Una nueva modalidad del abuso de confianza: La defraudación fiduciaria

Por el Dr. Diego Germán Calvo Suárez.

1. Introducción. Planteo del tema.

La defraudación fiduciaria resulta ser un delito novedoso, no sólo para el derecho penal, sino que también lo es el fideicomiso en sí mismo como modalidad contractual e, incluso, como praxis negocial.

Su inclusión en nuestro ordenamiento penal data del año 1995, mediante la ley 24.441, comúnmente denominada con el nombre de “Financiamiento de la vivienda y la construcción”.

Así, el artículo 82 de la mencionada ley, ordena la modificación del artículo 173 de nuestro Código Penal, incorporando tres incisos al mismo, bajo los números 12, 13 y 14. El delito que aquí examinaré, se encuentra tipificado en el inciso 12 del artículo que agrupa y reprime los casos especiales de defraudación, el cual reza: *“El titular fiduciario,...que en beneficio propio o de un tercero dispusiere, gravare o perjudicare los bienes y de esta manera defraudare los derechos de los cocontratantes.”*

La actividad fiduciaria se desarrolla en la actualidad a un ritmo acelerado. Las modalidades más utilizadas hasta el momento fueron los fideicomisos financieros con oferta pública, los inmobiliarios y los creados por el Estado. Pero tímidamente el empresariado argentino comienza a utilizarlo en sus más diversas formas y aplicado a todo tipo de actividades, mercantiles o no, dado los acentuados beneficios que este contrato genera para las partes.

En razón de ello y, de acuerdo con el cauce natural de las cosas, lo manifestado implica que, por ende, nos encontremos con tantos fiduciarios como fideicomisos existan. Por lo que, la actividad de aquellos, desarrollada por sujetos indeseables, puede producir serios perjuicios en fraude de los derechos de terceros de buena fe.

En consecuencia, este trabajo intenta realizar una descripción de la figura legal y un análisis profundo y razonado de la responsabilidad penal que le compete al titular fiduciario en la dinámica diaria de la labor profesional.

Por último, formularé las críticas que a mi juicio ésta norma merece por su errónea redacción y, fundamentalmente, las situaciones no previstas por el legislador a la hora de reprimir las conductas que este nuevo instituto puede generar; exteriorizando razonadamente los fundamentos de mi posición al respecto.

2. Antecedentes históricos del fideicomiso.

Fundamentalmente, los antecedentes inmediatos de nuestra actual legislación sobre fideicomisos, toman como base el “Proyecto de Reformas al Código Civil elaborado por la misión designada por el Poder Ejecutivo nacional por decreto 468 del 19 de marzo de 1992, ...el que a su vez tuvo como fuentes el Código de Comercio de la República de Colombia, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de los Estados Unidos Mexicanos, la ley 17/1941 de la República de Panamá y el Código Civil de Québec (Canadá) sancionado el 18 de diciembre de 1991.”

[\[1\]](#)

Ahora bien, se dice que el espíritu griego influenció en la cultura romana, quienes lo acogieron y desarrollaron para su propio beneficio. Incluso, en los antecedentes legislativos de la ley 24.441, el Informe de la Minoría, remonta sus orígenes a Egipto y Grecia [\[2\]](#) .

2.1. Antecedentes en el Derecho romano.

El término fiduciario proviene del latín “*fiducia*”, que significa “confianza” [3] y fideicomiso, de acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española [4], de igual procedencia que el anterior, denominado *fideicommissum*: *Fidei commissus* significa confianza, fe y confiado. En razón de ello, el elemento distintivo de esta modalidad contractual, ya desde sus comienzos, ha sido la singular confianza que los cocontratantes tienen para designar a una de las partes del contrato, en este caso, al fiduciario. Esta figura, registra sus orígenes en el derecho romano mediante dos especies: a) el Fideicomiso (acto mortis causa) y b) La Fiducia o pacto fiduciario (acto inter vivos).

El fideicomiso era muy frecuente en Roma en la época de la República, en donde el testador, en forma de ruego, utilizaba esta modalidad para beneficiar a una persona que no poseía capacidad para ser su heredero. A tal fin, dirigía el ruego a éste o a un tercero, para que hiciera las veces de interventor y cumpliera con su disposición de última voluntad. En consecuencia, e | “*rogo fideicomitto*” era el encargo que le dejaba el causante a una persona denominada “fiduciario” para que le trasmite luego de su muerte todos o parte de sus bienes a otra persona, denominada “fideicomisario”.

[5]

A la persona que se debía ocupar de concretar el encargo del causante, es decir, el fiduciario, se le comienza a detectar casos de deslealtad en los cuales éste se abusaba de la situación de “privilegio” de la que disponía, toda vez que el “*rogo fideicomitto*” era amistoso, quedando fuera del alcance del ordenamiento jurídico de la época, con lo que, la disposición que efectuaba el causante quedaba exclusivamente al arbitrio de la buena fe del fiduciario.

Así las cosas, es el emperador Augusto el que ordena supeditar esta modalidad al control de los Cónsules, ya que, hasta ese momento, en caso de incumplimiento del fiduciario, éste no quedaba sujeto a acción ordinaria alguna. En razón de lo expuesto, en definitiva y hasta el momento, de nada servía la confianza que el testador tuviera en el fiduciario, toda vez que luego de muerto, nada se podía alegar. Entonces, la acción jurídica creada a favor de los fideicomisarios por el emperador mencionado, fue un recurso administrativo (*cognitio extra ordinem*) ante los Cónsules y luego ante un pretor especial (*praetor fideicomissarium*)

[6]

, quienes coactivamente, en virtud del atributo que poseían, emanado del *Imperium*

, impondrían al fiduciario el cumplimiento del fideicomiso

[7]

No obstante, el fideicomiso testamentario, si bien fue recogido por las legislaciones que siguieron la tradición romana bajo la denominación de “sustituciones fideicomisarias” terminaron siendo prohibidas por el Código Napoleón con el objeto de impedir la acumulación de riquezas en pocas manos, como terminaba ocurriendo. [8] A su turno, nuestro Código Civil

hizo lo propio en virtud de los artículos 3723, 3730 y consecuentes.

En cuanto a la fiducia o pacto fiduciario, se puede decir que era un contrato real que adoptó dos formas principales:

a) *Fiducia cum creditore contracta*: Se llevaba a cabo transmitiendo el deudor de una obligación la propiedad de una cosa al acreedor, quien a su vez se comprometía a devolverla al momento de pago de la obligación contraída. Su uso fue la manera más antigua de garantizar obligaciones y su finalidad consistió en proteger los intereses de los acreedores (fiduciarios). El mismo fin tiene en la actualidad nuestro “fideicomiso de garantía”.

b) *Fiducia cum amico contracta*: Aquí la convención se celebraba en beneficio del fiduciante, quien transmitía la cosa al fiduciario para que ostente la propiedad de la misma en favor del primero.

En ambos casos se transmitía la propiedad de una cosa para cumplir un fin determinado, beneficiándose puntualmente el fiduciario en el *creditor*, y el fiduciante en el *amico*. No obstante, en ambos casos se volvieron a repetir los abusos por parte del fiduciario, provocando la crisis de esta modalidad contractual en el derecho romano, siendo abolida finalmente en épocas de Justiniano

[9]

2.2. Antecedentes en el Derecho inglés.

El *trust*, al igual que en el derecho romano descrito, podía emanar por actos entre vivos o por disposiciones de última voluntad. La transmisión de inmuebles a un tercero de confianza (trustee) para que los destinara en beneficio del propio transmitente o de otra persona de su confianza era la definición que se le dio a su antecedente inmediato, denominado *uses*.

La nota característica que distingue a esta figura de la del fideicomiso de procedencia romana, es la subsistencia de dos titularidades que confluyen sobre una misma propiedad [\[10\]](#) . Por un lado estaba la propiedad legal, en donde el

trustee

(fiduciario) era el “propietario legal” de los bienes,

y por otro la propiedad en equidad reconocida al beneficiario. No obstante, el primero era el único protegido por el

common

law, ya que era el único y verdadero dueño; desconociendo los tribunales, en consecuencia, los derechos del

beneficiary

(beneficiario

)

.

Esto produjo que muchos fiduciarios terminaran nuevamente, al igual que en el derecho romano, abusándose de su situación y ejerciendo la propiedad en su exclusivo interés; por lo que los cancilleres, en nombre del rey, basándose en los valores de la equidad, justicia y la moralidad, mitigaran el uso del *use* con la utilización del *equity law* [\[11\]](#).

Las diferencias entre ambos sistemas (Inglés y Romano) se pueden establecer en que mientras el *trust* preveía su constitución unilateralmente, el *pacto fiduciae* sólo admitía esta forma para las disposiciones de últimas voluntades. En el mismo orden de ideas, mientras que en la *fiducia cum creditore contracta* del derecho romano expresamente se disponía que el acreedor fuera el fiduciario, en el *trust* anglosajón no se aceptaba esta posibilidad.

Sin embargo, con el paso del tiempo la *fiducia cum creditore contracta* cayó en desuso siendo reemplazada por la prenda y la hipoteca (por ser más ventajosa para los deudores), habida cuenta de los abusos que se producían por parte de los fiduciarios, quienes utilizaban la propiedad de su deudor en interés propio.

