que para llevar adelante la gestión encomendada, y a la cual se encuentra obligado, el fiduciario deberá asumir otras obligaciones con terceros. Por ejemplo, si se le transmitió un terreno baldío para que construya un edificio, deberá hacer contratos con el constructor y con todos los que necesite para el emprendimiento. Si recibió bienes para invertirlos en actividades más productivas, también pactará con terceros cuando ello sea necesario. Si para el desenvolvimiento de su gestión necesita obtener créditos, frente a tales acreedores asumirá obligaciones vinculadas al fideicomiso. En el fideicomiso de garantía es posible que necesite de un depositario para que se encargue de la guarda y custodia de los bienes en cuestión (Kipper, Claudio M., y Lisoprawski, Silvio V. , 2005).

Se trata de obligaciones cuyo incumplimiento, en principio, también hará nacer su responsabilidad contractual hacia esos terceros, en forma independiente de la que le

pueda corresponder frente a los que intervienen en el negocio fiduciario. Ambas pueden estar vinculadas, ya que si realizan contrataciones en forma negligente, además de obligarse frente a los cocontratantes, deberá responder ante los interesados por el perjuicio ocasionado al fideicomiso.

Al ser el fiduciario titular de patrimonios separados, éstos no deberán soportar las consecuencias del incumplimiento. En efecto, *por su indebida ejecución del encargo, o por deudas que tenga con otras personas, responde con sus bienes propios, pues los fideicomitidos no forman parte de sus activos*, mientras que por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso responde con el patrimonio fideicomitado (Vázquez, Gabriela A., 2001). El art. 16 de la ley 24.441 expresa con claridad que “los bienes del fiduciario no responderán por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, las que sólo serán satisfechas con los bienes fideicomitados”.

Aclaremos que, el deudor de estas obligaciones es el fiduciario y no el patrimonio fideicomitado, ya que en las obligaciones el sujeto pasivo es siempre una persona, y no una cosa o un patrimonio. Por otra parte, la cosa o el patrimonio fideicomitados carecen de personería, no son un ente distinto representado por el fiduciario, sino que éste es el propietario de dichos bienes.

Si el fiduciario cumple diligentemente sus obligaciones no tendrá responsabilidad personal alguna respecto de su patrimonio general. Este deber de prudencia significa que se deberá abstener de realizar actos que impliquen erogaciones si no existen fondos suficientes en el patrimonio del fideicomiso para cubrirlos.

Vale señalar que una persona, además de su patrimonio personal, puede ser titular de uno o más patrimonios fideicomitados. En ese caso, tanto el personal como cada uno de los fideicomitados deben ser administrados con reglas propias, y cada uno responde de sus propias deudas, las cuales deben permanecer ajenas y sin influencia ni afectación en los otros, con la salvedad de la hipótesis en la que el fiduciario responda con su patrimonio general por ejecución indebida. Aunque el obligado es la misma persona, se debe hacer una ficción en la cual, para cada tipo de deuda, el responsable sea una persona distinta.

En aquellos supuestos en que el fiduciario se exceda en el ejercicio de sus facultades y afecte los bienes fideicomitados a finalidades distintas de las previstas, pero se obligue con terceros de buena fe, *el patrimonio especial deberá responder por el*

cumplimiento de esas obligaciones, sin perjuicio de su responsabilidad personal frente al fideicomitente, el beneficiario o el fideicomisario por los daños ocasionados, lo que deberá enfrentar con su patrimonio personal (Kipper, Claudio M., y Lisoprawski, Silvio V. , 2005).

Precisiones sobre el patrimonio separado

En principio, pueden ser objeto del fideicomiso toda clase de bienes, ya sean determinados (art. 1º de la Ley 24.441) o determinables (art. 4º de la Ley 24.441), y podrán ser sustituidos por otros durante la ejecución del fideicomiso.

Cuando se transmita fiduciariamente el dominio de cosas habrá *dominio fiduciario* (art. 11, ley cit., y 2662, CCiv.), en ese caso serán aplicables las normas y principios que rigen la transmisión de los derechos reales, de modo que se deberá tratar de cosas ciertas, determinadas, actualmente existentes, y que se encuentren dentro del comercio. El dominio fiduciario tampoco se podrá constituir sobre esas cosas fungibles o consumibles para la posterior restitución de otras de igual especie y calidad, por ello se puede confundir con el cuasiusufructo o usufructo imperfecto.

En el supuesto de que se transmita la propiedad fiduciaria de bienes, esto es, todo aquello que sin ser cosa posea un valor económico, serán aplicables las normas que rigen la cesión de créditos.

En principio, pueden ser objeto del fideicomiso “todo objeto incorporal, todo derecho y toda acción que se encuentre en el comercio” (art. 1444), y aun los créditos futuros, aleatorios, condicionales, eventuales, litigiosos, etc. (arts. 1446 y ss.). Quedan incluidos los títulos valores y los derechos intelectuales; el fideicomiso financiero tiene como objeto bienes inmateriales.

Sólo cabe excluir a aquellos créditos cuya cesión se encuentre expresa o implícitamente prohibida (art. 1444), como sucede con los derechos inherentes a las personas (art. 1445), los créditos emergentes de la relación laboral (art. 148, ley 20.744), y la indemnización por accidente de trabajo (art. 13, ley 9688), entre otros.

Por regla, el patrimonio es uno sólo para cada sujeto, no se concibe que éste pueda ser titular de varias masas patrimoniales, pues aun cuando las mantenga separadas, a los ojos de la ley forman una masa única. Ello se conecta con el principio de que cada persona responde por sus propias deudas con todos sus bienes (responsabilidad ilimitada –arts. 505, 2312, 3474, 3922 y concs. del CCiv. –).

Una innovación que trae la ley 24.441 es que sobre los bienes fideicomitidos se crea un patrimonio separado o de afectación en cabeza del fiduciario con un régimen específico. Se trata de un patrimonio separado de los patrimonios de cada una de las partes que intervienen en el fideicomiso, afectado al cumplimiento de un fin señalado, durante un período determinado o no, pero que no podrá exceder del plazo de 30 años o de la vida del beneficiario incapaz (art. 4º, inc. e)). Esta innovación se ha apartado de los principios provenientes del derecho romano y del derecho francés, relativos a la exclusividad e indivisibilidad del patrimonio y, sin duda, se ha inspirado principalmente en las reglas del trust anglosajón, lo que ha sido ratificado por la Convención de La Haya sobre el tema.

Además, otra nota que lo diferencia se encuentra en el interés: el fiduciario administra su patrimonio persona en interés propio, mientras que el afectado lo hace en interés ajeno.

Como antecedentes pueden ser mencionados los códigos de comercio de Colombia (art. 1233), de Costa Rica (art. 634), de Honduras (art. 1048), el Código Civil de Quebec (art. 1261), el art. 351 de la ley mexicana, el proyecto de 1967/9 de Michelson, Zannoni, Alegria, Colombes, Malagarriga, Quintana Ferreyra y Fontanarrosa, y el Proyecto de Reformas al Código Civil elaborado por la comisión designada por el decreto 468/1992 (art. 1307), entre otros (Kipper, Claudio M., y Lisprawski, Silvio V. , 2005, pág. 341).

Las consecuencias que derivan de la existencia del patrimonio separado son,: a) los bienes está excluidos de la garantía general de los acreedores del fiduciario; b) están también excluidos de la garantía general de los acreedores del fiduciante, del beneficiario y del fideicomisario; c) garantizan las obligaciones contraídas para la ejecución del fideicomiso; de) al concluir el fideicomiso deben ser devueltos al fideicomitente o transmitidos a quien corresponda, según el acto constitutivo, y eventualmente a sus sucesores.

