

UNIVERSIDAD FASTA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
CARRERA DE ABOGACIA

FIDEICOMISO INMOBILIARIO
“Ventajas y Debilidades de la Ley
24.441”

Gisele Analia Sebastiani

Tutor: Dr. Juan Ignacio Marceillac

Agosto 2012

INDICE

Introducción.....	Pág. 1
1. Cuestiones preliminares.....	Pág. 2
1.1. Origen y evolución.....	Pág. 2
1.1.1. Antecedentes extranjeros.....	Pág. 3
1.1.1.1. Derecho Romano.....	Pág. 3
1.1.1.2. Derecho Anglosajón.....	Pág. 5
1.1.1.3. Antecedentes en países codificados americanos.....	Pág. 6
1.1.2. Inclusión en nuestra legislación.....	Pág. 6
1.2. Situación actual.....	Pág. 11
1.3. Fideicomiso inmobiliario.....	Pág. 18
1.3.1. Particularidades.....	Pág. 11
1.3.2. Ventajas y debilidades.....	Pág. 22
2. Análisis de temas que requieren especial atención.....	Pág. 27
2.1. Registración.....	Pág. 27
2.2. Facultades del fiduciario.....	Pág. 33
2.3. Sustitución del fiduciario.....	Pág. 45
2.4. Vencimiento del plazo. Consecuencias jurídicas.....	Pág. 56
3. Anteproyecto de Código Unificado.....	Pág. 62
4. Conclusiones finales.....	Pág. 65
Bibliografía.....	Pág. 68

Fideicomiso Inmobiliario.

Ventajas y Debilidades de la Ley 24.441-

Introducción.

La presente exposición es el resultado del interés que nos generó la figura del fideicomiso inmobiliario al trabajar en una notaría. Es una figura muy interesante y una excelente herramienta para darle a ciertos emprendimientos inmobiliarios un encuadre jurídico adecuado.

Este instituto ha cobrado mayor relevancia en nuestro país al sancionarse la Ley nro. 24.441 de Financiamiento de la Vivienda y la Construcción (1995), pese a que con anterioridad a ello, encontraba tratamiento en el artículo 2662 del Código Civil.

Si bien es una figura de gran utilidad y de conveniencia para todas las partes intervinientes, nos interesa hacer notar en el presente trabajo los vacíos legislativos existentes en el fideicomiso. Esto lleva muchas veces a la incorrecta e improvisada aplicación del mismo. Por esta razón, se pretende avanzar en el estudio y desarrollo de la figura.

Es una normativa sin evolución y que debería adaptarse a las demandas sociales actuales, ya que la ley no es abarcativa de todas las cuestiones que pueden plantearse luego de casi veinte años de su sanción. Omite considerar muchos aspectos, que, en general, no se les presta demasiada atención en los contratos, y cuando el negocio se frustra por cualquier motivo, se ve que la redacción de algunas cláusulas resultó insuficiente o poco clara, y como consecuencia se hace muy difícil encontrar una solución eficaz, máxime cuando la ley no es lo suficientemente clara y completa.

Son muchas cuestiones que ameritarían ser tratadas pero nos reduciremos a tratar solamente algunas de ellas, sobre todo las relacionadas con los fideicomisos inmobiliarios. La tenemos aquí en nuestros negocios y contratos, por lo que en todo aquello que esté a nuestro alcance, debemos clarificarla, mejorar y perfeccionar con reglas contractuales que faciliten su aplicación, y especialmente aporten soluciones a supuestos conflictos que se pueden plantear durante la vigencia del contrato fiduciario.

Consideramos que una de las cuestiones más difíciles a la hora de hablar o asesorar, es buscar la forma más adecuada para cada caso. Cada negocio vehiculizado con un pacto de fiducia será diferente y presentara sus singularidades, con un gran predominio de la autonomía de la voluntad, pero sin olvidar que todos se regulan con las mismas normas. De aquí que trataremos en el desarrollo de la presente, las previsiones contractuales, ya que mientras mayores sean las mismas, menores serán los conflictos posibles en la vida del contrato.

Concretamente se buscará mostrar:

1) Cuál ha sido el origen y la evolución de este instituto, pese a que será un análisis limitado por la extensión y objeto de esta presentación.

2) En primer término, nociones generales al Fideicomiso, luego avanzaremos en el tratamiento de los diversos tipos que existen de este instituto, abocándonos particularmente en este trabajo al análisis del Fideicomiso inmobiliario.

3) Finalmente se esbozará un análisis particularizado sobre puntos que consideramos requieren especial atención, como la registración del contrato de fideicomiso, sustitución del fiduciario, y la legitimación del fiduciario durante y luego de la extinción del fideicomiso. Cuestiones de relevancia registral y creemos en su relación.

1. Cuestiones Preliminares

1.1 Origen y Evolución

Por su importancia para la comprensión de lo que entendemos por fideicomiso frente a nuestra legislación y para el logro de correctos criterios interpretativos, es conveniente analizar sus antecedentes históricos, que no tiene por objeto hacer un análisis exhaustivo, sino mas bien poner en evidencia algunas cuestiones que explican el porque del nacimiento de la figura y como fue su evolución.

Para empezar a comprender esta figura, comenzaremos con el origen y significado. Etimológicamente la palabra fideicomiso proviene de latín: Fides: Fe, y comito: encargo, comisión. Tratándose así de un encargo cuyo sustento es la fe (la buena fe que despierta la confianza de un sujeto en otro).

Están presentes en todos sus antecedentes las dos principales características de los negocios fiduciarios: por un lado la transferencia de la propiedad, el desplazamiento patrimonial que lo aleja de la figura del mandato, y por otro, el encargo de confianza, la fides del transmitente en la gestión encomendada a este nuevo titular temporario de la propiedad. Siempre reconoce el sustrato de un negocio indirecto pero único¹.

El origen lo podemos encontrar, a lo largo de la historia, en los distintos ordenamientos jurídicos. Sus pilares en el derecho romano, base de nuestras instituciones; en el derecho anglosajón, por ser el creador del trust, cimiento fundamental para el fideicomiso concebido en términos modernos, y en el derecho español, por influencia que tuvo su normativa.

En nuestro derecho, el desarrollo de la figura ha variado con el paso del tiempo, y distintas posturas doctrinales han negado o aceptado su existencia en el Código de Vélez Sársfield. Toda cuestión quedó zanjada con la posterior sanción de la ley 24.441.

1.1.1 - Antecedentes extranjeros

1.1.1.1. Derecho Romano:

Los primeros antecedentes los encontramos en la fiducia, que tenía diversas finalidades y momentos de constitución. Aparece como una de las primeras formas de garantía real de una deuda, configurándose así como el antecedente de la pignus y la hipoteca que en su evolución, prescinden de la transferencia patrimonial.

En ocasiones sirvió para mantener a salvo y productivo el patrimonio de aquellos ciudadanos de Roma que se ausentaban de sus fundos durante lapsos inciertos por las extensas campañas militares.

Bonfante define la fiducia como “*una convención por la cual una de las partes (fiduciario), al recibir de la otra (fiduciante) una cosa en la forma de la mancipatio o la in iure cesio, asume la obligación de hacer uso de aquella con un fin determinado, y al menos por regla general, restituirla una vez logrado el fin* “. Se observa que la fiducia romana no producía ningún tipo especial de ius in re, sino que transmitía al fiduciario la propiedad plena de la cosa.²

Lo cierto es que comenzó siendo un negocio basado únicamente en la confianza que el transmitente tenía del adquirente. Todas las instrucciones impartidas al adquirente

¹ CLUSELLAS, EDUARDO G. – ORMAECHEA, CAROLINA, *Contratos con Garantía Fiduciaria*, 2ª ED., La Ley, Buenos Aires, 2007, p. 7.

² FUNES, SATURINO J., *El fiduciario en la ley 24.441*, Depalma, Buenos Aires, 1996, p. 10.

se realizaban en forma oral. Podía libremente usar y abusar del derecho de dominio que recibía y no podía ser obligado por acción judicial alguna, pero con el tiempo si fueron naciendo acciones judiciales.

Conforme al modo de constitución, dos instituciones sirven de antecedente al fideicomiso actual:

a) Fiducia

Nos encontramos frente a un acto entre vivos. Consistía en la transmisión de la propiedad acompañada de un pactum fiduciae, por el cual quien recibía la cosa se obligaba a su vez frente al transmitente, a restituirla o a transmitirla en propiedad a una tercera persona, al verse realizados determinados fines.

Las formas características que revestía el pacto de fiducia eran la fiducia cum creditore contracta y la fiducia cum amico contracta.

Fiducia de Garantía (fiducia cum creditore contracta). En síntesis, el deudor entregaba al acreedor la propiedad de una cosa en garantía de la obligación que los vinculaba, con cargo de devolvérsela cuando se produjera el pago. Mientras no existió acción para reclamar la restitución de la cosa, el deudor debió confiar exclusivamente en la buena fe del acreedor. Con posterioridad se consagró la actio, y si el deudor no pagaba en término se consolidaba el dominio en cabeza del acreedor.

Los sistemas de garantías reales estructurados con la prenda y la hipoteca, más favorables al deudor, fueron desplazando a la fiducia cum creditore.

Encargo en confianza (fiducia cum amico contracta). A diferencia del anterior, se constituía en interés del fiduciante y no del fiduciario. Quien tuviera la necesidad de confiar a otro la administración de un bien propio. Aquí frente a los terceros el fiduciario era el propietario. El elemento de confianza no era muy sólido, puesto que al permanecer oculta la convención que limitaba las atribuciones del fiduciario permitía la comisión de abusos que los contratantes de buena fe no estaban en condiciones de advertir.

b) Fideicomiso (Fideicommissum)

Esta institución correspondía al derecho sucesorio. Consistía en el acto por el cual una persona (disponente) encarga a otra (fiduciario) la transmisión de toda una herencia, de una cuota parte de ella o de un bien determinado de la misma a una tercera persona

(fideicomisario). Era utilizado por el testador cuando quería favorecer a una persona incapaz de sucederlo³.

1.1.1.2. *Derecho Inglés – El “trust” anglosajón.*

Dos instituciones son importantes antecedentes: el antiguo use y el moderno trust.

Así el antecedente más directo del trust fue el use, siendo este una transmisión del dominio de los bienes (settlor) a un tercero (feoffe to use), con el encargo de que los administre y entregue su producido a determinado sujeto (cestui que use). La vinculación es clara con la figura romana, pero adquirió tintes propios.

Consistía fundamentalmente en transmitir por actos entre vivos o vía testamentaria determinadas tierras a una persona en calidad de testaferro para que la administre en beneficio de otra, que podía ser el mismo transmitente o un tercero. Al igual que en el derecho romano, era una figura muy utilizada para ocultar verdaderos titulares de las relaciones jurídicas, como ser la transmisión entre personas que la ley vedaba.

En principio era utilizado por hombres que iban a la guerra, ya que antes de partir transmitían parte de su patrimonio a otra persona para que lo proteja y le sea reintegrado a su vuelta, o bien, si no volvían, pasaba a un tercero designado.

Otro uso que se le dio fue como vehículo para efectivizar la entrega de bienes a clérigos, que por ley estaba prohibida.

Como sabemos Inglaterra se rige por el sistema jurídico del Common Law, en el cual se le da enorme importancia a los precedentes jurisprudenciales. En este marco surgen los equity, especie de tribunales que aplicaban con equidad el derecho, y son ellos los que, complementando la figura de los uses, construyen un derecho de propiedad que reconoce dos facetas: la de ostentación de la propiedad, y la otra de quien recibía el beneficio de ésta.

Luego, por una promulgación en 1535, se declara que los verdaderos dueños de las tierras son quienes la poseen, terminando con los uses. Pero, tiempo después, los equity comienzan a aceptarlos en ciertos casos dando lugar al trust.

³ Recordemos que, en Roma, la capacidad de suceder dependía del estado de familia, la condición política o el sexo. Cuando aquel a quien se quería beneficiar no era “apto” para recibir por esta vía la propiedad de los bienes, el propietario no podía manifestar abiertamente su voluntad. Para soslayar estas prohibiciones legales se utilizaba indirectamente la figura de un fiduciario, incluyéndole un encargo de que beneficiara al incapaz o le transmitiera la propiedad del bien.

El trust es una afectación de bienes en cabeza de un tercero que adquiere la calidad de sujeto de derecho obligado a realizar todo lo que sea necesario para llevar adelante el objetivo de esa afectación.

La mayor particularidad es que los derechos sobre los bienes fideicomitidos son divididos entre el trustee y el beneficiario. El trustee ostenta el título y administra solo de manera temporal el bien y al beneficiario le corresponden los frutos y, al final del contrato, reclamar el dominio.

El trust ha tenido y sigue teniendo proyección internacional global de grandes dimensiones, con lo que se hizo necesario en 1985 celebrar una convención de La Haya en la que se otorgó un reconocimiento internacional y se establecieron pautas generales sobre la ley aplicable. La convención además de definir el trust, enumera sus principales caracteres. Se presenta un punto conflictivo con nuestra legislación, ya que en La Haya se entendió que la ley aplicable es la que elija el fiduciante, en tanto que en nuestro país regirá la local, aún cuando los sujetos estén domiciliados en el exterior y el contrato fuera celebrado allí, puesto que se aplica el criterio de la localización de los bienes involucrados.-

1.1.1.3. Antecedentes en países codificados Americanos.

A partir de 1923 se inicia en América Latina un movimiento tendiente a receptor el trust e ir adaptándolo paulatinamente a las necesidades de cada comunidad.⁴

Primero Colombia, y luego México, Chile, Bolivia, Perú y Costa Rica, entre otros, fueron incorporando la figura, y todos con el mismo objetivo: prestar auxilio cuando los modelos contractuales fueran demasiado inflexibles.

En Brasil, el único fideicomiso conocido y aceptado por la legislación es el sucesorio, sin perjuicio de que existen proyectos de regulación para la totalidad de los institutos.

Chile, por su parte, regula el fideicomiso en su totalidad, y lo define en su artículo 733 de su Código Civil, que resumidamente dice que la propiedad fiduciaria es la que pasa a otra persona acaecida una condición.

En México se desarrollo la figura con más rapidez, y allí la regulación es patrimonio del Código de Comercio. Al tener una mayor regulación esto permite una mayor seguridad jurídica y certeza a la hora de celebrar el negocio y exigir su cumplimiento conforme a lo establecido contractualmente o por vía testamentaria.

⁴ ALFARO, RICARDO, **El Fideicomiso**, p 47.

Uruguay posee una ley de fideicomiso que se ocupa de toda la cuestión, y Colombia regula en su Código de Comercio, además de tener una ley que regula aspectos específicos.

1.1. 2 Inclusión en nuestra legislación.

Situación anterior a la sanción de la ley 24.441.

En la Argentina sucedió lo propio, primero Dalmacio Vélez Sarfield a través de su Código Civil de 1871, y a partir de 1995 la ley específica 24.441 en la materia, fueron enriqueciendo e imponiendo el fideicomiso como una figura más en el ordenamiento jurídico, hasta llegar a convertirla en una herramienta con innumerables utilidades y facetas.

Como decíamos, el fideicomiso como contrato, no fue incorporado con regulación expresa sino hasta 1995, con la ley de Financiamiento para la Vivienda y la Construcción. Durante mucho tiempo fue un contrato innominado, y en relación a los negocios fiduciarios en general, fueron incorporados por Vélez Sársfield, y sólo a través del artículo 2662⁵ del Código Civil.

Este artículo se encuentra dentro del Libro Tercero, de los Derechos Reales en el Título VII del “Dominio Imperfecto”. Y entre otros motivos, el desconocimiento, su escasa regulación y su inclusión dentro del dominio imperfecto desalentaron su utilización tanto para los pequeños negocios como para los emprendimientos importantes.

Con respecto a ese artículo (2662), se presentaron a lo largo de la doctrina argentina dos posturas marcadamente opuestas, la de Salvat y la de Lafaille. El primero de ellos le restaba cualquier tipo de aplicación práctica porque en el caso de los testamentos estaba prohibida, ya que contrariaba la propagación de la riqueza y su productividad, y en el caso de actos entre vivos, no reunía ningún carácter que pudiese encontrarse en otra figura de más fácil y conocida aplicación. Por la utilidad de la figura se pronuncia Lafaille, quien entendía, que el fiduciario realmente posee las cosas transmitidas en razón del fideicomiso para sí y como un dominus.⁶

⁵ Art. 2662 : “Dominio fiduciario es el que se adquiere en un fideicomiso singular, subordinado a durar solamente hasta el cumplimiento de una condición resolutive o hasta el vencimiento de un plazo resolutive, para el efecto de restituir la cosa a un tercero”.

⁶ AMENDOLA, MANUEL ALEJANDRO, **Ley de Fideicomiso Comentada**, 1ª ed. Buenos Aires, Errepar ,2011, p. 11.

Este último también fue el criterio de Bibiloni, quien critica a los expositores que sólo han visto en el art. 2662 un caso de sustitución para luego concluir en su prohibición en virtud de los arts. 3724, 3730 y 3731 del Código Civil. Adujo dicho jurista que: “...es ése un extraño modo de interpretación. Un artículo no vale mas que otro, como disposición legal, y el art. 2662 no afirma lo que la interpretación niega: hay dominio fiduciario. Lo hay, dice el texto, cuando se adquiere por fideicomiso singular. Hay fideicomiso singular, tanto por disposición de ultima voluntad, como por donación entre vivos”.⁷ Participan de esta postura Guastavino, Carregal, Alterini, Valdés y Orchansky, y Laquis, entre otros.

En la misma línea, Claudio Kiper señaló que: “...la existencia en el Código Civil de una disposición expresa que describe a la figura del dominio fiduciario, y las razones expuestas por la doctrina mayoritaria, son suficientes para admitir su consagración legal. Cabe agregar que el art. 2662 tiene su fuente en los arts. 4314 y 4315 del Esbozo de Freitas. Es útil recordar las palabras del codificador en la nota del art. 2663: “...no puede oponerse razón alguna para que las partes que contratan la enajenación de una cosa no puedan poner condiciones o plazos resolutive del dominio que transmite la una y adquiere la otra (...)”⁸.-

En idéntico sentido se pronunció la Comisión 4 de las IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, realizadas en Mar del Plata, en tanto se declaró, por mayoría, que “...el Dominio Fiduciario no solo esta permitido y definido por el Código Civil argentino, sino que existen directivas legales suficientes para poder aplicarlo”.

En disidencia, sostuvo el Dr. Gatti que en virtud del numerus clausus, resulta dudosa la existencia y aplicación del dominio fiduciario en nuestro Código, al haberse limitado a definirlo, sin darle tipicidad.

Así, parte de la doctrina nacional califico a la adquisición del dominio fiduciario, carente de todas luces de seguridad jurídica e interés práctico, como “interina”⁹, para durar hasta el cumplimiento de un plazo o una condición resolutoria, acaecido el cual la cosa debía restituirse a un tercero, resultando un negocio indirecto “inútil”, ya que la misma finalidad se lograba con la figura del mandato. Estas palabras son descriptivas del

⁷ Anteproyecto, T III, p. 81, nota al art. 2383.-

⁸ LISOPRAWSKI, Silvio V. y KIPER, Claudio M. **Fideicomiso. Dominio Fiduciario. Securitización**, Depalma, 1995, p.157.

⁹ SALVAT, RAYMUNDO M., **Tratado de derecho civil argentino, “Derechos reales”**, Tea, Buenos Aires, 1952, p. 474.

deprecio y subestimación que la doctrina nacional tenía por los negocios fiduciarios, a los que se consideraba como una vía oculta y violatoria de normas de orden público.

Se lo consideraba al dominio fiduciario como un “residuo” del antiguo derecho de base romana, utilizado para desviar parte del patrimonio del orden sucesorio. La transmisión fiduciaria del dominio se concebía exclusivamente en actos entre vivos, creyendo prohibidas las disposiciones testamentarias, constituyendo un dominio transitorio basado en la confianza, en cabeza de una persona que tenía la misión de transferir la cosa recibida de otro, pasado cierto tiempo o cumplida una condición. Se encontró por vía jurisprudencial una aplicación a la figura en el caso de los llamados “bienes reservables”, a partir del art. 115 de la ley de matrimonio civil que disponía que, el viudo o la viuda con hijos de un primer matrimonio, al contraer nupcias nuevamente, estaba obligado a reservar a sus hijos del primer matrimonio la propiedad de los bienes que por testamento o ab intestato hubiesen heredado, conservando solo el usufructo de dichos bienes. Considero la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, citada por Lafaille, que esos bienes eran recibidos por el progenitor causa fiduciae para devolverlos a sus legítimos herederos.¹⁰

Mientras los negocios fiduciarios se desarrollaron y crecieron en otros países, en el nuestro no sólo no se utilizaron, sino que por largo tiempo se consideró que todo tipo de fideicomiso estaba prohibido, que la regulación del dominio fiduciario era un error del codificador, estaba mal incluida en el Código Civil, y que la figura era inútil y carente de interés práctico.

