

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

PARTICIPANTE.- Va a ser difícil en un estudio de títulos determinar el cumplimiento de todas las formalidades que aquí se han enunciado que deben constar en la escritura de protocolización. ¿El título va a ser perfecto?

DRA. HIGHTON.- Sí, por qué no. En una subasta extrajudicial es como que el título nace de nuevo y produce los mismos efectos que la subasta judicial, donde no hay garantía de evicción.

PREGUNTA.- Fui designada, como integrante de la nómina judicial, para la constatación a que se refiere el nuevo art. 598 del Cód. de Procedimientos, referida a un inmueble ubicado en la provincia de Buenos Aires. La secretaria del Juzgado me informó que con el testimonio de mi designación, firmado por el juez y ella, con las firmas legalizadas, estaba habilitada para actuar. ¿Cuál sería mi responsabilidad como notaria ante un cuestionamiento del deudor?

DRA. HIGHTON.- No tenemos a la vista los detalles, pero pienso que si hay una orden judicial el notario está resguardado en su responsabilidad profesional.

Esc. PRADO.- En ese caso, si el auto es apelable, es conveniente que el escribano deje consentirlo antes de retirar el testimonio.

ESC. HIRSCH.- No habiendo más preguntas agradecemos a la doctora Highton por su participación (aplausos).

CONTRATO DE FIDEICOMISO

LUIS MOISSET DE ESPANÉS

ESC. HIRSCH.- Desde hace largo tiempo el notariado ha tenido una particular atención sobre el instituto del fideicomiso y a través de diversas jornadas y congresos elaboró una nutrida doctrina. Hoy, el contrato de fideicomiso está reglado y tenemos que comenzar a ponerlo en movimiento. Para el análisis de este tema tenemos el privilegio de contar con la presencia del doctor Moisset de Espanés, a quien todos conocemos porque se trata de un eminente jurista y catedrático, autor de numerosos libros que han trascendido nuestras fronteras ya que ha sido distinguido en distintos países.

En nombre del Colegio de Escribanos le damos la bienvenida y le agradecemos profundamente el esfuerzo que ha realizado para estar con nosotros, pues sabemos de sus múltiples ocupaciones que desarrolla, incluso, como miembro del Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Córdoba.

DR. MOISSET DE ESPANÉS.- Agradezco al Colegio de Escribanos de la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Capital Federal por esta invitación a estar otra vez en esta sala conversando con ustedes.

Quizás no sea yo la persona más idónea para hablar del fideicomiso. Ha dicho muy bien el escribano Hirsch que el notariado argentino se ha preocupado en numerosas oportunidades del estudio de esta figura, e incluso hubo un proyecto elaborado por el notariado para propiciar su incorporación, porque aunque en el Código Civil existían algunas normas sobre dominio fiduciario, esta regulación es una verdadera incorporación del fideicomiso al plexo normativo de nuestro país. Esa preocupación del notariado hace que ustedes cuenten con figuras mucho más capacitadas que quien habla como, por ejemplo, el doctor Orelle.

Quizás alguna experiencia vivida hace ya tiempo me ayude en esta conversación a tratar de buscar algún enfoque, no para los más avezados de ustedes que han estado ya muy en contacto con la figura, sino para el resto del público que se encuentra ahora, casi por primera vez en razón de la sanción de la ley 24441, con la necesidad de estudiar el fideicomiso.

Hace una treintena de años hice algunos cursos de derecho comparado en Estrasburgo, que me pusieron en contacto con el derecho anglosajón y, en vinculación con el tema que hoy nos ocupa, con el trust, que entre nosotros se acostumbra asimilar al fideicomiso. El trust y el fideicomiso son, en realidad, dos figuras netamente distintas.

El fideicomiso, de raíz romana, es el que hemos analizado en nuestros estudios, al que hace referencia el Código Civil, y al que se ha tratado de regular en algunos proyectos que se elaboraron en la Comisión de Legislación General de la Cámara de Diputados de la Nación para darle una mayor efectividad. Es una figura donde el titular -fiduciario- es un verdadero propietario. Así, en el art. 2662 del Cód. Civil el fideicomiso está mencionado como una de las formas de dominio imperfecto.

El fideicomiso que hoy se incorpora a nuestra normativa es una figura inspirada en el trust anglosajón, donde el fiduciario no es un verdadero propietario aunque tenga la titularidad y la operatividad de los bienes, sino que cumple una función totalmente diferente.

Ese contacto con el trust anglosajón me indicó que para estudiar normativas de la índole de la que hoy se incorpora a nuestro derecho civil -no sólo al derecho comercial, como en otros países de Latinoamérica-, nos exige cambiar totalmente de enfoque para tratar de ver cuáles son los elementos que aparecieron en el trust y que se van a proyectar en esta forma de fideicomiso.

En la Facultad estudiamos que el fideicomiso del art. 2662 concedía una titularidad de derecho real al fiduciario. Veíamos que los autores efectuaban una serie de disquisiciones sobre los alcances de las facultades del titular fiduciario y luego de aquél -el fideicomisario- a quien le iban a ir los bienes, para preguntarse si lo que existía era una limitación de tipo real o personal sobre la persecutoriedad que iba a tener el fideicomisario con respecto a los bienes en caso de que se hubiesen dispuesto indebidamente.

