

GUSTAVO A. BONO

Fideicomiso de garantía

Las garantías frente al conflicto de derechos
Plan de gestión patrimonial. Obligaciones asegurables
Dominio fiduciario con función de garantía
Dinámica de roles. Concursos y quiebras
Ejecución de la garantía. Propuesta normativa



BUENOS AIRES - BOGOTÁ - PORTO ALEGRE

2018

Bono, Gustavo A.

Fideicomiso de garantía / Gustavo A. Bono

1ª ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Astrea, 2018.

448 p.; 23×16 cm.

ISBN 978-987-706-252-6

1. Fideicomiso. 2. Fideicomiso de Garantía. 1. Título.

CDD 346.05

Astrea está indexada como Editorial de Calidad Científica
con Claro Prestigio Internacional (Fondecyt).

1151137

*Esta obra ha sido evaluada conforme a los estándares internacionales
de calidad científica de referato externo, con sistema doble ciego.*

© EDITORIAL ASTREA SRL

Lavalle 1208 - (C1048AAF) Ciudad de Buenos Aires

(54-11) 4382-1880 - 0800-345-ASTREA (278732)

www.astrea.com.ar - editorial@astrea.com.ar

La edición de esta obra se realizó en EDITORIAL ASTREA,
y fue impresa en su taller, Berón de Astrada 2433, Ciudad de
Buenos Aires, en la primera quincena de septiembre de 2018.

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

I M P R E S O E N L A A R G E N T I N A

ÍNDICE GENERAL

<i>Ante la ausencia del prologuista</i>	IX
Introducción. Lineamientos generales sobre el objeto de estudio y la metodología de abordaje	1

CAPÍTULO PRIMERO

EL CONFLICTO DE DERECHOS PATRIMONIALES Y LAS GARANTÍAS

§ 1. Noción de “conflictos de derechos patrimoniales” y las alternativas de solución	5
a) Las dos posibles soluciones al conflicto de derechos patrimoniales	7
b) Reglas generales inversas para los derechos personales y reales	8
§ 2. Situaciones especiales de resolución de conflictos de derechos	10
a) Los privilegios para ciertos derechos personales	11
b) La igualdad como excepción para resolver ciertos conflictos de derechos reales	12
c) Obligaciones de dar cosas ciertas tendientes a constituir derechos reales	13
d) Derechos reales de garantía	13
e) Preferencias derivadas de la publicidad registral	14
f) La preferencia del primer embargante (artículo 745, Código Civil y Comercial)	15

	g) La preferencia otorgada al adquirente por boleto de compraventa	15
	h) La preferencia del retenedor	17
	i) Otros supuestos de preferencias	18
§ 3.	Precisiones sobre el fenómeno jurídico de la oponibilidad	18
	a) La oponibilidad como regla (carácter “erga omnes”) y como excepción	18
	b) La oponibilidad frente al deber general de respeto ...	22
§ 4.	Operatividad de las preferencias	23
§ 5.	Conflicto de preferencias	26
§ 6.	El concepto de “garantía”	27
	a) Plurisignificación del vocablo	28
	b) Hacia la fijación de un concepto jurídico-patrimonial estricto de “garantía”	29
	1) Reducción de una noción amplísima de garantía ..	32
	2) Reducción de un concepto amplio de garantía	33
	c) El concepto estricto de “garantía”	36
§ 7.	Conflicto de derechos, preferencias y garantías. Relación de conceptos y resumen	39
§ 8.	El fideicomiso inmobiliario de garantía ante el conflicto de derechos	41

CAPÍTULO II

ORIGEN, EVOLUCIÓN Y ANTECEDENTES GENERALES

§ 9.	Los ascendientes comunes	43
§ 10.	La “fiducia” en Roma	43
§ 11.	Evolución de la fiducia romana con fines de garantía	47
	a) Enajenación aseguratoria (“fiducia cum creditore contracta”)	47
	b) La prenda en sentido propio (“pignus” e “hypotheca”)	48