Insuficiencia del patrimonio separado

La ley también establece que los bienes del fiduciario no responderán por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, las que sólo serán satisfechas con los bienes fideicomitidos, y la insuficiencia de éstos no dará lugar a la declaración de su quiebra. En este caso, el fiduciario deberá liquidar el fideicomiso al enajenar los

bienes que lo integren y entregar el producido a los acreedores, quienes cobrarán según el orden de privilegios previsto para la quiebra (art. 16). La noción de “insuficiencia” es imprecisa, pero se puede acudir al concepto de “cesación de pagos”, esto es, un estado de impotencia patrimonial para hacer a una o más obligaciones vencidas y exigibles que lo gravan.

Como se trata de patrimonios separados, surge de la ley que la declaración de quiebra del fiduciario es una causal que justifica su remoción, pero no se traslada al patrimonio fideicomitado (arts. 9° y 10). La insuficiencia de los bienes fideicomitados no conlleva a la quiebra o concurso del fiduciario respecto de su patrimonio personal (Urrets Zavalía, 2002).

Para la procedencia del sistema de liquidación previsto, dicho artículo establece una condición previa, pues expresa que *“a falta de otros recursos provistos por el fiduciante o el beneficiario según previsiones contractuales, procederá a su liquidación”*. Para el fideicomiso financiero, la ley, en el supuesto de insuficiencia, contempla una serie de soluciones que van desde la continuación sobre la base de nuevos aportes hasta la transferencia del patrimonio; aquí el régimen está bajo la supervisión de la Comisión Nacional de Valores.

Si bien el art. 16 dice que el supuesto de insuficiencia *“no dará lugar a la declaración de su quiebra”*, algunos autores consideran que ello no impide recurrir al concurso preventivo, lo cual puede ser beneficioso en tanto se pueda evitar la liquidación. Citan en su apoyo lo dispuesto por el art. 5° de la ley 24.522 y, en lo que concierne al fideicomiso financiero, advierten que tal solución puede surgir de la asamblea de tenedores (art. 24, ley 24.441).

Necesidad de ser transparente en las contrataciones con terceros

Una de las obligaciones del fiduciario a su cargo es mantener los bienes fideicomitados separados de los suyos y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios.

De no actuar con transparencia, se pueden presentar situaciones conflictivas. Por ejemplo, el fiduciario contrae deudas en su propio interés y no tuvo la precaución de separar los bienes; llegado el momento, los acreedores pretenderán ejecutar también los bienes fideicomitados, pues en la medida en que el fideicomiso no les resulte oponible,

si es de buena fe, será difícil impedirlo. Esta situación causaría un grave perjuicio al fideicomiso.

A la inversa, se contraen obligaciones para la ejecución del fideicomiso pero a los acreedores de buena fe no se les indica claramente la situación. Al no ser pagada la deuda, tales acreedores pretenderán ejecutar todos los bienes del fiduciario, los personales y los afectados.

Los acreedores pueden –y deben– conocer la existencia del fideicomiso cuando hubo publicidad del registro o de otra clase. En muchos casos, que no lo sepan será imputable a su propia negligencia. Lo que es más difícil de conocer es la causa de la obligación contraída, si ha sido o no para la ejecución del fideicomiso. En estos casos, el fiduciario deberá actuar con la mayor precisión y transparencia.

Hay dos intereses contrapuestos y dignos de protección de las siguientes personas: 1) el constituyente, el beneficiario y el fideicomisario interesados en que los bienes fideicomitados no respondan por deudas ajenas a la gestión, y 2) los acreedores del fideicomiso, que necesitan saber con qué clase de bienes cuenta el fiduciario para responder ante sus créditos.

Para evitar engaños o fraudes ante el silencio del fiduciario, cabe sentar como premisa que si éste oculta ante terceros su calidad de tal, quiere decir que está celebrando para sí el negocio jurídico de que se trata y que, por ende, ha comprometido su patrimonio personal, siempre que tales terceros sean de buena fe, esto es, que no haya podido saber, para actuar con diligencia, de la existencia del fideicomiso y que la contratación era en beneficio de éste (Kipper, Claudio M., y Lisoprawski, Silvio V., 2005).

A la vez, si por su conducta el patrimonio fideicomitado se vio privado de obtener algún beneficio, al haberlo hecho en un negocio en su propio provecho, podrá ser condenado a resarcir el perjuicio causado, ya que su obligación es la de obtener el mayor rendimiento de los bienes objeto del negocio fiduciario.

Algunas excepciones

De acuerdo con el régimen de la ley 24.441, los bienes fideicomitados solo responden por las deudas contraídas en la ejecución del fideicomiso. Como contrapartida, el art. 15 dispone también que no *“podrán agredir los bienes fideicomitados los acreedores del fiduciante, quedando a salvo la acción de fraude”*.

Además de la excepción prevista para el supuesto de fraude, pensamos que puede haber otras no previstas expresamente por la ley pero que se deducen de la aplicación de los principios generales.

Podemos citar como ejemplo el del constituyente que transmite al fiduciario un inmueble que ya estaba gravado con una hipoteca, es cierto que el acreedor hipotecario no lo será del fiduciario pues la deuda no se transmitió, pero sí estará habilitado a ejecutar el inmueble para hacer valer el derecho real de garantía, por esencia oponible erga omnes. Por ende, se puede establecer como regla que el fideicomiso no puede funcionar en detrimento de los derechos reales adquiridos legalmente por terceros respecto de los bienes fideicomitados, con anterioridad a su constitución, en tanto esos derechos sean oponibles (Rodríguez Azuero, 1997).

Para quienes admiten que también una universalidad pueda ser objeto de fideicomiso, cabe plantear la hipótesis de que el heredero, que la haya aceptado con beneficio de inventario, fideicomita la herencia recibida. López de Zavalía (1997) señala que la universalidad fideicomitada va con su pasivo, por el cual el fiduciario –al igual que un cesionario de herencia– responde intra vires, lo que permite que tales bienes sean alcanzados por los acreedores de la herencia.

Games y Esparza (1997) agregan los actos realizados en fraude a la ley –distintos a los efectuados en fraude a los acreedores–, en los casos en los que la acción sea procedente, las acciones típicas de ineficacia concursal, las vinculadas a los vicios de la voluntad (error, dolo, violencia) o de los actos jurídicos (simulación, lesión).

Otra excepción es señalada por López de Zavalía (1997), cuando el fiduciario –deudor de otros– tenga créditos que se puedan hacer valer contra los frutos o contra el capital mínimo (v.gr., reembolso de gastos, retribución). En tal hipótesis no cabría negar a sus acreedores la acción subrogatoria. En este caso se advierte que hasta los acreedores personales del fiduciario –no del fiduciante– podrían agredir los bienes fideicomitados.

Podemos incluir también el supuesto en el que un inmueble sea reivindicado por el propietario verdadero. Si el fiduciario adquirió el inmueble de quien no era su dueño verdadero –venta a non domino– cuenta con un título justo y sólo podrá consolidar su adquisición al cabo de 10 años de posesión mediante la usucapión breve. Mientras tanto, está expuesto a la acción reivindicatoria del titular verdadero.

La acción de fraude

Se señaló anteriormente que los acreedores del fiduciante no pueden agredir los bienes fideicomitidos, lo cual es lógico desde que han dejado de pertenecerle al deudor. Sin embargo, el art. 15 de la ley 24.441 dispone que queda “a salvo la acción de fraude”.