Existen numerosísimos trabajos, desde aquella publicación de Guastavino en homenaje a Lafaille; o la última parte de la obra de Mosset Iturraspe

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

sobre negocios fraudulentos, simulados y fiduciarios; más todos los tratados de derecho civil, donde se efectúa un análisis del fideicomiso desde el punto de vista de su antecedente romano, con las dos formas; la fiducia cum creditore y la fiducia cum amico. Pero nada de eso nos va a servir, y sería inútil detenernos a repasar todos esos antecedentes.

En el trust anglosajón y en el fideicomiso incorporado por la ley 24441 vamos a tener un verdadero patrimonio de afectación que, diría yo, casi no tiene un titular que ejerza sobre él un verdadero derecho real, porque el dador, el fiduciante, el que se desprende de bienes de su patrimonio para constituir el fideicomiso, queda prácticamente desligado de manera total de ese patrimonio; y quien recibe en fiducia los bienes solamente cumple una función gerencial o empresaria de administración, que incluso será remunerada, pero no es la verdadera función de un dominus, porque esos bienes no son de él. Y el beneficiario, o el futuro fideicomisario -a quien se le entregarán los bienes- todavía no tiene ningún derecho real sobre los bienes fideicomitidos.

Hace cincuenta años en España, Claret Martín hacía una comparación entre la fiducia y el trust en un estudio de derecho comparado. Allí resumía de manera bastante sintética la existencia de algunos países en los que, aún dando el nombre de fideicomiso, habían incorporado el trust a su legislación.

Lo que sucede es que en este mundo donde se han acortado las distancias, donde se han globalizado las necesidades económicas, el contacto con otros países, sobre todo en materia comercial, a veces exige que adaptemos y adoptemos herramientas jurídicas de otros países para facilitar esos contactos e intercambios comerciales, para contar con una herramienta que sea conocida por quien traba contacto con nosotros desde otro país. El trust es una herramienta de múltiples usos en los países anglosajones.

Por eso es que con el nombre de fideicomiso, y sobre todo en los países de América latina -Costa Rica, Panamá, México, Venezuela, Colombia-, comenzaron a ingresar en el ámbito del derecho comercial primero, figuras a las que se denominaba fideicomiso pero eran totalmente distintas, y se las empleaba con múltiples beneficios -y quizás con algunas desventajas- para facilitar las actuaciones sobre todo empresarias.

En el proceso de evolución de los últimos tiempos, más allá del proyecto del notariado tucumano, en el que participó el doctor Fernando López de Zavalía -conocido por todos ustedes-, se plasmó un proyecto de reforma que fue aprobado por la Cámara de Diputados en 1993, donde solamente se modificaba el art. 2662; pero sobre todo tenemos la normativa que se incluye en el proyecto de la comisión designada por el Ministerio de Justicia, que dedica una veintena de artículos -entre el 1296 y el 1314- a regular el fideicomiso y que estaba inspirado en proyectos elaborados por los autores comercialistas que tomaban como ejemplo el trust anglosajón.

Quien recorra ese proyecto de reformas al Código Civil encontrará valiosas notas ilustrativas de cuáles han sido las fuentes de los artículos.

Esta ley, en la parte del fideicomiso civil -la parte del fideicomiso financiero

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

no la voy a analizar por falta de tiempo-, si bien no calca las normas del proyecto, tiene un estrecho parentesco con el tan cercano proyecto del Poder Ejecutivo que está en el Senado, descansando plácidamente por el momento, pero que ya ha sido superado en este aspecto por una regulación que ha incorporado la figura del fideicomiso.

También en esas notas es fácil advertir que con frecuencia se apela a la última legislación sobre fideicomiso que podía conocerse, que es la contenida en el Código Civil de la provincia de Quebec, que para nosotros reviste un elevado interés por las razones que paso a señalar muy someramente.

En esta confluencia de dos culturas jurídicas vemos cómo una figura inspirada en una concepción totalmente distinta como es la del mundo anglosajón, se proyecta en los países de derecho continental romanizado, empieza a ingresar y se va adaptando.

Uno de los primeros lugares en que se produce este fenómeno es, precisamente, en la provincia canadiense de Quebec, que tenía la característica, por su raíz francesa y estar inserta en un país del common law, como es el Canadá, de mantener una legislación de tipo continental, porque tenía su Código Civil de Quebec del siglo pasado, inspirado en el Código Civil napoleónico. Se produce allí un encuentro fructífero de las dos líneas de ideas, de la que viene del derecho romano y se plasma en las legislaciones de tipo continental, y de la del common law.

Y en la provincia de Quebec se modifica ese Código, que no conocía el trust, para incorporar con el nombre de fiducia, en el texto francés, y de trust, en el texto inglés, una serie de normas que regulaban el funcionamiento del fideicomiso.

Eso ocurrió hace tiempo y el fideicomiso, esta nueva forma de fiducia que reciben los países nuestros, el trust, con los aportes de la experiencia práctica que se aplica cuando se sanciona el nuevo Código Civil de Quebec, que es de 1994, se regula mucho más detenidamente. Y esa normativa, que era la última ley sobre fideicomiso, fue conocida por los miembros de la comisión del Poder Ejecutivo y está citada con frecuencia en las notas como fuente de algunas de las soluciones que se adoptaron y que luego pasan a esta ley. Algunas otras soluciones no se adoptaron.

La ley de Quebec es mucho más extensa e incluso prevé aspectos que nosotros dejamos sin contemplar y que posiblemente, cuando tengamos que solucionarlos, pueda sernos útil recurrir a ellos.