2.3. El Código Civil de 1869.

El Código Civil de Vélez Sársfield admitió la propiedad fiduciaria en su artículo 2507, el cual ha sido mantenido íntegramente hasta la actualidad, sosteniendo que el dominio se llama “menos pleno” o “imperfecto”, cuando está supeditado a una condición o un cierto tiempo, o si la cosa fuera un inmueble gravado con un derecho real. Asimismo, definía el dominio fiduciario en su artículo 2662 de la siguiente forma: “*Dominio fiduciario es el que se adquiere en un fideicomiso singular, subordinado a durar solamente hasta el cumplimiento de una condición resolutoria, o hasta el vencimiento de un plazo resolutorio, para el efecto de restituir la cosa a un tercero*”

[\[12\]](#)

Sin embargo, si bien la figura se encontraba expresamente definida en nuestro Código, la doctrina mayoritaria negaba su vigencia efectiva, toda vez que se encontraban expresamente prohibidas las sustituciones fideicomisarias por imperativo de los artículos 3724 y 3731 del Código Civil.

De todos modos, casi no hay registros de ningún fideicomiso bajo la vigencia originaria del artículo 2662, y mucho menos hubiese sido posible constituir un fideicomiso de garantía bajo esta norma, toda vez que establecía que la cosa debía ser restituida a un tercero, por lo cual cancelado el crédito, el fiduciante no podría recuperar la cosa, al menos en forma directa.

Previo a la sanción de la ley 24.441, hubo otras normas que ponderaron la eficacia del fideicomiso, como asimismo, proyectos cuya finalidad era la introducción de este contrato en nuestro ordenamiento jurídico [\[13\]](#).

En nuestro continente los precursores de esta modalidad contractual fueron Colombia (1923) y México (1924). Le siguieron Chile en 1925, Bolivia en 1926, Costa Rica en 1936, Venezuela en 1940 y Honduras en 1950. Luego le siguieron Panamá en 1984, Argentina en 1995, Cuba en 1997, finalmente Brasil en 2002, seguida por Uruguay un año más tarde.

No obstante, “es interesante recordar que la piedra basal del fideicomiso latinoamericano fue el proyecto de reglamentación esbozado por el jurista panameño Ricardo Alfaro, quien sobre el concepto de mandato seguía los lineamientos del trust anglosajón. Dicho proyecto fue debatido en la Conferencia Científica Panamericana desarrollada en Lima en el año 1924” [\[14\]](#) .

3. Fideicomisos.

3.1. Concepto.

El fideicomiso se encuentra legislado en el Título I de la ley 24.441, con el rótulo de “financiamiento de la vivienda y la construcción”, sancionada el 22.12.1994, promulgada el

09.01.1995 y publicada en el Boletín Oficial el 16.01.1995.

Existen dos grandes grupos de fideicomisos: el contractual y el testamentario o mortis causa. El primero de ellos surge de la manifestación de voluntad de las partes, las cuales regulan sus derechos y obligaciones en el instrumento legal que le da forma, respetando las formalidades que la ley le exige. El segundo, es producto de la manifestación de última voluntad.

Asimismo, existen subgrupos u otras formas de clasificar al fideicomiso no testamentario, a saber: de administración, de inversión, mixtos, inmobiliario, de custodia, de garantía, financiero, de seguros, de desarrollo, públicos, privados, etc.

La mencionada ley 24.441 optó por definir el fideicomiso en su art. 1º, que textualmente reza: “**Habrà fideicomiso cuando una persona (fiduciante) transmita la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (fiduciario), quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato (beneficiario), y a transmitirlo al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario”.**

El fideicomiso es financiero cuando el fiduciario es una entidad financiera o una sociedad especialmente autorizada y beneficiarios son los titulares de certificados de participación en el dominio fiduciario o los titulares de títulos representativos de deudas. De acuerdo con lo prescripto por la ley 21.526 de entidades financieras, sólo pueden actuar los bancos comerciales, los bancos de inversión y las compañías financieras.

No obstante, al fideicomiso financiero, se le aplican las reglas del fideicomiso común por así disponerlo la propia ley, salvo quiebra del fiduciario financiero y que el patrimonio fideicomitado sea suficiente para satisfacer los derechos de los acreedores.

Carregal definió al fideicomiso 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, pero que al cumplimiento de un plazo o condición le dé el destino convenido. [15] La expresión “a título de confianza” implica que el acto de transmisión de la propiedad no es ni gratuito ni oneroso para el fiduciario, aún cuando su función fuera remunerada.

En esencia, el fideicomiso no es un fin en sí mismo, sino que es un medio o vehículo apto para otorgar seguridades y garantías a un negocio subyacente determinado [16], dada su influencia para el financiamiento de empresas y demás operaciones jurídicas de diversa índole, apoyadas todas estas en la maleabilidad que ofrece este contrato.

3.2. Efectos.

La propia ley 24.441 se encarga de regular los efectos de esta modalidad contractual (arts. 11

a
18):

- Sobre los bienes fideicomitidos se constituye una propiedad fiduciaria.
- Los bienes fideicomitidos forman un patrimonio separado, de afectación o autónomo, y distinto del fiduciante, del fiduciario y del beneficiario y/o fideicomisario.
- Se puede disponer los bienes dados en fiducia, salvo estipulación en contrario.
- No hay efecto retroactivo.
- El fiduciario tiene legitimación para ejercer las acciones en defensa de la propiedad fiduciaria.
- Los bienes fiduciarios escapan a la agresión de los acreedores del fiduciante, como del fiduciario.

3.3. Sujetos.

A) el fiduciante, constituyente o fideicomitente, que es quien se compromete a transmitir la titularidad de bienes o derechos a otra parte (fiduciario).

Puede ser una persona física o jurídica. La capacidad requerida es la de disposición de bienes.

Sus obligaciones son transmitir los bienes y las que se determinen en el contrato. Sus derechos también se regulan convencionalmente. No obstante, pueden exigir la rendición de cuentas, accionar ante el incumplimiento del fiduciario, exigir la transmisión de los bienes, designar fideicomisarios sustitutos.

B) el fiduciario o fideicomitido, que es quien recibe la titularidad dominial y sobre quien recae la manda de administrar los bienes ajenos, de acuerdo a lo pactado en el contrato.

Es decir, es el propietario legal de los bienes y/o derechos que recibe a título de fiducia, pero su dominio es menos pleno o imperfecto. Esto es, realizar únicamente los actos que por la manda fiduciaria se le ha encargado. Asimismo, dicho dominio es temporario ya que no puede durar más de 30 años (art. 4, inc. C, Ley 24.441) y condicionado a lo que por contrato o testamento se ordenó.

Para que se perfeccione el contrato se requiere su aceptación. Puede ser cualquier persona física o jurídica. Tratándose de fideicomisos financieros u ordinario público, sólo podrán actuar

las personas jurídicas que estén autorizadas a funcionar como entidades financieras y las que autoricen la Comisión Nacional de Valores. Asimismo, puede ser (o no) un profesional. Se requiere capacidad para administrar y disponer bienes.

Su obligación primordial es recibir la propiedad fiduciaria, ejercerla a favor del beneficiario y transmitirla a su finalización, obrar con la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios que actúa sobre la confianza depositada en él (art. 6º de la ley), rendir cuentas por lo menos una vez al año, no se le puede dispensar su culpa o dolo, tiene prohibido adquirir para sí los bienes. Tiene amplias facultades, entre ellas las de disponer o gravar los bienes fideicomitidos sin autorización del fiduciante o beneficiario, salvo disposición en contrario (art. 17 de la ley). Tiene derecho al reembolso de los gastos y a una retribución. Asimismo tiene derecho a la separación de patrimonios [\[17\]](#) y sus bienes personales no responden por las obligaciones contraídas en la ejecución de este contrato. En caso de insuficiencia patrimonial para responder a las obligaciones del fideicomiso, no corresponderá la declaración de quiebra del fiduciario, debiendo éste proceder a la liquidación de los bienes y, finalmente, tiene derecho a todos los derechos que se le fijen en el contrato.

C) el beneficiario, que es aquel en cuyo beneficio se constituye el fideicomiso. No es parte esencial del contrato, pero sí debe estar individualizado en el mismo; aunque puede o no existir al tiempo del otorgamiento del convenio.

También se requiere la aceptación del beneficiario para que el contrato tenga operatividad respecto de éste. Puede ser una persona física o jurídica (el Estado, la Iglesia Católica, las corporaciones religiosas, las sociedades civiles o comerciales, las fundaciones, las simples

asociaciones, etc.) Pueden ser varios y, en ausencia de disposición contractual, se beneficiarán por igual. La ley prevé para el caso de no aceptación, renuncia o muerte, la designación de beneficiarios sustitutos. Caso contrario, su rol será ejercido por el fideicomisario y, en ausencia de éste último, finalmente será el fiduciante quien ocupará la posición jurídica de beneficiario (art. 2º de la ley). La capacidad requerida va a depender del tipo de contrato, pudiendo serlo, en opinión de Acquarone, un incapaz

[\[18\]](#)

Su derecho es transmisible por actos entre vivos o por causa de muerte, salvo disposición en contrario del fiduciante. Sus derechos y obligaciones surgen del contrato. No obstante, tiene derecho a: recibir los beneficios, exigir rendición de cuentas, accionar contra el fiduciario por mal desempeño, puede renunciar en cualquier momento al beneficio, sustituir al fiduciario para ejercer las acciones que éste no realice en defensa y/o conservación de los bienes fideicomitidos.