Esto ocurre cuando una persona insolvente enajena bienes para sustraerlos de la ejecución de sus acreedores. La legislación procura remediar la situación otorgándole a éstos la acción paulina o revocatoria. Para que proceda la acción, según lo dispuesto en los arts. 962 y ss. del CCiv, deben concurrir los requisitos de: 1) insolvencia actual del deudor, que debe ser demostrada por el acreedor; 2) que el acto tenga incidencia en la insolvencia; 3 que el crédito sea de fecha anterior al acto de enajenación; 4) que el deudor haya tenido intención de defraudar y que el tercero haya sido cómplice si el acto fue a título oneroso (art. 968). La acción revocatoria permite que el acto realizado por el deudor le resulte sin oposición al acreedor que ejerce la acción, a quien le significa la posibilidad de actuar en derecho como si el acto impugnado no se hubiese celebrado

López de Zavalía (1997) señala que si la ventaja al beneficiario o al fideicomisario constituye una donación indirecta, no es necesario acreditar el *consilium fraudis*. Esto es, la intención de defraudar, recaudo que exige el código en los actos a título oneroso, merece algunas aclaraciones. En rigor, no es estrictamente necesario, basta con que el deudor tenga conocimiento de que está perjudicando a sus acreedores, aunque no tenga la intención de hacerlo.

En cuanto al tercero, tampoco es necesaria la connivencia dolosa con el deudor, pues también para aquél es suficiente con el efectivo conocimiento del perjuicio del acto respecto de los acreedores del segundo.

Es que la razón de la revocabilidad del acto se encuentra en el estado de insolvencia del deudor en el momento de contratar, de ahí que la condición de esa revocación es únicamente el conocimiento de tal estado por parte del tercero.

Games y Esparza (1997) consideran que la “acción de fraude” a la que se refiere el art. 15 de la ley 24.441 no es sólo la paulina, sino que se debe interpretar –aun cuando el legislador no lo haya tenido en miras– que el precepto comprende también a los actos en fraude a la ley. Señalan en apoyo de su postura que el art. 15 alude a “la acción de fraude” sin calificarla ni remitirla al art. 961 del Código Civil.

Conflicto entre el beneficiario y los acreedores del fideicomiso

Se conoce que los bienes fideicomitidos sólo responden ante los acreedores del fideicomiso, o sea, quienes sean titulares de créditos resultantes de obligaciones contraídas por el fiduciario para la ejecución del fideicomiso. No se puede ignorar que el beneficiario, según lo que se haya convenido en el acto constitutivo, también puede ser acreedor del fideicomitido.

El problema aparecerá cuando los bienes sean insuficientes para satisfacer las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso y, al mismo tiempo, el crédito del beneficiario, sin que haya otros recursos.

Si se produce la liquidación, aquellos acreedores que sean privilegiados cobrarán primero según el orden que les corresponda, y sobre el remanente los acreedores quirografarios cobrarán a prorrata.

Responsabilidad por evicción

Como ya fue señalado, en principio toda clase de bienes que se encuentren en el comercio pueden ser objeto de un fideicomiso, con excepción de aquellos que sea personalismos (derechos de familia, derecho político de voto, etc.) y por ende intransmisibles. Es necesario que dichos bienes y derechos no se encuentren afectados por el derecho de un tercero.

Cuando sea necesario o conveniente para los fines del fideicomiso, el fiduciario, en su carácter de propietario, puede disponer o gravar los bienes fideicomitidos. Ahora bien, todo el que enajena está obligado a responder de la evicción, aunque nada se haya expresado en el contrato, garantía que ampara a todo contratante a quien se le transmita un derecho a título oneroso (Kipper, Claudio M., y Lisoprawski, Silvio V. , 2005).

Es posible que el fiduciario sea ajeno a las causas que hacen funcionar la garantía de evicción, por lo que es recomendable que en el acto constitutivo del fideicomiso se pacte una cláusula de indemnity en virtud de la cual el fideicomitente se responsabilice de la autenticidad y legitimidad de los derechos que transfiere.

En cambio, si se pactase la supresión o disminución de la garantía de evicción a cargo del fideicomitente, lo que también es legítimo (art. 2098), ello podría comprometer la responsabilidad personal del fiduciario en el caso de que de dicha renuncia derive un perjuicio al fideicomiso, ya que no es lo que debe hacer un buen hombre de negocios que actúe con prudencia y diligencia.

Caso de renuncia al fideicomiso

En principio, una vez aceptado el encargo, el fiduciario no puede renunciar, salvo “*si en el contrato se hubiese autorizado expresamente esta causa. La renuncia tendrá efecto después de la transferencia del patrimonio objeto del fideicomiso al fiduciario sustituto*” (art. 9º, inc. e), ley 24.441).

Se puede apreciar que la renuncia no extingue el contrato sino que importa una causal de cese del fiduciario y su consecuente reemplazo por el sustituto que corresponda (arts. 9º y 10). El fiduciario sólo está autorizado a renunciar si ello fue previsto expresamente en el contrato.

B) RESPONSABILIDAD OBJETIVA DEL FIDUCIARIO

Generalidades en torno a la responsabilidad objetiva

El artículo 14 de la ley 24.441 textualmente expresa: “*La responsabilidad objetiva del fiduciario emergente del artículo 1113 del Código Civil se limita al valor de la cosa fideicomitada cuyo riesgo o vicio fuese causa del daño...*”.

La responsabilidad objetiva por el riesgo o vicio de las cosas fue introducida formalmente en nuestro ordenamiento jurídico con la reforma al Código Civil de 1968 mediante la ley 17.711, respondiendo a criterios jurisprudenciales que la habían consagrado ya con anterioridad a esta ley.

La directriz tradicional era que no se concebía obligación de reparar daños sin culpa, a partir de la reforma esa directriz era que no había daño sin responsable. Con la adopción de la “teoría del riesgo” se cambió la perspectiva del análisis del evento dañoso, el ojo dejó de ponerse sobre el autor del daño y pasó a posarse sobre la víctima. Ya no se trata de juzgar la conducta de quien causó el daño, sino reparar el daño sufrido por la víctima aun prescindiendo de la culpa (Kemelmajer de Carlucci, y Parellada, 1992).

La imputación de responsabilidad al “dueño y guardián” obedece a un criterio de equidad y de naturaleza económica.

Si el fundamento de la responsabilidad se encuentra en el riesgo creado por una cosa, o por su vicio, resulta equitativo que el dueño (o guardián) que se sirve de esa

cosa, que se beneficia con ese riesgo, que aprovecha de esas cosas cuyo riesgo o vicio causa el daño, soporta las consecuencias.

En el caso del fiduciario, diríamos como principio general que no hay dudas de que es “dueño” de los bienes fideicomitidos, y que en la mayoría de los casos debe también reunir el carácter de “guardián”. Adquiere el dominio de los bienes, un dominio imperfecto, sujeto a un mandato o instrucciones, pero es quien ejerce el derecho real de dominio sobre los bienes fideicomitidos (Ferrer, Germán L. 2001-3).

La interpretación literal del artículo 14 ¿inconstitucionalidad?

La norma citada expresa textualmente: “*La responsabilidad objetiva del fiduciario emergente del artículo 1113 del Código Civil se limita al valor de la cosa fideicomitida cuyo riesgo o vicio fuese causa del daño*”.

Germán L. Ferrer (2001-3) ha interpretando esta norma de diversas maneras: en un análisis literal llegaría a la conclusión de que la indemnización debida se encuentra limitada única y exclusivamente al valor de la cosa que causó el daño. Así, si en la construcción de un edificio bajo la figura del fideicomiso, un ladrillo cae desde lo alto de la obra, produciendo la muerte de un tercero, el fiduciario encontraría limitada su responsabilidad exclusivamente al valor del ladrillo.

Para la doctrina mayoritaria está interpretación, resulta absolutamente irrazonable.

El autor analiza otro supuesto que puede llevar a conclusiones irracionales sería por ejemplo que el daño haya sido causado por una zanja o un pozo abierto en una obra. Supongamos por vía de hipótesis que no hubo culpa del fiduciario, que se encontraba debidamente señalizado, vallado, etc., pero que no obstante ello, el “riesgo” que implica provocó un daño. Según la interpretación literal que analizamos, deberíamos valorar la zanja o el pozo para determinar el límite de la responsabilidad.