Voy a traer a colación algunas de esas normas de la legislación de Quebec para comprender lo interesante que es esa figura que ha sido plasmada acá.

En primer lugar, allí el trust o fideicomiso o fiducia, está ubicado dentro de un título que trata de los patrimonios de afectación. Ya de por sí el título nos está indicando esa característica esencial y propia de esta fiducia: es un patrimonio de afectación a un fin.

Dentro de los patrimonios de afectación, en Quebec el primer capítulo se destina a una figura que conocemos muy bien, la de las fundaciones, que son patrimonio de afectación, y el segundo capítulo, a la fiducia o trust. La

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

primera norma de este capítulo nos está dando las características de lo que es esta fiducia que nos llega a nosotros por esta vía. Y nos dice que la fiducia, el fideicomiso, resulta de un acto por el cual una persona, el constituyente, transfiere de su patrimonio a otro patrimonio que él constituye, bienes que afecta a un fin particular y que un fiduciario, el segundo sujeto, se obliga, por el hecho de su afectación, a tener y a administrar. Aquí están las características típicas y esenciales del contrato que, generalmente, ha de ser la fuente que da nacimiento al fideicomiso y en el que intervienen, en esa etapa inicial, dos sujetos: el titular de los bienes, que se separan del patrimonio para formar el patrimonio de afectación, y el que los recibe, que se compromete a administrarlos, y esos bienes están afectados a un determinado fin que se va a realizar por vía de la administración del que los recibe.

Dentro de la figura del trust existe un tercer sujeto -ya vamos a ver que en nuestra ley, en alguna medida, modificamos este aspecto- que es el beneficiario del fin que se ha propuesto el fideicomiso, el fideicomisario.

Mientras desaparece el constituyente, quedan el patrimonio afectado, el administrador y el beneficiario. Y en el Código de Quebec resaltan algo que, aunque nuestra ley no lo diga, es muy real. El artículo siguiente dice que el patrimonio fiduciario, formado por los bienes transferidos en fiducia constituye un patrimonio de afectación autónoma y distinto del patrimonio del constituyente, del patrimonio del fiduciario y del patrimonio del beneficiario, sobre el cual ninguno de ellos tiene un derecho real. Así, categóricamente, lo dice el Código Civil de Quebec.

Nosotros no decimos lo mismo, pero en nuestra ley, tal como está organizada, surge, sin duda, que esos bienes constituyen un patrimonio diferente y que no puede ser afectado por las vicisitudes que corran los patrimonios ni de quien dio en fiducia, ni de quien lo recibió para administrar, ni del destinatario final.

El análisis de la normativa nos va a demostrar que eso es así y también que quien recibe los bienes en fiducia, después de la afectación, cumple, aunque pueda disponer de ellos -lo puede hacer dentro de las condiciones y finalidades de la fiducia-, las funciones de un administrador, con poderes de disposición.

Adviertan la curiosidad que paso a relatar brevemente.

Cuando por primera vez yo tomaba contacto con lo que estoy exponiendo, lo encontré más parecido con unos derechos reales -así se llamaban- que hoy prácticamente no existen y se daban en los sistemas socialistas. En estos sistemas socialistas hay o había -los hay para quien considera que aún subsisten, y los había para aquél que estima que han desaparecido- un fondo común de propiedad social del Estado.

Sin embargo, ciertos bienes de propiedad social suelen adjudicarse a entidades como las cooperativas o a otras dependientes del Estado, constituyendo sobre esos bienes, a favor de la entidad que los recibe, un derecho real que ellos llaman de administración operacional. Es decir, que la entidad titular del bien solamente tenía la administración operacional de éste.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

En nuestro caso, las facultades de quien recibe los bienes en fiducia son exactamente las de una administración operacional; son más parecidas a las de un administrador que a las de un verdadero propietario.

Digo esto de manera introductoria para que ustedes sepan que no tienen que aproximarse al fideicomiso -tal como está regulado en la ley 24441- con una visión romanista sino con la del trust.

Cuando se adentren en la ley van a encontrar una particularidad, que Orelle critica sosteniendo que no era necesaria: en lugar de la figura triangular compuesta por el que constituye el fideicomiso, el que recibe los bienes para administrar y el beneficiario a quien se transmitirán cuando transcurra el plazo o se cumpla la condición, la ley habla de cuatro posibles sujetos, porque permite diferenciar al beneficiario actual -mientras el fideicomiso se está cumpliendo- del destinatario final de los bienes, que aunque muchas veces podrán coincidir, pueden dissociarse.

De manera que puede haber cuatro polos: quien da los bienes; quien los administra; quien se beneficia con el producido de esos bienes mientras se están administrando; y el destinatario final de los bienes. Esta es la forma en que se configura nuestro fideicomiso a diferencia del trust anglosajón.

El art. 1° de la ley dice: "Habrá fideicomiso cuando una persona (fiduciante) transmita la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (fiduciario), quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato (beneficiario), y a transmitirlo al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario". Es decir, que beneficiario y fideicomisario serían dos figuras distintas, a diferencia del trust anglosajón donde están superpuestas.

De ahí en más la ley prácticamente se olvida del dador de los bienes o fiduciante. Fue parte del contrato y luego desapareció. La única presencia que podría tener sería, como lo permiten en el trust casi todos los países que practican esta figura -y nada lo prohíbe acá-, como beneficiario, o además de dador, ser el fideicomisario. El fiduciante, que dio las cosas, puede luego, al final, ser el receptor de las mismas, o puede constituirse, en el medio, en beneficiario, con la limitación de que no debería ser beneficiario único; incluso, hasta podría ser, en algunos casos y en algunas legislaciones, junto con otro, el fiduciario o administrador de los bienes.

