



ESQUEMA DEL FIDEICOMISO URUGUAYO

LEY N° 17.703

Por Esc. Jorge Machado Giachero

A) Fuentes de la ley

Reconoce como fuente principal a la ley argentina. No obstante lo cual existen marcadas diferencias a pesar de la similitud de los textos, las que son consecuencia directa de que una y otra se desenvuelven dentro de contextos normativos diversos.

No se consideró la ley paraguaya, la que consagra dos especies, a grandes rasgos con transferencia y sin transferencia de la propiedad, en el fideicomiso uruguayo siempre se transfiere la propiedad. Hubiese sido bueno que se tomara de la ley paraguaya el procedimiento de liquidación del patrimonio fiduciario: excelente regulación que no esta presente en la ley de Uruguay y que por lo tanto hace necesario que se establezca en el negocio jurídico constitutivo del fideicomiso.

B) Concepto

El fideicomiso es el negocio jurídico por medio del cual, cumpliendo con los requisitos legales, el fideicomitente trasmite al fiduciario la propiedad de determinados bienes o se reubica en su caso (constitución por acto unilateral); naciendo en ambas situaciones, para su destino, un patrimonio de afectación (patrimonio fiduciario); debiendo el fiduciario ejercer ese derecho de propiedad de acuerdo a las instrucciones contenidas en el fideicomiso y en



beneficio de una(s) persona(s) que se designe(n) en el negocio jurídico que le es título (beneficiario(s)) y la trasmite cumplido el plazo o la condición ¹que marque la finalización de la vigencia del negocio al fideicomitente o al beneficiario según lo estipulado, si corresponde. No necesariamente se transmiten los mismos bienes fideicomitados sino aquellos existentes en el patrimonio fiduciario al momento de la extinción y bien puede ser que no haya ninguno por lo cual se establece que se hará si corresponde.

Habrá negocio jurídico de fideicomiso, cuando una persona que se denomina fideicomitente, se obliga a transferir la propiedad de bienes y/o derechos a otra que se denomina fiduciario, para que éste, una vez hecha la tradición a su favor, los administre dando cumplimiento a las instrucciones precisas contenidas en el instrumento constitutivo a efectos de la consecución de finalidades lícitas, determinadas y posibles. Y finalmente destine los bienes fideicomitados o aquellos que los hayan subrogado, así como también todo el activo que se haya generado (todo ello previa extinción del pasivo) a otra persona que se denomina beneficiario, la que puede ser el propio fideicomitente. El beneficiario también tendrá un crédito contra el fiduciario por los frutos que se generen en la etapa funcional del negocio. Todo lo expresado sufrirá variación y adecuación de acuerdo a cada modalidad o tipo de fideicomiso y de acuerdo a cada caso concreto.

La ley establece como requisito de solemnidad que el instrumento constitutivo del fideicomiso debe constar por escrito.

¹ Análisis Conceptual del Fideicomiso Uruguayo Págs. 29 y 30



C) Fuentes del fideicomiso

El fideicomiso puede tener su fuente en el contrato, el testamento y excepcionalmente para el caso del fideicomiso financiero podrá ser constituido por acto unilateral.

D) Objeto del fideicomiso (en sentido material)

Podrán ser objeto del fideicomiso toda clase de bienes y derechos, incluso las universalidades. Podrán ser inmuebles o muebles incluso los fungibles. Podrán ser objeto del fideicomiso los bienes presentes o futuros. Claro está que al momento de hacerse la tradición a favor del fiduciario deberán necesariamente ser presentes por así reglarlo el Código Civil. En caso de fideicomiso testamentario los bienes deberán existir en el patrimonio del causante al momento de la apertura legal de la sucesión (fallecimiento).

E) Propiedad fiduciaria

No existe el dominio imperfecto en el derecho uruguayo. A diferencia de lo que sucede en la legislación argentina la propiedad que se trasmite al fiduciario es plena. La propiedad cuyo título justificante este sujeto a una eventual resolución igualmente es dominio perfecto y pleno en el derecho uruguayo.