En cuanto a su interés práctico, no pueden sentarse reglas generales, ya que dependerá de los objetivos que persigan las partes del negocio al regular sus derechos por medio de la figura, todo dentro del marco de la autonomía de la voluntad. Como por ejemplo del uso del dominio fiduciario se puede citar el dado por Highton y Areán de Díaz de Vivar: “...una persona que posee cuantiosos bienes decide irse al extranjero. Le preocupa, sin embargo, la situación de un sobrino estudiante de derecho, que no progresa demasiado en su carrera. A efectos de estimularlo en el estudio y a su vez beneficiarlo, constituye dominio fiduciario de un inmueble apropiado para estudio jurídico a favor de un amigo íntimo, quien siempre y cuando su sobrino se reciba, deberá entregarle el inmueble al mismo”¹¹. Se puede objetar en el ejemplo que el tío podría conseguir su finalidad por

¹⁰ CLUSELLAS, EDUARDO G., ORMAECHEA, CAROLINA, **Contratos con Garantía Fiduciaria**, 2DA ED, La Ley, 2007, p.16.

¹¹ “Dominio revocable y fiduciario en las IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil”, “L.L.”, 1984-C-964.-

otros mecanismos menos riesgosos, como dar el inmueble en locación o usufructo hasta tanto el sobrino se reciba, pero es menester recordar que la elección del medio a emplear esta sujeta al ejercicio de la libertad contractual de los interesados y nada se debe objetar sobre la bondad o no de la elección.

La doctrina más moderna considero, sin embargo, que el fideicomiso era una figura ignorada, que el dominio fiduciario no se utilizaba por falta de conocimiento y desarrollo, y que el fideicomiso, lejos de estar prohibido era un contrato permitido y no regulado y que ni siquiera la vía testamentaria estaba vedada para estos negocios jurídicos.¹²

En este sentido, importantes trabajos ha realizado la doctrina notarial Correa Larguía, quien propuso la adopción de los negocios fiduciarios para la solución del problema de la vivienda. El esquema básico consistía en la transmisión del dominio fiduciario por parte de los titulares de terrenos baldíos o casas de una sola planta a las entidades autorizadas (generalmente empresas constructoras, bancos o entidades crediticias por su supuesta solvencia), las que levantarían un edificio de viviendas y entregarían en pago algunas de éstas a los fiduciantes, y las restantes las comercializarían con terceros. Propone también, en caso de ser necesario, la adopción de una consecuente política crediticia del Estado para favorecer a los sectores de la población de menores ingresos¹³.

Garrido y Garrido Cordobera sostienen que el negocio fiduciario puede combinarse con otra figura de actualidad jurídica, el leasing inmobiliario. Señala que el tercero – entidad financiera de crédito – puede tener interés en asegurar su inversión utilizando el desplazamiento fiduciario y el control de la inversión y el rescate del capital. Se aseguraría su inversión en la construcción de viviendas por medio de la titularidad fiduciaria, como instrumento de garantía indirecta. Los futuros adquirentes de las unidades, pendiente la construcción a cargo de otra empresa, celebrarían contratos de leasing con la entidad financiera y, a su vez, revestirían el carácter de fideicomisarios.¹⁴

Azpeitia, en las conferencias pronunciadas en el Colegio de Escribanos los días 17, 23 y 24 de abril de 1985, trató a esta institución junto con el leasing inmobiliario y el derecho de superficie, destacando ciertos objetivos comunes, que son:

¹² HIGHTON, ELENA I., **Dominio y usucapión**, Hammurabi, Buenos Aires, 1983, p. 151.

¹³ El fideicomiso inmobiliario, "Rev. Del Notariado", no 760, ps.1213 y ss; No. 781, p.69 y ss; No. 789, p. 679 y ss.

¹⁴ El leasing inmobiliario, Bs. As., 1986, ps.49/52.-

1) Jurídicos: evitar que se recurra al uso incorrecto de instituciones de derecho que, a pesar de ciertas analogías, no contemplan íntegramente la solución para los problemas económicos y sociales;

2) Económicos: financiamiento para distintos fines algunos de ellos comunes; por ejemplo, desarrollo empresario, viviendas, industrias y otros; adecuación tributaria y fiscal;

3) Sociales: acceso a la vivienda a grandes masas de población de bajos ingresos con seguridades en su construcción, financiación y titularidad dominial.¹⁵

La XIV Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Capital Federal, llevada a cabo en Agosto de 1985, declaró, entre otras conclusiones, que “...*el fideicomiso, como institución del derecho romano, se encuentra receptado en el art. 2662 del Código Civil desde su vigencia, sin que haya sido utilizado sistemáticamente para desarrollar las instituciones fiduciarias que las prácticas modernas del derecho económico y técnicas financieras han alcanzado en el presente. (...). Actualmente, y atento al volumen e importancia que han alcanzado los negocios y emprendimientos en países que, como México, llevan más de medio siglo en la aplicación integral de este instituto, ha llegado la hora de propiciar ante los poderes públicos el dictado de la ley que regule su funcionamiento, máxime en momentos en que se encuentran a consideración del Congreso de la Nación varios proyectos de ley referidos a esta materia. Reafirmar la necesidad de la escritura pública para su instrumentación, por la importancia de los intereses en juego y de las partes intervinientes en toda clase de negocios fiduciarios*”.-

A su vez, las Jornadas Nacionales de Derecho Privado realizadas en Corrientes en 1993, además de aceptar la existencia del dominio fiduciario, recomendaron de *lege ferenda* que una futura reforma legislativa contemple diversos aspectos referentes a su régimen, especialmente la “*atribución a los bienes fideicomitidos del carácter de patrimonio de afectación*”

Recién a partir de la década del ochenta se reconocen proyectos legislativos orientados a regular la figura. El proyecto de ley de 1986, impulsado por el Poder Ejecutivo Nacional es citado y oficia como fuente de nuestra actual Ley de Financiamiento, tal como acontece con la reforma proyectada por la comisión creada por decreto 468/92 que previera en sus artículos 1296 a 1314, y de cuya lectura resulta una gran similitud con la Ley 24.441. También aborda la cuestión la comisión creada por decreto 72/93, con similar producción que la anterior.¹⁶

¹⁵ V. “Rev. del Notariado”, No. 800 y 801.

¹⁶ KIPER, CLAUDIO M., y LISOPRAWSKI, SILVIO V. , p. 365.

La ley 24.441 de Financiamiento de la Vivienda y la Construcción, vigente desde inicios de 1995, se inspiró en la emergencia habitacional que en ese momento imperaba, tratando por su intermedio de facilitar la construcción y atraer inversiones. El objetivo era incorporar una moderna forma de contratación que agilizara las cosas y dotara de seguridad jurídica los emprendimientos futuros, con beneficios impositivos y reduciendo los riesgos, puesto que los bienes afectados al proyecto fiduciario no se confunden con el patrimonio de quien los administra, y esto garantiza que las situaciones particulares de los sujetos no intervengan en el negocio.

1.2. – Situación actual. Ley 24.441.

La sanción de la ley 24.441 ha ratificado la orientación doctrinal que encontraba posible la celebración de negocios fiduciarios de distinta índole, así como la transmisión fiduciaria del dominio en los términos del art. 2662 del Código Civil, no obstante la falta de normas expresas que contemplasen su régimen.

Dicha ley, siguiendo la orientación de la doctrina, se ha ocupado principalmente del contrato de fideicomiso, omitiendo establecer un régimen para el dominio fiduciario, con excepción de ciertas normas aisladas.

De todas formas, el hecho de haber modificado el texto del art. 2662 y de hacerle un agregado al art. 2670, así como algunas alusiones que contiene y articulado respecto de dicho derecho real, permite arribar a la conclusión de que la discusión sobre su existencia esta superada. Solo resta interpretar las normas en juego para encontrar las soluciones apropiadas, a los interrogantes que surgen.

Trataremos de hacer un breve repaso de las notas más salientes de la figura, para entender su funcionamiento.

A pesar del título de la ley, que teleológicamente tiende a fomentar el financiamiento de la vivienda y la construcción, su articulado no se limita a regular solamente contratos que tengan por objeto la construcción de viviendas, ni a establecer un estatuto o régimen especial para determinados inmuebles, sino que reglamenta el fideicomiso en general, e introduce a la par en nuestra legislación otros nuevos contratos e instituciones como el leasing, las letras hipotecarias, créditos hipotecarios destinados a vivienda, régimen especial de ejecución de hipotecas, reformas al Código Civil, al régimen de corretaje, al derecho procesal y registral.

No se deduce de la ley una clasificación legal de los “fideicomisos posibles” a partir de ella, ya que la norma remite solamente al fideicomiso a secas, salvo para el caso del financiero. Pero en doctrina se ha elaborado alguna clasificación, atendiendo a la finalidad del negocio subyacente como a la forma de instrumentación del fideicomiso.

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil ha manifestado respecto que “... *el fideicomiso ha sido introducido en la ley 24.441, y si bien dicha norma no regula específicamente el fideicomiso de garantía, como tampoco contiene normas específica para los llamados fideicomisos de administración, ni para los de inversión, ni para los inmobiliarios, ni para los que tiene como finalidad la transmisión de bienes inmateriales, ni para ningún otro, con excepción de los fideicomisos testamentarios y los financieros, tampoco existe prohibición alguna en la citada ley – ni expresa ni tácita - respecto de la celebración de fideicomisos de garantía*”¹⁷.-

Así, según la forma, los fideicomisos se clasifican en contractuales, cuando se constituyen por actos entre vivos, revistiendo la forma de un contrato, o testamentarios, cuando su fuente es la disposición unilateral de última voluntad emanada del fiduciante, con las formas prescriptas por la ley para los testamentos.

Atendiendo a la finalidad del negocio, se los divide en fideicomisos financieros y fideicomisos en general.

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

Si esperábamos pureza legislativa, este no fue un buen comienzo. El artículo principia diciendo “*Habrá fideicomiso (...)*” sin especificar si esta definiendo al “contrato de fideicomiso” o a la “propiedad fiduciaria”. Más que una definición parece describir su funcionamiento en general, prescindiendo de calificarlo como contrato, razón por la cual se complica la atribución de una única naturaleza jurídica al negocio fiduciario visto globalmente.

Los autores en general, coinciden en que el art. 1 de la ley define la propiedad fiduciaria; de no ser así, se evidenciaría una inconsistencia, ya que esta norma entraría en colisión con el art. 4, que claramente refiere que el contrato debe indicar tan sólo las

¹⁷ CNCiv., Sala B, 5/3/2002, “El Albañil S.A.c.G., N.J.M.”, JA, 2002-II-512.-

características que deberán reunir los bienes con la definición del art. 1 que reza: “*cuando una persona (fiduciante) transfiera la propiedad fiduciaria a otra (fiduciario)*”.

Si nos remitimos al art. 73 de la Ley de Financiamiento, damos consistencia a la regulación ya que se sustituye el viejo art. 2662 por un nuevo texto, adecuado a su ubicación metodológicamente en el Código y disponiendo: “*Dominio fiduciario es el que se adquiere en razón de un fideicomiso constituido por contrato o por testamento, y está sometido a durar solamente hasta la extinción del fideicomiso, para el efecto de entregar la cosa a quien corresponda según el contrato, el testamento o la ley*”; para completar la normativo del dominio fiduciario, la ley, mediante el art. 74 agrega un último párrafo al art. 2670, que en su nuevo texto dice: “*Revocándose el dominio con efecto retroactivo, el antiguo propietario está autorizado a tomar el inmueble libre de todas las cargas, servidumbres o hipotecas con que lo hubiese gravado el propietario desposeído o el tercer poseedor; pero está obligado a respetar los actos administrativos del propietario desposeído, como los alquileres o arrendamientos que hubiese hecho. Quedan a salvo los actos de disposición realizados por el fiduciario de conformidad con lo previsto en la legislación especial*”. Esta legislación especial es el nuevo dominio fiduciario, que confiere a su titular amplias facultades materiales y jurídicas, que analizaremos mas detalladamente en el transcurso del trabajo, y sufre las mismas restricciones y limitaciones que el dominio pleno, salvo las establecidas en el pacto de fiducia, y que solo se ve limitado en el carácter de perpetuidad, ya que se resolverá al ocurrir un hecho resolutorio previsto.

Las características salientes del nuevo régimen aplicable al negocio fiduciario, y que constituyen los conceptos innovadores de la ley, gira en torno a la posibilidad de creación de un patrimonio autónomo, afectado al cumplimiento de un fin determinado en el contrato o en el testamento, cuyo titular no hará suyos los bienes, sino que la masa que constituye el patrimonio personal del fiduciario quedará invariable y mantendrá su independencia. Un mismo sujeto, sea persona física o jurídica, será titular de mas de un patrimonio. Por un lado el suyo personal, y por otro el patrimonio fiduciario que ha recibido con una finalidad específica; y al establecimiento de un régimen especial de responsabilidad para el fiduciario.

En función de todo lo dicho, puede definirse al contrato de fideicomiso como el negocio jurídico en virtud del cual una persona llamada “fiduciante” transfiere a titulo de confianza, a otra persona denominada “fiduciario”, uno o mas bienes (que pasan a formar el patrimonio fideicomitado) para que al vencimiento de un plazo o al cumplimiento de una

condición, éste transmita la finalidad o el resultado establecido por el primero, a su favor o a favor de un tercero llamado “beneficiario o fideicomisario”. El art. 3 establece que el Fideicomiso también podrá constituirse por testamento, extendido de alguna de las formas previstas en el Código Civil.-

El negocio fiduciario, según lo define la doctrina, consiste en la “declaración de voluntad, a través de la cual el fiduciante inviste al fiduciario de una posición jurídica frente a terceros, como un medio que excede el fin práctico tenido en vista por las partes, con la obligación de devolver el derecho estando su realización limitada por la convención fiduciaria establecida entre los dos sujetos”¹⁸

Así, el negocio fiduciario se caracteriza por los siguientes elementos fundamentales: a) la relación de confianza entre las partes; b) la existencia de doble juego de relaciones reales y obligacionales que exterioriza un negocio complejo que se estructura en base de un acuerdo en virtud del cual el fiduciante transmite el dominio o la propiedad en forma transitoria y con facultades limitadas, para que este se sirva de la misma conforme a lo pactado.

Es necesaria la aclaración de que el Fideicomiso no tiene un fin en sí mismo, ni es en sí mismo un negocio, sino que es un medio (estructura jurídica empleada) para llevar a cabo una finalidad contenida en el negocio subyacente.

La figura tiene la virtud de aportar determinados instrumentos jurídicos que generan mayor seguridad jurídica para las partes intervinientes.

Es un contrato que, como dijimos, genera un patrimonio separado de afectación, diverso al del patrimonio universal y de otros patrimonios fiduciarios del mismo sujeto, pero en ningún caso crea un sujeto de derecho con personalidad diferenciada. El fiduciario tiene una sola personalidad (física o jurídica), y tendrá tantos patrimonios separados como contratos de fideicomiso suscriba, amén se su único patrimonio universal.¹⁹

Así los bienes fideicomitados constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario y del fiduciante y quedarán exentos de la acción singular o colectiva de los acreedores del fiduciario. Como el patrimonio no tiene personería jurídica, necesita de un sostén que detente tales derechos, que queda personificado en el fiduciario. Si el patrimonio fideicomitado no alcanzare para responder a las obligaciones del fideicomiso no

¹⁸ MARTORELL, ERNESTO E., **Tratado de los Contratos de Empresa**, Tomo II, Lexis Nexis Depalma, p. 931.

¹⁹ LISOPRAWSKI, SILVIO, “El fideicomiso en crisis. Insuficiencia del patrimonio fiduciario”, **La Ley**, 2010 – D Diario, 24-08-10.

dará lugar a la quiebra, sino que se procederá a su liquidación, a cargo del fiduciario, y esta liquidación es privada y no requiere intervención judicial.

Es preciso aclarar que la transmisión de la propiedad fiduciaria no es onerosa ni gratuita sino simplemente fiduciaria o neutra, pero el contrato de fideicomiso puede ser oneroso o gratuito, según que el fiduciario cobre o no remuneración por su tarea. Conforme lo regulado por el art. 8 de la ley 24.441,²⁰ la presunción es que la actividad del fiduciario es onerosa, ya que así se presumirá en caso de silencio en el contrato.

Otra característica relevante de la propiedad fiduciaria, es que la transmisión no se realiza con vocación de perpetuidad, sino por un lapso que podrá o no estar determinado, conforme se sujete a un plazo o una condición resolutoria, y al solo efecto de cumplir con el encargo conforme al contrato, testamento o ley. Es un dominio imperfecto cuyo fin último es transmitir la propiedad plena, ya sea al fiduciante (que se la entregó), al beneficiario o al fideicomisario.

En cuanto a los efectos del fideicomiso, la ley establece que todas las transmisiones de dominio de bienes, sean fiduciarias o plenas, para la formación del patrimonio fiduciario, o para la liquidación, deberán otorgarse conforme a lo que la ley establece en cada caso, y de acuerdo con la naturaleza de los bienes que componen el patrimonio fiduciario. En el caso de los inmuebles será menester el título suficiente (escritura pública) sumado al modo y la inscripción registral para su oponibilidad. En el caso de muebles registrables, requerirá el acto jurídico causal y deberá procederse a la inscripción de la transferencia. Los muebles no registrables requerirán la tradición, resultando el título el contrato de fideicomiso. Esto sin perjuicio de nuestra postura – que trataremos mas adelante - de la necesidad de registración del contrato.

En relación al párrafo anterior, el Proyecto de 1986 (art. 2) determinó que el acto debía ser otorgado por escrito, debiendo ser hecho en escritura pública cuando así lo exigiera la naturaleza de los bienes fideicomitidos, y en cualquier caso el acto deberá ser inscripto en el Registro de Comercio. Lamentablemente, este último criterio se dejó de lado. Su mantenimiento hubiera contribuido en mucho a la seguridad del nuevo régimen, lo que luego ampliaremos.

La ley 24.441 prevé cuatro posibles sujetos, porque permite diferenciar al beneficiario actual –mientras el fideicomiso se está cumpliendo- del destinatario final de

²⁰ **Art. 8, Ley 24.441:** “Salvo estipulación en contrario, el fiduciario tendrá derecho al reembolso de los gastos y a una retribución. Si esta no hubiese sido fijada en el contrato, la fijará el juez teniendo en consideración la índole de la encomienda y la importancia de los deberes a cumplir”.

los bienes, que aunque muchas veces podrán coincidir, pueden dissociarse. Es decir, que beneficiario y fideicomisario pueden ser dos sujetos distintos.

Los sujetos son:

A) *El Fiduciante:*

No tiene articulado propio en la ley y solo se lo menciona en las disposiciones sobre remoción del fiduciario y algunas otras. Es el dador de los bienes o fiduciante. El que transmitió los bienes –por contrato o vía testamentaria- y fijo las reglas y pautas a cumplir con esos bienes. A él también le corresponde elegir los sujetos que intervendrán. Asimismo, el fiduciante que transmitió los bienes, podría luego al final del fideicomiso, ser el receptor de los mismos, o puede constituirse –en el medio- en beneficiario.

Es quien origina y hace nacer el fideicomiso, y quien concibe la idea de que determinado negocio o finalidad podrá ser llevado a cabo bajo la forma de un negocio fiduciario. Se desafecta de los bienes aportándolos al fideicomiso y perdiendo, por lo tanto, su derecho real de dominio (por lo menos temporalmente).

La jurisprudencia lo caracterizó como “*el titular originario de la propiedad de los bienes fideicomitados y quien formula el encargo a su respecto, transmitiendo para su cumplimiento la propiedad fiduciaria, pudiendo ser, a su vez, el beneficiario del contrato (...)*”.²¹

Al ser quien ideó el fideicomiso tiene facultades de contralor para vigilar que se cumplan todas las disposiciones contractuales. Consecuencia de esta facultad, es que puede solicitar la remoción del fiduciario en caso de incumplimiento de sus obligaciones.- Y otra facultad referida al control, es ejercer acciones en defensa de los bienes fideicomitados y pedir rendición de cuentas, esta última establecida por imperativo legal (Art. 7, Ley 24.441).

La ley sólo refiere, luego al fiduciante en los arts. 14 y 15 para resaltar la circunstancia de que esos bienes que se separaron de su patrimonio ya no lo integran más y no responden por las deudas que el constituyente pudiera contraer, quedando sólo a salvo la acción de fraude.

B) *El Fiduciario*

El fiduciario puede ser definido como el sujeto que ejercerá la propiedad fiduciaria de los bienes, cumpliendo con las disposiciones legales y contractuales, con el fin de

²¹ SJA, 5/3/2008.

cumplir con el encargo que dio origen al fideicomiso, atribuyendo finalmente los bienes y el producido a quienes por contrato corresponda.

Este sujeto es titular de un derecho real de dominio, titular de un derecho de propiedad imperfecto, un dominio imperfecto. La ley 24.441 permite, al adoptar un criterio amplio, que tanto las personas físicas como las jurídicas puedan desempeñarse como Fiduciarios (art.5).

C) *El Beneficiario.*

Es la persona o personas, físicas o jurídicas, individualizadas en el contrato para recibir las ventajas de esos bienes. Puede o no coincidir con el destinatario final de los bienes, y en definitiva, es el que aprovecha el resultado económico del fideicomiso mientras éste dura, es decir, mientras pende la condición o dura el plazo. Puede serlo el fideicomisario o el fiduciante, pero no el fiduciario. López de Zavalía enseña con acierto que el beneficiario no puede ser el fiduciario ya que “*éste -por hipótesis- debe actuar en beneficio de otro*”²².