§ 12.	El “fideicomisum”	51
§ 13.	Desarrollo posterior de la “transición fiduciaria” en el derecho continental	53
§ 14.	El “negocio fiduciario” y la función de garantía	55
§ 15.	La evolución seguida por el derecho anglosajón. El “trust”	62
	a) El entorno jurídico en el que se desarrolló el “trust” ..	62
	b) La aparición del “use” y su conversión en el “trust” ..	63
	c) Pluralidad de tipos o categorías de “trusts”	65
	d) Inaplicación para la función de garantía	67
	e) Expansión generalizada del “trust”	68
	1) Convención de La Haya de 1985	68
	2) La recepción del “trust” en las legislaciones latinoamericanas	70
	3) El “acto de destinación” del artículo 2645 ter del Código Civil italiano	73
	4) La llegada de la “fiducie” al Código Civil francés ..	74
§ 16.	Semejanzas y diferencias entre la transmisión fiduciaria occidental y el “trust”	75
	a) Elementos comunes	76
	b) Elementos diferenciadores	76
	c) Visión general de la traza seguida por el proceso evolutivo y comparado repasado	78
§ 17.	Legislaciones que contemplan expresamente el fideicomiso con fines de garantía	79
	a) Derecho comparado	79
	1) México	79
	2) Perú	79
	3) Guatemala	79
	4) Costa Rica	80
	5) Paraguay	80
	6) Uruguay	80
	7) Quebec	80
	8) Brasil	80
	9) Francia	81
	b) El Código Civil y Comercial	82
§ 18.	Panorama nacional anterior a la ley 24.441	84
	a) Generalidades	84

	b) Las denominadas cesiones en garantía	85
	c) La cesión en garantía en el Código Civil y Comercial	92
§ 19.	La fusión de vertientes institucionales en el fideicomiso de la ley 24.441	95
	a) Aspectos conservados de la impronta tradicional receptada por Vélez Sársfield	97
	b) Elementos del derecho sajón incorporados al fideicomiso de la ley 24.441	100
§ 20.	El fideicomiso en el Código Civil y Comercial	101
	a) La creación de un patrimonio	102
	b) De afectación a un destino predeterminado	102
	c) De duración limitada	103
	d) Modificaciones de la ley 27.440	104
§ 21.	El fideicomiso frente a los negocios fiduciarios y los negocios indirectos	105

CAPÍTULO III

CARACTERIZACIÓN Y CONCEPTO

§ 22.	Caracterización según las clasificaciones del fideicomiso y de las garantías	113
§ 23.	Clasificación del fideicomiso de acuerdo con sus fines. Principio de amplitud de fines	114
	a) Fideicomiso con fines de conservación	119
	b) Fideicomiso con fines de administración	120
	c) Fideicomiso con fines de inversión	121
	d) Fideicomiso con fines de garantía	122
	e) La pluralidad de fines y su mixtura	124
§ 24.	Los fines del fideicomiso y los actos jurídicos de administración y disposición	130
§ 25.	El debate suscitado sobre la licitud de la finalidad o función de garantía	133
§ 26.	Consideración del instituto según las clasificaciones de las garantías	140
	a) Según el riesgo asegurado	141

b) Según el asiento de la garantía	142
1) El problema del criterio clasificador de garantías en “reales” y “personales”	142
2) La discusión doctrinal con relación al fideicomiso de garantía	146
3) Nuestra posición. El fideicomiso de garantía constituye una garantía real y típica	148
c) Según la originación de la garantía	152
d) Según el grado de conexión o relación existente entre el crédito y la garantía	154
1) La dependencia o independencia entre la garantía y el crédito siempre es relativa	154
2) Disparidad doctrinal respecto del fideicomiso de garantía	157
3) Nuestra postura	160
e) Según la mecánica de liquidación de la garantía	168
§ 27. Concepto y encuadramiento del fideicomiso de garantía	170
a) Elementos conceptuales comunes y diferenciales de las definiciones propuestas	170
b) Nuestro concepto y caracterización	173
§ 28. Principales implicancias que se derivan cuando el objeto es inmobiliario. Remisión	174
§ 29. Ventajas y desventajas generales que presenta la figura	175
§ 30. Ámbito jurídico-económico de aplicación del fideicomiso inmobiliario de garantía	179