Pero nuestra ley no hace más referencia al fiduciante, salvo en los arts. 14 y 15, para resaltar el hecho de que esos bienes que se separaron de su patrimonio ya no lo integran más, y que no responden por las deudas que él pueda tener. El art. 14 dice: "Los bienes fideicomitados constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario y del fiduciante". El art. 15 establece: "Los bienes fideicomitados quedarán exentos de la acción singular o colectiva de los acreedores del fiduciario. Tampoco podrán agredir los bienes fideicomitados los acreedores del fiduciante...", porque es un patrimonio distinto. Queda a salvo la acción de fraude, porque en ese caso los acreedores podrán interponer la vieja acción pauliana, pero para que ese acto por el que se constituyó el fideicomiso sea inoponible a los acreedores, estos tienen que demostrar los requisitos de dicha acción y que hubo un acto fraudulento.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Aparte de estas dos referencias, la ley no se ocupa más del fiduciante porque los bienes salieron de su patrimonio y formaron uno distinto. Su participación estuvo en el contrato, que suele ser la forma principal de dar nacimiento al fideicomiso. No es la única forma porque este fideicomiso, con esta finalidad, puede constituirse, además, por vía testamentaria.

Ustedes se acordarán de la vieja condena que había a la sustitución fideicomisaria en la vía testamentaria para evitar que se atacasen las legítimas. Por supuesto que éste no es un caso de sustitución fideicomisaria donde se pretenda burlar la herencia de los bienes, sino que es la constitución del fideicomiso dentro de los límites en que se puede disponer de los bienes en el testamento, respetando las legítimas. Si el fiduciante no tuviese herederos, podrá disponer en el testamento de todos sus bienes para constituir un patrimonio de afectación del tipo del fideicomiso; si tuviese herederos, solamente podrá hacerlo con el margen de la porción disponible, sin afectar las legítimas.

¿Qué matices diferenciales existen entre la constitución del fideicomiso por contrato o por testamento? Nuestra ley nada dice, pero tenemos que preocuparnos por ver el problema. Si es un contrato, un principio general que no hace falta que lo diga la ley, establece que tiene que participar la otra parte del contrato, es decir, el fiduciario. El beneficiario está al margen, no se le pide que participe en el contrato. Ese contrato tendrá que reunir una serie de requisitos que marca la ley.

¿La aceptación de cargar con las obligaciones que la ley va a imponer al fiduciario, es suficiente en nuestro derecho para que quede constituido el fideicomiso? Estamos hablando de dos cosas: contrato por un lado, y patrimonio de afectación por otro. En países como Canadá, donde por aplicarse el principio de derecho francés de la transmisión consensual -mero consensus-, evidentemente la sola aceptación del fiduciario es suficiente para que quede consatuido el fideicomiso y los bienes salgan del patrimonio del dador y pasen a este patrimonio de afectación que él tiene que administrar.

¿Sucederá lo mismo en nuestro sistema jurídico, aunque la ley no diga nada al respecto? En nuestro sistema, para que haya esta transmisión de propiedad, pareciera que es menester la tradición. Entonces, frente al silencio de la ley y por aplicación de los principios generales, para que se produzca la constitución del patrimonio de afectación, no bastará con la aceptación del fiduciario sino que también será menester que se realice la tradición de los bienes.

Veán ustedes que se emplea con precisión el vocablo "bienes" como objeto del fideicomiso. El objeto de este contrato son los bienes que van a constituir el patrimonio de afectación; todo bien que pueda integrar un patrimonio; no sólo cosas. En nuestro viejo fideicomiso, que hablaba del dominio fiduciario, nos estábamos refiriendo con esa idea del derecho romano, a un fideicomiso sobre cosas, que son las que pueden ser objeto de un derecho de dominio. Aquí es más extenso: el patrimonio se integra con cualquier tipo de bienes, que comprenden tanto los materiales como los inmateriales, siempre que entren en la categoría de bienes o derechos

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

patrimoniales.

La ley se ocupa del beneficiario -distinguiéndolo del fideicomisario- y nos dice, en primer lugar, que puede ser tanto una persona física o jurídica. Esto convierte al fideicomiso en una herramienta empresaria muy útil, porque afectado este patrimonio a un tipo de empresa, designado un administrador -que es el fiduciario-, con lo que se obtenga de la administración puede beneficiar a cualquier persona jurídica, no sólo física. El fideicomiso puede ser una verdadera empresa separada, con destino a beneficiar a una persona física o jurídica. Puede haber uno o varios beneficiarios.

Les decía que al momento de celebrar el contrato de fideicomiso no se había tenido en cuenta para nada al tercero que era el beneficiario. Pero para que pueda recibir el beneficio es menester que lo acepte. Aunque haya habido una estipulación en favor de un tercero, si éste no la acepta, no será el destinatario de los beneficios.

Si los beneficiarios no aceptasen el beneficio que rinda el fideicomiso ¿quiénes serán los destinatarios de esos beneficios? Aquí ven ustedes la diferencia entre nuestro modelo de fideicomiso y el trust, donde éste es triangular y el nuestro cuadrangular.