Puede haber identidad entre el beneficio y el bien a recibir al final del negocio, como es el caso de un fideicomiso inmobiliario, cuyos fiduciantes ostentan la triple calidad de aportantes, recipiendarios finales de los bienes y beneficiarios, ya que el beneficio consiste en el inmueble terminado a recibir.

Kiper y Lisoprawski han caracterizado al beneficiario como un elemento esencial del contrato debido a que se establecen reglas para su reemplazo en caso de que quien fuera originariamente designado, no acepte, no quiera o no haya sido individualizado (debiendo por lo menos constar los datos necesarios para poder identificarlo en el futuro).²³

Con respecto a la naturaleza jurídica de derecho a obtener los beneficios que este sujeto posee se inclinan por caracterízalo como de tipo personal, basándose en que el bien que producirá los frutos no está en su poder. Este derecho del beneficiario es temporario y transmisible, salvo disposición en contrario.

El beneficiario es acreedor del fiduciario, y no del fideicomiso, ya que este no es capaz de adquirir derechos ni de contraer obligaciones. El patrimonio separado será el marco donde el beneficiario podrá ejercer su derecho, pero carece de un derecho real sobre los mismos.

²² LOPEZ DE ZAVALÍA, Fernando, “Los dos dominios fiduciarios de nuestro sistema”, en JA, n° especial: “Ley 24.441 de financiamiento de la vivienda y la construcción”, folleto n° 6055 del 17/09/97. P. 8.

²³ KIPER, CLAUDIO Y LISOPRAWSKI, SILVIO, **Fideicomiso, Dominio Fiduciario, Securitización**, 2da edición, Depalma, p. 293 y ss.

D) Fideicomisario.

Es la persona o personas, físicas o jurídicas, a quienes los bienes fideicomitidos se van a entregar cuando termine el fideicomiso. Es decir, es el beneficiario final de los bienes. Una vez culminado el negocio y cumplida su finalidad, los bienes que se han visto involucrados en el contrato, pasan finalmente a manos del sujeto designado.

Su derecho va evolucionando a lo largo de tres etapas: a) estando pendiente la condición o plazo; b) al momento de resolverse el derecho del fiduciario; c) adquisición del dominio por el fideicomisario.²⁴

Como ya mencionamos con anterioridad, puede darse el caso de que el beneficiario también sea el beneficiario final de los bienes, situación en la que coincidirán la calidad de fideicomisario y beneficiario en un mismo sujeto. Lo mismo para el caso del fiduciante.

El hecho de desempeñar un rol más bien pasivo no lo priva de poseer ciertos derechos que se verán efectivizados de acuerdo a las variadas circunstancias que puedan determinarse previamente.

1.3 – Fideicomiso Inmobiliario

1.3.1. Particularidades

Una de las principales finalidades por la que se legisló el fideicomiso fue la promoción de la vivienda y la construcción. Esto se evidencia con la denominación dada a la ley como de Financiamiento de la vivienda y la Construcción. Durante mucho tiempo, el Congreso de la Nación buscó fórmulas seguras que permitieran darle forma a negocios inmobiliarios fomentando la iniciativa privada e incentivando el ahorro de la población, combinando la realización de emprendimientos habitacionales con el financiamiento.

Con anterioridad las empresas constructoras proyectaban la construcción de edificios, efectuando el aporte del terreno y mediante la obtención de créditos iniciales o con fondos propios junto con el proceso de preventa iniciaban la obra. Los interesados compraban las unidades a construir, “en pozo”, y así, financiando el precio total de venta de las viviendas en cuotas, obtenían de los compradores los recursos para finalizar la obra y obtener su ganancia.

²⁴ AMENDOLA, MANUEL ALEJANDRO, *Ley de Fideicomiso Comentada*, 1ra edición, Buenos Aires, Errepar 2011, p. 33.

Pero los primeros problemas se generaron con los procesos inflacionarios y la inestabilidad económica, combinados con el fracaso del negocio inmobiliario de un mercado cambiante.

En este marco se promulgó la ley 19.724 de prehorizontalidad, sistema de comercialización de inmuebles a edificar, que apareció como un intento de dar seguridad a los compradores de viviendas, pero al ser un mecanismo complicado y costoso inmovilizaba al titular del emprendimiento para la obtención de financiamiento, lo que provocó que los empresarios descartaran su utilización, a pesar de su carácter de orden público y su actual vigencia.

Se acudió también a la constitución de condominios con la formación de consorcios, o pre-consorcios, donde los compradores adquirirían partes indivisas del inmueble general, equivalentes al futuro porcentual a asignar a su unidad, con los problemas que trae someter a una inversión colectiva a la buena o mala fortuna de sus integrantes, dejando el proyecto a merced de fallecimientos, divorcios, embargos, quiebras, entre otros.

Podemos ver que la figura permite que se desarrolle de diferentes formas, conforme a la autonomía de la voluntad, y que las principales estructuras son las siguientes:

Desarrollo con terreno y fondos propios.

La figura del fideicomiso presenta características que se aleja del tradicional concepto de desarrollo inmobiliario, donde el propietario de un terreno disponía de fondos propios para llevar adelante el emprendimiento, y luego de terminado el edificio iniciaba el proceso de venta. Estos proyectos instrumentados bajo la tutela, patrimonio y dirección de solo una persona – física o jurídica – no generan en su funcionamiento la problemática de los controles y de la rendición de cuentas que implica manejarse con fondos ajenos.

Nuestro sistema operativo no admite la constitución de sociedades unipersonales, ni ningún otro supuesto de separación patrimonial limitativo de responsabilidad, resultando en consecuencia el fideicomiso, una importante herramienta para lograr limitar la responsabilidad del inversor, que impida extenderla a su patrimonio personal en caso de insuficiencia del patrimonio afectado para hacer frente a gastos o consecuencias de la responsabilidad derivada del manejo del negocio.

El titular del inmueble transferirá al fiduciario el dominio fiduciario del bien, y a medida que sea requerido, los importes de dinero necesarios para desarrollar el emprendimiento, con el encargo de utilizarlos en la realización del edificio, conforme a plano y características acompañadas en los anexos del contrato.

Avanzada o concluida la obra, dispondrá el fiduciario de la posibilidad de proceder a la venta de unidades para nutrir de fondos al fideicomiso que sirvan para concluir las obras, o si esta posibilidad no estuviera encargada o prevista, al finalizar la obra, y luego de someter el bien a propiedad horizontal, entregara las unidades resultantes al fiduciante original, que en este caso revestirá el rol de beneficiario – fideicomisario.

Desarrollo con fiduciante propietario de lote y fiduciantes aportantes del dinero de la obra.

Supuesto mas usual que se presenta en pequeños negocios inmobiliarios. El propietario de la tierra aporta su inmueble, otro u otros inversores el dinero, y los metros cuadrados edificados se adjudicarán de acuerdo al porcentual acordado.

Este esquema clásico de negocios, se instrumento durante años mediante la constitución de sociedades comerciales o civiles, a la permuta de lote por unidades a construir, hasta la venta de partes indivisas a medida que el aporte de dinero se iba volcando a la obra, pero ninguna de ellas lograba satisfacer a las partes. El titular del lote no deseaba desprenderse de su titularidad mediante un negocio oneroso de compraventa, puesto que no había recibido al momento suma alguna en efectivo ni volcada a la obra, y tampoco podía instrumentar la transmisión dominical mediante un acto gratuito o donación, puesto que su desprendimiento patrimonial no revestía ese carácter. Por otro lado los inversores, aportante de sumas de dinero, no se encontraban cómodos aportando el dinero sobre un bien cuya titularidad dominial no detentaban, y sobre la cual estarían expuestos a la suerte patrimonial de su titular.

El fideicomiso, abre una puerta entre los negocios gratuitos y onerosos, puesto que permite que el dominio salga de cabeza de su titular actual, pero sin que entre en el patrimonio de su definitivo destinatario; transferencia que sí se operará en el supuesto de cumplirse con determinadas condiciones.

Ambos, titular de tierra y de dinero, los transfieren al fiduciario con el encargo de utilizarlos para desarrollar el emprendimiento, y luego de concluido, para que asigne las unidades terminadas de acuerdo al criterio distributivo consensuado entre las partes.

Hay elementos a tener en cuenta, como los fondos fiduciarios deben ser autosuficientes para satisfacer todas las erogaciones del negocio. Los aportantes de sumas de dinero, deben comprometerse porcentualmente a integrar los aportes necesarios para permitir concluir el emprendimiento, o contemplar la posibilidad de recurrir a la toma de créditos. En caso de dificultad para cumplir con los aportes

comprometidos, el contrato deberá contemplar la posibilidad de que los beneficiarios puedan disponer anticipadamente de sus derechos a los beneficios, o de las unidades funcionales que en su carácter de fiduciante – beneficiario les pueda corresponder.

También es conveniente contemplar un mecanismo que permite neutralizar los perjudiciales efectos de la mora en la integración de los aportes, ya que necesariamente repercutirá negativamente en los plazos de obra, por insuficiencia de fondos líquidos, o en mayores costos debido a la necesidad de recurrir al crédito temporal, o acelerar el programa de aportes de los restantes inversionistas. Para estos efectos, se recomienda un mecanismo de multas, y oferta pública (con preferencia para los restantes inversionistas) de los derechos del inversor moroso, de tal forma de hacer ingresar ágilmente al cesionario de sus derechos, que cubra la mora, y continúe con la integración de los fondos necesarios para el avance de la obra.

Solo inversores de dinero.-

Entre los que pretenden desarrollar el negocio no se encuentra el dueño de la tierra. Los inversores disponen del dinero suficiente como para comprar un lote, y construir sobre él un edificio.

Se pueden describir dos supuestos: los fiduciantes adquieren un lote y lo aportan al fideicomiso por acto simultáneo, y otro en el cual aportan el dinero con el encargo de comprarlo.

Para que esta adquisición quede perfeccionada como fiduciaria, debemos dejar clara constancia en el texto de la escritura de la naturaleza del dinero, puesto que en caso contrario, el registro de la propiedad inmueble no tomará razón del carácter fiduciario de la adquisición.

Los inversores fiduciarios, aportantes de sumas de dinero, harán en consecuencia el encargo al fiduciario, de adquirir con el dinero el inmueble, revistiéndolo del carácter de dominio fiduciario. Esto, que al parecer sencillo, presenta en algunas ocasiones dificultades en la práctica, puesto que algunas jurisdicciones, a los registradores les cuesta entender el concepto de venta perfecta, y de adquisición imperfecta o fiduciaria. Formulan observaciones al intentar inscribir el título, tales como “...*si es venta no es transmisión de dominio fiduciario, y si es transmisión de dominio fiduciario no es venta...*”. Esto es un error conceptual, ya que efectivamente se trata de una venta, pues quien es titular del dominio vende, y el fiduciario compra. La única particularidad del caso

es que quien adquiere acredita hacerlo con dinero proveniente de un fideicomiso, revistiendo el bien que adquiere en consecuencia el mismo carácter.

En este supuesto aportaran la totalidad de los importes necesarios para comprar el lote y para construir la totalidad del edificio, sin recurrir a las pre – ventas, o ventas en pozo.

Desarrollo del negocio, solo con una parte del dinero necesario para concluir el emprendimiento-

En este caso, similar al anterior, los inversores disponen de dinero suficiente para la compra del terreno y para iniciar la obra, pero no para concluirla, por lo que requerirán que el fiduciario, dentro de sus actividades, realice las pre-ventas o ventas en pozo, para recaudar los fondos suficientes para avanzar y concluir el emprendimiento.

Puede ocurrir que los fiduciante inversores, no quieran iniciar la obra sin contar con los fondos suficientes para concluirla, para evitar estar expuestos a los vaivenes de la economía, por lo que comisionan al fiduciario que adquiera el inmueble y ofrezca públicamente la venta de las unidades desde el pozo. Conseguida la cantidad de adhesiones necesarias para asegurar durante la obra la provisión de fondos totales presupuestados para concluirla. En caso contrario, deberá integrar las señas recibidas, y vender el inmueble en block, puesto que el proyecto no habría resultado atractivo para los potenciales compradores, y los fiduciantes no disponen de los fondos para concluirla, recuperando de esa forma los valores aportados.

1.3.2. Ventajas y debilidades

Si bien es una herramienta que ha crecido desde la vigencia de la ley, y que trajo muchos cambios importantes en el ámbito jurídico y negocial, y en el quehacer notarial, nos ha dado prueba de sus fortalezas pero también de sus debilidades, lo que nos promueve a redactar cada vez mejores y más claras cláusulas y procedimientos en los contratos.

Por tal motivo, se tratara de resaltar las ventajas pero también temas puntuales que han venido causando algunos inconvenientes y discusiones al respecto, y aspectos que creemos que pueden mejorar, los cuales trataremos en el transcurso del presente.-

Ventajas

Conforme al marco que se expuso con anterioridad, el negocio fiduciario aplicado a los emprendimientos inmobiliarios, es una estructura que permite responder al complejo entramado de este tipo de negocios, y ofrece una gran solución a los problemas patrimoniales de las empresas a través del mecanismo del patrimonio de afectación. Las partes involucradas pueden encontrar herramientas que faciliten y establezcan los derechos y obligaciones de cada una de ellas. Ofrece una función de garantía a todos los participantes del negocio. De esta forma se permite a los compradores tener la certeza de que los pagos que realicen tendrán el destino esperado, y lograr la independencia de cada emprendimiento dejándolo a salvo del resto de la actividad económica de la empresa constructora.

Una vez fideicomitado el inmueble (con el debido cumplimiento de la forma y su inscripción en el Registro), este queda fuera del alcance de los acreedores del fiduciante, por deudas que hubiera contraído o que contraiga en el futuro (art. 14 y 15 de la ley).

Lo mismo ocurrirá respecto del fiduciario, a partir del siguiente esquema normativo: el fiduciario, una vez recibido el inmueble y cumplido los requisitos de forma, se constituye en propietario. Con la inscripción en el Registro, operará la oponibilidad *erga omnes* de dicho dominio fiduciario y consecuentemente comenzará a regir el sistema de afectación, con las limitaciones de disposición que surgen del propio contrato. Si bien es propietario, sus acreedores no podrán atacar el bien fideicomitado. A su vez, si podrán los acreedores por obligaciones asumidas con estos, en cumplimiento del objeto del fideicomiso.

En cualquier supuesto, y como salvedad a lo dicho, quedarán vigentes los derechos de los acreedores del fiduciante para el supuesto de que se comprobare la existencia de fraude en la constitución del fideicomiso. Esto surge del art. 15 “... *quedando a salvo la acción de fraude (...)*”,

Si eventualmente no pudiera concretarse el mismo, no se producirá la quiebra del fiduciante o fiduciario, sino la liquidación extrajudicial del patrimonio fideicomitado a favor de los acreedores.

Otra característica de seguridad de la figura, es la prohibición de que el fiduciario adquiera para sí los bienes fideicomitados (en concepto de remuneración no podría asignarse una unidad).-

Asimismo, también mencionamos la obligación del Fiduciario, de rendir cuentas por su gestión, y la obligación de imputar los fondos obtenidos a los fines previstos, dando al adquirente la tranquilidad de saber que el edificio cuenta con los fondos necesarios para

concluirlo. También la falta de efectos retroactivos de la revocación del dominio por parte del Fiduciante, sin afectar los derechos adquiridos por terceros, la figura muestra aristas mas que interesantes para ser tenida en cuenta como estructura jurídica de negocio propuesto.

El fideicomiso y la transferencia de terreno por unidades a construir se manifiesta ventajosa tanto desde la óptica del constructor que disminuye la necesidad de fondos iniciales para el desarrollo de su emprendimiento, evitando el desembolso de dinero en la compra del terreno, como para el propietario del terreno que no esta en busca de liquidez al momento de disponer del bien, sino que encuentra una oportunidad de reinversión, procurando una ganancia superior con la adquisición de nuevas unidades funcionales.

También para el beneficiario y fideicomisario, que aunque técnicamente no son parte en el contrato que hace nacer el fideicomiso, se convierten en acreedores, el primero de la utilidad que genere dicho fideicomiso y el segundo por su calidad de futuro titular dominial definitivo del remanente, una vez extinguido el fideicomiso. Gozan ambos y en su medida del mismo ámbito de protección al patrimonio fideicomitado.

Con todo lo dicho concluimos que un patrimonio de afectación, separado de los patrimonios personales del fiduciario y el fiduciante, implica:

Los bienes fideicomitados quedaran exentos de la acción singular o colectiva de los acreedores del fiduciario, o del fiduciante, sin perjuicio de la acción de fraude.

Los acreedores del beneficiario podrán tan solo atacar los frutos y subrogarse en los derechos de su deudor (dependiendo del caso concreto).

Responsabilidad objetiva del fiduciario, se limita al valor de la cosa causante del daño. Así, fiduciario no responde en forma personal por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, las que sólo serán satisfechas con los bienes fideicomitados. La insuficiencia del patrimonio fiduciario no dará lugar a quiebra, sino a su liquidación extrajudicial.

Debilidades

A pesar de lo afirmado en el punto anterior, la experiencia tomada en los años de su utilización han mostrado que hay aspectos a los que en general no se les presta demasiada atención en los contratos. Cuando el negocio se frustra, por cualquier motivo, o algo no sale como se esperaba, se ve que la redacción de algunas cláusulas resultó insuficiente o poco clara o las partes no fueron asesoradas correctamente al respecto.

Pero creemos que el problema de fondo no es la figura de fideicomiso sino su ley respaldatoria. Y más precisamente por la importación de instrumentos vigentes en otras latitudes que hizo que, de repente, nos encontráramos hablando de securitización, stock options, finance trust, sin reparar en que esos institutos no tienen un correlato exacto en nuestro sistema legal, y que deberían adecuarse y morigerarse para evitar la hibridez normativa que lleva a la inseguridad jurídica. Son necesarias las críticas, los replanteos y reformulación de este instituto. Como consecuencia de ello surgió un altísimo nivel de improvisación, porque los institutos jurídicos no deben ser pensados o analizados en abstracto sino con respecto a cómo funcionan en su operatividad práctica y en armonización con el sistema jurídico.

Al respecto, también se refirió Ernesto Martorell al decir que “... *lo cuestionable no es el instituto sino la impura figura regulada*”²⁵. Señalando a título meramente enunciativo las “taras” de la figura regulada:

“El olvido de regular el fideicomiso de garantía;

La omisión acerca de cómo habrá de procederse frente al concurso preventivo del fiduciario;

No existe obligatoriedad legal de nombramiento de un fiduciario sustituto;

No existen reglas en materia de imputación de obligaciones al fideicomiso, siendo grave falta de una norma como la del art. 58 de la Ley de Sociedades Comerciales, que permite librar al ente por aquellos actos “... notoriamente extraños al objeto social;

No existe obligación legal de registrar el contrato de fideicomiso para brindar seguridad a terceros; etc...”.

En un sentido similar se pronuncia Silvio Lisoprawski, en función de que el problema no esta en la figura sino en su deficiente regulación, y no es una herramienta proclive al fraude, diciendo que “...*no es ni menos ni mas peligroso que otros previsto es nuestro ordenamiento. Se trata de poner en evidencia que la crítica a veces cofunde el objetivo. Apunta a la ley y a la vez se descalifica a la figura, cuando solo lo primero debería ser el objeto de ataque*”. En el mismo sentido el autor trae el ejemplo de un diario El Cronista, ya que en el mismo se había publicado un artículo sobre el Título 1 – Fideicomiso – de la ley 24.441, planteando la existencia de dos bandos: defensores y detractores de la calidad de la regulación. El artículo se titulaba de la siguiente forma: “Fideicomiso: ¿ángel o demonio?”. El planteo de fondo fue responder al interrogante de si es o no una amenaza

²⁵ MARTORELL, Ernesto E., “Fideicomiso: La imperativa necesidad de reformar la ley 24.441”, **LA LEY** 2008 – B, 1156 – Obligaciones y Contratos Doctrinales Esenciales Tomo VI, 697.

de convertirse en una herramienta proclive al fraude. El autor vio que se trataba de un planteo maniqueo y que no admitía matices: blanco o negro, concluyendo que no es ni una cosa ni la otra, tomando como ejemplo un cuchillo de cocina. Advirtiendo que el mismo, sirve para cortar el pan, pero también para herir, no pudiendo afirmar si es bueno o malo, ya que simplemente es una herramienta, o medio práctico útil, y la respuesta dependía de su empleo. Será bueno o malo según como se lo utilice y de acuerdo a una regulación de prevención y punición al respecto.²⁶

En lo que atañe específicamente al fideicomiso inmobiliario, las combinaciones y formas de participación son múltiples, y no hay un patrón fijo o un modelo uniforme al que ceñirse, por lo que el análisis del caso dependerá de cómo se conjugan los recursos que cada parte aporta y la ganancia que pretender obtener. Lo que sí tienen en común es la utilización del contrato de fideicomiso como vehículo jurídico.

Es una figura flexible que se adapta a cualquier circunstancia, porque es un esquema elástico para realizar negocios y obtener resultados. Por dicha razón y por la posibilidad que nos brinda la figura de adaptar el contrato a cada situación, es que nos detendremos sobre los distintos puntos.