D) el fideicomisario, que es el destinatario final a quien se le otorgan los bienes fideicomitidos (arts. 1º y 26, ley 24.441). Tampoco es parte en el contrato, sino un tercero. La capacidad requerida es análoga a la del beneficiario.

De todos estos sujetos, analizaremos solamente al fiduciario, por cuanto es el único que puede ser autor del delito que estamos investigando.

4. La figura legal.

4.1. La acción típica.

El artículo 82 de la ley 24.441 incorporó al Código Penal, entre otras disposiciones, en el capítulo de las “Estafas y otras defraudaciones”, una nueva especie de abuso de confianza, cuyo texto reza: **“El titular fiduciario (...) que en beneficio propio o de un tercero dispusiere, gravare o perjudicare los bienes y de esta manera defraudare los derechos de los cocontratantes.”**

Es dable aclarar que esta forma de abuso de confianza punible resulta ser una forma de defraudación y no una estafa especial (art. 173 incs. 1º, 3º, 4º, 6º, 8º, 9º y 10), porque la relación jurídica entre las partes nace válidamente [\[19\]](#) ; es decir, en los abusos de confianza, la idea de defraudar aparece en una etapa posterior a la relación jurídica preexistente entre el autor y la víctima, dado que los bienes el agente no los recibe por engaño, sino que los recibe por un contrato lícito (fideicomiso) entre las partes.

4.2. Bien jurídico protegido.

El bien jurídico protegido es la propiedad, entendida ésta con el alcance que le ha otorgado la C.S

.J.N.

[\[20\]](#)

, incluyendo derechos reales y personales, bienes inmateriales o materiales y, en general, todos los intereses apreciables que un hombre pueda poseer

[\[21\]](#)

.

4.3. Presupuesto del delito.

Se requiere como presupuesto del delito la existencia de un contrato de fideicomiso en cuya ejecución, el titular fiduciario incurre en acciones infieles efectivas que conducen al fraude en desmedro patrimonial de los otros contratantes.

Resulta trascendental aclarar que no sólo se requiere la existencia misma de un contrato de fideicomiso, sino que es preciso que, a su vez, se haya procedido a la efectiva transmisión de los bienes al fiduciario, con la consecuente actividad infiel referenciada anteriormente, dado que, de lo contrario, estaríamos frente a otro tipo penal distinto del que aquí analizamos.

4.4. La acción prohibida.

Las acciones típicas del ilícito son, por un lado, dos actos jurídicos: **disponer** [\[22\]](#) (vender, ceder, permutar, etc.) y

gravar

(embargo, preñar, hipotecar, etc.); por el otro, un resultado jurídico:

perjudicar

(destruir, ocultar, dañar, el no ejercicio de acciones en defensa de los bienes, el no cobro de créditos, etc.) los bienes objeto del contrato, es decir, los bienes fideicomitidos. En ambos casos, el fiduciario debe perseguir un

beneficio propio o de un tercero

,
el cual debe ser de contenido económico y en el que necesariamente se deben **defraudar los derechos de los cocontratantes.**

Es dable recordar que el titular fiduciario tiene, salvo disposición convencional en contrario, facultad para disponer o gravar los bienes sin el consentimiento del fiduciante o del beneficiario

en tanto y en cuanto lo demande la ejecución contractual en la prosecución de los fines pactados. Y tal es así que el titular fiduciario transmite el dominio perfecto, aunque el dominio que tiene él respecto de los bienes es precario o imperfecto, toda vez que su titularidad dominial está limitada temporalmente por el plazo de duración del contrato y/o por la condición que del mismo surja.

El delito se comete mediante acción u omisión. La primera de ellas a través de los verbos descriptos anteriormente y, la segunda modalidad, mediante la negativa a realizar acciones que son propias a su calidad de fiduciario, a saber: acciones destinadas a la preservación del patrimonio fideicomitido, la negativa a transmitir los bienes luego de vencido el plazo del contrato y/o cumplida la condición que del mismo se desprende, la rendición de cuentas que la propia ley exige, etc.

Pero no todo acto de disposición o que cause perjuicio en los bienes mediante acción u omisión se puede penar, dado que la conducta tiene que estar dirigida a causar un perjuicio en el patrimonio fideicomitido de los cocontratantes y el beneficio obtenido, como ya lo expresé anteriormente, debe ser para sí o para un tercero [\[23\]](#) .

Ahora bien, si se hubiera establecido como requisito previo a la realización de cualquier acto del fiduciario el consentimiento del fiduciante o del beneficiario para disponer o gravar y éste lo prestare válidamente, nos encontraríamos frente a un caso de *atipicidad*. Siguiendo a Gunther Jakobs, “Numerosos bienes jurídico-penalmente protegidos están sujetos a disposición de su titular. En esa medida, el consentimiento del titular excluye ya la realización del tipo; entonces el suceso es incumbencia del que consiente”

[\[24\]](#)

4.5. Objeto del delito.

Resulta significativo aclarar que la palabra “bien” utilizada por la norma estudiada, es genérica, quedando amparados tanto los objetos materiales, como los inmateriales. [\[25\]](#)

En consecuencia, el *objeto del delito* lo constituyen los bienes u objetos inmateriales susceptibles de valor, los créditos en general, registrables o no, derechos intelectuales, las cosas muebles, fungibles o no, los inmuebles, los títulos valores

[\[26\]](#)

, acciones nominativas endosables, y no endosables, títulos al portador y dinero en efectivo. Es decir, los bienes perjudicados por medio de la disponibilidad, gravamen o perjuicio de los mismos, que es llevada a cabo por el agente.

No obstante, es dable tener presente que no toda forma de mala administración de los bienes fideicomitidos constituye delito, aún cuando el negocio sea ruinoso.

5. El perjuicio.

En relación a este tema, la doctrina y la jurisprudencia no es uniforme.

Así, autores como Baigún – Bergel [\[27\]](#) , Carrera [\[28\]](#) , opinan que resulta suficiente un peligro potencial sobre los bienes o intereses de la víctima.

Por su parte, Millán, se enrola en la postura de que el perjuicio debe ser real y efectivo. [\[29\]](#)

Con la misma opinión, Carrizo

[\[30\]](#)

cita jurisprudencia al respecto

:"el perjuicio potencial no resulta suficiente para satisfacer el recaudo de los tipos defraudatorios"

(CNCrim. Y Correc., Sala VI, diciembre 23.9.96 – Della Giovanna, Carlos L., L.L., t. 1997-F, p. 397)

En mi opinión, el perjuicio, comprendido como una disminución de los bienes o derechos de su titular, es decir, como cualquier menoscabo al patrimonio causado por acción u omisión, ha de ser real, efectivo y apreciable desde el punto de vista patrimonial, entendido como un valor con significado económico. No basta el daño potencial; Cuando la ley quiere asignarle tipicidad a

ese resultado, lo señala claramente en las figuras de peligro.

Asimismo, recuérdese que la ley faculta al fiduciante y a los beneficiarios a solicitar la remoción judicial del fiduciario por el incumplimiento de sus obligaciones (art. 9, inc. a), ley 24.441) y dentro de esta causal quedaría comprendida, a mi criterio, cualquier conducta comitiva y/u omisiva que represente un daño potencial en detrimento de los bienes dados en fideicomiso.

6. El beneficio.

A diferencia de lo que sucede en el inciso 7 del artículo 173 del código de fondo, si el titular fiduciario o el tercero, no llegasen a beneficiarse, aún cumplidos los demás requisitos objetivos del tipo, como de igual modo, los subjetivos, estaríamos frente a una tentativa y no a un delito consumado. A la inversa, en el delito de administración fraudulenta referenciada, la no obtención del beneficio no impide la consumación del delito [\[31\]](#). Y ello se fundamenta en que la acción del autor tiene que poseer un fin concreto: la obtención de un beneficio.

Parte de la doctrina piensa que el beneficio es un elemento subjetivo especial distinto del dolo [\[32\]](#)

y otra parte lo considera un elemento objetivo del tipo.

[33]

Mi posición coincide con aquellos que sostienen que el beneficio es un elemento subjetivo especial distinto del dolo, toda vez que el autor busca en el resultado, algo que va más allá de la simple realización del tipo objetivo o del resultado [34] : un beneficio para sí o para un tercero.

Este beneficio, al igual que el perjuicio, debe ser cierto y real, más no apreciable patrimonialmente, dado que el fiduciario puede obtener distintos provechos con su acción u omisión en fraude de los demás integrantes del fideicomiso. Está claro que no toda forma de utilidad obtenida debe necesariamente materializarse, en principio, en dinero, dado que existen infinidad de otras formas de rentabilidad que pueden hacer que el fiduciario en el ejercicio de sus funciones se deje corromper a cambio de determinados favores, influencias, etc.

7. La defraudación de los derechos de los cocontratantes.

Resulta ser el último requisito que exige el tipo para que se configure el acto defraudatorio: “...

defraude los derechos de los cocontratantes.”

En efecto, si la conducta abusiva del fiduciario no implica un menoscabo de los derechos de los otros integrantes contractuales, independientemente de que el acto realizado sea merecedor de un reproche penal, nunca se llegaría a configurar y/o perfeccionar este delito, por cuanto estaría faltando que se de cumplimiento a una parte del tipo.