Continúa con otra hipótesis, aquella en la que si bien la cosa que causó el daño puede resultar valiosa, luego del hecho generador del daño el valor puede ser igual a cero. Bettina Freire cita el ejemplo de un aparato que funciona con energía nuclear que luego explota produciendo enormes daños, y esta “cosa riesgosa”, además de que no hay compañía aseguradora que quiera tomar el riesgo, después del siniestro pierde totalmente su valor. En este caso, la indemnización de las víctimas sería equivalente a cero.

Como bien se puede advertir, también aquí se generaría una enorme injusticia y una conclusión irrazonable.

Por último, no podemos dejar de cuestionar la interpretación literal desde el punto de vista del artículo 16 de nuestra Carta Magna. Como lo señalan Kipper y Lisoprawski, “no falta quien sostiene que la limitación comentada puede ser tachada de inconstitucional. Ello por violar el principio de igualdad (art. 16, Const. Nac.), ya que la situación de la víctima es diferente según le cause el daño un dueño fiduciario o un dueño pleno”. Por su parte Bono, en sintonía con los autores citados, frente a la limitación en cuestión expresa que “esto nos lleva a afirmar la inconstitucionalidad del artículo 14, segunda parte, de la ley 24.441, en tanto viola la garantía de la igualdad del artículo 16 de la Constitución Nacional.

Tomando este concepto en relación al problema de la limitación de responsabilidad objetiva del fiduciario, en aquellos supuestos en los que el “valor de la cosa fideicomitida cuyo riesgo causó el daño” es irrisorio frente al monto de los daños, encontramos que definitivamente se viola el derecho a la igualdad.

De todas maneras, aun cuando se justifique esta distinción, el tope nunca podría ser el valor de la cosa que causó el daño, sino eventualmente el valor total de los bienes fideicomitados, que constituyen el patrimonio afectado a este fin autónomo distinto del fiduciario.

No responde a criterios de igualdad en los términos del artículo 16 de la Constitución Nacional, la distinción de trato entre por ejemplo una sociedad y el fideicomiso. La sociedad, que tiene su patrimonio propio análogo al patrimonio de afectación, responde con todo su patrimonio, mientras que el fideicomiso (que también es un patrimonio de afectación) responde sólo con la cosa fideicomitida, aun cuando haya otros bienes que puedan cubrir la totalidad de los daños (Ferrer, Germán L. 2001-3).

Como bien se puede advertir de las consideraciones efectuadas en este punto, la interpretación literal debe ser dejada de lado por ser objeto de múltiples reproches, desde llevar a conclusiones irracionales hasta resultar violatoria de nuestra Carta Magna.

En mérito de ello, debemos buscar una interpretación acorde a todo el ordenamiento jurídico³, tomando el concepto de nuestro máximo tribunal que afirma que “no es método recomendable en la interpretación de las leyes atenerse estrictamente a sus palabras, debiendo procurarse una interpretación racional superadora inclusive de las posibles imperfecciones técnicas de la instrumentación legal”⁴.

La responsabilidad objetiva del fiduciario (¿o del patrimonio fideicomitado?) en el artículo 14 de la ley 24.441

Bajo estas perspectivas procuraremos interpretar el tan criticado y discutido artículo 14 de la ley 24.441.

Como principios generales de la institución del fideicomiso hemos manifestado que se trata de un patrimonio de afectación, administrado o ejecutado por un fiduciario que lo hace en beneficio del beneficiario, en virtud de las instrucciones impartida por el fiduciante.

El fiduciario no respondía por las obligaciones contraídas en ejecución del fideicomiso, sino con los bienes fideicomitados.

Igualmente expusimos los fundamentos sustanciales de la teoría del riesgo afirmando que la responsabilidad objetiva del “dueño o guardián” de la cosa riesgosa, responde a criterios de equidad y económicos, por ser éste quien usa, goza, se beneficia y se sirve de la cosa cuyo riesgo causa el daño.

Por último pusimos de relieve la gran analogía que existe entre las personas jurídicas y la institución del fideicomiso, que pese a que no se trata de una persona jurídica, es como si lo fuera, y que más allá de la ausencia de una disposición expresa que le asigne personalidad como sujeto susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones, el régimen instituido por la ley debe ser regido por los mismos principios que las personas jurídicas (Ferrer, Germán L. 2001-3).

³ “Como lo ha señalado reiteradamente la Corte Suprema de Justicia, la declaración de inconstitucionalidad es un remedio extremo al que no cabe acudir sino en los casos en que ninguna otra solución razonable pueda extraerse dentro del marco de la propia ley. Cuando el juez puede extraer del sistema una interpretación no reñida con las garantías reconocidas en la carta magna, debe evitar la declaración de inconstitucionalidad haciendo prevalecer la solución que ofrece el contexto legal por sobre el sentido literal de la norma” (TSJ de Córdoba, Sala Civ., 11-5-87, reseñado por ANDRUET, BUSTOS ARGAÑARÁS y FERNÁNDEZ, Código Arancelario para Abogados y Procuradores, Lerner, Córdoba, 1989, ps. 136 y 137, N° 403).

⁴ Fallos: 306:1059 y 1462, entre otros.

En función de ello, la primera conclusión a la que se arriba es que los bienes del fiduciario que no integran el fideicomiso quedan fuera del alcance de la acción por responsabilidad objetiva causada por riesgo o vicio de las cosas fideicomitidas.

Esto es así toda vez que por disposición expresa de la ley (art. 16) el fiduciario no responde por las deudas contraídas en ejecución del fideicomiso. Este concepto abarca toda obligación que sea consecuencia del fideicomiso, y por cierto de los bienes que integran el patrimonio afectado.

Los bienes del fiduciario que no integran el patrimonio fideicomitado no responden por las obligaciones que surjan como consecuencia de los daños causados por el riesgo o vicio de los bienes fideicomitados.

Determinado que sólo los bienes que integran el fideicomiso pueden responder por los daños producidos por el riesgo o vicio de las cosas que integran el patrimonio de afectación, y frente al análisis literal ya realizado, ¿cuál es el límite al que queda sometida la indemnización respectiva?

El límite de la responsabilidad del fiduciario está constituido por la totalidad de los bienes que integran el fideicomiso. Si el fideicomiso es un patrimonio de afectación, separado del patrimonio de todas las partes intervinientes, autónomo, con finalidad propia, lo razonable y coherente con el sistema de responsabilidad objetiva es que sea ese mismo patrimonio el que responda con sus propios bienes, con la totalidad de ellos por los daños causados por su riesgo o vicio.

La interpretación contraria afectaría el derecho constitucional de igualdad ante la ley ya enunciada. Lo mismo sucede con todo responsable por riesgo o vicio de aquellas cosas que se encuentran bajo su dominio o guarda. Si cualquier persona resulta responsable con todos sus bienes, por el riesgo o vicio de las cosas cuyo dominio o guarda ejerce, en función de servirse de ellas, de usarlas, y de beneficiarse con su uso, no hay razón para excluir al fideicomiso de estas mismas consecuencias. Si bien es cierto que el fideicomiso no es una persona, no es sujeto de derecho, no tiene capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, en el fondo este patrimonio de afectación usa y se sirve de las cosas fideicomitidas para cumplir con su objeto, al igual que las personas se sirven de aquellas que están bajo su guarda o dominio (Ferrer, Germán L. 2001-3)

En función de la directriz emanada de nuestro máximo tribunal en los fallos citados en notas 1 y 2, arribamos a la segunda conclusión:

La responsabilidad del fiduciario por los daños causados por el riesgo o vicio de las cosas fideicomitidas, no se limita al valor de la cosa que causó el daño, sino al valor total de los bienes fideicomitidos.

El fiduciario no responde con sus bienes por los daños causados por el riesgo o vicio de las cosas fideicomitidas, sino únicamente con los bienes que integran el fideicomiso en su totalidad, y si no alcanza a cubrir los montos adeudados procederá la liquidación conforme a lo establecido en el artículo 16 de la ley.