Se intentara examinar con más detalle las situaciones con el objeto de aportar nuestra interpretación en aquellos aspectos dudosos. Hay aspectos que deberían haber sido tomados en cuenta al redactarse la ley, pero las estipulaciones contractuales deberán paliar, por ahora, algunas omisiones.-

El objeto no es la descalificación del fideicomiso, sino intentar hacer un aporte con el fin de prevenir consecuencias indeseadas, frente a la “deficiente” regulación y buscar soluciones.

Si bien hay muchas cuestiones que ameritarían ser tratadas, nos reduciremos solamente algunas de ellas, sobre todo las relacionadas con los Fideicomisos Inmobiliarios. En particular, la conveniencia de la Registración del Contrato de Fideicomiso, facultades del fiduciario en general, su legitimación, y consecuencias jurídicas del vencimiento del fideicomiso en la misma línea. Creemos en su relación y las trataremos en particular a continuación.

2. Análisis de temas que requieren especial atención

²⁶ LISOPRAWASKI, Silvio, “Fideicomiso, ni angel ni demonio”, **LA LEY**, 2007-E, 1038 – Obligaciones y Contratos Esenciales Tomo VI, 671, p.1.

2.1.- Registración.

En esta parte del trabajo nos vamos a acercar a la registración del fideicomiso en virtud de su importancia, inseguridades generadas ante su ausencia y consecuencias específicas.

Los aspectos registrales en el fideicomiso tienen gran trascendencia, puesto que son numerosas las operaciones transmitivas que se operan desde su constitución.

Transmisión de dominio fiduciario

Como primera aclaración, debemos mencionar que en nuestro derecho no se registran los contratos de fideicomiso, sino solo la transferencia del derecho real de dominio fiduciario. El titular del dominio actual se desprende del dominio pleno del bien, y este ingresa al patrimonio fiduciario como dominio imperfecto.

Vale la aclaración, de que al transmitir el dominio originario no existe diferencia en su calidad, puesto que la característica del dominio imperfecto sólo opera para el fiduciario, ya que esta destinado a durar hasta el cumplimiento de un plazo o de una condición prevista en el contrato. El dominio como tal continúa teniendo sus facultades, y se transmitirá pleno en el caso de que el fiduciario deba, en cumplimiento de los fines del fideicomiso entregarlo a un tercero, beneficiario o fideicomisario, quienes adquirirán nuevamente el dominio pleno o perfecto del bien.

El art. 12²⁷ de la ley 24.441 establece que el titular originario del bien deberá utilizar, para la transmisión de la propiedad al fiduciario, la forma que corresponda de acuerdo con la naturaleza del bien a transmitir y otorgar los instrumentos idóneos para tal fin.

El art. 13²⁸ de la ley 24.441 en su evidente relación con el art. anterior, se refiere que cuando estén involucrados bienes registrables, la comunicación al Registro y, en cuanto inmuebles, el otorgamiento de la escritura son requisitos esenciales para que quede perfeccionado el dominio fiduciario sobre esos bienes.

Se realizara de acuerdo con lo que determinen las normas de cada caso. Cada tipo de transferencia tiene un régimen diverso. Cuando recaiga sobre bienes inmuebles debe

²⁷ **Art. 12:** “El carácter fiduciario del dominio tendrá efecto frente a terceros desde el momento en que se cumplan las formalidades exigibles de acuerdo a la naturaleza de los bienes respectivos”.

²⁸ **Art. 13:** “Cuando se trate de bienes registrables, los registros correspondientes deberán tomar razón de la transferencia fiduciaria de la propiedad a nombre del fiduciario. Cuando así resulte del contrato, el fiduciario adquirirá la propiedad fiduciaria de otros bienes que adquiera con los frutos de los bienes fideicomitidos o con el producto de actos de disposición sobre los mismos, dejándose constancia de ello en el acto de adquisición y en los registros pertinentes”.

cumplirse con las prescripciones establecidas en el art. 22 y 23 de la ley 17.801²⁹ de Registro de la Propiedad Inmueble. Deberán solicitarse los certificados que para cualquier otra transmisión de dominio. Corresponde solicitar certificado de dominio y anotaciones personales por el o los disponentes. Estos certificados producirán el cierre o bloqueo registral. El notario interviniente deberá solicitar los certificados administrativos que cada legislación local exija, así como certificados de libre deuda de expensas comunes y extraordinarias, y liberar los mismos una vez verificado inexistencia de deuda, y efectuados las retenciones en cada caso. Así, la plenitud, limitación o restricción de los derechos inscriptos y la libertad de disposición, solo podrá acreditarse ante terceros mediante los certificados que se expidan. Si existen dudas sobre el alcance de los derechos, se puede obtener en el Registro los datos necesarios, y se expedirá copia autenticada de la documentación registral y los informes que se soliciten, de conformidad con la reglamentación local (arts. 21 y 28 de la misma ley).

El dominio efectivamente se traslada de la titularidad del fiduciante al fiduciario, y él es quien en adelante figurará como titular de asiento registral.

Luego de suscripta la escritura traslativa de dominio, corresponde rogar la inscripción de dicho título ante el registro de la propiedad inmueble de la jurisdicción a la que el mismo pertenezca. Constituye un documento registrable en los términos del art. 2 inc. a³⁰ de la ley 17.801 y los efectos son los previstos en el art. 4³¹, ya que, aun cuando la inscripción se dispone expresamente en los art. 12 y 13 de la ley 24.441 asignándole oponibilidad respecto de terceros, no se altera el carácter no convalidante del sistema registral inmobiliario. Si el documento se otorga en plazo de vigencia de los certificados, y se ingresa para su inscripción en el plazo de 45 días previstos en el art. 5 de la ley 17.801

²⁹ **Art. 22** : “La plenitud, limitación o restricción de los derechos inscriptos y la libertad de disposición sólo podrá acreditarse con relación a terceros por las certificaciones a que se refieren los artículos siguientes”.

Art. 23: “Ningún escribano o funcionario público podrá autorizar documentos de transmisión, constitución, modificación o cesión de derechos reales sobre inmuebles, sin tener a la vista el título inscripto en el Registro, así como certificación expedida a tal efecto por dicha oficina en la que se consigne el estado jurídico de los bienes y de las personas según las constancias registradas. Los documentos que se otorguen deberán consignar el número, fecha y constancias que resulten de la certificación”.

³⁰ **Art. 2**: “De acuerdo con lo dispuesto por los arts. 2505, 3135 y concordantes del Código Civil, para su publicidad, oponibilidad a terceros y demás previsiones de esta ley, en los mencionados registros se inscribirán o anotarán, según corresponda, los siguientes documentos: (...) inc. a) los que constituyan, transmitan, declaren, modifiquen o extingan derechos reales sobre inmuebles (...) “

³¹ **Art. 4**: “La inscripción no convalida el título nulo ni subsana los defectos de que adoleciere según las leyes.”

se conservaran los efectos de la retropropiedad, como en la registración de otro acto de disposición traslativo.

El fiduciante debe constar como último titular registral a los fines de dar cumplimiento al principio de tracto sucesivo (art. 15 – art. 16, ley 17.801³²)

De acuerdo a nuestro sistema de organización federal, cada provincia dicta sus propios reglamentos registrales, que normalmente se expresan por disposiciones técnicas registrales.

Las disposiciones técnicas registrales 17/95 de la Provincia de Buenos Aires, 4/95 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y 11 de la Provincia de Mendoza, entre otros, establecen el asiento de dominio debe comenzar indicando en la matrícula (folio real) en el rubro de la titularidad, la leyenda “Dominio Fiduciario Ley 24.441”, a continuación datos del titular fiduciario, y luego las de la escritura que instrumento la transmisión fiduciaria.

También se tomará razón en ese mismo rubro de la modalidad a la que esta sujeta el fideicomiso. Si esta sujeta a plazo se indicara el que corresponda, y si esta sujeta a condición, sólo se indicará esa circunstancia, sin mayores detalles. Esto resulta de nuestro sistema registral que goza de las características de ser un registro de inscripción, y no de transcripción. Sólo se publicitará la existencia de un plazo o condición mediante breve nota y el tercero deberá acudir a las constancias del título, y en su caso, del contrato de fideicomiso, para verificar el contenido de lo publicitado.

En el rubro de restricciones al dominio, gravámenes e interdicciones del folio real, podrá dejarse constancia de las restricciones o limitaciones que posea el fideicomiso para vender o gravar bienes fideicomitidos. Es conveniente aclarar que las limitaciones impuestas contractualmente a las facultades del dueño fiduciario podrá resultar inscriptas, gozando de un reflejo registral, aunque su registración no sea obligatoria.- También hace

³² **Art. 15:** “ No se registrará documento en el que aparezca como titular del derecho una persona distinta de la que figure en la inscripción precedente. De los asientos existentes en cada folio deberán resultar el perfecto encadenamiento del titular del dominio y de los demás derechos registrados, así como correlación entre las inscripciones y sus modificaciones, cancelaciones o extinciones”.

Art. 16: “ No será necesaria la previa inscripción o anotación, a los efectos de la continuidad del tracto con respecto al documento que se otorgue en los siguientes casos:

- a) Cuando el documento sea otorgado por los jueces, los herederos declarados o sus representantes, en cumplimiento de contratos u obligaciones contraídas en vida por el causante o su cónyuge sobre bienes registrados a su nombre;
- b) Cuando los herederos declarados o sus sucesores transmitieren o cedieren bienes hereditarios inscriptos a nombre del causante o de su cónyuge;
- c) Cuando el mismo sea consecuencia de actos relativos a la partición de bienes hereditarios;
- d) Cuando se trate de instrumentaciones que se otorguen en forma simultánea y se refieran a negocios jurídicos que versen sobre el mismo inmueble, aunque en las respectivas autorizaciones hayan intervenido distintos funcionarios”-

falta aclarar que en defecto de su inscripción, no hace presumir la buena fe del tercero, que contrato con el fideicomiso cuando este se exceda de sus facultades. Si el fiduciario tiene prohibido gravar los bienes, y esa limitación no tiene reflejo registral, de todos modos, el gravamen así constituido no será eficaz, ya que el tercero que contrate con el fideicomiso, para demostrar su buena fe deberá acudir al título y verificar el contenido del contrato par asegurarse de que el fiduciario esta actuando dentro de sus facultades. Esa circunstancia no debe inquietar a quien contrata con el fiduciario, ya que es como cualquier otro negocio inmobiliario, para determinar la correcta legitimación del disponente.

Si la prohibición de enajenar y gravar surge patente del instrumento, resulta evidente que tal disposición o gravamen carecería de eficacia por no encontrarse legitimado el disponente, y en consecuencia será responsable el fiduciario.

Las mencionadas disposiciones técnico registrales establecen que cuando se tome razón de medidas cautelares se advertirá en la nota de inscripción del documento respectivo que se trata de dominio fiduciario. Sin perjuicio de ello, y si el documento resultara ostensible que no se ha reparado en tal circunstancia se le dará el tratamiento previsto por el art. 9 inc. b de la ley 17.801 (inscripción provisional).

Importancia de registración del contrato de Fideicomiso. Función notarial y registral.

El artículo 12 de la ley condiciona los efectos frente a terceros a que se cumplan las formalidades necesarias. En este punto, son aplicables todas las disposiciones civiles en cuanto a la necesidad de publicidad de ciertos actos para que conlleven efectos contra terceros. Recordando que los actos a los que no se les dota de publicidad existen de todo modos y son válidos, pero al confrontarse con situaciones que han tenido como protagonistas a sujetos ajenos a las situaciones que no se publicitaron, no les serán oponibles.

El procedimiento registral es un procedimiento de inscripción, oponiendo una publicidad que tiene como fin el resguardar la seguridad de quien ha adquirido o ha sido afectado en un derecho propio, y un derecho seguro es un derecho cuya consecuencia es su cumplimiento.

Los registros son parte del sistema de seguridad jurídica preventiva, que aleja los conflictos entre particulares y contribuye a la paz social, ya que facilita las transacciones mediante publicidad de sus documentos. De esta forma se reducen asimetrías

informativas, y se protege el derecho de propiedad. Se podría decir que el Registro es la figura de la seguridad jurídica.-

En relación a lo anterior, también vemos a la función notarial como garantía de la seguridad jurídica que brinda a los individuos y al mismo estado. El notario como profesional de derecho a cargo de una función pública delegada por el estado cumple funciones asesoras, legitimantes de la autonomía de la voluntad de las partes que se reproduce en los diferentes instrumentos que ante él se otorgan. Al asesoramiento se une entonces la legitimación, la legalización y la responsabilidad. La intervención del notario genera presunción de legalidad y factor de certeza y protección de derechos subjetivos. De esta forma se otorga al contrato constitutivo el control de legalidad y legitimidad necesario para brindar seguridad al tráfico jurídico, y cuando se procede a rogar su inscripción para conocimiento de terceros se brinda la necesaria publicidad registral. Ambas funciones, la notarial y la registral son complementarias.

Así creemos en la necesidad de la creación de un Registro de Contratos de Fideicomiso para dar seguridad jurídica a la contratación, ya que parece difícil desvincularla de noción de legalidad y certeza. La seguridad jurídica implica la determinación, control y minimización de los riesgos presentes y previsión de los riesgos futuros de un acto jurídico determinado. Solo es posible pensar en seguridad jurídica si existe seguridad documental y registral.

Siguiendo a Junyent Bas y Molina Sandoval, ellos destacan y sintetizan claramente, los inconvenientes que se generan de esa carencia de registración que la ley 24.441 no prevé. Así, afirman que *“...los efectos que genera la carencia de una obligación de registrar el contrato de fideicomiso se vislumbran fundamentalmente en los fideicomisos ordinarios, ya que los financieros (art. 19) cuentan con un sistema de control muy estricto (Comisión Nacional de Valores) y un régimen de publicidad propio del sistema de oferta pública (art. 16, ley 17.811) que, de modo indirecto permite garantizar los problemas de la falta de registración obligatoria”*. Destacan que sería adecuado prever la inscripción de los contratos de fideicomiso en el Registro Público de Comercio, y que *“...la Legislación Uruguaya, en cierto modo advirtió los inconvenientes prácticos que la falta de registración produce y procuró establecer la obligatoriedad de la inscripción”*. Señalan como efectos que tendría la inscripción en el Régimen argentino:

- No se puede obligar a un tercero si éste no ha dado su consentimiento y éste es hecho hecho conocer antes de su revocación (art. 504, CC)

- El tercero no podría escudarse en su buena fe (art. 1198 CC) ni desconocimiento del contrato de fideicomiso, dada su inscripción y publicidad del contrato.
- El contrato de fideicomiso (aun el celebrado en instrumento privado) tiene valor de fecha cierta (1035 CC).

De la misma forma, expresan que "... *la inscripción podría otorgar cierta seguridad en orden al alcance de las facultades del fiduciario durante y luego del vencimiento del contrato, entre otras ventajas*". Llegando a la compartida conclusión de la necesidad de la modificación de la ley, y que se admita una registración contractual.

Abella concuerda, junto con nosotros, con la inseguridad derivada de la ausencia de la creación de un registro de contratos de fideicomisos.

Problemática.

Con la suscripción del contrato de fideicomiso nace la obligación de transmitir la propiedad fiduciaria de bienes determinados a favor del fiduciario, y al finalizar, los bienes fideicomitidos deberán transmitirse al fideicomisario, o al beneficiario según el caso.

Cuando los bienes del fideicomiso son cosas, y de aquellas cuyo registro impone la ley para la constitución de dominio (automotores) o para su oponibilidad a terceros (inmuebles), variada es la problemática que se presenta de acuerdo con la naturaleza de las mismas, como bien hemos advertido con anterioridad.

Al inscribirse sólo la transmisión fiduciaria, y no el contrato o instrumento constitutivo, un tercero prudente pediría el contrato de fideicomiso antes de contratar con el fiduciario. Pero, ¿Cómo saber que éste es el auténtico? ¿Cómo conocer si no hubo modificaciones posteriores?, ¿Cómo saber si el Fiduciario está legitimado?, ¿Qué pasa cuando el plazo estipulado para la finalización del contrato, no coincide con la efectiva entrega de los beneficios a quien corresponda?, luego del vencimiento ¿el fiduciario sigue legitimado para actuar?.

Otra cuestión interesante, y que no tiene regulación, es que pasa con la transmisión de esos mismos bienes al fiduciario sustituto por el acaecimiento de algunas de las causales previstas en el art. 9 de la ley 24.441. Surgen interrogantes en función del instrumento idóneo de transmisión, formalidades registrales, y legitimaciones al respecto.

En función de los interrogantes ut supra, consideramos que son cuestiones de relevancia registral, que a continuación se ampliara su concepto

2.2.- Facultades del Fiduciario.

Hay cuestiones controvertidas en relación a la figura del fiduciario y temas que la ley no ha tratado en profundidad llevando a que tengamos que hacer una breve referencia a las mismas. Considerando las más relevantes las que trataremos a continuación:

Como bien adelantamos, en relación a las facultades durante y luego del vencimiento del fideicomiso, se generan problemáticas al determinar la legitimidad del fiduciario y consideramos esto de relevancia registral.

Surgen varios interrogantes, en relación a los límites y alcances de sus facultades, e incluso, en algunas ocasiones, pareciera haber contradicción con el Código Civil.

En líneas generales, cabría decir que las facultades del titular del dominio fiduciario son casi las mismas que las del dueño pleno o perfecto, pues la diferencia principal radica en la perpetuidad de este último, mientras que el primero es temporario.

Sin embargo, comenzaremos con su normativa aplicable, y en relación a esto, cuando la ley se refiere a las facultades de fiduciario sobre los bienes de los que es titular, el art. 17 dispone: *“El fiduciario podrá disponer o gravar los bienes fideicomitidos cuando lo requieran los fines del fideicomiso, sin que para ello sea necesario el consentimiento del fiduciante o beneficiario, a menos que se hubiere pactado lo contrario”*.

Por medio de este artículo el legislador regló las facultades del fiduciario que más trascendencia tienen sobre los bienes fideicomitidos, cual es de su enajenación y gravabilidad. Entendemos que lo ha hecho debido a que se trata de actos cuya realización comprometen totalmente parte o todo el patrimonio fideicomitado.

Lo cierto es que la ley permite restringir las facultades del fiduciario en la medida en que sea funcional al cumplimiento del fin de fideicomiso.

Se encuentran en la ley tres posibles limitaciones: 1) lo que se hubiese pactado expresamente en el contrato; 2) los “fines del fideicomiso”; 3) la necesidad del consentimiento previo del fiduciante o beneficiario. Tales situaciones se examinar mas adelante.

Su condición de dominus también lo faculta a realizar actos de administración. Son de esencia de la posición del fiduciario sus facultades de administración sobre los bienes fideicomitidos. Aun cuando ello se infiere del Código Civil, la ley disipa toda duda al establecer que *“el fiduciario se halla legitimado para ejercer todas las acciones que correspondan para la defensa de los bienes fideicomitidos, tanto contra terceros como contra el beneficiario”* (art. 18).

Según se examinara mas adelante, ha quedado algo confuso su derecho sobre los frutos, que sin duda integra el patrimonio especial, pues pueden encontrarse contradicciones con los principios emergentes del Código Civil y porque la nueva legislación debió examinar con mas detalle diversas cuestiones.

La ley se aparto de los principios establecidos por el Código Civil en cuanto a los efectos que los actos del fiduciario producen respecto de terceros. Según dicho cuerpo normativo los derechos reales transmitidos por el fiduciario a terceros estaban sujetos a resolverse en forma retroactiva al verificarse el evento resolutorio (arts. 2670, 3270, 3278, 5433, y concs. del Código Civil), excepto cuando se tratase de terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso de cosas muebles no registrables (arts. 2412, 2413, 2671 y 2767 del Código Civil).

La reforma introdujo un agregado al art. 2670³³ del Código Civil según el cual “...*quedan a salvo los actos de disposición realizados por el fiduciario de conformidad con lo previsto en la legislación especial*”, regulando de esta forma, los efectos de la revocación del dominio, dejando a salvo expresamente los actos de administración realizados durante la vigencia del dominio imperfecto, previendo, por ejemplo, contratación de alquileres.-

Tales actos de administración serán revocables si configuran actos fraudulentos o simulados por parte del fiduciario, o si los actos de administración han excedido los fines del fideicomiso o existan limitaciones contractuales, tales como la prohibición de alquilar por un plazo mayor. Pero, como regla, son actos perfectamente válidos, al entrar dentro de la órbita de las potestades del fiduciario.

Otra cuestión importante es el art. 3270 del Código Civil, principio básico de nuestro derecho que establece que: “*Nadie puede transmitir un derecho mejor ni más extenso del que goza (...)*”. El problema se plantea en determinar si la transferencia de la propiedad fiduciaria operada por el titular fiduciario a terceros, en cumplimiento del fideicomiso, constituye una excepción a este principio, como parte de la doctrina se ha inclinado.

Siguiendo Eduardo Clusellas y Carolina Ormaechea, el supuesto en análisis no constituye tal excepción, ya que el fiduciante al transferir la propiedad fiduciaria de los bienes en fideicomiso, establece las restricciones y potencialidades que esta propiedad

³³ **Art. 2670 del Código Civil:** “Revocándose el dominio con efecto retroactivo, el antiguo propietario está autorizado a tomar el inmueble libre de todas las cargas, servidumbres o hipotecas con que lo hubiese gravado el propietario desposeído, o el tercer poseedor; pero está obligado a respetar los actos administrativos que hubiese hecho.