Un sector doctrinario [\[35\]](#) sugiere la inclusión de algunos términos y la modificación de otros en la redacción de la norma examinada. Así, conforme las sugerencias, el inciso quedaría redactado de la siguiente manera:

“Será reprimido con prisión de un mes a seis años, el titular fiduciario que, para causar daño o para obtener un beneficio para sí o para un tercero, dispusiere o perjudicare los bienes fideicomitidos o los frutos o productos derivados de éstos y así defraudare los derechos del fiduciante, beneficiario o fideicomisario”

(lo subrayado me pertenece)

Sobre el particular, no comparto la primera y segunda anexión propuesta, por las siguientes razones:

· Como lo expresé en el punto 4.4. de este trabajo, dentro del verbo perjudicar quedan comprendidas las siguientes acciones: destruir, ocultar, dañar, el no ejercicio de acciones en

defensa de los bienes, el no cobro de créditos, etc.

A mi juicio, no es correcta la inclusión de la expresión “*para causar daño*”, dado que el titular fiduciario que produzca cualquier clase de perjuicio a la propiedad fideicomitada que a su cargo tiene, deberá responder penalmente por los deterioros causados: pero no por los daños producidos a los bienes en sí mismos, toda vez que no es procedente imputar al fiduciario del delito de “daño” (ya que él es el dueño), sino porque lo que menoscaba con su conducta son los derechos que los cocontratantes tienen sobre el patrimonio fideicomitado, aparte del bien en sí mismo, configurándose en consecuencia, el delito previsto y reprimido por el inciso 12 del artículo 173 del Código Penal.

· En la descripción que realicé en los subtítulos “bien jurídico protegido” y “objeto del delito” [\[36\]](#) ¹ cité diversos fallos de nuestro máximo tribunal, como de igual modo, a los doctores Carrizo y Buompadre, expresando que dentro del vocablo “bien” utilizado por el tipo penal, se debe interpretar tanto los objetos materiales e inmateriales, como de igual modo los derechos reales y personales. Por ende, los frutos y lo que de éstos se derive, quedarían incluidos en esta palabra ya utilizada por el tipo.

· De igual modo, al decir la norma “...*defraudare los derechos de los cocontratantes*”, sumado el sentido con el cual exterioricé que debe interpretarse la palabra “bien”, quedarían “*los frutos o productos derivados de éstos*”, a mi criterio y como ya lo sostuve anteriormente, subsumido dentro del sentido que ya tiene la norma vigente.

· En cuanto a la especificación de los sujetos pasivos, estimo prescindible dicha alteración, y me resulta extraña del autor que la critica [\[37\]](#), toda vez que la dicción “*cocontratantes*”, si bien es poco clara, su inclusión referida en plural deja en claro la posibilidad de considerar al beneficiario y/o fideicomisario como partes contractuales del fideicomiso; que de hecho, lo son.

En base a los fundamentos descriptos, considero superfluas las dos primeras y prescindible la tercera modificación sugeridas por el sector doctrinario referenciado, teniendo el texto original

de la norma, según mi leal saber y entender, plena operatividad y efectividad en relación a las situaciones planteadas.

En cambio, sí considero oportuno que se modifique al contenido de la norma objeto de este trabajo, en el sentido de que resulte indiferente que el fiduciario o un tercero se vean beneficiados por su conducta para la procedencia de la sanción; como delito consumado. Ello, fundamentado en que la mayoría de las veces la dinámica comercial, por ejemplo, hace que no siempre se obtengan beneficios económicos y que, por ende, su resultado sea aleatorio, independientemente de que la finalidad buscada por la conducta del titular fiduciario haya sido a las claras en fraude de los derechos de los cocontratantes. Entonces, conforme la redacción actual de la norma, ante un caso como el ejemplificado en que el autor no obtenga un beneficio para sí o para un tercero, pero se den todos los restantes elementos de la teoría del delito, nos encontraríamos ante un caso de tentativa y no de un delito consumado, no obstante haber causado disposición, gravamen y/o perjuicio en los derechos de los demás sujetos contractuales.

Inversamente, sí creo firmemente que por el hecho de resultar beneficiados dolosamente el fiduciario o un tercero se lo considere una **agravante** del delito. La mencionada agravante se podría basar efectivamente en que el fideicomiso proviene de las palabras

fides

, cuyo significado es fe, fidelidad, confianza, honradez, lealtad y

comittio

que significa comisión o encargo

[\[38\]](#)

. Con lo cual, si el fiduciario es la persona en la cual se depositan todas éstas cualidades descritas para que realice un encargo basado justamente en ellas y, abusándose de esa confianza en él depositada, obtiene un beneficio para sí o para un tercero, dicha conducta debería ser penada, a mi juicio, más severamente.

Asimismo, una de las obligaciones primordiales del fiduciario es usar la posición jurídica en la que se lo colocó, sólo dentro de los límites del contrato de fideicomiso y de su finalidad. Por lo que, probado su abuso de confianza con beneficio para sí o para un tercero en fraude de los demás sujetos contractuales, la sanción debería ser, reitero, más severamente penada, toda vez que lo que está en juego, como asimismo, lo que la ley penal debería prevenir con su sanción es la invariabilidad de la buena fe de las partes en la celebración, interpretación y ejecución de los contratos civiles, comerciales y/o cualesquiera otros.

De igual modo, hasta tanto el plazo del contrato de fideicomiso no se extinga y/o la condición no se cumpla, recordemos que el fiduciario es el propietario legal de los bienes dados en propiedad fiduciaria y quien por sobre los mismos tiene las facultades inherentes a todo titular de dominio pudiendo, en consecuencia y salvo pacto en contrario, disponer libremente de los bienes. Si bien el beneficiario tiene derecho a exigir una rendición de cuentas cuya periodicidad máxima no puede exceder el año, dicha medida no ayuda a prevenir este tipo delictivo, ya que, una vez comprobado el fraude mediante la rendición mencionada o por otro medio, sólo le quedará a el beneficiario interponer la denuncia criminal ante las autoridades competentes por la defraudación de sus derechos contractuales en dicho fideicomiso.

Ahora bien, conforme lo expresara en el punto 3.3.C), el beneficiario debe necesaria y formalmente aceptar su calidad de tal en el contrato. Por otro lado, recientemente mencioné que, de acuerdo a lo prescripto por el artículo 7 de la ley 24.441, el fiduciario debe rendir cuentas a los beneficiarios con una periodicidad no mayor a un año; obligación que no puede dispensarse contractualmente. Si el/los beneficiario/s no aceptasen, la ley remite al fideicomisario y, si éste tampoco llegase a aceptar y/o a existir y/o renunciase, el fiduciante será quien ocupe este lugar (art. 2, ley 24.441).

Resulta interesante resaltar que la ley de Financiamiento de la Vivienda y la Construcción nada dice con respecto a la posibilidad de que el fiduciante y/o el fideicomisario soliciten la rendición

de cuentas.

Al respecto, considero que dichos sujetos se encuentran plenamente habilitados a peticionar dicha medida y, sobre el particular, Molina Sandoval [\[39\]](#) enumera detalladamente los fundamentos de por qué si correspondería que puedan peticionar la mencionada acción, a cuyos fundamentos me remito y adhiero.

Ahora bien, ¿se podría neutralizar, en el sentido de dejarlo inutilizable, el delito bajo análisis? La respuesta es afirmativa, en tanto se reúna en la misma persona la figura del fiduciario y del beneficiario. Resulta significativo que la ley 24.441 guarde silencio respecto de esta posibilidad, pero quien es conteste en relación a este tema es la doctrina que tiene posiciones a favor y en contra.

Así, Bono sostiene que es posible, argumentando que la denominada ley de Financiamiento de la Vivienda y la Construcción admite en general las superposiciones dando amplia libertad para designar los sujetos contractuales. Asimismo sostiene que las normas de la ley, en principio, son dispositivas (salvo excepciones: arts. 4º, inc. c y 7º ley 24.441) y no imperativas [\[40\]](#)

Por su parte, Molina Sandoval enumera una lista de razones y autores por las cuales no correspondería que se superpongan estos dos sujetos contractuales. [\[41\]](#) En una posición

intermedia, Camerini, entiende que reunir estas dos calidades en una misma persona debería resultar excepcional

[42\]](#)

Mi posición al respecto, coincide con la negativa a que se confundan los sujetos, toda vez que de la simple lectura de la ley, se puede apreciar que el legislador si hubiese querido que se reúnan en una misma persona estas dos figuras contractuales, así lo hubiera previsto. De hecho, sí lo prevé para otros casos: “...*Si ningún beneficiario aceptare, todos renunciaren o no llegaren a existir, se entenderá que el beneficiario es el fideicomisario. Si tampoco el fideicomisario llegara a existir, renunciare o no aceptare, el beneficiario será e fiduciante...*” (3º párrafo, art. 2º, ley 24.441).

Del mismo modo, conforme se desprende del artículo 7º de la ley 24.441, resultaría absurdo y sin sentido que el fiduciario se rinda cuentas a sí mismo como beneficiario.

Barreira Delfino [43\]](#) manifiesta “Tan otro y distinto es el beneficiario, que no es parte necesaria del contrato de fideicomiso. (...)” “(...) el fiduciario no puede ser beneficiario ni por disposición contractual, porque beneficiario sólo puede ser alguien ajeno al contrato, ni por disposición legal, pues no se encuentra mencionado en los supuestos de falta de aceptación del fideicomiso por parte del beneficiario designado”.