En ese segundo artículo se dice que, de no aceptar los beneficiarios designados en el contrato, será beneficiario el fideicomisario, el que tiene el destino final del bien. "Si ningún beneficiario aceptare, todos renunciaren o no llegaren a existir, se entenderá que el beneficiario es el fideicomisario...". De haberse fijado beneficiarios distintos del fideicomisario y no aceptaran, el beneficio se otorgará con ese último destino.

El contrato de fideicomiso

La ley exige que se cumplan una serie de requisitos que resultan esenciales.

Hace tiempo escribí un artículo sobre el principio de especialidad y determinación, trabajo que se publicó en la Revista del Notariado, de la Capital Federal. Ese principio de especialidad es indispensable para que puedan surgir obligaciones y existir derechos.

Los distintos elementos esenciales de una relación jurídica tienen que estar determinados o ser determinables porque si no, no existe relación jurídica.

La ley comienza poniendo el acento sobre la necesidad de determinar especialmente esos elementos para que haya fideicomiso, y pide: "La individualización de los bienes objeto del contrato". Si no se individualizan los bienes que integran ese patrimonio, no hay patrimonio de afectación. Pero da un margen: si esos bienes no pudiesen individualizarse de manera actual, por lo menos debería efectuarse una descripción al momento correspondiente de hacerla: "En caso de no resultar posible tal individualización a la fecha de la celebración del fideicomiso, constará la descripción de los requisitos y características que deberán reunir los bienes". Este tema se vincula con el principio de subrogación que existe en el fideicomiso, porque siendo éste, no como aquel viejo dominio fiduciario que recaía sobre una cosa, un derecho que recae sobre una universalidad

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de bienes de todo un patrimonio, en el cual puede haber una subrogación real, una sustitución de bienes por otros, pueden venderse unos e ingresar otros en reemplazo con lo que se ha obtenido de esa venta. El fideicomiso admite esa sustitución de los bienes por otros.

El fideicomiso está pensado con un sentido de evolución empresarial, es decir, permitir la evolución del patrimonio dentro de la necesaria adecuada administración de los bienes: "La determinación del modo en que otros bienes podrán ser incorporados al fideicomiso".

El plazo de duración

Para este derecho la ley pone algunos límites; establece que en el contrato debe estipularse cuál es el límite dentro de lo que la ley ha fijado como posible. El plazo sólo puede extenderse más allá de esos límites cuando el beneficiario del fideicomiso es un incapaz, caso en el cual podrá ampliarse mientras éste viva. Dice la ley: "El plazo o condición a que se sujeta el dominio fiduciario, el que nunca podrá durar más de 30 años desde su constitución, salvo que el beneficiario fuere un incapaz, caso en el que podrá durar hasta su muerte o el cese de su incapacidad".

Por supuesto, para completar la cuadrangulación a que me he referido, en el contrato tiene que determinarse quién es el beneficiario y quién es el destinatario de los bienes para el momento en que cese el fideicomiso porque son, también en este caso y tal como ha sido concebida la figura, elementos esenciales de la relación jurídica y tienen que quedar perfectamente determinados, no pueden faltar en el contrato y, si faltaren, el contrato no será válido.

Finalmente, ese contrato, dadas las características que va a cumplir el fiduciario, debe estipular con claridad cuáles son las obligaciones a cargo de este administrador de los bienes que se han puesto en su titularidad y también debe prever la forma de sustituirlo si por una u otra causa cae. La cesación en sus funciones de fiduciario no pondrá fin al fideicomiso, no lo va a extinguir mientras sea posible la designación de otra persona para cumplir la función de administración de los bienes.

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

Como el tiempo se me va, voy a pasar a un aspecto que me preocupa sobremanera no sólo con respecto al fideicomiso sino también con relación al leasing, y es el problema de las limitaciones a las responsabilidades, en particular a las del fiduciario. En el caso del leasing, las limitaciones a la responsabilidad de quien entrega los bienes en leasing, pero no voy a hablar de este tema, simplemente señalo que existe.

La ley tiene una responsabilidad netamente empresarial, y frente a ciertos excesos que estamos cometiendo los juristas y los jueces, en especial en

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

materia de responsabilidades por daños, marca una línea que pretende poner freno a esos excesos.

En las últimas épocas, sobre todo en nuestro país, se ha vuelto casi un lugar común hablar ya no de responsabilidad civil sino de derecho de daños y a decir que a toda víctima hay que resarcirla de alguna forma, buscar una persona que se haga cargo de reparar el infortunio que han sufrido las víctimas.

Eso es muy loable y todos deseamos que ninguna víctima quede sin reparación. Pero hay que tener cuidado, no sea que en el afán de dar reparación a las víctimas, engendremos nuevas víctimas, porque se corre el riesgo de poner la reparación a cargo de alguien que no debía hacerse cargo de la reparación y resulta víctima de la exorbitación del derecho de daños.

Esto nos está pasando con mayor frecuencia en algunos ámbitos con más facilidad que en otros, por ejemplo, cuando se busca hacer responsables a las compañías de seguros. Se parte de la base de que las compañías de seguros son ricas, tienen fondos. ¿Cómo no hacerlas responsables? Hay Jueces que pareciera que nos sentimos inclinados a encontrar siempre responsabilidades en las compañías de seguros. O, aún más grave, que el responsable es el Estado, que siempre es solvente. ¿Cómo no vamos a encontrar alguien solvente que responda por los daños?