Quedan a salvo los actos de disposición realizados por el fiduciario de conformidad con lo previsto en la legislación especial”.

contiene. La propiedad fiduciaria sólo es imperfecta con relación al fiduciario, pero aun cuando permanece en su titularidad, esa propiedad tiene potencialidad de volverse plena y perfecta cuando es transferida a los terceros en cumplimiento del contrato de fideicomiso. Nunca el dominio, por haber sido fiduciario e imperfecto en cabeza del fiduciario, puede arrastrar vicios que puedan afectar a terceros adquirentes. Con esto se quiere aclarar que nunca los títulos emanados de un fiduciario son “imperfectos” por causa del fideicomiso, sino plenos y perfectos, tal como han emanado del fiduciante. Esto, siempre y cuando, no existan limitaciones al poder dispositivo del fiduciario contenidas en el pacto de fiducia. En ese caso el título podrá ser observable, pero no por emanar de un titular fiduciario, sino porque el fiduciante no lo doto de esas facultades específicas.

Por todo lo dicho, examinaremos con mas detalle estas situaciones con el objeto de aportar nuestra interpretación en los aspectos dudosos.

A fin de interpretar las posibles restricciones a esta facultad, como adelantamos en un principio, el art. 17 de la ley 24.441 reconoce las facultades de disposición del fiduciario, y se determinan límites.

Facultades de disposición.

Cabe preguntarnos como es posible que si el dominio fiduciario se transmite a un tercero le reconozcamos al titular la facultad de que la enajene a una persona distinta.

Es indudable que el fiduciario, en su condición de dueño, tiene el derecho de enajenar la cosa, o sea, transmitir el dominio a otra persona a título oneroso o gratuito, ello derivado de tener el ius abutendi³⁴.

Ahora bien, solo podrá enajenarlos cuando no se haya comprometido a no hacerlo por medio del contrato de fideicomiso, y siempre que sea necesario para alcanzar los fines instituidos por el fiduciante.

Esta facultad dependerá también de la tipología fiduciaria de la que se trate, si estamos frente a un fideicomiso de garantía, es claro que podrán enajenarse los bienes a fin de satisfacer la garantía; en cambio si se trata de un fideicomiso de administración la facultad de disponer se verá mas limitada.

Como bien dice Claudio Kiper, dos cosas muy diferentes son el “deber” y el “poder”.³⁵ El fiduciario no “debe” enajenar la cosa si en el negocio fiduciario se

³⁴ KIPER, Claudio y LISOPRAWski, Silvio, **Fideicomiso. Dominio Fiduciario. Securitización**, 2da Edición, Depalma, pág. 233 y ss.

³⁵ KIPER, Claudio M., LISOPRAWski, Silvio V., ob.cit., p. 234.

comprometió a no hacerlo y a conservarla para el fideicomisario, pero ello es muy distinto de si “puede” hacerlo, y en esto último la respuesta es afirmativa.

Limites a las facultades del fiduciario.

La nueva legislación contiene dos límites a la facultad de disponer jurídicamente: a) el fiduciario sólo puede hacerlo por actos entre vivos, pues si muere a cosa fideicomitada no pasa a sus herederos sino que se le designa un sustituto (art. 9, inc. b, y art. 10); b) sólo puede disponer o gravar los bienes fideicomitados *“cuando lo requieran los fines del fideicomiso, sin que para ello sea necesario el consentimiento del fiduciante o del beneficiario, a menos que se hubiere pactado lo contrario”* (art. 17).

La segunda configura una importante restricción al derecho de dominio, pues si bien no impide la enajenación, ésta sólo puede producirse cuando así lo requieran los fines del fideicomiso.

Puede suscitar dudas determinar cuando tales actos de enajenación se corresponderán con los “fines del fideicomiso”. Para ello habrá que tener en cuenta lo estipulado por las partes en el contrato, el fin perseguido por éstas en la realización del negocio, y la pauta de conducta del art. 6 de la ley, en el sentido de que el fiduciario debe actuar con la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios que obra sobre la base de la confianza depositada en él.

También hay que tener en cuenta otras pautas generales previstas en el Código Civil para la interpretación de los contratos, tales como la buena fe y la verdadera intención de las partes (art. 1198 y consc.), así como la inexistencia de alguna acción fraudulenta.

Se trata de un poder que, en principio, puede ejercer sin necesidad del consentimiento del fiduciante o del beneficiario, *“...a menos que se hubiere pactado lo contrario”* (art. 17)-

Entendemos que esto debe ser entendido, si se previó la necesidad del consentimiento, como una suerte de consulta que debe efectuar el fiduciario, y cuya omisión puede acarrearle consecuencias de índole personal en un plano obligacional, pero no como un impedimento a la facultad de disposición, ya que, aunque temporalmente, es el dueño de la cosa con todo lo que ello implica. De ningún modo estas cláusulas pueden ser entendidas como una restricción absoluta al ejercicio del ius abutendi.

También se refiere a los actos de enajenación el art. 16, en cuanto prevé que las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso serán satisfechas con los bienes fideicomitidos; y si estos son insuficientes, el fiduciario “deberá” enajenarlos y entregar su producido a los acreedores conforme al orden de privilegios previsto para la quiebra. Se le contempla una enajenación forzada de los bienes.

Clausula de no enajenar.

Un tema que surge del art. 17 es si se puede pactar la prohibición de disponer el bien, puesto que de su texto aparecen dudas según como se interprete la redacción. Una primera interpretación podría ser que se podrá disponer o gravar los bienes cuando lo requieran los fines del fideicomiso, a menos que se pacte lo contrario, y en este sentido se estaría permitiendo pactar la prohibición de disponer, mientras que en una segunda interpretación se refiere a que a menos que se pacte lo contrario se refiere al consentimiento del fiduciante o beneficiario pero que nunca podrá prohibirse tal facultad, por las causales expuestas, en el sentido de que el fiduciario es un titular de un derecho real de dominio, con todos sus atributos.

Adherimos a la segunda interpretación, pues existiendo la posibilidad de requerir el consentimiento previo para realizar tales actos, ningún motivo existiría para efectuar una prohibición general.

Sin embargo, hay que distinguir si la transmisión se hizo a título gratuito u oneroso. En el primer caso no podrá extenderse por un término mayor que el de diez años (art. 2613). La doctrina mayoritaria concuerda en que si la cláusula impusiere la inalienabilidad sin fijar un término, o fijase uno mayor, se debe entender que queda reducido al plazo legal. Señala Mariani de Vidal, que “... *si a pesar de la cláusula de no enajenar válida, la cosa se enajena, el acto será nulo por aplicación de los arts. 953 y 1044 del Código Civil*³⁶, dando lugar a la *pertinente acción real*”³⁷. Se comparte esto, y en alusión a los inmuebles, difícilmente tenga aplicación el art. 1051 en beneficio del tercero, pues al estar

³⁶ **Art. 953 del Código Civil:** “El objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que estén en el comercio, o que por un motivo especial no se hubiese prohibido que sean objeto de algún acto jurídico, o hecho que no sean imposibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o prohibido por las leyes, o que se opongan a la libertad de las acciones o de la conciencia, o que perjudiquen los derechos de un tercero. Los actos jurídicos que no sean conformes a esta disposición, son nulos como si no tuvieren objeto”.

Art. 1044 del Código Civil: “Son nulos los actos jurídicos en que los agentes hubiesen procedido con simulación o fraude, presumido por la ley, o cuando fuese prohibido el objeto principal del acto, o cuando no tuviese la forma exclusivamente ordenada por la ley, o cuando dependiese para su validez de la forma instrumental, y fuesen nulos los respectivos instrumentos”.

³⁷ Curso de derechos reales, Vol. 1, p.320.

la cláusula prohibitiva inserta en el título del enajenante, aquél no podrá alegar su buena fe. Otra podrá ser la solución, si se trata de bienes muebles, por el juego de los arts. 2767, 2778, 2471 y 1856³⁸.

También creemos que en el supuesto de que el fiduciario enajene la cosa donada durante el período en que le está prohibido hacerlo, la donación podrá ser revocada por el fiduciante, sin que ello perjudique los derechos del donatario (art. 1850 y 1851).

En la hipótesis de que el dominio fiduciario se constituya por un acto de última voluntad, y en el se inserte la cláusula de no enajenar, el art. 2613 está en contradicción con el art. 3781, según el cual *“si se lega una cosa en calidad de no enajenarla y la enajenación no compromete ningún derecho de tercero, la cláusula de no enajenar se tendrá por no escrita”*. La doctrina mayoritaria afirma que si el plazo establecido no supera los diez años corresponde aplicar el art. 2613; y en la hipótesis de que la prohibición carezca de plazo o contenga uno mayor al de diez años, debe ser reducida al término legal.

Esta postura no es compartida por Marcelo Kiper, a lo cual adherimos, porque apareja la supresión del art. 3781 en lugar de su armonización con el art. 2613, pues siempre sería aplicable este último. En lo que atañe a la interpretación de la ley, es jurisprudencia reiterada de la Corte Suprema que: *“La inconsecuencia o la falta de previsión no se suponen en el legislador, y por esto se reconoce como principio que las leyes deben ser interpretadas siempre evitando darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras, y adoptando como verdadero el*

³⁸ **Art. 2767:** “La acción de reivindicación no será admisible contra el poseedor de buena fe de una cosa mueble, que hubiese pagado el valor a la persona a la cual el demandante la había confiado para servirse de ella, para guardarla o para cualquier otro objeto”.

Art. 2778: “Sea la cosa mueble o inmueble, la reivindicación compete contra el actual poseedor, aunque fuere de buena fe que la hubiese tenido del reivindicante, por un acto nulo o anulado; y contra el actual poseedor, aunque de buena fe, que la hubiese de un enajenante de buena fe, si la hubo por título gratuito y el enajenante estaba obligado a restituirla al reivindicante, como el sucesor del comodatario que hubiese creído que la cosa era propia de su autor”.

Art. 2412: “La posesión de buena fe de una cosa mueble, crea, a favor del poseedor, la presunción de tener la propiedad de ella, y el poder de repeler cualquier acción de reivindicación, si la cosa no hubiese sido robada o perdida”.

Art. 2671: “La revocación de dominio sobre cosas muebles no tiene efecto contra terceros adquirentes usufructuarios, o acreedores pignoratícios, sino en cuanto ellos, por razón de su mala fe, tuvieren una obligación personal de restituir la cosa”.

Art. 1856: “Cuando la donación ha sido de bienes muebles, su revocación trae la nulidad de la enajenación hecha por el donatario, cuando el adquirente de los bienes donados conocía las cargas impuestas y sabía que no estaban cumplidas”.

que las concilie y deje a todas con valor y efecto”³⁹. Por ello, ante dos textos contradictorios, la primera regla de interpretación es tratar de armonizarlos, aunque mas no sea parcialmente, lo que torna preferible la postura de Machado, seguida por Maffía, Borda, entre otros, conforme a la cual la conciliación entre los arts. 2613 y 3781 se obtiene interpretando que si la cláusula de no enajenar fija un plazo, se la tiene por no escrita (art. 3781); si fija un término que no exceda de diez años, es válida (art. 2613); y si fija un término superior a diez años, se la reduce al máximo legal (art. 2613).

En la hipótesis de que la cláusula de no enajenar haya sido impuesta en una venta u otro acto a título oneroso, no tiene efecto de privar al fiduciario de su facultad de disponer, y a si lo establecen el art. 2612 al decir: “*El propietario de un inmueble no puede obligarse a no enajenarlo, y si lo hiciere la enajenación será válida, sin perjuicio de las acciones personales que el acto puede constituir contra él*”, y el 1364, que expresa que “*Es prohibida la cláusula de no enajenar la cosa vendida a persona alguna; mas no a una persona determinada*”, de modo que la enajenación efectuada por éste a un tercero es válida, sin perjuicio de hacerlo responsable por los daños y perjuicios. Si bien el art. 2612 no alude a los inmuebles, pensamos que correlacionado con los arts. 1364 y 2613 (alude a bienes muebles e inmuebles), nada impide la aplicación de las mismas reglas en torno de las cosas muebles.

Aunque se prescinda del art. 2612, la responsabilidad por los daños sería consecuencia de los principios generales que rigen el incumplimiento contractual.

La posibilidad de desechar la indemnización de los daños es inaceptable cuando se trata transmisiones fiduciarias, en las que existe una relación de confianza, está ínsita en el negocio la potestad de abuso por parte de la persona en quien se confió, y la consecuente “situación de peligro” en la que se halla el beneficiario.

La esencia del negocio fiduciario está en la contraposición entre el “poder” y el “deber”. Teniendo también presente que en la estructura de este tipo de actos se entrelazan el aspecto “real” y el “obligacional”, el abuso, es decir, el incumplimiento de sus deberes de lealtad hacia el fiduciante, debe traer aparejadas consecuencias de índole personal que se traducen en el resarcimiento de daños y perjuicios.

La cláusula de no enajenar impuesta en un acto a título oneroso, es ineficaz para impedir que el titular viola la prohibición, por aplicación de los arts. 1364 y 2612. Sin perjuicio de ello, el incumplimiento del fiduciario lo hará responsable de los daños y perjuicios, sobre todo en el caso de cosas que no podrán ser reivindicadas.

³⁹ Fallos, 297-142, 300-1080;301-460, entre otros.

Decimos que la cláusula de no enajenar es ineficaz para impedir la transmisión porque nuestro Código Civil, por razones de orden público, procura garantizar la plena disponibilidad del dominio e impedir una vinculación disfrazada de bienes, y de favorecer la circulación de la riqueza. Al contrario, en los actos a título gratuito el Código asigna efectos a la cláusula de no enajenar, pues pretende evitar que quien recibe los bienes sin contraprestación los dilapide.

Nuestro Código admite las cláusulas de no enajenar a “determinadas personas” (art. 1364), porque ellas pueden responder a un interés legítimo de las partes, como la de evitar competencia, y no dan lugar al estancamiento de la propiedad, ni impide la libre circulación de riqueza, puesto que las cosas pueden ser enajenadas a cualquier otra persona.

Extensión de las facultades del fiduciario.

Se reconoce que si el fiduciario puede enajenar, a fortiori, puede constituir otros derechos reales, desmembrados o de garantía (2670 y 3615 Código Civil; y 17 Ley 24.441)

Así como puede transmitir el dominio por actos entre vivos, también puede constituir otros derechos reales sobre la cosa, con excepción del usufructo (art. 2841).

Puede constituir servidumbres, hipotecas, prenda o anticresis. Tales facultades se infieren de los arts. 2670 y 3125 del Código, y del art. 17 de la ley 24.441, el que expresamente atribuye la potestad de gravar los bienes fideicomitidos. Si, como venimos diciendo, se le reconoce aptitud para transmitir el dominio de la cosa, con más razón su legitimación para gravar el inmueble con derechos reales.

Por otra parte, el art. 2841, en tanto constituye una limitación a los poderes de disposición jurídica del dueño, debe ser de interpretación restrictiva. (arts. 910, 2523 y 2805).

Todo esto, sin olvidar, que las consideraciones respecto a la transmisión del dominio son aquí aplicables en cuanto a las limitaciones del fiduciario para la realización de este tipo de actos (fines del fideicomiso, la confianza en él depositada, etc.), así como su responsabilidad personal por el mal desempeño del encargo.

Usufructo

En forma inexplicable Vélez dispuso en el art. 2841 que “*el propietario fiduciario no puede establecer usufructo sobre los bienes gravados por sustitución*”. Contradice el

esquema que vamos desarrollando, el que debe atribuir al titular las mismas facultades que le asisten al dueño pleno o perfecto pero limitadas temporalmente, y se opone también con el dominio revocable, en el que las facultades de disposición son amplias (art. 2670).

En doctrina se discute si subsiste la vigencia de la norma luego de la ley, pese a su no derogación expresa.

López de Zavalía refiriéndose al dominio fiduciario enseña que “... *el art. 2481 de Código Civil hace referencia a los fideicomisos gravados con sustitución, por lo que todos los demás fideicomisos no se encuentran alcanzados con la prohibición de constitución de usufructo*⁴⁰”, además para este autor, “...*la prohibición no tendrá explicación lógica ante la posibilidad que tiene el dueño revocable de constituir este derecho*⁴¹”.

Coinciden Ghersi y Weingarten para quienes “...*salvo prohibición expresa, el fiduciario, siempre que haga a los fines del fideicomiso, podrá constituir este derecho real*”.

Claudio Kiper afirma que “*la prohibición para el fiduciario de constituir usufructo no es coherente con nuestro sistema, ya que si puede transmitir el dominio sobre la cosa, con mayor razón debería poder constituir sobre ella el derecho de usufructo: si puede lo mas, debería poder lo menos*”⁴².

No se advierten razones de orden público que justifiquen la postura del legislador en este punto. El usufructo, que también es un derecho temporario, puede ser establecido pura y simplemente o bajo condiciones o plazos resolutorios, como así establece el art. 2821: “... *bajo condiciones... o hasta una ciertas época y, en fin, con todas las modalidades a que el propietario de la cosa juzgue conveniente someterlo*”.

Era una de las preocupaciones de Vélez evitar que se prolongue casi indefinidamente la separación de la propiedad de la del usufructo, razón por la cual este derecho se extingue por el vencimiento del plazo o por la muerte de su titular, y por la que, en principio, no existe derecho de acrecer ente los cusufructarios (art. 2823). Por ello también es que no se puede constituir usufructo a favor de los herederos del usufructuario, ni de muchas personas llamadas a gozarlo sucesivamente las unas

⁴⁰ LOPEZ DE ZAVALIA, Fernando, **Teoría de los Contratos**, ob. cit., p 746 y ss.

⁴¹ “... sería realmente extraño que el dueño fiduciario, como regla, no pudiese constituir usufructo, y pudiera hacerlo el dueño revocable, cuando tanto el dominio fiduciario como el revocable pueden estar sujetos a plazo o condición” – LOPEZ DE ZAVALIA, ibid.

⁴² KIPER, Claudio M, y LISOPRAWSKI, Silvio V, **Fideicomiso. Dominio Fiduciario. Securitización**, Depalma, 1995, p. 241.

después de las otras. Pero, en relación al fiduciario, no implicaría una desmembración absoluta del dominio sino que, por el contrario, se extinguirá en algún momento.

Así es como concluye Claudio Kiper, que *“...como no es posible por vía de interpretación alterar o suprimir la letra de la ley, sólo cabe proponer que una futura reforma del Código Civil”*⁴³.

La ley 24.441 también ha dejado pasar la oportunidad de derogar el art. 2841, seguramente por inadvertencia. Se descarta que el art. 17, en tanto permite al fiduciario gravar los bienes fideicomitidos, implique una derogación tácita de dicha norma, pues todas las normas vigentes tienen igual valor y cuando resultan contradictorias el interprete debe tratar de armonizarlas en lo que sea posible, pero no derogarlas a su arbitrio.

El proyecto de la Comisión de estudio del Código Civil, de los Derechos Reales y leyes complementarias de 1991, y el Proyecto de la Comisión Federal aprobado por la Cámara de Diputados de la Nación, propuso la derogación del art. 2841.

En definitiva, la prohibición sigue vigente, aunque inexplicable, no coherente con el sistema, y como no contraría a los fines del legislador de evitar la separación de la propiedad del usufructo, se concluye en que no se puede presumir que haya habido una derogación tácita del artículo, siendo la única solución posible una futura reforma del Código.

Facultades materiales

El fiduciario tiene derecho a los frutos, ya sean naturales, industriales o civiles, los que ingresarán en el patrimonio especial creado por la ley. Así parece confirmarlo el art. 13 de la ley 24.441, al disponer que *“... el fiduciario adquirirá la propiedad fiduciaria de otros bienes que adquiera con los frutos de los bienes fideicomitidos o con el producto de actos de disposición sobre los mismos, dejándose constancia de ello en el acto de adquisición y en los registros pertinentes”*.

Como aquí no está en juego el orden público, en primer lugar habrá que remitirse a lo que las partes hayan dispuesto contractualmente, y si nada previeron al respecto, será aplicable el criterio expuesto.

Ahora, se complica el panorama con el art. 15 de la ley: *“Los acreedores del beneficiario podrán ejercer sus derechos sobre los frutos de los bienes fideicomitidos y subrogarse sus derechos”*. Una rápida lectura parecería indicar que al atribuir derecho

⁴³ KIPER, Claudio M, y LISOPRAWSKI, Silvio V, ob. Cit., p. 243.

sobre los frutos a los acreedores del beneficiario, le asigna a éste la propiedad de dichos accesorios, en desmedro del fiduciario.

No hay que olvidar que durante la vigencia del fideicomiso el único dueño de las cosas es el fiduciario, y el beneficiario sólo tiene un derecho personal a que la cosa sea entregada al producirse la extinción de aquel negocio.

Siguiendo esta línea, los acreedores del beneficiario, ni este último, tendrían derecho sobre los frutos, salvo las medidas conservatorias de su derecho, tales como solicitar la reparación de construcciones, el levantamiento de cosechas, etc.

Por estas razones, entendemos que la previsión del art. 15, sólo será aplicable cuando tal derecho exista, es decir, cuando en el contrato se haya dispuesto que los frutos, durante la vigencia del fideicomiso, pertenezcan al beneficiario; a falta de previsión contractual, los frutos pertenecen al fiduciario y, por tanto, deben estar exentos de la acción de los acreedores del beneficiario, y sólo deben responder por las obligaciones contraídas por el fiduciario en la ejecución del fideicomiso.