Todo lo cual indica que el legislador no ha previsto esa posibilidad. No obstante y, para el hipotético pero no improbable caso de que se hubiera contratado bajo estas circunstancias, nos encontraríamos con que frente a tal confusión no cabría connotación penal posible, dado que ni el autoengaño ni el autoperjuicio resultaría sancionado por el derecho punitivo, en tanto no se perjudique el patrimonio del fideicomisario [\[44\]](#) (destinatario final de los bienes).

Sobre la posibilidad de superposición de roles en el contrato, la ley 24.441 permite que los sujetos involucrados en el fideicomiso suplanten o asuman otros roles, además del pactado originalmente, otorgándole flexibilidad a la figura contractual. Pero los autorizados a confundirse en una misma persona son el fiduciante, el beneficiario y el fideicomisario; quedando prohibido, en consecuencia, la fusión entre fiduciante y fiduciario, entre éste último y el beneficiario (como ya lo mencioné anteriormente) y entre el fiduciario y el fideicomisario (art. 7º ley 24.441)

8. Autoría y participación.

8.1. Sujeto activo.

Es quien comete la acción lesiva del bien jurídico afectado, que se adecua a la conducta típicamente antijurídica y culpable [45]. Es decir, es aquel que tiene desde el inicio y hasta el fin de su conducta, el “dominio del hecho” bajo su control.

Empero, éste lugar sólo puede ser ocupado por quien cumpla con dos requisitos previos: tener vinculación jurídica con el resto de los cocontratantes y asimismo, ostentar la titularidad dominial de la propiedad fiduciaria y su administración. Es decir, que el lugar del sujeto activo está reservado, en principio, para el titular fiduciario.

Estamos ante uno de los llamados delitos especiales, pues se requiere que exista en el tipo elementos objetivos de la autoría. Es decir, que el autor debe reunir ciertas particularidades para poder ser “el autor” del delito: necesariamente debe ser el titular fiduciario.

La **co-autoría** (art. 45 C.P.) es posible en tanto ambos sujetos revistan las calidades o particularidades recientemente nombradas que requiere el tipo penal. Si solamente uno de ellos revistiera el carácter de fiduciario, al otro se lo imputará conforme al grado de **participación** (instigación o complicidad) que haya tenido en el hecho delictivo, pero no se lo podrá juzgar como coautor del delito.

Ahora bien, haciendo hincapié en la autoría mediata, entendida ésta como la atribución de un resultado a una persona como consecuencia del comportamiento ejecutado por otro, pero que

opera bajo dominio del primero [\[46\]](#) , se podría distinguir entre el que se vale de un tercero que actúa sin dolo o, cuando el tercero actúa atípicamente o bien, cuando el actuar de este último es justificado.

Entonces, para poder hablar en términos de autoría medita, habría que determinar si la persona “utilizada” por el titular fiduciario (por ejemplo los apoderados) para la perpetración del ilícito actúa dolosamente por sí o engañado por el primero. Es decir, si el dolo le corresponde al autor mediato o al “utilizado”.

Un primer caso puede ocurrir cuando la persona que realiza la acción lo hace con error o ignorancia y quien tiene el dominio del hecho, en realidad, es el fiduciario. Ejemplo de ello sería el caso de un mandatario que desconoce las vicisitudes reales de la operación que está realizando y tan sólo se limita a seguir instrucciones de su mandante.

Distinto es cuando quien actúa sabe que le corresponde un reproche por su conducta pero opera bajo el influjo del titular fiduciario (por ejemplo un matrimonio). En este caso dependerá el grado de dominación que este sujeto tenga, para la determinación de su participación en el hecho.

Los supuestos de **inimputabilidad** se resuelven mediante las categorías normales de la teoría de la participación penal.

Y, por último, encontramos el supuesto del agente (“utilizado”) que actúa con dolo y libremente. En este caso, se presenta una suerte de laguna de punibilidad, toda vez que el autor que prescinde de la calidad requerida para ser tal, no tiene la condición de vinculación jurídica con el resto de los cocontratantes y, por ende, su conducta mal puede producirle una defraudación al resto en términos contractuales, dado que no es parte del negocio fiduciario. Es decir, no reúne la condición de autor por no ser “el titular fiduciario”; por otro lado, tampoco se le puede achacar la calidad de instigador al fiduciario, puesto que resulta trascendental la posibilidad de autoría en el instigado, que en el caso no puede darse dado que el sujeto no es cualificado.

Empero, Herbel y Trovato, afirman que la doctrina mayoritaria interpreta que al titular fiduciario debe atribuírsele la calidad de autor mediato, aunque quien ejecute la acción sea el “utilizado” obrando con dolo y libremente, cabiéndole a éste último el papel de cómplice del delito.

Esta solución resulta coherente en la medida que se pruebe que el fiduciario tenía conocimiento (ya sea con dolo o sin él) del accionar del agente, caso contrario nos encontraríamos frente a la hipótesis que seguidamente detallaré y de la cual mi posición al respecto discreparía de la enunciada anteriormente, por cuanto el delito de defraudación fiduciaria sólo opera con quien tenga la calidad de autor del delito.

Pero para ello, es decir, para poder ser autor del delito, se requiere una calidad especial: ser el titular fiduciario. En consecuencia, el agente calificado no tiene reproche penal y tampoco le cabrá en caso de un accionar culposo (el delito bajo estudio requiere únicamente dolo para su

incriminación), dado que mal puede atribuírsele responsabilidad a quien revista esta condición cuando en realidad quien actuó con dolo y libertad es una persona distinta. No obstante, nada impide que se accione contra el fiduciario por su responsabilidad civil y/o comercial en cuanto a la delegación o mandato por el efectuado.

Finalmente, en cuanto a la responsabilidad que le cabe a quien comete efectivamente la conducta defraudatoria, deberá ser sancionado, conforme su conducta y de acuerdo a los delitos que se prevén en el Código Penal (art. 173, inc. 7 C.P.).

8.2. La responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Sobre el particular, es necesario recordar que las personas de existencia ideal legisladas en la ley 19.550 podrán desempeñarse libremente como fiduciarios en las distintas clases de fideicomisos.

No obstante, existe una limitación para los fideicomisos de carácter financiero u ordinario público. Tal restricción legislada en el artículo 5º de la ley 24.441 obliga a que indefectiblemente, para ofrecerse al público como fiduciario, se exija la calidad de entidad financiera autorizada a funcionar como tal, en un caso, y en el otro, que las personas jurídicas estén autorizadas por la Comisión Nacional de Valores (fideicomiso ordinario público).

La **ley 21.526 (ley de entidades financieras)**, establece en sus artículos primero y segundo, respectivamente, el concepto y las clases de entidades que ella misma autoriza a funcionar, previa anuencia del Banco Central de la República

Argentina.

Así, las define como

“...las personas o entidades privadas o públicas oficiales o mixtas- de la Nación

, de las provincias o municipalidades que realicen intermediación habitual entre la oferta y la demanda de recursos financieros.”,

quedando comprendidas dentro de la misma

: los bancos comerciales, bancos de inversión, bancos hipotecarios, compañías financieras, sociedades de ahorro y préstamos para vivienda u otros inmuebles, cajas de créditos.

Asimismo, el último párrafo agrega que la enumeración no es excluyente.

Luego, a través del articulado de la ley de entidades financieras se prevé las funciones que

podrán realizar cada una de las entidades autorizadas. En consecuencia, las únicas personas jurídicas de existencia ideal que pueden incurrir en la responsabilidad por el ilícito aquí estudiado serían los Banco comerciales, los de inversión y las compañías financieras [\[47\]](#) .

Ahora bien, el artículo 9º (ley 21.526) advierte que *“Las entidades financieras de la Nación, de las provincias y de las municipalidades, se constituirán en la forma que establezcan sus cartas orgánicas. El resto de las entidades deberá hacerlo en forma de sociedad anónima...”*. Y respecto a esto último, luego indica una serie de excepciones.

En relación a las **personas jurídicas autorizadas por la Comisión Nacional de Valores**, la resolución general número 271 del mencionado organismo establece que podrán actuar como fiduciarios financieros

[\[48\]](#)

:

- Las entidades financieras autorizadas a actuar como tales por la ley 21.526 (modificada por la ley 24.441).

- Las entidades inscriptas en el Registro de Fiduciarios Financieros, en tanto reúnan la condición de sociedad anónima, que la actividad como fiduciario se prevea en el objeto social, tener un patrimonio inicial de \$300.000, etc.

- El representante de los obligacionistas en las condiciones pautadas por el artículo 13 de la ley 23.576 (modif. por ley 23.962). [\[49\]](#)

Aclarado lo que antecede, se puede afirmar que quienes sufrirán las sanciones que prevé nuestro derecho represivo en el delito bajo análisis, por el delito en que incurran las personas jurídicas en general, serán los integrantes del órgano, es decir, el directorio de la sociedad, sin perjuicio de la responsabilidad que le quepa a los gerentes administrativos y/o directores delegados respecto de los actos que ellos ejecuten, los cuales nunca excederán el marco de los llamados “actos de administración”, toda vez que los actos de disposición están reservados únicamente para los directores de la sociedad y suya será la responsabilidad por los actos que ejecuten en perjuicio de los cocontratantes del contrato fiduciario [\[50\]](#) .