CAPÍTULO IV

CONSTITUCIÓN DEL FIDEICOMISO INMOBILIARIO DE GARANTÍA

§ 31. Generalidades sobre el acto constitutivo del fideicomiso	183
a) Momento preciso del nacimiento del fideicomiso	184

	b) Indiferencia causal de la aceptación del beneficiario y del fideicomisario	191
§ 32.	El contrato de fideicomiso	193
§ 33.	El subtipo del contrato de fideicomiso de garantía con objeto inmobiliario	195
§ 34.	Repaso de los caracteres del contrato	196
	a) Consensual	197
	b) Bilateral	199
	c) Generalmente oneroso	200
	d) Nominado y típico	203
	e) Eventual conexidad con otros contratos	204
	f) De tracto sucesivo	206
	g) Conmutativo	207
	h) Formal	208
§ 35.	El testamento como causa generadora de un fideicomiso inmobiliario de garantía	212
§ 36.	Formación del patrimonio fideicomitado. Principio de separación de patrimonios	215
	a) Respecto del patrimonio del fiduciante	216
	b) Respecto del patrimonio del fiduciario	218
	c) Respecto del patrimonio del beneficiario y del fideicomisario	220
	d) La separación de patrimonios en la práctica	221
§ 37.	Patrimonios separados pero no desvinculados	224

CAPÍTULO V

LA ESTRUCTURA SUBJETIVA

§ 38.	Introducción y método a seguir	229
§ 39.	La estructura subjetiva del fideicomiso	230
	a) Las posiciones en el sistema de Vélez Sársfield	230
	b) El rol o posición de beneficiario que incorporó la ley 24.441	232
	c) La posición del fideicomisario	233

§ 40.	La “dinámica de roles” del fideicomiso	234
	a) Pluralidad de sujetos en un mismo rol y superposición de roles	234
	b) Origen del fenómeno de superposición de roles	236
§ 41.	Superposición de roles entre fiduciante, beneficiario y fideicomisario	237
§ 42.	Supuestos de necesaria superposición de roles entre beneficiario y fideicomisario	239
	a) Dos categorías de fideicomiso según la materialización del beneficio	242
	1) Fideicomiso de beneficios separables (o extracción diferenciada)	242
	2) Fideicomisos sin beneficios extractables (o extracción no diferenciada)	242
	b) La superposición de roles según el caso	242
§ 43.	El uso técnico del vocablo “beneficiario”	245
§ 44.	El fiduciario y las superposiciones	247
	a) Fiduciario y fiduciante	247
	b) Fiduciario y beneficiario	248
	c) Fiduciario y fideicomisario	251
§ 45.	La estructura subjetiva del fideicomiso de garantía frente a la deuda garantizada	253
	a) La situación del deudor	253
	b) La situación del acreedor	255
§ 46.	El acreedor como fiduciante en el fideicomiso de garantía	256
§ 47.	El acreedor como beneficiario en el fideicomiso de garantía	257
§ 48.	El acreedor como fideicomisario en el fideicomiso de garantía	258
§ 49.	El acreedor como fiduciario en el fideicomiso de garantía	258
	a) La cuestión en el marco de la ley 24.441	260
	b) La solución prevista en el Proyecto de 1998	261
	c) La regulación finalmente consagrada en el Código Civil y Comercial	262

CAPÍTULO VI**OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDAD
DEL FIDUCIARIO**