La omisión de seguro y su razonabilidad

Conforme a lo ya expresado, el artículo 14 establece la limitación de la responsabilidad objetiva del fiduciario al valor de la cosa fideicomitada que causa el daño, siempre que el fiduciario no haya podido “razonablemente asegurarse”. Si pudo razonablemente asegurar el riesgo que luego causó el daño, y no lo hizo, la limitación al valor de la cosa fideicomitada no resulta aplicable.

Analizando los términos de la norma, observamos que la ley ha establecido un mandato muy fuerte en términos de “poder” asegurarse y no de “deber” hacerlo. Tomando el texto de la ley, podríamos concluir que si existe en el mercado la posibilidad de asegurar el riesgo de que se trata, el fiduciario debe tomar el seguro, y de lo contrario, perdería el beneficio de la limitación de la responsabilidad objetiva del artículo 14 de la ley (Ferrer, Germán L. 2001-3).

Dejando de lado esa interpretación literal del texto del artículo surge claramente y sin discusión alguna que si no hay en el mercado un seguro disponible para asegurar ese riesgo, evidentemente la limitación sí opera. El fiduciario no pudo asegurarse, más allá de la razonabilidad o no del seguro.

Existen otros innumerables supuestos en los cuales se presenta la posibilidad de seguro, hay razonablemente “posibilidad” de asegurarse, pero pese a esa posibilidad no resulta razonable tomar tal seguro.

Para determinar la razonabilidad de cualquier conducta deberíamos establecer cuándo la conducta es “razonable” y cuándo no lo es. En nuestro ordenamiento jurídico no existe un concepto legal de “razonable” o “razonabilidad”, nos lleva a buscar algún estándar o concepto legal que presente analogía, como lo establece el artículo 512 del Código Civil (y su nota), en concordancia con el 902 del mismo cuerpo legal, y en el particular caso del fiduciario, bajo la conducta del “buen hombre de negocios”.

La contratación del seguro por parte del fiduciario deberá ser analizada en el caso concreto conforme a su “razonabilidad” y según el “criterio del buen hombre de negocios”. El contenido de estos conceptos, reiteramos, no es posible brindarlo anticipadamente; como lo sostiene Maffia estos conceptos integran los muchos de nuestro ordenamiento jurídico vacíos de contenido concreto que *“se utilizaron para orientar –no para prescribir– los ulteriores pasos de los jueces y otros funcionarios a quienes la ley defiere la misión de completar su significado”*.

El sistema del fideicomiso en lo que a responsabilidad del fiduciario se refiere, responde básicamente al siguiente esquema:

- a) La ley le ha impuesto al fiduciario el deber de cumplir con las obligaciones asumidas en el fideicomiso con la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios.
- b) Se establece legalmente que el fiduciario no responde sino con los bienes fideicomitidos, por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso.
- c) Igual responsabilidad asume por los daños derivados de la responsabilidad objetiva causados por el riesgo o vicio de las cosas que integran el fideicomiso (excluye los bienes que no integran el patrimonio afectado).
- d) Si no cuenta con un seguro, cuando razonablemente debió hacerlo, responde frente a terceros con todo su patrimonio, más allá de los bienes fideicomitidos.

Coincidimos con lo que el Dr. Germán L. Ferrer (2001-3) opina respecto al sistema legal, soslayando las grandes deficiencias terminológicas, que resulta totalmente coherente. En la ejecución del fideicomiso sólo responde el patrimonio afectado; si el fiduciario en la administración de ese patrimonio incurre en un comportamiento imputable a título subjetivo (culpa o dolo) responderá con todo su patrimonio frente a terceros, al fiduciante, al beneficiario y al fideicomisario; si se causa un daño por riesgo o vicio de las cosas fideicomitidas, responde sólo el patrimonio afectado.

Ahora bien, si el fiduciario no contrató un seguro cuando las circunstancias de hecho lo hacían razonable, la ley presume sin admitir prueba de contrario que hubo culpa, y le extiende la responsabilidad a todos sus bienes más allá de aquellos que integran el fideicomiso.

Si el fundamento de esta pérdida de beneficio de la limitación de responsabilidad del artículo 14 obedece a que la ley ha presumido la culpa cuando no se contrató el seguro, el criterio para analizar la “razonabilidad de seguro” deber ser el de la culpa bajo el estándar del buen hombre de negocios.

Si determinado riesgo debió ser razonablemente objeto de seguro conforme al criterio del buen hombre de negocios, y el fiduciario no lo contrató, actuó con culpa, y por ello debe responder más allá de la limitación establecida en el ya citado artículo 14.

La solución legal ha sido objeto de críticas en cuanto a la alocución “razonabilidad” y su dependencia de un juicio de valor. En nuestro sistema jurídico son innumerables los casos en los que la solución queda supeditada a la valoración que el juez haga de ciertos hechos. Todo análisis de buena o mala fe es una cuestión de valor que el juez debe resolver frente a un planteo concreto: el análisis de la conducta procesal y la eventual aplicación de sanciones igualmente dependen de un juicio de valor; la asignación de culpa en determinado hecho también depende en gran medida de la valoración que el juez haga en el caso concreto; lo propio sucede en todos los supuestos en donde la solución queda suspendida al “prudente arbitrio judicial”, morigeración de intereses, cláusulas penales, daño moral, etc. Si hubo o no hubo buena fe, si hubo o no hubo temeridad procesal, si obró con culpa o sin culpa quien causó el daño, son algunas de las muchas disyuntivas ante las que el juez se encuentra y que en mérito de un juicio de valor debe pronunciarse (Ferrer, Germán L. 2001-3)

La alocución “no pudo razonablemente haberse asegurado” de la última parte del artículo 14 debe interpretarse como “*no debió razonablemente haberse asegurado según el criterio de prudencia y diligencia del buen hombre de negocios*” (Ferrer, Germán L. 2001-3). En estos términos la norma resulta coherente con todo el sistema del fideicomiso y la responsabilidad del fiduciario

Se ha cuestionado la indefinición de la ley en cuanto al criterio para evaluar la razonabilidad, se ha preguntado si esa razonabilidad debe estar en concordancia. Nosotros por nuestra parte ratificamos que es suficiente la remisión al concepto de “razonabilidad”, en concordancia con el estándar, del “buen hombre de negocios”, resaltando que todo lo relativo a la contratación del seguro deberá analizarse conforme a la “prudencia y diligencia del buen hombre de negocios”, la valoración del riesgo, la asiduidad del siniestro, etc.

Así, la aseguradora que se elija deberá ser una entidad autorizada por la Superintendencia de Seguros de la Nación.

En síntesis, no hay posibilidad de determinar de antemano los distintos requisitos que debe cumplir el fiduciario en lo que al seguro se refiere para resultar beneficiario de la limitación del artículo 14 de la ley. Deberá actuar con la diligencia y prudencia del buen hombre de negocios, contratando un seguro que responda en todos sus parámetros y etapas al criterio de razonabilidad, como hemos analizado.

Alcance subjetivo de la limitación del artículo 14

La norma es categórica en cuanto establece que “...*la responsabilidad objetiva del fiduciario emergente del artículo 1113 del Código Civil se limita al valor de la cosa fideicomitada...*”. De ello se deduce a simple vista que el único beneficiario con dicha limitación es el fiduciario.

El fiduciario puede revestir la calidad de “dueño” y/o “guardián” de los bienes fideicomitados, y en mérito de ello puede suceder que además del fiduciario haya un tercero que revista la calidad de dueño o guardián compartiendo responsabilidad objetiva con el fiduciario. En este supuesto sólo encontraría límite a la responsabilidad el fiduciario.