Sin embargo, si bien aún se mantiene la tesitura de negar la posibilidad de hacer responsables penalmente a las personas jurídicas, “...se percibe una creciente tendencia, proveniente principalmente del derecho penal y ambiental a prever la punibilidad de empresas económicas como corporación...” [\[51\]](#) .

En relación a este tema, considero que las modalidades delictivas de nuestra sociedad han ido evolucionando y que, asimismo, dentro de estas nuevas formas cada vez se incluyen más las cometidas por personas jurídicas. Entonces, no deberían ser los hechos los que se adecuen a la norma, sino que, es el derecho penal el que debe evolucionar, ajustándose a la realidad de nuestra sociedad y a los avances de la misma, ya que es el Estado en su conjunto, quien velando por el bienestar general, debe prevenir y reprimir las conductas delictivas.

No obstante, bien puede pensarse que a las personas jurídicas les faltan ciertos elementos, como ser la voluntad de acción o la culpabilidad, para poder ser sancionadas penalmente. No comparto esta idea. La persona jurídica posee personalidad jurídica propia y es un sujeto de derechos. En consecuencia, si bien la voluntad social se ejerce a través de sus órganos que la representan -independientemente del reproche penal que les corresponda a los integrantes del

mismo en forma personal- considero correcto que se le atribuya responsabilidad criminal a la persona de existencia ideal, dado que en definitiva, la misma sí tiene voluntad de acción (a través de sus órganos, pero la tiene) como sujeto de derechos. En igual sentido, es un hecho en nuestra realidad social y criminológica que, en la comisión de delitos penales, los de mayor incidencia social y económica son los cometidos por corporaciones; por ende, si es sujeto de derechos y plenamente capaz para realizar actos lícitos por sí, entonces, ¿Por qué no puede soportar las consecuencias de sus actos ilícitos? ¿Acaso en otras ramas del derecho no las soportan?

Por ejemplo, si de la actividad ilícita cometida por personas de existencia ideal, se hubiese obtenido un rédito económico, y resultare que los integrantes del órgano no son los verdaderos titulares de la acción dolosa cometida por estos últimos, es decir, por quienes representan la “voluntad” de la sociedad, fundación y/o asociación, sino meros empleados, la mayoría de las veces insolventes, que prestaron su nombre para mantener su empleo o bien, a cambio de dinero [52]; entonces, más allá de la responsabilidad penal que le quepa a estos sujetos ingenuos (o no), que seguramente no hayan recibido el beneficio obtenido del ilícito, por un lado, y, por el otro, dada la dificultosa imposibilidad de vislumbrar a los verdaderos autores del hecho criminoso; ¿No sería correcto sancionar a la persona jurídica por el delito cometido? ¿Por ejemplo, con una **multa**? ¿O imponerle, de ser procedente, una pena de **inhabilitación**, en los términos del artículo 20 bis inciso 3º del Código Penal?

Independientemente de que estimo correcto lo enunciado precedentemente, sostengo que, para que la pena mencionada posea efectivos resultados, se deberían realizar modificaciones legislativas en otras ramas del derecho. Así, en principio y como primer medida, el Estado (a través de los órganos correspondientes: AFIP, IGJ, etc.) debería extremar los requisitos para poder poner en funcionamiento una persona jurídica: elevando los topes mínimos de capital inicial a una cifra que tenga una genuina e íntima relación que refleje la realidad entre la praxis comercial que desarrollará el ente y el objeto social del mismo; investigando la procedencia del “capital inicial”; indagando quiénes son los integrantes del órgano; prohibiendo el ejercicio de cargos sociales a quienes registren antecedentes por la comisión de delitos de contenido económico; etc [53].

Asimismo, es necesario que nuestros legisladores asuman seriamente el rol que ocupan, otorgando mediante su potestad legislativa un marco de seguridades jurídicas que incentiven las relaciones comerciales sin el temor a ser estafado o defraudado [54]. Hasta tanto esto no ocurra, muchas actividades ilícitas seguirán impunes y, al Derecho Penal, se le seguirá imputando desacertadamente la responsabilidad por dicha impunidad.

No obstante lo expuesto, como medida alternativa y momentánea, creo que no existe impedimento legal que imposibilite a nuestros jueces realizar distintas interpretaciones de las actuales teorías de la atribución de responsabilidad penal y así, mediante sus sentencias, sancionar y reprimir conductas como las expresadas que ya son parte de nuestra realidad cotidiana, no pudiendo en consecuencia negarlas y que, asimismo, crecen a una velocidad sorprendente, causando un daño extremo al desarrollo y crecimiento de nuestra sociedad civilizada.

9. Sujeto pasivo.

El inciso 12 del artículo 173 del Código punitivo hace referencia al sujeto pasivo al mencionar “**...los derechos de los cocontratantes**”

, dejando en evidencia, por un lado, que la protección que otorga la norma no es sobre la propiedad de un bien, sino sobre el derecho que sobre ese bien se tiene

[55]

Por el otro, al hablar de cocontratantes, es preciso realizar una salvedad. Como bien expuse anteriormente, partes necesarias del contrato de fideicomiso solamente son el fiduciante y el fiduciario. En consecuencia, el o los beneficiarios y/o fideicomisarios no estarían, en principio, amparados por la norma estudiada, dado que, al no revestir el carácter de “cocontratantes”, quedan fuera de la órbita de los llamados sujetos pasivos del delito, dado que para el nacimiento del negocio fiduciario no se requiere de su participación, pudiendo ingresar en un momento contractual posterior y hasta incluso, pueden llegar a no existir al momento de la constitución del fideicomiso [\[56\]](#) . Ello resulta por demás curioso, toda vez que en definitiva, los más interesados y/o beneficiados en esta modalidad contractual, son el beneficiario -al menos por los frutos que a él le corresponden, cuando no directamente la propiedad fideicomitada- y el fideicomisario que es el destinatario final de los bienes.

Por ende, nos encontramos con que únicamente el fiduciante es el sujeto pasivo, toda vez que el fiduciario es quien debe necesariamente revestir la calidad de sujeto activo.

Así las cosas, y, basta con observar en los antecedentes del proyecto de la ley 24.441 que las disposiciones penales han recibido un tratamiento casi inexistente, para darnos cuenta de que el legislador nuevamente ha actuado con ligereza sin darle el debido tratamiento que la ley penal merece.

Sin embargo, existe la posibilidad de que tanto el beneficiario como el fideicomisario puedan ser víctimas de defraudación fiduciaria. Para ello y por lo pronto, es preciso que recaigan en

una misma persona la calidad de fiduciante, beneficiario y/o fideicomisario.

Maiulini [57] considera, no obstante, que sí se puede incluir al beneficiario y al fideicomisario dentro de esta categoría de sujetos pasivos, si es que previamente no revisten las calidad de fiduciantes, fundamentándolo en que si el legislador hubiese querido excluir a estos dos sujetos, hubiese utilizado la expresión “cocontratantes” en singular y no en plural como finalmente se incluyó. Asimismo, agrega que el beneficiario tiene la facultad de solicitar la “rendición de cuentas” al fiduciario, significando dicha potestad el real interés que aquel tiene en el fideicomiso.

Por otro lado, y en igual sentido, observa acertadamente que el fideicomiso testamentario resulta atípico por varios motivos:

- El testamento no es un contrato. En consecuencia, no existe “la otra parte”. Ello, en relación al infortunado término “cocontratantes”.
- El único fiduciante está fallecido, es decir, el único sujeto pasivo.

Finalmente, el mencionado autor concluye que los perjuicios que el fiduciario cause a los beneficiarios y/o fideicomisarios de un fideicomiso testamentario, ya sea en beneficio propio o de un tercero, están exentos de las sanciones penales por defraudación fiduciaria.

Desde luego, anticipo no participar en el criterio de mi colega, por los fundamentos que seguidamente detallaré.

Sintetizando, se puede afirmar que, en principio, son sujetos pasivos del delito de defraudación fiduciaria, el beneficiario y el fideicomisario en tanto sean la misma persona que el fiduciante y estén individualizados en el contrato; respecto de los fideicomisos financieros lo serán aquellos titulares de certificados de participación o de títulos representativos de deuda garantizados con los bienes fideicomitidos.

Ahora bien, en mi opinión, estimo que pese a la errónea redacción normativa por su falta de tratamiento, el legislador, al incluir la palabra “cocontratantes” en plural, ha previsto o ha querido darle legitimidad (pasiva) al beneficiario, como de igual modo, al fideicomisario (en tanto éstos últimos no reúnan a la vez la calidad de fiduciantes)

Sin embargo, dado que de hecho el contrato de fideicomiso es en sí mismo de aplicación muy reciente [\[58\]](#), pese a que ya aparecía desde el siglo pasado por la limitada regla del artículo 2662 del Código Civil, pero que su vigencia debemos estimarla introducida en nuestro régimen jurídico a partir del año 1995, tendremos que esperar a que nuestros jueces y doctrinarios realicen interpretaciones y precisiones en las cuales resuelvan este error del legislador, o al menos clarifiquen ciertos aspectos para así evitar una situación injusta que, insisto, por una negligencia legislativa, puede provocar serios perjuicios en los “ *derechos de los cocontratantes*” m
ás interesados en el fiel cumplimiento contractual.