No es que la propiedad fiduciaria no tenga limitaciones, pero estas no alcanzan a ningún atributo de la propiedad, no afectan al derecho real. Las limitaciones existentes tienen por objeto proteger al fideicomitente y/o al



beneficiario, lo que tiene como consecuencia que los negocios jurídicos previstos en esta ley no constituyan en realidad fiducia sino fiducia impropia ya que no se basan en la confianza depositada por el fideicomitente en el fiduciario, ni existe posibilidad de abuso por parte de este último. Estas limitaciones se desarrollan en el ámbito de las relaciones personales exclusivamente y consisten en:

1 - Inoponibilidad de los actos realizados por el fiduciario, cuando estos traspasan los límites impuestos por las instrucciones dadas en el negocio de fideicomiso.

2 - Posibilidad de resolución a partir del accionamiento del fideicomitente de aquel negocio otorgado en violación de los referidos límites.

Por tanto, si el fideicomitente no entabla acción, no solicita judicialmente la resolución del acto otorgado en trasgresión de las estipulaciones del fideicomiso, el dominio que adquirió el tercero en los casos de que actúe el fiduciario fuera de los límites del fideicomiso, el de que por si ya es pleno, quedará firme. La situación es análoga a cuando se enajena un bien existiendo en alguna enajenación antecedente saldo de precio o estando algún antecedente sometido a condición resolutoria. Es sabido que en estos casos, producido el decaimiento del título justificante de la propiedad de quien enajena perderá la propiedad quien adquirió de éste y en esta situación en derecho uruguayo quien enajenó igualmente tiene en su patrimonio la propiedad plena y perfecta.

F) Sujetos



Los sujetos del fideicomiso son fideicomitente, fiduciario y beneficiario. Correspondiendo únicamente a los dos primeros la calidad de parte en el negocio. En el fideicomiso testamentario se requiere la aceptación del fiduciario luego de producida la apertura legal de la sucesión, de lo contrario no habrá fideicomiso.

A diferencia de la legislación argentina, la ley uruguaya no distingue entre beneficiario y fideicomisario.

- Fiduciario es una persona física o jurídica. No puede existir más de un fiduciario actuando simultáneamente. No puede coincidir la persona del fiduciario con la del beneficiario con la única excepción en situación de fideicomiso de garantía cuando el acreedor es un banco u otra entidad de intermediación financiera.

Es la persona a quien se le transmiten los bienes fideicomitados para que actúe con respecto a ellos de acuerdo a instrucciones precisas que estarán contenidas en el negocio de fideicomiso. Dichos bienes no se situarán en el patrimonio general de la persona del fiduciario sino en un patrimonio autónomo y por tanto independiente del mismo. El fiduciario será titular de tantos patrimonios fiduciarios como fideicomiso haya otorgado, como lo será también de su patrimonio general. Esta autonomía se manifiesta en especial en cuanto a la posibilidad de persecución de los acreedores: el patrimonio fiduciario sólo responderá de las obligaciones contraídas como consecuencia de la actuación del fideicomiso.



- Fideicomitente es la persona física o jurídica que mediante un negocio jurídico de fideicomiso se obliga a transferir la propiedad de ciertos bienes y la transfiere, para que sean destinados a la obtención de una finalidad lícita y determinada. Puede haber un fideicomitente o pluralidad de fideicomitentes y éste o estos constituirán una sola parte contractual. Existiendo pluralidad estos se obligarán en forma mancomunada a una misma obligación o podrán contraer obligaciones distintas cada uno de ellos. En el último caso, se presentará una situación especial y novedosa en la que existirá relación entre quienes son integrantes de una única parte la que se desarrollara a través del fiduciario.

En Derecho comparado se lo denomina también *fiduciante*.

- **Beneficiario**- Este que no es parte contractual, es a quien se destinan los beneficios, así como, los bienes fideicomitados o en su defecto el activo existente en el patrimonio fiduciario a la finalización del fideicomiso. No siendo parte se aplica a su respecto la regulación de la estipulación para otro. Consecuentemente su derecho no nacerá simultáneamente al negocio constitutivo sino que el ingreso a su patrimonio de dicho crédito se producirá en el momento en que acepte.

Podrá haber uno o varios beneficiarios.

En Derecho comparado se lo denomina también *fideicomisario*; no así en la legislación argentina en la que se reserva este termino para identificar al destinatario final, distinguiéndolo del beneficiario.



G) Cese del fiduciario

La ley ofrece una regulación incompleta y defectuosa. No prevé, a falta de designación en el negocio que la misma pueda hacerse por ejemplo judicialmente. La transferencia al fiduciario sustituto debe entenderse para ser coherentes que lo es del patrimonio fiduciario; lo que es distinto que expresar que se trata de la transferencia de los bienes fideicomitidos.