Días pasados leí un fallo. Se trataba del caso de una vicedirectora de un colegio que en horas de trabajo salió con su vehículo particular y se llevó por delante a un tercero. Entonces dirigen la acción de indemnización contra el Estado, ya que como la directora deja constancia en el acta que el accidente se produjo mientras se dirigía al Ministerio de Educación a buscar unas planillas, entonces el juez falla interpretando que se trata de un hecho del dependiente en ocasión de sus funciones, por el que se provoca un daño a un tercero. En mi parecer no habría un nexo de causalidad adecuado; sin embargo, el fallo existe.

Es muy fácil exorbitar las cosas, y en esos movimientos pendulares nos hemos ido a un extremo donde hacemos responsable a cualquiera para que la víctima sea reparada. Las reacciones también son pendulares y llevan al otro extremo: procuramos dictar normas que exoneran de responsabilidad a la empresa para que pueda funcionar. Entonces, o la hacemos en un momento responsable de todo, o luego tratamos de que no sea responsable de nada. Esto, lamentablemente, se refleja en algunos aspectos de esta ley. El art. 14, después que establece que los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio separado tanto del fiduciario como del fiduciante, agrega: "La responsabilidad objetiva del fiduciario emergente del art. 113 del Cód. Civil se limita al valor de la cosa fideicomitada cuyo riesgo o vicio fuese causa del daño si el fiduciario no pudo razonablemente haberse asegurado". Pese al límite que pone esta última expresión, está marcando una línea de pensamiento donde lo que se quiere proteger es ya no sólo al fiduciario sino a la verdadera empresa que es la que se realiza por medio de este patrimonio de afectación, limitando totalmente la responsabilidad por el daño que se haya causado con la cosa dañosa.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Sería suficiente destacar que el patrimonio del fiduciario es distinto a los bienes fideicomitidos para decir que los daños causados por cosas que integran el patrimonio dado en fideicomiso no se extienden de ninguna manera a su patrimonio, así como tampoco se extiende la quiebra. Pero se va más allá: tal como está redactada esta norma no se refiere sólo a la separación de patrimonios sino al conjunto de bienes que se han dado en fideicomiso. El fideicomiso mismo solamente va a responder con el valor de la cosa dañosa. En las investigaciones que hacemos en la cátedra -aprovecho para agradecer al doctor Orelle y a quienes semanalmente estudian en la Cátedra de Derechos Reales, porque yo aprendo con sus investigaciones- se puso un ejemplo por el que un fideicomiso podría estar integrado por una maceta que se cae y mata a alguien. El fideicomiso sólo va a responder por el valor de la maceta.

Sin ninguna duda, esta norma va a originar muchas dificultades en la doctrina y jurisprudencia, más aún con ese agregado de "si el fiduciario no pudo razonablemente haberse asegurado". ¿Se refiere a que no pudo saber que la cosa era riesgosa o viciosa? ¿O a que no pudo encontrar asegurador, porque para ciertas cosas no se los consigue? ¿Se refiere sólo a que no haya tomado medida para asegurarse? Y si el fiduciario no se ha asegurado y los jueces interpretan que no hay razonabilidad, ¿van a agredir su patrimonio por considerarlo culpable? Vean ustedes todos los matices de esta norma que sin duda tiende a proteger tanto al administrador de los bienes -fiduciario- cuanto al patrimonio fideicomitado, y que en su aplicación práctica va a generar muchos problemas dentro de esta línea de limitación de la responsabilidad.

El art. 15 dice: "Los bienes fideicomitidos quedarán exentos de la acción singular o colectiva de los acreedores del fiduciario". Está remarcando la independencia de los dos patrimonios. El patrimonio de afectación del fideicomiso no va a ser afectado si el fiduciario, el gerente, sufre persecución de sus propios acreedores. Esa persecución está limitada a los bienes del fiduciario, y no caen sobre ellos aunque estén inscritos a su nombre, que es una condición que tiene que cumplirse cuando se trata de bienes registrables.

Y agrega el art. 15: "Tampoco podrán agredir los bienes fideicomitidos los acreedores del fiduciante, quedando a salvo la acción de fraude. Los acreedores del beneficiario podrán ejercer sus derechos sobre los frutos de los bienes fideicomitidos y subrogarse en sus derechos".

De manera que los acreedores del beneficiario pueden actuar limitados a los frutos, y los del fiduciante y fiduciario no tienen ninguna posibilidad de ir sobre los bienes que constituyen el fideicomiso.

Señores: pido disculpas por no haber podido, en el tiempo razonable de exposición, referirme a todo lo que hubiere deseado. Pido también disculpas por mis ignorancias sobre el tema pues en este momento estoy, junto con ustedes, tratando de estudiarlo (aplausos).

ESC. HIRSCH.- A continuación vamos a dar lectura a las preguntas formuladas por los participantes.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

PREGUNTA.- ¿Tiene el heredero forzoso la acción reivindicatoria -art. 3955 del Cód. Civil- contra el fideicomisario cuando el objeto del fideicomiso es un inmueble y se afecta su legítima, y acción de reducción contra el beneficiario? La pregunta se refiere al fideicomiso contractual, no al testamentario donde ya se sabe cuál es el patrimonio.

DR. MOISSET DE ESPANÉS.- En estos casos de actos de disposición mientras la persona no sea heredero, no tiene legítima; sólo podrá ejercer esa acción luego del fallecimiento del causante. Recién entonces se podrá decir si se ha afectado o no la legítima, y ese acto puede haber sido a título gratuito u oneroso. Los bienes que se separan del patrimonio por el fideicomiso no sólo pueden serlo de manera gratuita. Si fue así, puede suponerse que tiene las acciones en cuanto hubiera sido afectada la legítima. Nada dice la ley, pero por los principios generales, sí podría ejercitarse la acción.