10. Consumación y tentativa.

El delito se habrá **consumado** cuando el fiduciario haya completado todos los caracteres típicos. Es decir, que el delito se consuma en el momento mismo en que el sujeto produce un menoscabo patrimonial (de contenido económico) en los derechos de los cocontratantes, obteniendo a la vez un beneficio propio o para un tercero y mediante las acciones de disposición, gravamen o perjuicio. Dicha conducta debe configurar a la vez, la defraudación requerida por el tipo [\[59\]](#) .

La tentativa sí tiene lugar en la defraudación fiduciaria, en tanto la conducta del autor haya alcanzado cierto grado de desarrollo para que pueda considerársela típica, es decir, hasta abarcar los actos que impliquen un comienzo de la ejecución del delito. Podemos sostener que hubo un comienzo al realizar el agente cualquier acto idóneo destinado a disponer, gravar o perjudicar los bienes de dominio fiduciario y que, asimismo, dichos actos tengan la entidad suficiente para defraudar los derechos de los cocontratantes, pero que, por circunstancias ajenas a la voluntad del autor, no se logre consumar el hecho.

Así, el artículo 42 del Código sustantivo establece: “***El que con el fin de cometer un delito determinado comienza su ejecución, pero no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad, sufrirá...***”

Cabe aclarar que sólo opera cuando hay dolo del autor, dado que la posibilidad de una tentativa culposa es insostenible, porque el tipo culposo no individualiza las conductas por la finalidad sino por la forma de obtener la finalidad [\[60\]](#) .

La defraudación fiduciaria es un delito doloso. La tentativa requiere el mismo dolo del delito consumado, ya sea cometido con dolo eventual o sin el, dado que la figura admite la posibilidad de éste último [\[61\]](#) .

11. Conclusión.

Como bien pude demostrar a lo largo de este trabajo, la responsabilidad penal de aquel sujeto que registre a su cargo la propiedad fiduciaria de bienes fideicomitidos, se encuentra prevista y reprimida en nuestro Código Penal, pese a los errores legislativos señalados.

A mi juicio, hubiese sido prudencial, responsable y propio de un Estado de Derecho haberle

dado un adecuado tratamiento en las comisiones penales de nuestro Poder Legislativo. No obstante, considero que la norma vigente logra penar una parte de las posibles defraudaciones. Y digo una parte, dado que, lamentablemente se ha tratado la responsabilidad de uno de los sujetos contractuales, más no se establecieron las diferentes formas de defraudación que este nuevo contrato de fideicomiso puede generar. Es decir, se legisló sobre una especie del género, más no sobre éste como tal.

Estimo que esta nueva modalidad contractual, si bien en muchos casos puede operar como un medio para concertar y/o facilitar un sinnúmero de negocios comerciales, aparte de otorgarle dinamismo a los mismos, por otro lado considero potencialmente riesgoso y de consecuencias funestas el hecho de no lograr pautar ciertos recaudos, como por ejemplo, la asignación de connotaciones de publicidad registral del contrato y de las partes del mismo, que ofrezcan protección a terceros de maniobras fraudulentas mediante el uso de ésta nueva herramienta jurídica, etc.

Por ejemplo, un acreedor de un beneficiario de cinco departamentos en un fideicomiso inmobiliario. Toda vez que el contrato no se inscribe en los distintos Registros (Propiedad Inmueble, Automotor, etc.) y que, asimismo, la calidad de beneficiario se transfiere mediante cesión de derechos por instrumento privado, en consecuencia, aquel que resulte tener un crédito por cobrar de una persona que en principio y aparentemente resulta ser insolvente, en verdad es la titular de un capital del cual no se tiene registro y el cual jurídicamente está “exento” de los derechos de los acreedores, en claro perjuicio de ellos.

Otro ejemplo es en materia impositiva. La posibilidad de ser parte de un fideicomiso en la calidad de beneficiario, permite a la claras, realizar inversiones “en negro” con dinero proveniente de otros ilícitos (lavado de dinero, drogas, evasión, robos, etc.) dado que dicha calidad, reitero, se puede adquirir y ceder nuevamente por instrumento privado.

La lista de delitos y fraudes que se pueden cometer mediante el uso de éste nuevo instrumento es amplísima. De todas formas, discuro correcta la inclusión del delito en nuestro ordenamiento jurídico, porque al menos genera un avance sobre la civilización de nuestra sociedad, dado que la figura delictiva, como de igual modo el contrato de fideicomiso en Argentina, fueron de los últimos en incorporarse de todos los países de América Latina.

En todo caso, correspondería a nuestros legisladores la creación de nuevos tipos penales que repriman y castiguen a los autores de esta nueva modalidad delictiva generada por éste reciente instituto jurídico.

12. Bibliografía consultada.

· **BAIGÚN, David – BERGEL, Salvador D.**, *El fraude en la administración societaria*, Buenos Aires, Depalma, 1991.

- **BARREIRA DELFINO, Eduardo A.**, *Fideicomiso de Garantía Crediticia, Tratamiento Integral del Fideicomiso*, BARREIRA DELFINO, Eduardo A. y CAMERINI, Marcelo A -Directores-, Ah – Hoc, Buenos Aires, Octubre 2007, p. 272 y ss.

- **BRESSAN, Pablo**, *Negocio jurídico fiduciario. Sus aspectos obligacionales, Tratado teórico práctico de fideicomiso*, MAURY DE GONZALEZ, Beatriz –Directora-, Ad Hoc, Buenos Aires, 2000.

- **BUOMPADRE, Jorge Eduardo**, *Derecho Penal. Derecho Procesal Penal. Homenaje a Carlos Alberto Contreras Gómez*, Abeledo Perrot, 1997..

- **CAMERINI, Marcelo A.**, *Fideicomiso Financiero, Tratamiento Integral del Fideicomiso*, BARREIRA DELFINO, Eduardo A. y CAMERINI, Marcelo A -Directores-, Ah – Hoc, Buenos Aires, Octubre 2007, p. 28.

- **CARREGAL, Mario A.**, *El Fideicomiso. Regulación jurídica y posibilidades prácticas*, Universidad, Buenos Aires, 1982.

- **CARRERA, Daniel**, *Defraudación por infidelidad o abuso*, Buenos Aires, Astrea, 1973.

- **CARRIZO, Rubén Omar**, *Las nuevas defraudaciones penales: los delitos incorporados al artículo 173 del Código Penal por la ley 24.441/95*, La Ley, 1999.

- **CORREA LARGUIA, Luís**, *El fideicomiso en la operatoria inmobiliaria y en la privatización de empresas y servicios*, en Revista del Notariado, Buenos Aires, a. 98, Nro. 842, jul-ago-sept 1995, p. 461-473.

- **CSJN**, Fallos: t. 194, p. 267; t. 196, p. 122; 294:152; 304:856; 312:345.

- **FERNANDEZ, Julio César D.**, *Antecedentes históricos del fideicomiso, Tratado Teórico Práctico de Fideicomiso*, MAURY DE GONZÁLEZ, Beatriz –Directora-, Ad – Hoc, Buenos Aires, 2000.

- **HERBEL, Gustavo A. y TROVATO, Gustavo F.**, *La responsabilidad penal del fiduciario (análisis del artículo 173, inciso 12 del Código Penal)*, Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, 1998, Volumen 1998-III.

- **MAIULINI, Federico**, *La defraudación fiduciaria*, Revista de Derecho Penal, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2000.

- **MARTORELL, Ernesto E. – LISOPRAWSKI, Silvio (colab.)**, *Tratado de los Contratos de Empresa*, Lexis-Nexis – Depalma, Buenos Aires, 2000. Capítulo XVIII – Los negocios Fiduciarios y el Fideicomiso.

- **MILLAN, Alberto S.**, *El delito de administración fraudulenta y desbaratamiento de derechos acordados*, Buenos Aires, 2a. ed., Abeledo Perrot, 1991.

- **MOISSET DE ESPANES, Luís**, *Contrato de fideicomiso*, en Revista del Notariado número especial sobre ley 24.441, 1995.

- **MOLINA SANDOVAL, Carlos A.**, *El fideicomiso en la dinámica mercantil*, Ábaco, Buenos Aires, 2004.

- **NAVARRO, Guillermo R.**, *Delitos contra la propiedad*, Belgrano, Buenos Aires, 1992.

· **RODRIGUEZ ESTEVEZ, Juan M.**, *El Derecho Penal en la actividad económica*, Ábaco, Buenos Aires, 2000, p. 253 y ss.

· Título I de la nota de elevación al Honorable Congreso de la Nación del **Proyecto de Ley 24.441**

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

· **ZAFFARONI, Eugenio R.**, *Manuel de Derecho Penal. Parte general*, EDIAR, 1999, p. 605.

[1] Título I de la nota de elevación al Honorable Congreso de la Nación del Proyecto de Ley 24.441.

[2] FERNANDEZ, Julio César D., *Antecedentes históricos del Fideicomiso, Tratado Teórico Práctico de Fideicomiso*, MAURY DE GONZÁLEZ, Beatriz –Directora-, Ad – Hoc, Buenos Aires, Febrero de 2000, p. 38.