En cuanto a las facultades del fiduciario sobre los frutos de su propiedad, la ley establece una limitación consistente en que sólo puede adquirir la propiedad fiduciaria de otros bienes con los frutos de los bienes fideicomitados "*...cuando así resulte del contrato*". Por lo tanto, de no mediar una autorización expresa en el contrato, podrá emplearlos en otros destinos atinentes a los fines del fideicomiso, pero no para adquirir otros bienes.

Sin embargo, pareciera ser una restricción equivocada, pues podrían presentarse situaciones en las cuales resulte conveniente para los fines del fideicomiso la adquisición de otros objetos con el producido de los frutos y que el fiduciario, a pesar de ser dueño, no lo pueda hacer por falta de previsión contractual. Dicha limitación coincide con lo dispuesto por el art. 4, inc. b), al disponer que el contrato debe contener "*...la determinación del modo en otros bienes podrán ser incorporados al fideicomiso*".

Por último, se plantea el problema de determinar que pasa con los frutos una vez concluido el fideicomiso, ya que la reforma altera también en este aspecto el régimen del Código Civil.

Según el Código Civil, al verificarse la resolución, el dueño temporario no debe transmitir al tercero los frutos percibidos en el tiempo intermedio, sino que los hace suyos (art. 557), pues como se explica en la nota "*...el efecto retroactivo de la condición resolutoria cumplida no se extiende hasta obligar al que ha percibido los frutos de la cosa, cuya propiedad le pertenecía durante la condición, a restituirlos a aquel a quien el acontecimiento de la condición ha hecho propietario, pero que hasta entonces no tenía*

sino la expectativa de la propiedad bajo una condición". Como la disposición se refiere a los frutos percibidos, los que estén pendientes le corresponden a quien tenga derecho a convertirse en propietario (arts. 583, 2423 y 2325), ya se trate de frutos civiles, naturales o industriales, porque las normas en juego no hace distinción.

En cambio en la ley, existen algunas disposiciones que permiten sostener un nuevo criterio respecto de los frutos percibidos, los que permanecerán al fideicomisario, o al beneficiario si así se estipulo en el contrato.

Así, el art. 7 establece la prohibición de que el fiduciario pueda adquirir para sí los bienes fideicomitidos. Estos, a su vez, constituyen un patrimonio separado (art. 14) lo que permite suponer que este conjunto de bienes, en su integridad, es el que finalmente debe recibir el fideicomisario (art. 26). Si el fiduciario adquiere otros bienes con los frutos de aquellos fideicomitidos, tales derecho se incorporarán al patrimonio especial (art. 13), produciéndose así una suerte de subrogación real.

Con todo esto, se puede afirmar que los frutos están también afectados a los fines del fideicomiso, mas que a los intereses personales del fiduciario, y que los acreedores del beneficiario, en ciertas ocasiones, pueden agredir los frutos de los bienes fideicomitidos (art. 15), lo que confirma la idea de que no se consolidan definitivamente en el patrimonio del fiduciario.

Todo lo referido sobre los frutos percibidos, con mayor razón se aplicará a los frutos pendientes, los que permanecerán al beneficiario o al fideicomisario por la sola aplicación de los principios existentes en el Código.

Todo esto, siempre y cuando, no se haya convenido otra cosa entre las partes, ya que no está en juego el orden público; y que los principios expuestos tienen virtualidad durante la vigencia del fideicomiso.

Realizar una interpretación literal de la norma implica una óptica demasiado estática del negocio, que no compartimos. De cualquier modo, es conveniente incluir cláusulas contractuales que permitan al fiduciario la utilización de los frutos para adquirir otros bienes.

Al llegar a este punto se podría llegar a una primera conclusión, que es necesario una redacción responsable del contrato de fideicomiso, con la confección de cláusulas que despejen todo tipo de dudas sobre legitimación del fiduciario para el negocio en particular, y donde no se pueda especificar, utilizar todas las herramientas posibles para llegar a un resultado aproximado. La registración del contrato ayudaría a la seguridad en las contrataciones.

En la notificación notarial se tienen en cuenta los asientos registrales, y los antecedentes del contrato y de la transferencia del dominio fiduciario (que pueden o no coincidir temporalmente) y de ahí analizar si existen prohibiciones o limitaciones de disposición, y si no existen cláusulas, examinar si no hay incompatibilidad con los fines del fideicomiso.

2.3.- Sustitución del Fiduciario

Uno de los supuestos que la práctica revela como de necesaria clarificación es la transferencia de bienes y cosas de un fiduciario a su sustituto.

La normativa aplicable en este caso es el art. 4 inc. e) de la ley 24.441, que contempla uno de los ítems: “...modo de sustituirlo si cesare”, refiriéndose específicamente al proceso por el que el fiduciario es reemplazado y la persona que toma su lugar; y más específicamente el art. 9 que dice: “ *El fiduciario cesara como tal por: a) Remoción judicial por incumplimiento de sus obligaciones, a instancia del fiduciante; o a pedido del beneficiario con citación del fiduciante; b) Por muerte o incapacidad judicialmente declarada si fuera una persona física; c) Por disolución si fuere una persona jurídica; d) Por quiebra o liquidación; e) Por renuncia si en el contrato se hubiese autorizado expresamente esta causa. La renuncia tendrá efecto después de la transferencia del patrimonio objeto del fideicomiso al fiduciario sustituto*”, y el art. 10 que dice “*Producida una causal de cesación del fiduciario, será reemplazado por el sustituto designado en el contrato o de acuerdo al procedimiento previsto en él. Si no lo hubiere o no aceptare, el juez designará como fiduciario a una de las entidades autorizadas de acuerdo a lo previsto en el artículo 19. Los bienes fideicomitados serán transmitidos al nuevo fiduciario*”, referidos a las causales por las cuales puede cesar el fiduciario, y de su reemplazo por un sustituto. En virtud la correspondencia y relación que hay en estos artículos serán tratados de manera conjunta.-

Existe discrepancia en la doctrina nacional acerca de los modos en que habrá de ocurrir la transferencia del patrimonio fideicomitado. Así, algunos autores, entienden que existe un mero cambio de titularidad del patrimonio fideicomitado, similar en su esencia a lo que ocurriría en los casos de designación de nuevo representante legal en las sociedades comerciales, o de transformación de sociedades comerciales o fusión o escisión de las mismas, en donde existe continuidad de la persona jurídica. Elena Highton considera que para entender mejor la situación jurídica habría que “... *imaginar al*

patrimonio de afectación como si fuera una persona jurídica titular de la cosa, cuyo representante legal es reemplazado y no con el concepto tradicional de una cosa cuyo titular cambia por transmisión del dominio dando lugar al título (por causa de muerte) o al título y modo (por actos entre vivos)”. Para Moisset de Españes el oficio o testimonio judicial, en el que se transcriba la pertinente resolución por la cual se removió al fiduciario (en el caso de remoción judicial) y se lo sustituyo por otra persona, es un instrumento público apto para provocar la mutación registral.⁴⁴

Otros autores sostienen que se requiere el título y modo por actos entre vivos del dominio fiduciario, en tanto especie del género dominio. Así, Horacio Vaccarelli, establece que para el acto de transmisión de dominio de un inmueble al fiduciario sustituto, tiene que haber un título y causa suficiente, es decir, el título (causa mediata), el modo tradición, el modo instrumental (escritura pública), y la inscripción registral. Agregando que “...*si se trata de inmuebles, la sustitución deberá operar a través de escritura pública, aunque la causa de cesación haya sido declarada judicialmente. Lo que el juez declara es la existencia de la causal, que es el incumplimiento de las obligaciones del fiduciario pero de manera alguna esto puede hacer presumir que a través del documento judicial pueda mutarse el dominio del fiduciario originario por un sustituto, o un segundo sustituto, según quien sea el que cesó en sus funciones*”⁴⁵.

En una particular postura Ormaechea y Clusellas entienden que ha de considerarse la transferencia, producto de la sustitución, como comprendida en los términos de los artículos 3262 y 3263 del Código Civil, esto es como una transmisión universal del patrimonio fideicomitido. En consecuencia, es suficiente que concurra el fiduciario sustituto acreditando la causal de sustitución del sustituto, para que en la escritura pública, se declare transmitido el patrimonio fideicomitido⁴⁶. La transferencia deberá ser declarativa y no traslativa, en virtud de la permanencia de las cosas y bienes del fideicomiso en el mismo patrimonio que es, en verdad, el objeto de la transmisión.

Se trata de un caso de transferencia de propiedad o dominio previamente fiduciario, y que genera a su vez el sostenimiento de la propiedad fiduciaria, pero ahora con una nueva titularidad. En los otros desplazamientos patrimoniales, se pasa de dominio pleno

⁴⁴ MOISSET DE ESPANES, Luis, “Aspectos Registrales del Fideicomiso ley 24.441”. JA 1995-III-725; HIGHTON. “El dominio Fiduciario y las problemáticas de su reflejo registral”, En **Revista del Derecho privado y Comunitario**, 2001, p.3.

⁴⁵ VACCARELLI, Horacio, “Aspectos Registrales. Contrato de Fideicomiso”, **Revista del Notariado**, No. Especial, 1995, p.100.

⁴⁶ ORMAECHEA, Carolina y CLUSELLAS, Eduardo, “El fideicomiso inmobiliario y sus efectos colaterales”. Ponencia presentada en la **29 Jornadas Notariales Argentinas**, Mar del Plata, 5-8-2010, p. 6.

(el que tenía el fiduciante) a dominio fiduciario (el que adquiere y detenta el fiduciario); o cuando se produce el hecho resolutorio y el fiduciario restituye los bienes a quien le mande el contrato, pasamos de tener un dominio fiduciario (el que tenía el propio fiduciario) a un dominio pleno (el que recibe el propio fiduciante, ó el beneficiario ó eventualmente el fideicomisario). Pero en este caso, cuando los bienes y cosas pasan de un fiduciario a otro, por causa de una sustitución, se produce una situación única que debe ser encuadrada y calificada en manera diferente de los otros supuestos.

Cuando nace el fideicomiso, hay una vinculación entre el patrimonio personal del fiduciante con el patrimonio de afectación nacido del fideicomiso. Cuando se extingue la propiedad fiduciaria por el acaecimiento del hecho resolutorio (plazo o condición) se vincula el patrimonio de afectación con el patrimonio personal del que esté destinado a recibir estos bienes y cosas (fideicomisario). En ambos casos se vinculan patrimonios distintos y así existe una verdadera transmisión de la propiedad o dominio de bienes y cosas, que llamamos transmisión traslativa. Pero en este caso, la realidad es que no existe vinculación de dos patrimonios, sino pareciera que hay una transferencia de un patrimonio considerado como universalidad jurídica a un sucesor fiduciario particular, que es el fiduciario sustituto. En este caso el dominio no pasa de un patrimonio a otro, sino que simplemente cambia la titularidad del sujeto que detenta este dominio fiduciario, y se mantiene afectado al cumplimiento de los fines del fideicomiso, destinada a lograr la continuidad del negocio. Por eso, como bien considera la doctrina, se trata de un cambio de titularidad, y no de patrimonio, como una transmisión meramente declarativa.

Producido el hecho generador de la sustitución, sea la renuncia, la muerte o la remoción judicial del fiduciario, el sustituto adquiere la universalidad del patrimonio de afectación por aplicación del mecanismo contractual o por decisión judicial, en caso de falta de previsión en el fideicomiso.

Consideramos entonces la transferencia individual de cada una de las cosas y bienes que componen el patrimonio de afectación, producida la transferencia de la universalidad, se torna una cuestión declarativa, y no constituye en si misma una transferencia de dominio típica, que requiera para su efectivización, de un título suficiente similar a la de las transmisiones esencialmente transmisivas, sino que deberá consistir en la elaboración de un título formalmente adecuado a la naturaleza de los bienes a transferir por sustitución. Y en eso, es de total aplicación lo regulado en el artículo 12 de la ley que manda a cumplir con las formalidades exigibles de acuerdo a la naturaleza de los bienes,

y lo normado por el artículo 26 que manda a otorgar los instrumentos y registraciones que conforme la naturaleza de los bienes corresponda por legislación general.

Con lo dicho, llegamos a una primera conclusión de que la transferencia del patrimonio de afectación de un fiduciario a su sustituto, constituye una transmisión universal del patrimonio de afectación. Bastara para operar la transmisión un acta declarativa que acredite la causal de sustitución objetivamente probada, otorgada por la forma que corresponda según la naturaleza de los bienes (escritura pública en caso de inmuebles) y su registración en caso de que sean cosas cuyo registro hubiera dispuesto la ley.

Si no opera una verdadera y clásica transmisión dominial de desplazamiento patrimonial, manteniendo el mismo patrimonio separado, solamente cambiando el sujeto que da capacidad ejecutiva a los fines del fideicomiso, cabe preguntarnos si debemos cumplir con el requisito de contar con certificados previos que si artículo 23 la ley 17.801 exige para transmitir derechos reales sobre inmuebles.

Pero la ley no es suficientemente clara al respecto, sobre todo en la parte final del art. 9 inc. e), al regular la renuncia del fiduciario no tendrá efectos hasta después de transferir el patrimonio objeto del fideicomiso al sustituto; y del mismo modo el art. 10 establece que los bienes fideicomitados serán transmitidos al nuevo fiduciario. La ley aquí ha dejado una mínima previsión, pero no en los restantes supuestos de cesación. Consideramos que el fiduciario sustituto no hace mas que aceptar el cargo causado en el propio contrato de fideicomiso (o en la designación que se le ha hecho de acuerdo a la forma de determinación prevista en la misma fiducia). La designación del sustituto es de la misma categoría y entidad que la del fiduciario originario, pero esta condicionado al caso de vacancia del cargo por cualquiera de las causales previstas en la ley y el contrato.

Por lo tanto, producido el hecho de la condición, el cargo del fiduciario sustituto se actualiza, no tiene nada mas que aceptar el mismo. Asi como en la compra hecho por un gestor de negocios para otro, basta con que el beneficiario de la gestión acepte la compra y titularice el dominio, sin necesidad de concurrencia del gestor para tal transmisión, pues ya se había dirigido ese bien a su patrimonio.

Por lo dicho creemos que la verdadera finalidad de la norma del inc. e) del art. 9 de la ley 24.441, al condicionar los efectos de la renuncia del fiduciario a la “transmisión” de los bienes fideicomitados, esta en evitar los perjuicios de una renuncia intempestiva, manteniendo en su cabeza la responsabilidad de la conservación y custodia de los bienes hasta tanto se realice la transmisión.

Por lo tanto la exigencia del Registro de la Propiedad Inmueble de los certificados registrales con bloque registral (art. 23 Ley 17.801), sin distinguir del aporte inicial del fiduciante al patrimonio fiduciario, donde si hay un verdadero desplazamiento patrimonial, igualmente deberá ser registrada, pues con el fiduciario original o con el sustituto, el bien igualmente es del patrimonio fiduciario y garantiza las deudas fiduciarias, sin importar el titular de dominio.

El fiduciario sustituto no podrá oponer el bloqueo registral por ser también una obligación suya, donde por el efecto de la transmisión como universalidad, adquiere tanto el pasivo como el activo, y la reserva de prioridad pierde su sentido.

Sin embargo, debemos respetar las exigencias registrales y salvo que una norma especial que lo excepcione, se debe contar con los certificados vigentes para el otorgamiento del acto, y no el informe.

Con respecto al certificado de anotaciones personales, el mismo es necesario, no sólo por la exigencia registral señalada, sino porque el fideicomiso es un patrimonio de afectación, que tiene un sujeto que lo administra y es la cabeza de sus relaciones jurídicas frente a terceros. Esto implica que si, por ejemplo, un acreedor del fideicomiso debe trabar una medida de inhibición general de bienes del fideicomiso, lo debe hacer por el titular fiduciario; en consecuencia, si se permitiese hacer la sustitución sin la solicitud del certificado de inhibiciones, se habilitaría la vía para eludir la inhibición trabada, ya que el fiduciario sustituto no estaría inhibido por el fideicomiso y dispondrá libremente de los bienes del patrimonio fiduciario en perjuicio del acreedor que obtuvo aquella medida cautelar.

Entonces la escritura de la llamada transmisión al fiduciario sustituto no es tal, y debe asimilarse al caso de quien acepta la compra hecha por un gestor de negocios, ya que se trata de un mero cambio de titularidad.

El art. 5 de la Disposición Técnico Registral 17/95 de la Pcia de Buenos Aires, es elogiado y recepta la correcta interpretación del instituto, al tratarlo como un cambio de titularidad, al establecer que “los supuestos de cesación del fiduciario regulador en el artículo 9 de la ley 24.441, se reflejarán en el folio mediante un asiento de cambio de titularidad, con los datos personales correspondientes e indicación de la causa sin reproducir los demás del asiento principal”. En consecuencia, con este criterio pareciera no ser necesarios los recaudos del art. 23 de la ley 17.801. Consideremos que un informe de dominio bastaría al notario para corroborar las constancias registrales existentes, pero

su omisión no implicaría responsabilidad alguna, ni impediría su registración. Sin embargo, como dijimos previamente, debemos respetar exigencias registrales.

Legitimación para operar la transmisión

Las disposiciones técnico registrales no aclaran cuales mecanismos o instrumentales debemos utilizar dependiendo de la causal de cese. Nos detendremos entonces a cada uno de los supuestos de cesación del fiduciario previstos en el art. 9 de la ley para ver los requisitos que serán necesarios.

1) Remoción Judicial por incumplimiento de sus obligaciones, a instancia del fiduciante; o a pedido del beneficiario con citación del fiduciante

El supuesto de remoción es el que tiene mayor cantidad de ribetes jurídicos para analizar, puesto que en sí mismo involucra un proceso contencioso que incluye probanzas y una sentencia judicial haciendo lugar a la remoción o no, pudiendo además condenar al fiduciario a cargar con la reparación de los perjuicios causados.

Los promotores de la remoción pueden ser tanto el fiduciante como el beneficiario, en el caso de que sean estos últimos, se deberá citar a los fiduciantes. Las causales son con relación al incumplimiento a las obligaciones impuestas o el mal desempeño, y ello es precisamente lo que se deberá probar en el juicio.

Un tema a tratar es que ocurrirá durante el período del juicio, en el que se encuentra en discusión la actuación del fiduciario, con respecto a la administración del fideicomiso, puesto que no sería lógico que quien se encuentra cuestionado continúe al frente de éste.

La solución sería designar interinamente un fiduciario, aun cuando no sea requerido por el fiduciante o los beneficiarios, por parte del juzgado interviniente, de modo de salvaguardar los derechos de las partes y garantizar la continuidad del negocio y no desvirtuar su finalidad. Procesalmente la designación de un fiduciario interino se consagra como una medida cautelar destinada a salvaguardar el negocio.

El propósito ante todo es preservar la voluntad de las partes y la finalidad que tuvieron en miras al celebrar el negocio, que o puede verse frustrada, suspendida o interrumpida por un proceso de remoción del fiduciario. Por eso consideramos si el fiduciario fue removido deberá el mismo suscribir la escritura a favor del sustituto, y ante su negativa deberá otorgar la escritura el juez.

2) Muerte o incapacidad judicialmente declarada si fuera persona física.

Uno de los avatares por los cuales va a atravesar el contrato de fideicomiso es el del fallecimiento del fiduciario. Si su persona era un requisito indispensable para la existencia

misma del fideicomiso, producido el deceso, el mismo se extinguirá. De no ser indispensable la persona del fiduciario, su sustitución puede o no estar contemplada por parte el fideicomitente, y resolverse bien sea en conformidad con su voluntad o, en caso de no tener contemplado el supuesto, aplicando el mecanismo contenido en la ley y ya tratado con anterioridad, como ser el suplir la voluntad del constituyente con la asignación de un fiduciario profesional (arts. 10 y 19, ley 24.441). Pensamos que no solamente se sule la voluntad sino que también debe considerarse que se la complementa, porque puede presentarse el caso de que el fiduciante haya previsto un mecanismo para las distintas designaciones de fiduciarios, y que por diversas circunstancias no haya podido aplicarse o se hubieran agotado los posibles candidatos, bien sea por renuncia, o por muerte, etc., entonces el mecanismo contemplado en la ley se aplicará para completar la figura del fiduciario, según los artículos mencionados renglones atrás.

Pero desde el punto de vista registral, ¿cuáles son las repercusiones que trae esta muerte, cuáles son los documentos que se deben acompañarse para el traspaso de los bienes al nuevo fiduciario?. Al respecto, hay quienes afirman que ante la muerte debe abrirse el proceso sucesorio y continuarlo hasta la declaratoria de herederos, y recién allí traspasar el dominio de los bienes. Nuestra opinión es distinta, ya que creemos que no es necesario en absoluto abrir un proceso sucesorio del fiduciario, ya que de poco servirá esto al traspaso de los bienes. Puede ser, sin embargo, que los herederos reclamen importes debidos al fiduciario en concepto de honorarios o viáticos, por el desempeño de sus funciones, y que por ello deban comenzar el procedimiento sucesorio, a los fines de que sean legitimados para efectuar el reclamo que hace a la defensa de sus derechos, pero no coincidimos con la postura que sostiene la necesidad de que se inicie el proceso sucesorio para la sola transferencia de bienes o derechos.