Otra pregunta dice: ¿por qué el fiduciante no puede ser el único beneficiario...?

Simplemente, porque la ley lo ha dispuesto así. Otras leyes, en el trust no ponen esa limitación.

Inclusive, en el viejo fideicomiso, cuando se hacían disquisiciones sobre el destino, se decía que si el destino era el de restitución al constituyente, no era fideicomiso sino dominio irrevocable. No hay obstáculo alguno para constituir un dominio irrevocable con la condición, tal o cual, de que el bien vuelva a mi patrimonio si caigo en la indigencia.

Por tanto, si se puede constituir un dominio irrevocable en esas condiciones, ¿por qué no podría constituir un fideicomiso sometido a esa condición? Parecería ser que no hay razón suficiente, sino simplemente el hecho de que la ley ha puesto esa limitación.

¿Por qué el legislador ha establecido esta norma con una solución que no es común a otras leyes? No lo puedo saber porque no he integrado la comisión redactora. Simplemente diría que no hay una razón de peso explicitada hasta ahora y que no concuerda con otras soluciones del derecho comparado ni con la sistemática general del dominio irrevocable, en la cual se inserta además el fideicomiso cuando se efectúan modificaciones al 2670.

PREGUNTA.- El fiduciario, ¿puede ser beneficiario al mismo tiempo, y el beneficiario podría serlo a título oneroso?

DR. MOISSET DE ESPANÉS.- No es frecuente que el beneficiario lo sea a título oneroso. No parece ser ésta la finalidad que inspira los negocios de fideicomiso, pero nada se opondría a que el beneficiario lo fuera a título oneroso. Sin embargo, hay que tener en cuenta cuál será el real beneficio si es a título oneroso, porque la onerosidad lo limita. Si hay onerosidad total no es un verdadero beneficiario. Esto en cuanto a la segunda parte de la pregunta, y paso a la primera parte.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Me da la impresión de que por la sistemática de la ley el fiduciario no puede ser beneficiario, incluso por las obligaciones que se le imponen de rendir cuenta, por su actividad de mero administrador. La actividad del fiduciario, no la del fiduciante, no podría coincidir con la de beneficiario.

Más aún: nuestra ley reduce las facultades del fiduciario y como contramedida le impone el beneficio de una retribución, a diferencia de otras leyes en virtud de las cuales su actividad se presume gratuita y sólo se le remunera cuando hay pacto expreso. En nuestra ley hay la presunción de que debe fijársele la remuneración, pero también debe rendir cuentas de sus funciones.

Yo diría que el fiduciario, en principio, no puede ser constituido como beneficiario.

PREGUNTA.- ¿Puede concursarse o decretarse la quiebra del propio patrimonio de afectación?

DR. MOISSET DE ESPANÉS.- No, la ley es clara al respecto. La ley contiene una norma que establece cómo debe efectuarse la liquidación de los bienes cuando ellos no alcanzan.

El art. 16 de la ley dice: "... La insuficiencia de los bienes fideicomitidos para atender a estas obligaciones no darán lugar a la declaración de su quiebra. Y en tal supuesto y a falta de otros recursos provistos por el fiduciante o el beneficiario según previsiones contractuales, procederá (el fiduciario) a su liquidación, la que estará a cargo del fiduciario, quien deberá enajenar los bienes que lo integren (el patrimonio) y entregará el producido a los acreedores conforme al orden de privilegios previstos para la quiebra...".

PREGUNTA.- ¿Puede el titular de un patrimonio constituir y afectar su patrimonio a fideicomiso y determinar un beneficiario en forma directa por existir razones y causas verdaderas para reconocer un dominio fiduciario?

DR. MOISSET DE ESPANÉS.- Me gustaría que el escribano Colman Lerner precise el sentido de su pregunta.

Esc. COLMAN LERNER.- Cómo no.

Puede ocurrir que, hoy en día, alguien tenga un patrimonio que, en realidad, lo tenía en fideicomiso antes de la existencia de la ley.

DR. MOISSET DE ESPANÉS.- Sería una forma de lo que llamamos una simulación relativa lícita.

Esc. COLMAN LERNER.- Si bien no es el verdadero titular del dominio, lo tiene, y está respondiendo a un beneficiario.

DR. MOISSET DE ESPANÉS.- Es lo que la mayor parte de nuestra doctrina erróneamente llama una simulación relativa lícita. Es decir, yo estoy

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

figurando como titular pero no lo soy, porque tampoco se dice que ha sido dado en fideicomiso porque nadie utiliza esos términos.

Esc. COLMAN LERNER.- Yo estoy actuando como administrador...

DR. MOISSET DE ESPANÉS.- Pero con titularidad.

Esc. COLMAN LERNER.- Con titularidad de dominio.

DR. MOISSET DE ESPANÉS.- La pregunta es qué tendría que hacer esa persona...

Esc. COLMAN LERNER.- Unilateralmente que fije la realidad que tiene un fideicomiso, ese patrimonio de acuerdo con la ley.

DR. MOISSET DE ESPANÉS.- ¿Es decir, que la declaración de él sirviese para constituir fideicomiso?

ESC. HIRSCH.- Es un reconocimiento de la simulación realizada.