Hemos afirmado precedentemente que la limitación de la responsabilidad objetiva del fiduciario encuentra su razón en el hecho de ser el fiduciario en esencia análogo a un “administrador de cosa ajena”, en el hecho de no servirse ni beneficiarse con la cosa cuyo riesgo causa el daño; en síntesis, no resultar sujeto pasivo en función de los fundamentos de la “teoría del riesgo”.

El tercero dueño o guardián de la cosa viciosa o riesgosa no encuentra razón o motivo alguno para exceptuarse del régimen general. Si es dueño o guardián debe responder a tenor de lo establecido en el artículo 1113 del Código Civil. Ni el sistema general de responsabilidad ni la normativa específica del fideicomiso siquiera sugieren motivo alguno para excluir al tercero del régimen común.

Sostenemos igualmente que la responsabilidad del fiduciario se limita a los bienes que integran el fideicomiso quedando sus bienes propios exentos de la acción de la víctima.

Esta conclusión se impone por dos motivos que el Dr. Germán L. Ferrer (2001-3) expresa claramente:

- a) En primer término el esquema general del fideicomiso y la ratio legis del artículo 14 imponen esta conclusión. el fiduciario tiene en relación a la “teoría del riesgo” una situación análoga a la del administrador de cosa ajena, resulta atinado extender la limitación del artículo 14 al daño causado con motivo de la ejecución del fideicomiso, aun cuando la cosa dañosa no integre el patrimonio de afectación.
- b) En segundo lugar, si son obligaciones “contraídas” en ejecución del fideicomiso, en los términos del artículo 16 de la ley 24.441, todas aquellas en que el fiduciario resulta sujeto pasivo con motivo o en ocasión del fideicomiso, va de suyo que debe aplicarse esa norma –y la consecuente limitación de responsabilidad– frente al daño causado por el riesgo o vicio de una cosa que ha sido puesta bajo la guarda del fiduciario con motivo de la ejecución del fideicomiso.

El fiduciario no responderá con sus propios bienes por los daños emergentes de la responsabilidad objetiva causada por el riesgo o vicio de cosas que no integran los bienes fideicomitidos pero cuyo carácter de dueño o guardián fue adquirido con motivo o en ejecución del fideicomiso.

Responsabilidad de la Aseguradora

Merece un análisis especial el del alcance de la responsabilidad de la aseguradora frente el tercero víctima del riesgo o vicio de cosas fideicomitidas debida y razonablemente aseguradas. La aseguradora, en virtud del contrato de seguro, asume la obligación de mantener indemne al asegurado, respondiendo frente al tercero en la medida de su responsabilidad y condena. En el caso concreto de bienes fideicomitidos, la obligación de la aseguradora sería la de mantener indemne al fiduciario; tanto respecto a los bienes fideicomitidos como respecto a sus otros bienes.

Si la responsabilidad objetiva del fiduciario emergente del riesgo o vicio de cosas aseguradas encuentra como límite el valor del patrimonio afectado, a tenor de

nuestro de nuestro sistema de seguro de responsabilidad civil, el mismo límite encuentra la obligación de la aseguradora.

En nuestro sistema el tercero víctima del accidente no tiene acción directa en contra de la aseguradora, sino que debe demandar al responsable directo (artículo 118, segundo párrafo de la ley 17.418)

Resulta que la ley con el artículo 14 pretende incentivar la contratación del seguro por parte del fiduciario, y analizando el texto de la ley llegaríamos a la conclusión de que el tercero víctima del daño le sería más conveniente que el fiduciario no hubiera cumplido con el mandato legal. Si cumple con la obligación de asegurarse hay límite en la responsabilidad y el seguro responderá en la medida de ese límite, por el contrario si el fiduciario incumple esa obligación de “asegurarse razonablemente”, responde con todos sus bienes sin limitación alguna. Obviamente ésta solución sería la mas apropiada.

En la relación que se da entre asegurado, asegurador y tercero víctima, hay distintos intereses en juego. En el caso particular del fideicomiso, tendríamos el interés del patrimonio fideicomitido, el interés del fiduciario (por sus propios bienes), el interés de la aseguradora y por cierto el de la víctima. El interés de la víctima debe quedar totalmente fuera de las consecuencias que tenga el cumplimiento o incumplimiento de la obligación de contratar seguro por parte del fiduciario

Si analizamos la norma una vez más dentro del sistema del fideicomiso, y volvemos a la ratio legis de estas disposiciones, concluiremos en que lo que el legislador ha querido, lo que la norma pretende y lo que resulta coherente con todo el sistema, no es la limitación de la aseguradora (Ferrer, Germán L. 2001-3)

La ley establece que el fiduciario limita su responsabilidad a los bienes que integran el fideicomiso, pero en definitiva, en la esencia, de lo que se trata es de una responsabilidad sin límite del patrimonio fideicomitido, entendido éste como si fuera una persona distinta del fiduciario. Este límite del artículo 14 en concordancia con el artículo 16 en realidad lo que está consagrando no es un límite en la responsabilidad, sino que está distribuyendo la responsabilidad entre el patrimonio del fideicomiso y el patrimonio del fiduciario. Como el fideicomiso por disposición de la ley no reviste la categoría de persona jurídica, la ley ha responsabilizado al fiduciario, pero con los bienes fideicomitados. Lo que la ley establece es: si hay culpa responde al fiduciario

(ilimitadamente); si no hay culpa responde el patrimonio fideicomitido con todos los bienes afectados al fideicomiso (también sin límite).

Dentro de este sistema, la responsabilidad frente a tercero es siempre ilimitada, sólo que en algunos casos responde el patrimonio fideicomitido y en otros el del fiduciario. La aseguradora no podrá prevalerse de ese límite a la responsabilidad, y siempre y en todos los casos deberá hacer frente a la indemnización integral a la que sea condenado el fiduciario, aun cuando esa condena respecto de este último deba ser afrontada sólo con los bienes fideicomitados.

Nuevamente traemos a estudio la analogía entre la figura del fideicomiso y la de la persona jurídica. El administrador que detenta y administra los bienes de una persona jurídica no responde con su propio patrimonio por los daños consecuencia del vicio y riesgo de la cosa, sino es la persona jurídica, en la medida de su patrimonio. Todas las personas tienen un límite en su responsabilidad que se encuentra establecido en la totalidad de los bienes que integran su patrimonio como prenda común de los acreedores. En el caso del fideicomiso, esa prenda común está integrada por la totalidad de bienes fideicomitados.

En cambio, si el administrador de una sociedad no contrató el seguro de responsabilidad civil automotor, podrá resultar eventualmente responsable frente al tercero en función de los artículos 59 y 274 de la LSC, atento a no haber cumplido con el mandato legal de contratar el seguro y a no haber obrado con la diligencia y lealtad de un buen hombre de negocios. Ahora, esta responsabilidad ninguna vinculación tiene en la relación que pueda establecerse entre la aseguradora, el asegurado (la persona jurídica) y la víctima.

Aplicado ese esquema al fideicomiso, llegamos a la misma conclusión, la contratación o no contratación del seguro sólo tendrá consecuencias en la responsabilidad del fiduciario, pero en nada beneficia o perjudica al tercero o asegurador. Si el seguro fue contratado, por mandato legal el fiduciario queda fuera de la responsabilidad, se mantiene la responsabilidad ilimitada del patrimonio fideicomitido (como si fuera un sujeto de derecho independiente), e igualmente se mantiene la responsabilidad ilimitada de la aseguradora o eventualmente limitada a los términos del contrato de seguro y en la medida de la suma asegurada. Si el seguro no fue contratado, la responsabilidad del patrimonio fideicomitido se mantiene con todos sus bienes de forma ilimitada, sólo que en función del incumplimiento del fiduciario

nace la responsabilidad de éste, también con todos sus bienes (Ferrer, Germán L. 2001-3)

Si bien no surge claramente de la ley el esquema descrito, es el que más ajusta con el sistema del fideicomiso y el que mejor resguarda los derechos de todos los involucrados, el fiduciario, el patrimonio, el asegurador, y el tercero ajeno a todas las demás relaciones contractuales y es quien ha sufrido el daño por el vicio o riesgo de una cosa ajena.