Además, a pesar de que el bien objeto del fideicomiso no se incorpora al patrimonio del causante, sus herederos pueden suscribir los actos que a este le hubiesen correspondido como continuadores de la persona del causante, pero sin necesidad de incorporar al patrimonio fideicomitado al sucesorio. La solución se encuentra en el art. 16 inc. a⁴⁷ de la ley 17.801 de Registro de la Propiedad Inmueble. Podrá suscribir la escritura el juez, el representante de la sucesión, o los herederos declarados, y en este ultimo caso

⁴⁷ **Art. 16, ley 17.801:** “No será necesaria la previa inscripción o anotación, a los efectos de la continuidad del tracto con respecto al documento que se otorgue, en los siguientes casos: a) Cuando el documento sea otorgado por los jueces, los herederos declarados o sus representantes, en cumplimiento de contratos u obligaciones contraídas en vida por el causante o su cónyuge sobre bienes registrados a su nombre”.

bastará para que se encuentren legitimados para actuar con el dictado de declaratoria de herederos.

Por otra parte, Elena Highton, entendió que nada tienen que hacer los herederos del fiduciario sustituto respecto de los bienes del fideicomiso, ni siquiera para transferirlos; si se piensa que el juez es el que deberá transferir los bienes al fiduciario sustituto, será por expediente separado, ya que no constituye materia de proceso sucesorio, siendo el fiduciario reemplazante sucesor a título particular. No hay, a su entender, transmisión mortis causa, sino que el fallecimiento solamente implica el cese de sus funciones.

Pareciera ser que el único interés que podrían tener los sucesores del fiduciario causante en los bienes fideicomitidos, es si hubiesen créditos a favor del difunto, bien sea por remuneraciones o por gastos pendientes de cobro. Pero la conexión es relativa, ya que deben realizar los labores para gestionar su cobro, más que intervenir en el pase de titularidad al nuevo fiduciario.

El registro de la propiedad automotor, por ejemplo, permite la transferencia del dominio del automotores fideicomitido al sustituto con la acreditación del fallecimiento del fiduciario, y con el contrato de fideicomiso de donde surjan claramente los datos del sustituto y la suscripción de formulario por parte de este último.

Kiper y Lisoprawski⁴⁸ sostienen que la solución debe encontrarse en el art. 36 de la ley 17.801 "*las inscripciones y anotaciones se cancelaran con la presentación de solicitud, acompañada del documento en que conste la extinción del derecho registrado*". Al haberse extinguido por su fallecimiento los derechos del fiduciario, bastará la rogación en escritura pública del sustituto designado, con la debida acreditación de su designación a través de contrato de fideicomiso, y con la constancia de fallecimiento del fiduciario original.

A los fines de facilitar el traumático momento del cambio en la persona del fiduciario, parecería que habría que asimilar el supuesto en estudio al del fallecimiento del titular del derecho real de usufructo. En este supuesto fallecido quien detenta el usufructo, se consolida el dominio pleno en quien posee la nuda propiedad, acompañando solamente al registro general de la propiedad un escrito donde se denuncia el hecho, y se adjunta copia del acta donde consta la inscripción de la defunción y sin necesidad de proceso judicial alguno; además, de no ser así se carga con gastos innecesarios y pérdida de valioso tiempo a la norma operatividad del instituto.

⁴⁸ KIPER, CLAUDIO M, y LISOPRAWSKI, SILVIO V., **Obligaciones y responsabilidad del fiduciario**, Depalma, Buenos Aires, 1999, p. 66.

Por otra parte, afirmamos esto con el fundamento de que el dominio fiduciario no constituye un derecho real nuevo, al menos esta es la postura mayoritaria, sino que pertenece a la especie del dominio con restricciones, que socavan su plenitud, y es por ello que lo asemejamos a la hipótesis de cancelación del usufructo. Además esta asimilación surge también de la Disposición Técnico Registral No. 1/97, ya que en su art. 1, al hablar del encuadramiento del fideicomiso expresa: “... y se les aplicarán, en cuanto sean compatibles, las normas registrales vigentes para el dominio, condominio, propiedad o copropiedad horizontal, según los casos, y las que aquí se establecen”. Nos parece que si bien no habla del usufructo en forma expresa, creemos que el texto debe hacerse extensivo.

En cuanto a la incapacidad del fiduciario declarada judicialmente, presenta una problemática que no ha sido debidamente acordada.

La capacidad jurídica consiste en una cualidad de la persona, y es un concepto estrictamente subjetivo. Se la define normativamente en sentido negativo, determinándose los casos de incapacidad. La capacidad es la regla, y la situación es mas o menos clara cuando media declaración de demencia, pero ello requiere de un proceso de larga duración, ya que en todos los casos se exige un examen previo de facultativos. Además no de olvidarse que la declaración de demencia no podrá hacerse sino a solicitud de parte, y solo pueden pedirla, el esposo o esposa no divorciados, los parientes del demente, el Ministerio de Menores, y el respectivo cónsul, si el demente fuese extranjero; y sólo se habilitará a otros terceros, cuando el demente sea furioso, o incomode a sus vecinos.

De la mera revisión del régimen aplicable surgen varios interrogantes en el supuesto de la presunta incapacidad del fiduciario.

En el supuesto de que aparezca notoria e indudable, puesto en su cargo el curador provisorio, entendemos que, no obstante las meras facultades de administración del patrimonio que la ley le otorga, deberá a solicitud de parte y por auto fundado, ordenar el juez la sustitución de la persona del fiduciario, mediante la transferencia del dominio fiduciario al sustituto que corresponda, según las previsiones del contrato o, en su defecto, de la ley. Sería absurdo pretender que el curador provisorio asuma la administración del patrimonio fideicomitado.

Cuando no resulte notorio e indudable, deberá el juez, siempre a pedido de parte interesada, evaluar la aptitud de la persona del fiduciario, en función de seguir

administrando el patrimonio fideicomitido, y en su caso, provisoriamente, como medida cautelar, ordenar su sustitución en el ámbito del fideicomiso.

Entonces, ¿podría admitirse que otra persona, como el fiduciante o beneficiario, inste el proceso de declaración de demencia del fiduciario?, pareciera que no, ya que la capacidad de toda persona es la regla, y la declaración de demencia, es una cuestión de suma gravedad a la que la ley somete un procedimiento estricto, que sólo pueden provocar determinadas personas. Sin embargo, creemos que un interesado en el patrimonio fideicomitido en cabeza del fiduciario presuntamente incapaz, podrá instar, aún sin estar legitimado para el proceso de declaración de demencia, una medida cautelar en orden a su interés, a efectos de que el juez, previa citación al fiduciario, pueda removerlo de sus funciones, preventivamente, provocando su sustitución.

La situación no está prevista, por lo que necesariamente deberá tomarse en casos extremos, en los que la verosimilitud de su gravedad y urgencia, se halle debidamente probada.

Son situaciones que pueden darse, por ejemplo, un fiduciario de uno o más emprendimientos inmobiliarios sufra un accidente cerebro vascular que lo mantuviera imposibilitado de continuar con sus tareas, pero también de manifestar su voluntad de modo de posibilitar una sustitución negocial, y su familia no insta el proceso de insania, por considerarlo apresurado.

Así, ante la falta de previsiones legales y/o contractuales, los emprendimientos se paralizan durante largos períodos, provocando perjuicios a los beneficiarios. Consideramos que probando verosímilmente la situación de carencia de aptitud, debe dictarse una medida cautelar para impedir perjuicios irreparables, permitiendo la sustitución, al menos preventiva, de la persona del fiduciario.

3) Por disolución si fuese una persona jurídica.

Si bien la ley indica esta como causal de transferencia de dominio fiduciario al sustituto, entendemos que con la disolución comenzarán los procesos liquidatorios y esta transferencia es una de las obligaciones que deberá ejecutar el liquidador de la sociedad.

Este supuesto supone la subsistencia de la personalidad societaria, hasta la completa liquidación de la misma. Por lo que será el representante de la sociedad quien se encontrara legitimado para suscribir la escritura de transmisión del dominio fiduciario al sustituto.

4) Quiebra o liquidación.

Una de las consecuencias de la declaración de quiebra es la pérdida de la administración de los bienes, mal podría continuar ejerciendo facultades de administración sobre un patrimonio de afectación, quien se encuentra inhabilitado para administrar lo propio.

Mas allá de los efectos legales, la quiebra trae aparejada una pérdida total de confianza, base imprescindible del negocio de fideicomiso.

La primer consecuencia de la declaración de quiebra es la cesación de sus funciones como tal por imperativo legal. Por otro lado se encuentran los efectos que esa declaración posee sobre el fideicomiso.

Aquí es donde rige la separación patrimonial provocando así que no puedan ser de aplicación muchas de las disposiciones de la Ley de Concursos y Quiebras (24.522), especialmente aquellas vinculadas con acciones que los terceros contratantes tendrían ante la quiebra de una de las partes de determinado contrato (art .143 y ss).

A diferencia del caso anterior, en este caso será el síndico el que deberá suscribir el documento.

5) Renuncia.

Siempre y cuando en el contrato se hubiese autorizado expresamente esa causa, es el mismo renunciante el que deberá suscribir la escritura traslativa de dominio al sustituto, y en caso de negativa será responsable de la demora, sin perjuicio de solicitar intimación para otorgar dicho instrumento, pudiendo darla el juez en cado de negativa.

A su vez, ante la resistencia de quien le corresponde designar un sustituto o de realizar los actos necesarios para que el reemplazo se lleve a cabo, el fiduciario renunciante tiene la posibilidad de recurrir a la justicia a fin de que se lo libere de su compromiso. Además de esto, el fiduciario saliente, si contractualmente se estableció, deba indemnizar o reparar los daños que su renuncia ha causado o pudiera causar en el futuro del negocio.

Hay casos en los que la calidad el fiduciario es de suma importancia para el éxito del negocio, con lo que su salida puede provocar la frustración de las expectativas de las partes.

Ahora, la realidad indica, que no siempre las cosas se dan fácilmente, particularmente en los casos de remoción, muerte e incapacidad. Resultan situaciones que pueden acarrear graves perjuicios para los partícipes del negocio. Una solución seria

que los fiduciarios otorguen un poder especial irrevocable con efecto post mortem a favor de su sustituto, para que operada objetivamente la causal de cese, pueda el apoderado suscribir el acto de transmisión de la titularidad dominial a favor del mismo sustituto.

Si no se previó este mecanismo, la ley 24.441 no contiene las previsiones al respecto, y por lo que la función del notario respecta, como operadores del derecho, se debe prevenir el conflicto, mediante la colaboración en la formación de contratos ágiles, operativos, y sustanciales, entendemos que acreditando objetivamente la causal de cese, encontrándose previsto el sustituto en el contrato de fideicomiso, en su defecto, habiéndose previsto un mecanismo de sustitución verificando su cumplimiento se puede formalizar la escritura de cambio de titularidad.

2.4.- Vencimiento del Plazo. Consecuencias jurídicas.

Siguiendo la línea de la legitimación del fiduciario en el transcurso de la vida del fideicomiso, de sus problemáticas y soluciones temporales, a la hora de su extinción, nos encontramos con un nuevo problema, escasamente advertido por doctrina y jurisprudencia, y que por lo tanto justifica su análisis, en razón de las implicancias que se advierten.

En muchos fideicomisos inmobiliarios, en miras de obtener mayor seguridad en los plazos de obra y por lo tanto de sus posibles ganancias, las partes contratantes, cuando no fueron debidamente asesoradas, pactan el mismo plazo de la obra (intentando ser lo más corto posible) y el de extinción del contrato de fideicomiso. Puede resultar que por distintos factores los plazos resulten insuficientes para la finalización de la obra o que el plazo no coincide con la efectiva entrega de los bienes o cosas, y esto conlleva la pérdida de legitimación del fiduciario para concluir con sus obligaciones pendientes. Podríamos decir que se trata de la problemática del día después de la extinción del fideicomiso.

La situación del vencimiento contractual sin que se hubiere cumplido el objeto del contrato, nos obliga a realizarnos varios interrogantes: ¿Quiénes son los titulares del patrimonio de afectación y por lo tanto del dominio del inmueble, el fiduciario y/o los fideicomisarios?, ¿Esta legitimado el fiduciario para actuar como dueño o requiere la conformidad de los fiduciantes y/o fideicomisarios?, ¿El mero vencimiento del plazo podría producir la extinción del contrato de fideicomiso, y por lo tanto, la imposibilidad de actuar y contratar del fiduciario?, ¿Ante la existencia de actos pendientes, que funcionalidad le queda al fiduciario?. El escueto articulado de la ley no aporta solución.

Trataremos la extinción, y mas precisamente, la inexistencia de previsiones legales de contención u ordenamiento de la circunstancia posterior a la extinción por “muerte natural”.

La ley trata la extinción en dos artículos, el art. 25 y el art. 26. El primero enumera las causales por las que se extingue el fideicomiso y, por ende, finaliza el dominio fiduciario, el que textualmente dice: *“El fideicomiso se extinguirá por: a) El cumplimiento del plazo o la condición a que se hubiere sometido o el vencimiento del plazo máximo legal; b) La revocación del fiduciante si se hubiere reservado expresamente esa facultad; la revocación no tendrá efecto retroactivo; c) Cualquier otra causal prevista en el contrato”*. A su vez, el art. 26 establece que producida la extinción del fideicomiso, *“el fiduciario estará obligado a entregar los bienes fideicomitidos al fideicomisario o a sus sucesores, otorgando los instrumentos y contribuyendo a las inscripciones registrales que correspondan”*.

Sobre la extinción del fideicomiso y como consecuencia del dominio fiduciario, Kiper y Lisproawski definen a las causales de extinción del dominio fiduciario como *“...aquellas que provocan la desaparición de ese derecho tanto para el actual titular como para cualquier otro. No deben confundirse las causas de extinción del contrato de fideicomiso con las de extinción del dominio fiduciario, el que sólo operará al perfeccionarse la tradición de los bienes remanentes a quien corresponda”*⁴⁹.

Al cumplirse el plazo o la condición extintivos, es obligación del fiduciario de entregar a las personas designadas como beneficiarias o fideicomisarias, los bienes que integran el activo fiduciario, cumpliendo con las formas documentales y los trámites necesarios para que opere la transferencia, y en su caso, se la inscriba en los registros correspondientes. Esto surge de los art. 1º, 4º, inc. d) y 26 de la ley. El art. 4, inc. d), impone que contenga *“...el destino de los bienes a la finalización del fideicomiso”*. Esta norma a la vez se relaciona con el art. 1ro de la ley, que le impone al fiduciario transmitir los bienes fideicomitidos al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario, al vencimiento del plazo o cumplimiento de la condición. Y por último, ello se ve reafirmado en el art. 26 antes transcripto.

Aquí es donde aparecen las particularidades del punto. En este último artículo (art. 26), el legislador establece los efectos que la extinción trae aparejado y la principal obligación del fiduciario en ese momento contractual.

⁴⁹ KIPER, Claudio M, y LISOPRAWSKI, Silvio V, **Tratado de fideicomiso**, 2da edición, Lexis Nexis, 2004, p. 128.

Con respecto a los terceros, la extinción surtirá efectos a partir de la inscripción en los registros correspondientes. Aquí cabe aclarar que la transmisión efectiva de los bienes no tendrá efectos ni siquiera para las partes (beneficiario o fideicomisario), hasta tanto no se otorguen los instrumentos y se cumpla con el requisito del modo, es decir, que la sola extinción del contrato no hace nacer el derecho de dominio en cabeza del destinatario, sino que será necesario un comportamiento positivo por el fiduciario tendiente a efectivizar la transmisión.

Pues bien, como expusimos ut supra, surge el interrogante si una vez extinguido quedan actos pendientes, y en este caso que funcionalidad le queda al fiduciario. Así, puede ocurrir que, desde el momento de la extinción del contrato hasta el cumplimiento de esa obligación de entregar los beneficios a quien corresponda, hay un espacio temporal inmediatamente posterior, que será más o menos extenso según la especie de bienes de que se trate y demás circunstancias del negocio. Es aquí donde visualizamos el problema, donde el momento extintivo puede no coincidir con el de los actos necesarios posteriores. Planteándonos seguidamente, si el vencimiento produce la extinción de pleno derecho y si conlleva la pérdida de legitimación del fiduciario.

Puede que las partes del contrato hayan previsto el escenario de extinción, lo que rara vez ocurre. Silvio Lisoprawski expone que *“... una vez extinguido el fideicomiso, por cumplimiento del plazo o de la condición, o la imposibilidad de que ésta se cumpla, que los bienes fideicomitidos, los pasivos, las relaciones jurídicas de toda naturaleza que estableció el fiduciario, con causa en el fideicomiso, no se esfuman ni desaparecen por arte de magia; ni tampoco sobreviene la nada. Por ausencia de regulación o convención, ese espacio temporal que sobreviene a la extinción requiere una solución que contemple los derechos de las partes del contrato de fideicomiso y los terceros activa o pasivamente vinculados al mismo. La existencia de esa laguna conduce a un estado de “limbo”, cuya evitación necesita de la supervivencia del fideicomiso”*. Y termina el punto diciendo que *“... el fideicomiso también necesita actos funerarios, mas o menos extensos, y una administración ‘sucesoria’ en caso de muerte natural”*⁵⁰.

El autor termina afirmando la necesidad de continuación para terminar con las obligaciones pendientes, pero no hace referencia al fiduciario en este punto. La

⁵⁰ LISOPRAWSKI, Silvio V, “La extinción del fideicomiso. Una alternativa de hierro: El ‘limbo’ o la subsistencia ‘ultra vires’”, **LA LEY**, 2008-B, 912 – Derecho Comercial Doctrinas Esenciales Tomo III, 745 – Obligaciones y Contratos Doctrinas Esenciales Tomo VI, 751, p.3.

jurisprudencia se ha expedido en forma diversa con relación a la legitimidad de obrar del fiduciario una vez operado el vencimiento del plazo.

En el sentido de admitir su legitimación, son contundentes los argumentos de "Centrifin S.A. s/Concurso Preventivo s/Incidente de Revisión por Banco Comafi S.A.". Sostienen los jueces, que los únicos que pueden alegar la falta de legitimación son los interesados directos, es decir el fiduciante y los beneficiarios; en efecto, ante los terceros el fiduciario se manifiesta como dueño, por lo cual no necesita justificar la congruencia de sus actos con el contrato que le confirió ese carácter. Asimismo se remarco que *"...aun de haber finalizado el Fideicomiso por vencimiento, para el caso de que no se hubieren liquidado todos los activos, el fiduciario debía igualmente realizarlos, lo cual se traduce, en el caso de los créditos, en su cobro, disipando así toda duda en torno del aspecto sustancial de la legitimación"*⁵¹.

En idéntica orientación se expidió la Cámara Nacional en lo Civil, Sala H, "in re" (R. 487.541) - Banco Comafi S.A. c. Canan Aaron Enrique y otro s/ejecución hipotecaria.⁵²

No obstante los fallos enunciados, existe jurisprudencia que niega la legitimación para actuar del fiduciario una vez vencido el plazo. Los jueces de la Sala "A" de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, "in re" "Banco Comafi c. Fuksman de Canan, Liliana E." sostuvieron que *"...se observa dudosa la legitimación de la actora para continuar ejecutando el crédito aquí reconocido, y en mayor medida cobrar éste. Ello, sin perjuicio de las medidas conservatorias del crédito que pudiera solicitar. Véase que la ley 24.441 dispone que el Fideicomiso se extinguirá por el cumplimiento del plazo (art. 25, inc. a), y que producida la extinción del Fideicomiso, el fiduciario estará obligado a entregar los bienes fideicomitados al Fideicomisario o a sus sucesores, otorgando los instrumentos y contribuyendo a las inscripciones registrales que correspondan (art. 26), cuestión esta última que sólo compete a las partes contratantes y a la cual la ejecutada resulta tercera ajena. Ahora bien, nada dice en relación a la actuación del fiduciario luego de cumplido el plazo en cuestión, y las facultades que aquél tendría en situaciones como la de marras. Claro está que no resulta de aplicación el art. 9 de la ley 24.441 que contempla los supuestos de cesación del fiduciario, pues éstos presuponen la vigencia del Fideicomiso, lo que no se da en la especie.[...] Frente a tal contexto, no puede soslayarse de modo alguno que el Fideicomiso ... se encuentra cumplido por vencimiento del plazo*

⁵¹ CNCom., Sala Expdte.48.11/06, de fecha 27/11/2006.

⁵² La Cam Nac en lo Civil, Sala H, "in re" (R. 487.541) - Banco Comafi S.A. c. Canan Aaron Enrique y otro s/ejecución hipotecaria (Expte. N° 58.489/2003 - Juzgado Civil N° 20)

por el cual se constituyó, al menos según las constancias adjuntadas en autos. Esta circunstancia obsta a que el Banco Comafi S.A. continúe ejecutando el crédito de autos en su carácter de fiduciario. Por ello, se estima procedente la suspensión pretendida por la accionada, hasta tanto se presente en autos el Fideicomisario, o quien resulte titular del crédito aquí ejecutado, a los fines de ejercer sus derechos, debiendo para ello el juez de grado ordenar las medidas conducentes...".⁵³ Es decir que en este fallo, la limitación a la legitimidad no es absoluta, sino que se le niega parcialmente, ya que subsiste la posibilidad de ordenar medidas precautorias.