H) Extinción del fideicomiso

Padece un grave error la Ley de Fideicomiso cuando en el literal b del inciso primero del artículo 33 refiere a plazo o condición calificándolos como resolutorios. De ser así, dado el efecto ex tunc que le es propio, se produciría el decaimiento de todos los actos realizados por el fiduciario tornando al negocio jurídico de fideicomiso en inoperante, sería un negocio inútil. La correcta interpretación, la que hace viable al negocio, es que se trata de un plazo o condición que pone fin a la vigencia del contrato, con efecto ex nunc, se trata de un plazo o condición, rescisorio y no resolutorio. Como se expresó no se consagra un régimen de liquidación. Producida la extinción el fiduciario estará obligado a entregar el activo sito en el patrimonio fiduciario al fideicomitente o a sus sucesores, salvo que otra cosa se hubiera establecido en el negocio constitutivo.²

I) Tipos de fideicomisos

² Op. Cit. Pág. 73 y ss



A este respecto se sigue la división clásica y al efecto se deben clasificar en fideicomiso de garantía y de administración., pudiendo existir mixtos, o sea, que cumplan ambas funciones.

- En materia de fideicomiso de administración sólo se regula expresamente el financiero y el público. Dedicándole al último un único artículo. El financiero es un tipo de fideicomiso de inversión en el cual los derechos de los beneficiarios se documentan el títulos valores. Esta modalidad admite en situaciones determinadas que pueda ser constituido por negocio unilateral. La ley permite que se pueda constituir cualquier clase de fideicomiso de administración pero no los regula especialmente.
- El fideicomiso de garantía, si bien constituye un mecanismo que brinda protección al acreedor, la que puede calificarse incluso de excesiva: **no constituye un derecho real de garantía.**

Preocupa en materia de fideicomiso de garantía la ausencia de regulación legal³ respecto a la actuación del fiduciario cuando en

³ Llama la atención esta falta de reglamentación, en razón de que no quedan dudas de que lo que se procuró principalmente con esta Ley de Fideicomiso fue permitir este tipo de fideicomisos, esto queda demostrado cuando la comisión que informó inicialmente al senado comienza su informe de la siguiente manera:

"Al Senado;

Vuestra Comisión de Hacienda somete a la consideración del Senado de la República el Proyecto de Ley sobre Fideicomiso que fuera remitido por el Poder



hipótesis de incumplimiento por parte del deudor deba realizar el activo fideicomitado a efectos de satisfacer el crédito. La norma ni siquiera prevé un mecanismo de tasación de los bienes que resguarde al fideicomitente del posible abuso por parte del acreedor que en el caso será el beneficiario, máxime cuando la Ley de Fideicomiso a texto expreso en su artículo 9 literal b permite que el fiduciario sea a la vez beneficiario, cuando éste es una entidad de intermediación financiera. No se reglamenta además la forma en que se comprobará la existencia del incumplimiento.

J) Publicidad

Todo fideicomiso debe ser inscripto en el Registro Nacional de Actos Personales, Sección Universalidades a efecto de su oponibilidad frente a terceros. Si la enajenación de los bienes fideicomitados, tiene por objeto, aquellos que se deben registrar de acuerdo a la Ley de Registros Públicos (Nº 16.871), se deberá inscribir además en el Registro de la Propiedad correspondiente. Son requisitos para la inscripción que el instrumento constitutivo se otorgue en escritura pública cuando refiere a derechos reales que recaigan sobre bienes inmuebles y la certificación notarial de firmas o en su defecto la ratificación ante notario en los restantes casos. En los casos en que corresponde la segunda inscripción, la misma tendrá como única

Ejecutivo bajo la denominación de Proyecto de Ley de Facilitación del Crédito, denominación que revela el propósito presente que se procura con el mismo aunque no conduce del punto de vista conceptual a explicar en qué consiste el instrumento del fideicomiso."



consecuencia completar el tracto sucesivo, no habiéndose reglado mecanismos de contralor hasta la fecha. El decreto reglamentario (Nº 516/03) y la Ley de Fideicomiso (Nº 17.703) se contradicen, existiendo contradicciones además en el seno de la propia Ley. Por tanto es necesario mejorar el sistema de publicidad, ya que el actual es contradictorio e incompleto.

Estudio Notarial Machado