§ 50.	Los derechos y obligaciones emergentes del fideicomiso. Generalidades	263
§ 51.	Principales deberes internos del fiduciario	265
	a) Cumplimiento de formalidades adquisitivas y regularidad de la actividad	266
	b) Obligación general de conservación	266
	c) El plan de gestión patrimonial del fideicomiso de garantía	268
	d) Deber de información y “rendición de cuentas”	271
§ 52.	Los deberes externos del fiduciario	274
§ 53.	Responsabilidad civil del fiduciario	274
	a) Aspectos generales	275
	b) El fiduciario frente a las obligaciones de medios o resultado	276
	c) Normas especiales sobre responsabilidad civil del fiduciario	278
	d) La determinación del patrimonio con el que el fiduciario responde	279
§ 54.	Resarcimientos que el fiduciario enfrenta con el patrimonio fideicomitado	280
	a) Frente a terceros ajenos al fideicomiso	280
	b) Frente a los contratantes del fideicomiso	281
§ 55.	Resarcimiento que el fiduciario enfrenta con su patrimonio general	282
	a) Frente al resto de los sujetos negociables	282
	b) Frente a los terceros	283
§ 56.	Responsabilidad concurrente de ambos patrimonios ...	284
§ 57.	Daños causados por las cosas objeto del fideicomiso ...	286
	a) El desacierto de la ley 24.441	286
	b) La solución prevista por el Proyecto de 1998	288
	c) El sistema consagrado en el Código Civil y Comercial	289

CAPÍTULO VII**EL DOMINIO FIDUCIARIO CON FUNCIÓN DE GARANTÍA**

§ 58.	Introducción	291
§ 59.	Generalidades sobre la adquisición del dominio fiduciario	293
§ 60.	Contenido y extinción del dominio fiduciario	295
	a) El género del dominio y las distintas especies	295
	b) La compleja evolución del carácter imperfecto del dominio fiduciario	296
	c) Sentido instrumental de las facultades del fiduciario	299
	d) La extinción del dominio fiduciario y la denominada readquisición del dominio perfecto	299
§ 61.	La irretroactividad de la extinción del dominio fiduciario	302
	a) Consolidación de la regla de la irretroactividad	302
	b) Los sujetos intervinientes	303
	c) Los cuatro elementos del caso previsto en el artículo 1705	304
	d) Los fines del fideicomiso y las disposiciones contractuales	305
	e) La falta de buena fe "o" de título oneroso	306
	f) Síntesis: ineficacia por falta de legitimación y excepción de tutela del tráfico	307
§ 62.	El dominio fiduciario con función de garantía	308
§ 63.	La relación de poder del propietario fiduciario	309
§ 64.	Registración del fideicomiso y del dominio fiduciario de bienes registrables	312
	a) Registración del contrato de fideicomiso	313
	b) Generalidades sobre la registración del dominio fiduciario de inmuebles	314
§ 65.	Publicidad registral del dominio fiduciario inmobiliario con fines de garantía	315
	a) ¿El asiento registral debe expresar la finalidad de garantía?	315

b) ¿El asiento debe consignar el monto de la deuda garantida?	316
c) Quid de las modificaciones	317