Así se reconoce al fiduciario una legitimación limitada "...solicitar la traba de medidas cautelares, su reinscripción y realizar cualquier otro acto conservatorio del crédito". Se haya legitimado para actos conservatorios, pero hay en esto una contradicción, ya que no puede afirmarse simultáneamente que el fiduciario tiene legitimación y a la vez no tiene. Tampoco salva la contradicción decir que tiene un poco de legitimación. Se trata más que nada de no dejar a la suerte al fideicomiso y poder realizar todas las medidas necesarias para su protección.-

Ante este panorama jurisprudencial, nos preguntamos que postura debe adoptar el escribano autorizante, a efectos de legitimar el actuar extemporáneo del fiduciario, en ocasión de transmitir bienes tendientes al cumplimiento del contrato de fideicomiso.

En principio debemos recordar, que la limitación temporal, es uno de los elementos diferenciadores del dominio fiduciario, y como todo contrato esta destinado a terminar. Esta destinado a cumplir un ciclo, y no se puede pensar en un fideicomiso eterno, ya que su limitación surge de la misma ley. El contrato de fideicomiso, obligara al fiduciante a aporta el inmueble, o facultara al fiduciario a adquirir un inmueble que revestirá tal carácter sin que sea necesario que se produzca en forma simultánea. De la misma forma, podemos decir, que la extinción del contrato por cumplimiento de su objeto, no pone fin al dominio fiduciario, sino que habilitaría al fiduciario a transmitir el dominio pleno a los destinatarios finales.

Así también lo expreso, López de Zavalía, al decir que "... ante la extinción no se perfecciona inmediatamente la entrega. Aun cuando venza el término del fideicomiso, continúa rigiendo plenamente la separación patrimonial, y el fiduciario debe seguir administrando o tomando los resguardos necesarios para proteger los bienes"⁵⁴.

⁵³ CNCom., sala A, "Banco Comafi v. Fuksman de Canan, Liliana E.", 24/05/07.

⁵⁴ LOPEZ DE ZAVALIA, Fernando, **Fideicomiso, leasing, letras hipotecarias**, Zavalía, p. 90.

En la misma línea, Junyet Bas y Molina Sandoval afirman que “... es claro que el proceso de extinción no puede ser automático sino que debe ser gradual, si se tiene en cuenta que pueden existir acreedores impagos o estar pendiente el cumplimiento de alguna obligación acordada”, y a su vez proponen el registro de contratos de Fideicomiso para que el estado de liquidación tenga “... algún viso de exteriorización registral”.-

Como primera conclusión, nada tiene de extraño, sino más bien natural, que una vez extinguido el plazo contractual existente continúe con una actividad del patrimonio separado o cumpla la finalidad por la que el fideicomiso fue constituido. La obligación del fiduciario de transmitir los bienes del fideicomiso a los beneficiarios, esta impuesta en protección de estos últimos, ya que antes de la extinción están impedidos de exigir que los bienes fideicomitados le sean transmitidos, sino al cumplimiento del plazo o condición. Recién ahí ven perfeccionado su derecho de iniciar acciones pertinentes para que se efectúe la correspondiente transmisión. También entendemos que la obligación del fiduciario, no es de orden público, en el sentido de que podría ser objeto de alguna convención entre las partes del contrato.

Además, no hay una disposición siquiera implícita del articulado de la ley 24.441, que imponga la pérdida de personería de legitimación del fiduciario en el supuesto de extinción del contrato por vencimiento del plazo o condición, pero tampoco alguna que la autorice. Sin embargo, hay disposiciones que dan pautas interpretativas y son susceptibles de aplicación por vía analógica.

Así, por ejemplo, para el supuesto de liquidación anómala, es decir el provocado por insuficiencia del patrimonio para responder a las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, la ley deja bien en claro, en su art. 16⁵⁵, que el fiduciario titular del fideicomiso “en crisis” será el liquidador. Entonces, si en una hipótesis tan extrema, como es la de “crisis” del patrimonio. También Silvio Lisoprawski, reflexiona diciendo “... si en una hipótesis tan extrema como la de “crisis” del patrimonio fideicomitado, comparativamente similar a la quiebra de las personas -físicas o jurídicas-, la ley especial designa al fiduciario como ‘liquidador’ y no lo desplaza como ocurre con los fallidos, ¿Por qué en una circunstancia mas benévola, como es la etapa posterior a una causal de extinción no traumática, por vencimiento del plazo o cumplimiento de la condición, otra

⁵⁵ **Art. 16 ley 24.441:** “... procederá a su liquidación, la que estará a cargo del fiduciario...”

*'persona' o 'sujeto de derecho' debería fungir como liquidador...?. No hay razón legal ni lógica para que no sea el mismo fiduciario, es la respuesta o conclusión*⁵⁶.

Compartimos esta última conclusión, y sumando a la solución, esto es, la continuidad del fiduciario como propietario imperfecto en la etapa post extinción, que la podemos ver reforzada al interpretar el art. 26 de la ley que en ningún momento dice "...antes de producirse la extinción deberá entregar los bienes fideicomitios...". Por lo tanto, podemos afirmar, con todo lo dicho, que la ley contiene implícitamente una actuación *ultra vires* del fiduciario.

No se puede dejar de concluir que, también, serán las circunstancias de cada contrato en particular, las que determinaran la extensión y los límites a esa investidura sobreviniente. Es imposible contener en un contrato, todas las posibilidades que se pueden presentar, por lo que hay que tratar de reducir al máximo todas las eventualidades previendo cláusulas al efecto.

Sin perjuicio de todo lo dicho, ante la existencia de vacío legal y la contradictoria jurisprudencia, se recomienda, que se suscriba una prórroga entre las partes contratantes del fideicomiso, aportando las razones por las cuales el patrimonio fiduciario no ha podido realizarse hasta ese entonces y estimar un plazo adicional para cumplir con la manda. Dicha ampliación contractual tendrá como efecto justificar razonablemente la legitimación del fiduciario, y evitar situaciones que le generen la posibilidad de responder por daños y perjuicios. Y como el plazo es uno de los datos que requiere vocación registral, por cual el acuerdo de prórroga deberá ser formalizado por instrumento público y se deberá rogar su inscripción.

3. Anteproyecto de Código Unificado.

En los tiempos que corren, no nos quedo otra opción que incluir en la presente el proyecto de unificación y reforma del Código Civil. No solo por su evidente relación a los temas abordados, sino también, porque fueron tratados con anterioridad a la presentación del proyecto. Mientras elaborábamos y concluíamos sobre las problemáticas de la figura de fideicomiso inmobiliario, nos encontramos con el proyecto oficial de reforma del Código Civil y Código Comercial a analizar por el congreso en el transcurso del corriente,

⁵⁶ LISOPRAWASKI, Silvio, "La extinción del Fideicomiso. Una alternativa de hierro: El 'limbo' o la subsistencia 'ultra vires'", **LA LEY** 2008-B, 912, Derecho Comercial Doctrinas Esenciales Tomo III, 745- Obligaciones y Contratos Esenciales Tomo VI, 751.

trayendo cambios en los contratos de fideicomisos, donde a grandes rasgos se explicitan sus características, sus sujetos y la respectiva actuación. Aparece el fideicomiso de garantía, una sección está dedicada al fideicomiso financiero y otra, prevé el fideicomiso testamentario. Es importante traer a colación el mismo, porque muchas de las recomendaciones planteadas, y soluciones a las problemáticas abordadas quedarían superadas con la futura reforma. Si bien, no se sancionará hasta el próximo año, pudiendo acarrear mas modificaciones aún, no lo podemos dejar de relacionar.

Traemos a colación los puntos más relevantes a la reforma, haciendo una enumeración enunciativa de las mismas:

- Cambia la estructura del formato original de la ley 24.441.

- Definición de contrato de Fideicomiso. Al comienzo del trabajo hicimos una breve aclaración de que el art. 1 de la ley no era clara en cuanto a si definía el dominio o el contrato de fideicomiso, y el nuevo artículo precisa el concepto, diciendo en el art. 1666: *“Hay contrato de fideicomiso cuando una parte, llamada fiduciante, transmite o se compromete a transmitir la propiedad de bienes a otra persona denominada fiduciario, quien se obliga a ejercerla en beneficio de otra llamada beneficiario, que se designa en el contrato, y a transmitirla al cumplimiento de un plazo o condición al fideicomisario”*.

- Regulación expresa del Fideicomiso de garantía.

- Forma del contrato de fideicomiso. En el art. 1669 se establece que *“El contrato puede establecerse por instrumento público o privado, excepto cuando se refiere a bienes cuya transmisión debe ser celebrada por instrumento público. En este caso, cuando no se cumple, el contrato vale como promesa de otorgarlo. Si la incorporación a esa clase de bienes es posterior a la celebración del contrato, es suficiente con el cumplimiento, en esa oportunidad, de las formalidades necesarias para su transferencia, debiéndose transcribir en el acto respectivo el contrato de fideicomiso”*. En este caso podemos sacar en limpio que, en el caso de bienes inmuebles, el contrato deberá instrumentarse por escritura pública, y entendemos su correspondiente registración.

Bajo el título de sujetos:

- Fiduciario como beneficiario. El art. 7 de la ley 24.441 expresa la *“...prohibición de adquirir para si los bienes fideicomitados”*. En el proyecto se dice expresamente en los artículos 1671 al expresar *“... Pueden ser beneficiarios el fiduciante, el fiduciario o el fideicomisario”*, y el art. 1673 que *“...el fiduciario puede ser beneficiario”*, y a su vez en relación a las dispensas prohibidas reguladas en el art. 1676 se expone *“...no puede dispensarse al fiduciario... de la prohibición de adquirir para si los bienes del fideicomiso”*.

No se entiende muy bien a donde se quiere apuntar con esto, habrá que esperar a ver si se mantiene o aclara el concepto. Lo que si esta claro es que el fiduciario puede ser beneficiario con esta nueva reglamentación.

- Fideicomisario. En la ley 24.441 las facultades del fideicomisario se encuentran limitadas o condicionadas a la extinción del fideicomiso, teniendo un derecho en expectativa. Pero en la reforma se le da participación en el contrato, como por ejemplo, se agrega que la rendición de cuentas pueda ser solicitada también por el fideicomisario, y puede reclamar el debido cumplimiento y revocación de actos realizados en fraude. A su vez, en el art. 1686 (Acción por los acreedores) se le deja a salvo no solo la acción de fraude, ya prevista en la ley, sino también la de ineficacia concursal. Agregando que los acreedores del beneficiario y del fideicomisario pueden subrogarse en los derechos de su deudor. Se puede ver, no sólo el agregado de los acreedores del fideicomisario, sino también que en la anterior redacción los acreedores podían ejercer sus derechos sobre los frutos de los bienes fideicomitados, no existiendo mas esta facultad. Al analizar las facultades del fiduciario sobre los frutos se había tratado este punto, superado por la reforma en este caso, sin que sea necesario el consentimiento del fiduciante, del beneficiario o del fideicomisario.

- Procedimiento de sustitución o designación de fiduciario sustituto (art.1679). Las causas de cese del fiduciario se mantienen, y la sustitución contemplada en el art. 1679 (actual art 10) expresa que:

“Producida una causal de cese del fiduciario lo reemplaza el sustituto indicado en el contrato o el designado de acuerdo al procedimiento previsto por él. Si no lo hay o no lo acepta, el juez debe designar como fiduciario a una de las entidades autorizadas de acuerdo a lo previsto en el art. 1690. En caso de muerte del fiduciario, los interesados pueden prescindir de la intervención judicial, otorgando los actos necesarios para la transferencia de bienes. En los restantes casos de los incisos b), c) y d) del art. 1678, cualquier interesado puede solicitar al juez la comprobación de la ocurrencia de la causal y la indicación del sustituto o el procedimiento para su designación, conforme con el contrato o ley, por el procedimiento más breve previsto por la ley procesal local. En todos los supuestos del artículo 1678 el juez puede, a pedido del fiduciante, del beneficiario, del fideicomisario o de un acreedor del patrimonio separado, designar un fiduciario judicial provisorio o dictar medidas de protección del patrimonio si hay peligro de demora. Si la designación del nuevo fiduciario se realiza con la intervención judicial, debe ser oído el fiduciante. Los bienes fideicomitados deber ser transmitidos al nuevo fiduciario. Si son

registrables es forma suficiente del título el instrumento judicial, notarial o privado autenticado, en los que conste la designación del nuevo fiduciario. La toma de razón también puede ser rogada por el nuevo fiduciario”.

En la muerte, no se requiere intervención judicial. Y en los restantes casos (Incapacidad, inhabilitación, disolución, quiebra) cualquier interesado puede pedir al juez comprobación de la causal.- Cualquiera de las partes del negocio fiduciario o un acreedor pueden pedir al juez designación de sustituto provisorio o adopción de medidas protectorias.

Si se trata de bienes registrables, la forma de transmisión puede ser público o privado autenticado.

- Bajo el título efectos del fideicomiso: el art. 1684 (actual art. 13) expone: “*Si se trata de bienes registrables, los registros correspondientes deben tomar razón de la calidad fiduciaria de la propiedad a nombre del fiduciario.*

Excepto estipulación en contrario del contrato, el fiduciario adquiere la propiedad fiduciaria de los frutos y productos de los bienes fideicomitados y de los bienes que adquiera con esos frutos y productos o por subrogación real respecto de todos esos bienes, debiéndose dejar constancia de ello en el título para la adquisición y en los registros pertinentes”.

Prevé la necesaria inscripción de los bienes registrables, debiendo tomarse razón de su carácter de fideicomitado, y se hace referencia a la inoponibilidad de la transferencia de bienes que no cumple con las normas específicas para su transferencia.

- Y el art. 1688 (actual art. 17) expresa: “*El fiduciario puede disponer o gravar los bienes fideicomitados cuando lo requieran los fines del fideicomiso, sin que sea necesario el consentimiento del fiduciante, del beneficiario o del fideicomisario*”. (se agrega al fideicomisario y se elimina “...a menos que se hubiere pactado lo contrario”.)

El contrato puede prever limitaciones a estas facultades, incluso la prohibición de enajenar, la que, en su caso, deben ser inscriptas en los registros correspondientes a cosas registrables. Dichas limitaciones no son oponibles a terceros interesados de buena fe, sin perjuicio de los derechos respecto del fiduciario.

Si se nombran varios fiduciarios, se configura un condominio en función de lo previsto en el art. 1674, los actos de disposición deben ser otorgados por todos conjuntamente, excepto pacto en contrario, y ninguno de ellos puede ejercer la acción de partición mientras dure el fideicomiso.

Quedan a salvo los actos de disposición realizados por el fiduciario de conformidad con lo previsto en esta norma”.

Este último prevé la necesaria toma de razón de cualquier tipo de limitación a las facultades del fiduciario, para la protección de terceros de buena fe.

- Bienes fin del fideicomiso. El art. 1706 referente al Título de Dominio Fiduciario expresa: *“Producida la extinción del fideicomiso, el fiduciario de una cosa queda inmediatamente constituido en poseedor a nombre del dueño perfecto. Si la cosa es registrable y el modo suficiente consiste en la inscripción constitutiva, se requiere inscribir la readquisición; si la inscripción no es constitutiva, se requiere a efecto de su oponibilidad.”* El fiduciario pasa a poseer la cosa a nombre del dueño perfecto.

Y en relación a los efectos el artículo subsiguiente expresa: *“Cuando la extinción no es retroactiva son oponibles al dueño perfecto todos los actos realizados por el titular del dominio fiduciario. Si la extinción es retroactiva el dueño perfecto readquiere el dominio libre de todos los actos jurídicos realizados”.*

4. Conclusiones finales.

Hemos visto que es una herramienta, que puede ser utilizada correctamente o no, como cualquier otra figura jurídica, pero el problema de fondo, como expusimos, es que se legislo mal en su momento, principalmente por crearse normas divorciadas con la realidad, con nuestra realidad, trasplantando una legislación sin adaptación a nuestra fisionomía legal y contando con proyectos desactualizados, sin conciencia de la significación y trascendencia económica del instituto en aquellos países, desatendiendo a nuestras circunstancias de tiempo y lugar que resultan definitorias.

Los antecedentes de nuestro país han demostrado que la práctica, y fundamentalmente las necesidades del tráfico –como ocurre en nuestro caso- han impuesto los esquemas registrales. Esto mismo fue lo que ocurrió con el Registro Inmobiliario y la tardía ley 17.801 del año 1968.

Es necesario recalcar, como hemos hecho referencia, que la forma en general y la actuación notarial en particular contribuyen a que la situación que pueda generar una circunstancia dañosa no llegue a producirse, engendrando cierta seguridad jurídica. En este marco fue que quisimos reducir al máximo las eventualidades previendo cláusulas al efecto en cada caso en particular, sin dejar nada librado al azar.

Se pudo ver que, resulta esencial, a la hora de hablar de seguridad jurídica en la contratación fiduciaria, la conveniencia de la registración del contrato de fideicomiso. Gozando de reflejo registral el alcance de las facultades del fiduciario durante y luego del fideicomiso, conocer las modificaciones contractuales posteriores, entre otras. Todas cuestiones de relevancia registral como hemos analizado.

También aclaramos que serán las circunstancias de cada contrato en particular las que determinaran su extensión y los límites. Es imposible contener en un contrato todas las posibilidades que pueden plantearse, por lo que hay que reducir las eventualidades con cláusulas al efecto.

Pero en el estado actual no puede imponerse una registración obligatoria, porque para ello es necesario un marco legal que expresamente contemple esa posibilidad. Parecería que el anteproyecto de reforma del Código Civil contempla la registración planteada, pero sin muchas especificaciones. Varios de los temas planteados en la presente estarían –como vimos–, superados y solucionados por la reforma. Esto importara un esquema progresivo y gradual, pero si bien los cambios normativos necesitan tiempo de evolución y de adaptación, creemos que es un cambio merecedor a la figura del fideicomiso, dándole el apoyo normativo que esperábamos, ya que las normas actuales se sostienen sobre pies de barro.

Entre otras cuestiones, se dispone la redacción obligatoria de los contrato de fideicomiso en relación a bienes inmuebles por escritura pública. Además, de la publicidad adecuada que permitiera a los terceros interesados acceder fácilmente a su contenido y eventuales modificaciones siendo solo lo inscripto oponible a estos.

Se pretende concluir que, a pesar del anteproyecto, por ahora debemos manejarnos con la correcta instrumentación de los contratos, con los recaudos expuestos, evitando conflictos, pero el futuro de los negocios fiduciarios no puede depender de nuestra habilidad para conjugarlos y armonizarlos. Si bien en la mayoría de las situaciones expuestas, la solución pasará por una regulación legislativa mas efectiva, concreta y completa, no solo desde el punto de vista jurídico, podemos empezar por los aspectos que estén a nuestro alcance, como una instrumentación contractual clara y precisa.

Lo inteligente es recoger lo que tiene de valioso, en la medida que sea funcional, para mejorar el instituto. Buscar las desarmonías, buscar las soluciones y donde no hay remedio mostrar las consecuencias que sobrevendrán si se ignoran los vacíos.

Concluimos que una mayor regulación, permite mayor seguridad jurídica y certeza a la hora de celebrar el negocio y exigir su cumplimiento conforme a lo establecido

contractualmente. Si lo bueno tiene algo de malo, corrijámoslo para que sea mejor pero no lo destruyamos, porque degradarlo en el imaginario social es evidenciar poco respeto por lo que la comunidad necesita. Hay que arreglarlo, simplemente porque se debe, porque alguien tiene que hacerlo. No se ve un destino más recomendable que ese.

BIBLIOGRAFIA

Améndola, Manuel Alejandro, **Ley de Fideicomiso Comentada. Marco Jurídico, reseña jurisprudencial y cuestiones prácticas**, Buenos Aires, Errepar, 2011.

Aquarone, María T., **Derecho Inmobiliario, Teoría y Práctica**, Buenos Aires, Di Lalla Ediciones, 2010.

Carregal, Mario Alberto, **El Fideicomiso. Regulación Jurídica y Posibilidades prácticas**, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1982.

Clusellas, Eduardo Gabriel y Ormaechea, Carolina, **Contratos con Garantía Fiduciaria, Fideicomisos Testamentarios y de Garantía, Desarrollo de los Negocios Inmobiliarios, Propiedad Fiduciaria, Régimen Tributario en Fideicomisos Financieros, Registración**, Buenos Aires, Editorial LA LEY, 2da. Edición, 2007.

Clusellas, Eduardo Gabriel, Cossari, Nelson, y otros, **Estudios de Derecho Notarial y Registral II**, La Plata, Buenos Aires, Fundación Editora Notarial, 2011.

Cornejo, Américo Atilio, **Derecho Registral**, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1994.

Etchegaray, Natalio Pedro, **Fideicomiso, Técnica y Práctica Documental**, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2008.

Freire, Bettina V., **El Fideicomiso, Sus proyecciones en los negocios inmobiliarios**, 4ta. Edición, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Dealma S.R.L., 1997.

Lisoprawski, Silvio V. y Claudio M. Kiper, **Fideicomiso. Dominio Fiduciario. Securitización.**, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1995.

Neirotti, Julián E., **Manual Práctico de Fideicomiso, Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Modelos Contractuales**, Rosario, Santa fe, Editorial Jurídica Nova Tesis, 2000.