CONCLUSIÓN

Después de habernos indagado y profundizado sobre la responsabilidad civil de fiduciario y los aspectos fundamentales del negocio fiduciario, podemos concluir que la ley 24441 le impone al fiduciario el deber de cumplir sus obligaciones no solo legales sino también convencionales, acorde a la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios, que actúa sobre la base de la confianza depositada en él.

Es por ello que cuando hacemos referencia a la responsabilidad civil del fiduciario debemos diferenciar por un lado la responsabilidad interna del fiduciario o de origen contractual, que hace referencia a todos aquellos supuestos en que el fiduciario deba responder por los daños provocados a los restantes sujetos involucrados en el negocio jurídico, y por el otro la responsabilidad externa del fiduciario (dentro de este ámbito puede darse tanto la responsabilidad contractual como extracontractual), en que el fiduciario deba responder por los daños ocasionados a terceros como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones asumidas con motivo del fideicomiso, así como los actos ilícitos cometidos en ocasión del cumplimiento de su gestión.

Con respecto a la jurisprudencia específica en la temática, lamentablemente no se encuentran antecedentes concretos para poder extraer conclusiones sobre tendencias de los tribunales; lo que podemos encontrar son fallos que se acercan de manera sutil a la problemática planteada. Quizás la ausencia de los mismos se deba, no porque no haya conflicto sobre el tema, sino por no haber un criterio definido.

El encuadre legislativo de la responsabilidad del fiduciario la encontramos plasmado en los artículos 6, 14, 15 y 16 de la ley 24441, como los más significativos.

El artículo 6 de la ley es muy importante porque hace referencia a la obligación del fiduciario en el cumplimiento de sus funciones que es la de actuar *con la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios*. Esta actuación se encuentra ligada a la apreciación de la culpa.

Además, en el marco de la ley de Fideicomiso, pudimos ahondar sobre el patrimonio fiduciario, como aquel cuya titularidad corresponde al fiduciario, aunque separado del suyo en general; afectado a la consecución de un fin determinado; constituido, en su aspecto activo, por los bienes (cosas o derechos) que el fiduciante ha transmitido al fiduciario en propiedad fiduciaria, ya sea en el origen del fideicomiso o con posterioridad, por los que se incorporan por subrogación real, al adquirirse con los

frutos devengados por los bienes que lo integran o con el producido de su enajenación, y, en su aspecto pasivo, por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso y que no puede ser declarado en quiebra.

Los bienes del fideicomiso sólo responden ante determinados acreedores, los del fideicomiso, es decir, aquellos que tengan un crédito en virtud de obligaciones contraídas por el fiduciario “*en la ejecución del fideicomiso*”. Estos bienes no pueden ser agredidos por otros acreedores del fiduciario, cuyos créditos sean ajenos a la ejecución del fideicomiso.

Si el fiduciario incurre en responsabilidad por la indebida ejecución de sus obligaciones y es demandado por el fiduciante, el beneficiario, o el fideicomisario, en caso de que uno o todos ellos hayan sufrido un perjuicio derivado de la afectación del patrimonio fideicomitado, con qué bienes responde ante tales acreedores?.

La respuesta a esa pregunta es que la responsabilidad recaerá sobre su propio patrimonio y no sobre el fideicomitado, reservado a los acreedores de obligaciones nacidas en la ejecución del fideicomiso.

Por ello, hay que diferenciar si la ejecución es *correcta* del fideicomiso es posible que genere obligaciones, que encuentran respaldo en el patrimonio fideicomitado, del cual el fiduciario es titular. En cambio, la *incorrecta* ejecución del fideicomiso genera otra clase de obligaciones, ajenas al fin perseguido, que deben estar garantizadas con los bienes de quien actuó con culpa o dolo en su cumplimiento.

En cambio la responsabilidad externa del fiduciario, aquí se tiene en cuenta los terceros con los que el fiduciario se vincula para el cumplimiento de los fines del negocio fiduciario. Podemos advertir que la ley a fijado un límite, en el artículo 14, que establece que los bienes fideicomitados constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario y del fiduciante.

La responsabilidad objetiva del fiduciario emergente del artículo 1113 del Código Civil se limita al valor de la cosa fideicomitada cuyo riesgo o vicio fuese causa del daño si el fiduciario no pudo razonablemente haberse asegurado.

En los supuestos de daños causados con las cosas, el dueño o guardián, para eximirse de responsabilidad, deberá demostrar que de su parte no hubo culpa; pero si el daño hubiere sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, sólo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por

quien no debe responder. Si la cosa hubiese sido usada contra la voluntad expresa o presunta del dueño o guardián, no será responsable.”

Si nos remitimos a la última parte del art. 14 nos habla del seguro, textualmente dice: “*si el fiduciario no pudo razonablemente haberse asegurado*”. Aquí nos encontramos en otro conflicto doctrinario, cuando es o no razonable asegurar y más aún, que entendemos por razonabilidad, y aquí volvemos a lo planteado inicialmente. El hecho de no haber asegurado aún si no ha sido razonable no gozará del límite de la indemnización, o que responda con su patrimonio personal por su negligencia, o con el patrimonio fideicomitido.

Como podemos advertir dentro de estas interpretaciones encontramos la posibilidad de que el fiduciario no responda.

Algunos son tajantes y dicen que si por su negligencia no aseguro debiéndolo hacer, ello trae aparejado la no aplicación del Art. 14 respecto a la limitación y destacan que sólo tiene aplicación en el caso de la responsabilidad objetiva, dado que si hay culpa no cabrá limitación alguna y se buscará sustento en el art. 1109... “*Todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio...*”

En definitiva, el espíritu de la ley 24.441 que predomina en la responsabilidad civil del fiduciario, es el de “*la confianza depositada en él*”, no obstante de gozar de la tutela legal, el fideicomiso está dominado por la idea de *confianza en el obligado*. Se trata de un acto jurídico en el cual el elemento psicológico de la confianza adquiere un rango sobresaliente y de esta especial relación de confianza emerge para el fiduciario el deber de obrar con lealtad, y sobre esa base se evaluará la responsabilidad ante el incumplimiento de sus obligaciones del fideicomiso encomendadas.

BIBLIOGRAFÍA

1. AGOGLIA-BORAGINA-MEZA, “Responsabilidad por incumplimiento contractual”, Buenos Aires, Ed. Hammurabi.
2. BRESSAN, PABLO E., (2004), “Tratado Teórico Practico de Fideicomiso”, Buenos Aires, AD-Hoc.
3. BONO, GUSTAVO A. (1995) “Financiamiento en la vivienda y la construcción en la ley 24441”, Córdoba, Alveroni.
4. BUERES, ALBERTO J., (1992) “Responsabilidad civil de los médicos”, Buenos Aires, Ed. Hammurabi
5. CHALUB, MELHIM NAMEN (2000), 2º edición, “Negocios Fiduciarios”, Río de Janeiro-San Paulo, Renovar.
6. FERRER, GERMAN L. (2001-3) “Responsabilidad objetiva del fiduciario en la ley 24.441” Revista de derecho privado y comunitario. Fideicomiso. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.
7. FREIRE, BETTINA, (1997), “El Fideicomiso”, Buenos Aires, Ábaco,
8. GAMES Y ESPARZA (1997) 1º Edición , “Fideicomiso y Concursos” , Buenos Aires, Ediciones Depalma
9. GIRALDI, PEDRO M, (1998), “Fideicomiso”, Buenos Aires, Depalma.
10. KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDAY PARELLADA, CARLOS, (1992) “Factores objetivos de atribución, en Responsabilidad civil.”, Buenos Aires, Hammurabi.
11. KIPPER, CLAUDIO M., y LISOPRAWSKI, SILVIO V. (2005) “Tratado de Fideicomiso” (2º ed.), Buenos Aires, Depalma,
12. LOPEZ DE ZAVALÍA, F., (1997), “Fideicomiso. Leasing. Letras Hipotecarias”, Buenos Aires,
13. LLAMBIAS, JORGE JOAQUIN - ALTERINI, ATILIO ANIBAL, (1988) “Código civil anotado”, Buenos Aires, Abeledo-Perrot.
14. MARQUEZ JOSE F. (2008) “Fideicomiso” (1º ed). Buenos Aires: La Ley.
15. MAURY BEATRIZ A. (2004). “Tratado teórico practico de Fideicomiso” (1ºed). Buenos Aires, Ad.hoc.