CAPÍTULO VIII

EJECUCIÓN DE LA GARANTÍA

§ 66. Algunas precisiones terminológicas	319
§ 67. La etapa de ejecución del fideicomiso de garantía	321
§ 68. La instancia de determinación del incumplimiento	325
a) Si el acreedor es fiduciario	327
b) Si el acreedor no es fiduciario	328
§ 69. Límites generales que enmarcan el cobro del acreedor	329
a) Fideicomiso de garantía y pacto comisorio	330
1) El pacto comisorio en el Código de Vélez Sársfield	331
2) Proyección del esquema en el Código Civil y Comercial	333
3) El fideicomiso de garantía frente al pacto comisorio. Interpretación sincrética	335
b) El contenido del cobro cuando el acreedor es fiduciario	339
§ 70. Pluralidad de alternativas materiales de efectivización del pago	343
a) Patrimonio formado por un capital dinerario	343
b) Patrimonio formado por otros bienes que se realizan	344
c) Fideicomiso “anticrético”	346
d) La hipótesis de entrega de los bienes fideicomitados en pago de lo debido	347
§ 71. Ejecución de la garantía y pluralidad de bienes. Indivisibilidad natural	348
§ 72. Eventual judicialización del fideicomiso de garantía	350
a) Impugnación general de la validez o eficacia funcional de la garantía	350

b)	Previsión contractual de ejecución judicial de la garantía	351
c)	Ejecución que requiera de la desocupación forzada de los bienes fideicomitidos	352
d)	La eventual suspensión o adecuación cautelar de la ejecución	352
e)	Liquidación del fideicomiso por insuficiencia del patrimonio fideicomitado	357
§ 73.	La deuda garantizada y las acreencias del fideicomiso ..	357
§ 74.	Liquidación por insuficiencia del patrimonio fideicomitado	360
a)	De la liquidación extrajudicial de la ley 24.441 a la liquidación judicial del Código Civil y Comercial	360
b)	Algunas particularidades de la liquidación del fideicomiso de garantía	363
§ 75.	La suficiencia del patrimonio fideicomitado. Derecho al remanente	364
§ 76.	Extinción del fideicomiso inmobiliario de garantía	364
a)	Generalidades sobre las causales de extinción del fideicomiso	365
b)	La insuficiencia de bienes como especial condición legal de extinción	366
c)	Las causas de extinción del fideicomiso de garantía	367
1)	Causas relacionadas con la obligación	367
2)	Causas relacionadas con la garantía	367

CAPÍTULO IX

EL FIDEICOMISO DE GARANTÍA FRENTE AL CONCURSO

§ 77.	Introducción	369
a)	Directrices del derecho concursal	370
b)	Esquema general de probables situaciones según quién sea concursado	371

c)	Incidencia en el pasivo o el activo del concurso	372
1)	Deudor concursado	372
2)	Acreeedor concursado	373
3)	Concurtido que no es deudor ni acreeedor	374
§ 78.	La función de la garantía ante el concurso del deudor	374
a)	Régimen de la garantía. Dos tendencias generales	375
b)	Nuestro enfoque general de la problemática	376
§ 79.	Sobre la verificación del crédito	379
a)	Tesis según la cual no es necesaria la verificación ..	381
b)	Tesis que afirma la necesidad de verificar el crédito	382
c)	Nuestra adhesión a la tesis que exige la verificación	383
1)	Trascendencia en el pasivo y el activo	383
2)	El pedido de verificación como presupuesto de una regular ejecución	385
3)	Otros aspectos que vinculan la ejecución de la garantía con el concurso	390
§ 80.	Deber de comunicación del deudor y del fiduciario	391
§ 81.	El fuero de atracción y el fideicomiso de garantía judicializado	392
§ 82.	Suspensión de la ejecución	393
§ 83.	Eventual sustitución de la garantía	397
§ 84.	Ineficacia concursal del fideicomiso de garantía	397
§ 85.	El efecto de la novación que produce la homologación del concordato	399

CAPÍTULO X

PROPUESTA NORMATIVA

§ 86.	Plataforma argumental de la propuesta	401
§ 87.	Nuestra propuesta normativa reúne las conclusiones alcanzadas “de lege lata”	401

§ 88. Justificación de la norma propuesta	403
a) El encabezado del dispositivo	403
b) Los distintos incisos que conjugan el texto propicia- do	404
§ 89. Sobre otras posibles normas en ámbitos especiales	411
a) Respecto del objeto inmobiliario	411
b) Con relación a la normativa concursal	411
<i>Bibliografía</i>	413