[3] MARTORELL, Ernesto E. – LISOPRAWSKI, Silvio (colab.), *Tratado de los Contratos de Empresa*, Lexis-Nexis – Depalma, Buenos Aires, 2000. Capítulo XVIII – Los negocios Fiduciarios y el Fideicomiso.

[4] Vigésima segunda edición disponible en <http://www.rae.es>

[5] MARTORELL, Ernesto E. – LISOPRAWISKI, Silvio (colab.), ob. cit.

[6] MARTORELL, Ernesto E. – LISOPRAWISKI, Silvio (colab.), ob. cit.

[7] FERNANDEZ, Julio César D., ob. cit., p. 42.

[8] MARTORELL, Ernesto E. – LISOPRAWISKI, Silvio (colab.), ob. cit.

[9] MOLINA SANDOVAL, Carlos A., *El fideicomiso en la dinámica mercantil*, Ábaco, Buenos Aires, 2004, p. 37.

[10] MARTORELL, Ernesto E. – LISOPRAWISKI, Silvio (colab.), ob. cit.

[11] FERNANDEZ, Julio César D., ob. cit., p. 52.

[12] MOLINA SANDOVAL, Carlos A., p. 37.

[13] Así, la regulación societaria de los debentures, ley 18.061, ley 21.526 y ley 23.696. Proyectos Michelson de 1969; el anteproyecto de Parodi de 1984; proyecto del senador Velásquez Brasesco, Nápoli y Falsote también de 1984; el anteproyecto de notarios delegados de Tucumán de 1985; el proyecto Silva de 1986; el proyecto del P.E.N. de 1986; el proyecto de unificación civil y comercial de 1987 y de 1992; el proyecto Storani-Terrile de 1989; el proyecto Iribarne de 1991; etc. (MOLINA SANDOVAL, Carlos A., ob. cit., p. 38)

[14] CAMERINI, Marcelo A., *Fideicomiso Financiero, Tratamiento Integral del Fideicomiso*, BARREIRA DELFINO, Eduardo A. y CAMERINI, Marcelo A -Directores-, Ah – Hoc, Buenos Aires, Octubre 2007, p. 28.

[15] CARREGAL, Mario A., *El Fideicomiso. Regulación jurídica y posibilidades prácticas*, Universidad, Buenos Aires, 1982, p. 48;
MARTORELL, Ernesto E., “*Tratado de los Contratos de Empresa*”, Lexis Nexis – Depalma, Buenos Aires, 2000. Capítulo XVIII – Los negocios Fiduciarios y el Fideicomiso.

[16] SANCHEZ SOLDI, Horacio, *El fideicomiso en México, comentando el art. 346 de Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de México*, Greca, 1996; MOLINA SANDOVAL, Carlos A., ob. cit.

, p. 43, citando a BRESSAN, Pablo, *Negocio jurídico fiduciario. Sus aspectos obligacionales, Tratado teórico práctico de fideicomiso*, MAURY DE GONZALEZ, Beatriz –Directora-, Ad Hoc, Buenos Aires, 2000, p. 67.

[17] MOISSET DE ESPANES, Luis, *Contrato de fideicomiso*, en *Revista del Notariado* número especial sobre ley 24.441, 1995, p. 64.

[18] BRESSAN, Pablo, *Negocio jurídico fiduciario. Sus aspectos obligacionales, Tratado teórico práctico de fideicomiso*, MAURY DE GONZALEZ, Beatriz –Directora-, Ad Hoc, Buenos Aires, 2000, p. 73.

[19] MAIULINI, Federico, *La defraudación fiduciaria*, *Revista de Derecho Penal*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2000, p. 210.

[20] CSJN, Fallos: t. 194, p. 267; t. 196, p. 122; 294:152; 304:856; 312:345, entre muchos otros.

[21] MAIULINI, Federico, ob. cit., p. 211.

[22] Ver NAVARRO, Guillermo R., *Delitos contra la propiedad*, Belgrano, Buenos Aires, 1992, p. 39.

[23] MAIULINI, Federico, ob. cit., p. 212.

[24] HERBEL, Gustavo A. y TROVATO, Gustavo F., *La responsabilidad penal del fiduciario (análisis del artículo 173, inciso 12 del Código Penal)*, Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, 1998, Volumen 1998-III, p. 794, cita 17.

[25] CARRIZO, Rubén Omar, *Las nuevas defraudaciones penales: los delitos incorporados al artículo 173 del Código Penal por la ley 24.441/95*, La Ley, 1999, p. 30.

[26] BUOMPADRE, Jorge Eduardo, *Derecho Penal. Derecho Procesal Penal. Homenaje a Carlos Alberto Contreras Gómez*, Abeledo Perrot, 1997, p. 142.

[27] BAIGÚN, David – BERGEL, Salvador D., *El fraude en la administración societaria*, Buenos Aires, Depalma, 1991, p. 147.

[28] CARRERA, Daniel, *Defraudación por infidelidad o abuso*, Buenos Aires, Astrea, 1973, p. 78.

[29] MILLAN, Alberto S., *El delito de administración fraudulenta y desbaratamiento de derechos acordados*, Buenos Aires, 2a. ed., Abeledo Perrot, 1991, p.54.

[30] CARRIZO, Rubén Omar, ob. cit., p. 31.

[31] HERBEL, Gustavo A. y TROVATO, Gustavo F., ob. cit. p. 796.

[32] MAIULINI, Federico, ob. cit., p. 219.

[33] HERBEL Y TROVATO, ob. cit., p. 796.

[34] ZAFFARONI los denomina “tipos con tendencia interna trascendente”, *Manuel de Derecho Penal. Parte general*, EDIAR, 1999, p. 423.

[35] MAIULINI, Federico, ob. cit., p. 217 y HERBEL, Gustavo A. y TROVATO, Gustavo F., ob. cit. p. 796, comparten el criterio en cuanto a la falta de previsión de la hipótesis del daño.

[36] Ver punto 4.2. y 4.5.

[37] Dado que el mismo justifica el término utilizado por la norma en su libro *La defraudación fiduciaria*, Revista de Derecho Penal, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2000, p. 216.

[38] FERNANDEZ, Julio César D., ob. cit., p. 35.

[39] MOLINA SANDOVAL, Carlos A., ob. cit., p. 138 y ss.

[40] CORREA LARGUIA, Luis, *El fideicomiso en la operatoria inmobiliaria y en la privatización de empresas y servicios*, en Revista del Notariado, Buenos Aires, a. 98, Nro. 842, jul-ago-sept 1995, p. 461-473.

[41] MOLINA SANDOVAL, Carlos A., ob. cit., p. 64 y ss.

[42] CAMERINI, Marcelo A., ob. cit., p. 30.

[43] BARREIRA DELFINO, Eduardo A., *Fideicomiso de Garantía Crediticia, Tratamiento Integral del Fideicomiso*, BARREIRA DELFINO, Eduardo A. y CAMERINI, Marcelo A -Directores-, Ah – Hoc, Buenos Aires, Octubre 2007, p. 272 y ss.

[44] HERBEL, Gustavo A. y TROVATO, Gustavo F. ob. cit., p. 797.

[45] CARRIZO, Rubén Omar, ob. cit., p. 31.

[46] HERBEL, Gustavo A. y TROVATO, Gustavo F., ob. cit., p. 800 y ss.

[47] Ver artículos 21, 22 y 24 de la ley 21.526

[48] CARRIZO, Rubén Omar, ob. cit., p. 35.

[49] “La emisora puede celebrar con una institución financiera o firma intermediaria en la oferta pública de valores mobiliarios un convenio por el que ésta tome a su cargo la defensa de los derechos e intereses que colectivamente correspondan a los obligacionistas durante la vigencia del empréstito y hasta su cancelación total...”

[50] CARRIZO, Rubén Omar, ob. cit., p. 34.

[51] RODRIGUEZ ESTEVEZ, Juan M., El Derecho Penal en la Actividad Económica, Ábaco, Buenos Aires, 2000, p. 253 y ss.

[52] La situación descripta es comúnmente utilizada por sociedades “vacías” (sin patrimonio) creadas con el fin de cometer fraudes en materia impositiva, laboral, de la seguridad social, comercial, etc.

[53] En la actualidad, dichas medidas no serían dificultosas de poner en práctica, dado los avances tecnológicos que posibilitan los “cruzamientos de datos”.

[54] Se me ocurre, por ejemplo, establecer un método de premios y castigos de índole impositiva, conjuntamente con la creación de un **“Registro Nacional de Reincidencias y Antecedentes de Personas Jurídicas”** que concentre información en materia penal, tributaria, laboral (como empleadora), comercial, bancaria, etc., en el cual se implante un sistema que brinde información de cada sociedad, fundación y/o asociación y que asimismo las califique o puntúe conforme a parámetros objetivos, en donde quienes respeten la ley resulten beneficiados y quienes la infrinjan, castigados.

[55] CARRIZO, Rubén Omar, ob. cit., p. 39.

[56] MAIULINI, Federico, ob. cit., p. 214.

[57] MAIULINI, Federico, ob. cit., p. 216.

[58] Por ende, es muy escasa la jurisprudencia sobre el tema.

[59] CARRIZO, Rubén Omar, ob. cit., p. 43.

[60] ZAFFARONI, Eugenio R., *Manuel de Derecho Penal. Parte general*, EDIAR, 1999, p. 605.

[61] En contra, MAIULINI, Federico, ob. cit., p. 219.