16. MOSSET ITURRASPE J. (2001-3) “*Fideicomiso y Negocios Fiduciarios*”
Revista de derecho privado y comunitario. Fideicomiso. Buenos Aires,
Rubinzal Culzoni.
17. MOSSET ITURRASPE J., HIRUELA MARIA DEL PILAR (2001-3) “*Alguno
lineamientos generales del fideicomiso de la ley 24441*” Revista de derecho
privado y comunitario. Fideicomiso. Buenos Aires: Rubinzal -Culzoni. Pág. 429
a 445.
18. ORGAZ, ALFREDO, (1970), “*La Culpa*”, Buenos Aires.
19. RODRÍGUEZ AZUERO, SERGIO (1997)“*La Responsabilidad del Fiduciario*”,
Ediciones Rosaristas, Biblioteca Jurídica Diké, Colombia.
20. TOBIAS, J. (1998), “*En torno a la responsabilidad civil de los médicos*”, ED,
84-833.
21. URRETS ZAVALIA, PEDRO (2002). “*Responsabilidad civil del Fiduciario*”,
Rubinzal Culzoni, Buenos Aires.
22. VÁZQUEZ, GABRIELA ALEJANDRA (2001), “*El patrimonio fiduciario y su
agresión por los acreedores*”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, Nro.
3 Fideicomiso, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires.
23. VÁZQUEZ, GABRIELA ALEJANDRA (1998), “*Dominio fiduciario: ¿unidad
o pluralidad de regímenes?*”, Revista Jurisprudencia Argentina. del 12-8-98,
Número Especial, Fideicomiso.
24. MOLINA SANDOVAL, CARLOS. “*Responsabilidad civil del fiduciario*”,L.L.
27/08/04.

Jurisprudencia:

1. C. Nac. Civ., sala H, autos: “Baredes, Guido M. v. Torres De Libertador 8.000
S.A y otros”, Lexis nexis N° 70064991 (2006).
2. C. Nac. Com., sala C, autos: “Consortio de Propietarios Edificio L. N. Alem v.
Banco Medefin UNB”, Lexis nexis N° 70019012 (2005).

3. C. Civ. y Com. Minas San Luis, Nro1, autos: “Asef Alí c. Banco Hipotecario”, La Ley AR/JUR/1218/2006 (2006).
4. C. Nac. Fed. Civ y Com, Sala I, autos: “Crivelli Construcciones S.A. y otro c. Banco Hipotecario”. La Ley AR/JUR/3359/2005 (2005).
5. CN Com., sala B, 29-11-94, “Moran López, José Luis c/ Editorial Molina S.A. y otros s/ Sumario”, Errepar, D.S.E. Nro. 92, julio '95, t.VV-129.

Legislación:

1. Código Civil Argentino.
2. Ley 24.441 “Financiamiento de la vivienda y la construcción”.
3. Constitución de la Nación Argentina.

INDICE	Páginas
RESUMEN/ABSTRACT.....	2
DEDICATORIA.....	3
INTRODUCCION.....	4
CAPITULO I: CONSIDERACIONES GENERALES DEL FIDEICOMISO	
A) Antecedentes históricos:	
1. El fideicomiso Romano.....	6
2. El fideicomiso Germano.....	7
3. El derecho Anglosajón, “el trust”.....	8
• El fideicomiso en Latinoamérica.....	9
• El Negocio Fiduciario.....	9
CAPITULO II: EL FIDEICOMISO EN LA LEY 24441	
A) Lineamientos Generales.....	11
B) El Fideicomiso como negocio fiduciario.....	12
¿Fideicomiso como contrato fiduciario o negocio fiduciario?.....	12
Negocio Fiduciario.....	13
Concepto y caracteres esenciales.....	15
Definición legal. Crítica.....	15
Fuente del Fideicomiso.....	17
Forma y Elementos del contrato de Fideicomiso.....	18
Elementos del contrato	19
Naturaleza jurídica del contrato de Fideicomiso.....	21
Sujetos del Fideicomiso.....	22
C) El patrimonio Fiduciario.....	25
D) Fideicomiso en los Negocios Inmobiliarios.....	27
CAPITULO III: RESPONSABILIDAD CIVIL DEL FIDUCIARIO	
A) Aplicación de los principios generales.....	30
B) Aplicación supletoria de las normas del Código civil en el ámbito del Derecho Comercial.....	31
C) Ámbitos de responsabilidad del fiduciario.....	31
D) Agresión del patrimonio fiduciario.....	33
E) Deudas contraídas en la ejecución del fideicomiso.....	35

CAPITULO IV: RESPONSABILIDAD INTERNA DEL FIDUCIARIO O POR EL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES IMPUESTAS POR EL FIDEICOMISO

A) Naturaleza Jurídica.....	36
B) Criterio de valoración de la Culpa.....	37
1. El estándar del Buen hombre de negocios	
2. La confianza y el deber de lealtad.	
3. Fiduciario profesional y no profesional.	
4. Dispensa de culpabilidad del fiduciario.	
• Responsabilidad por dolo.	
• Acción de responsabilidad por daños en contra del fiduciario.	
C) Supuestos de constitución de un Comité Técnico.....	40
D) El distingo entre obligación de medio y resultado.....	41
E) Responsabilidad por dolo.....	43
F) El Daño	43
G) Cláusulas eximentes y limitativas de Responsabilidad. Idemnity....	45
H) Remoción y revocación.....	46
I) Bienes con los que responde el fiduciario.....	49
J) Imposibilidad de resolver por incumplimiento.....	50

CAPITULO V: RESPONSABILIDAD EXTERNA DEL FIDUCIARIO.

A) Responsabilidad por daños a terceros.....	52
B) Responsabilidad Objetiva Del Fiduciario	61
• Criticas a la solución legal.	
• Excepciones a la limitación de la responsabilidad del fiduciario.	
• ¿Inconstitucionalidad del art. 14 de la ley 24441?	

CONCLUSIÓN.....	74
BIBLIOGRAFÍA.....	77
INDICE.....	80

Identificación del Autor

Apellido y nombre del autor:	Sarraméa, María Cecilia del Valle
E-mail:	ceciliasarramea@hotmail.com
Título de grado que obtiene:	Abogada

Identificación del Trabajo Final de Graduación

Título del TFG en español	El Fideicomiso - La Responsabilidad Civil del Fiduciario en la ley 24.441
Título del TFG en inglés	The Trust - The Trust's Liability Law No. 24,441
Tipo de TFG (PAP, PIA, IDC)	PIA (Proyecto de investigación aplicada)
Integrantes de la CAE	Dra. Paula Meiriño – Dr. Federico Miguel
Fecha de último coloquio con la CAE	13 de agosto de 2012
Versión digital del TFG: contenido y tipo de archivo en el que fue guardado	PDF

Autorización de publicación en formato electrónico

Autorizo por la presente, a la Biblioteca de la Universidad Empresarial Siglo 21 a publicar la versión electrónica de mi tesis. (marcar con una cruz lo que corresponda)

Autorización de Publicación electrónica:

- Si, inmediatamente**
- Si, después de mes(es)**
- No autorizo**

Firma del alumno