DR. MOISSET DE ESPANÉS.- Reitero que estamos frente a lo que se llama la simulación relativa lícita. Los bienes son de fulano, mi actividad se limita a la de ser un fiduciario. El me dio los bienes, pero para que haya constitución, los bienes tienen que haber salido de un dador.

Por tanto, yo vengo en este instante a regularizar las cosas y a decir: ese acto fue la constitución de un fideicomiso que pido se ajuste a la ley.

Esto daría lugar a una serie de problemas.

Dentro del trust o fideicomiso hay dos formas: implícita o expresa. Nosotros hemos adoptado la norma de que el fideicomiso debe ser expreso, y tiene como fuente un contrato o un testamento. Si concurriesen las dos voluntades, donde quedase claramente puesta de manifiesto la existencia del contrato, quizás yo aceptaría que eso sea válido. El que transmitió los bienes y el que los tiene ahora a su nombre, concurren y dicen que han celebrado un fideicomiso, que puede ajustarse a esta normativa y que pedimos que se ajuste a tales o cuales condiciones, y se cumpla con los otros requisitos esenciales aquí previstos, se fije cuál es la comisión, el plazo, el contenido de los bienes, el fin perseguido -si no, no hay fideicomiso- y quién será el beneficiario. No bastaría la sola voluntad de quien tiene los bienes en este momento, porque esto nace de una fuente, que es testamentaria o contractual. Tienen que concurrir las dos voluntades, no basta con una; tiene que venir el otro y decir que es cierto. Pero aún por vía de reconocimiento tendrían que completarse los otros datos, aunque estén implícitos.

PREGUNTA.- ¿Cuál es la diferencia entre el beneficiario y el fideicomisario? ¿Qué norma legal los define y diferencia?

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

DR. MOISSET DE ESPANÉS.- Hay varias normas legales que hacen referencia a este problema. El beneficiario es el que durante la vigencia del fideicomiso está recibiendo las ventajas de esos bienes. El fideicomisario es aquel sujeto a quien esos bienes se van a entregar cuando termine el fideicomiso. Las dos personas pueden coincidir o no. En otras leyes esas dos personas coinciden obligatoriamente; en la nuestra existe la posibilidad de disociarlas.

PREGUNTA.- ¿Cuáles son los puntos relevantes del fideicomiso financiero y qué expectativa existe sobre su desarrollo?

DR. MOISSET DE ESPANÉS.- Señalé que iba a acotar mi conversación al fideicomiso civil. No tengo suficiente experiencia en el fideicomiso financiero y no quiero hablar de lo que no sé. Tengo que estudiar todavía ese tipo de fideicomiso y exponer sobre algo que aún no conozco, me parece una falta de respeto al público.

PREGUNTA.- El derecho del beneficiario del fideicomiso a recibir el bien una vez cumplido el plazo o condición, ¿es parte de la prenda común de sus acreedores? Es decir, en caso de quiebra del beneficiario, ¿qué posibilidades tienen los acreedores de ejecutar ese beneficio o de beneficiarse ellos con ese beneficio?

DR. MOISSET DE ESPANÉS.- El lenguaje utilizado en la pregunta incurre en imprecisiones: habla del fideicomisario y del beneficiario, y mezcla ambas cosas, y se refiere al caso de quiebra del beneficiario. La ley debe establecer en alguna norma la posibilidad de que los acreedores del fideicomisario puedan sustituirlo si éste no ejercita su derecho; hay leyes de trust que lo establecen. No quiero dar una respuesta rápida en este instante. Si no hay una norma expresa en la ley 24441, el principio general me lleva a decir que si el fideicomisario -que ya había aceptado esta estipulación a su favor- llegado el momento en que se produjo la condición, no ejercitara las acciones para recibir los bienes, los acreedores, por el principio general de la acción subrogatoria, podrían colocarse en su lugar y reclamar que pasen a él.

PREGUNTA.- Si el constituyente dispone por testamento de todo su patrimonio para constituir un fideicomiso en beneficio de sus herederos forzosos, ¿éstos podrían sentirse agraviados en su legítima?

DR. MOISSET DE ESPANÉS.- Yo diría que lesiona la legítima de nuestro sistema. No puede disponer de todos los bienes en perjuicio de los herederos, aunque sean los beneficiarios últimos, porque les está quitando la propiedad plena en ese momento.

PARTICIPANTE.- Pero el causante también podría incluir una cláusula por la que los herederos no puedan disponer de los bienes por un término.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

DR. MOISSET DE ESPANÉS.- Pero por un término. Son cláusulas que tienen limitación.

PREGUNTA.- ¿No sería posible que el doctor Moisset de Espanés ampliara el tema en otra charla?

DR. MOISSET DE ESPANÉS.- Esa es una picardía del escribano Hirsch, sobre la cual yo tenía algún antecedente. Por eso he venido preparado para defenderme. Lamentablemente no puedo volver a Buenos Aires en los plazos que ustedes tienen. Estoy presidiendo la Junta Electoral de la provincia de Córdoba, y los problemas que allí se suscitan me tienen totalmente atrapado. El sábado pasado, a las 12 horas, venció el plazo para presentación de listas; ahora estamos con la oficialización de éstas, para lo cual se han verificado las condiciones de todos los candidatos, que no son poca gente, ya que tenemos la renovación de toda la Cámara de Diputados, de la mitad del Senado, y la elección de gobernador y vice, y comicios en más de doscientas municipalidades, que aunque por primera vez tienen juntas electorales propias, nosotros actuamos como última instancia de apelación. Son temas que tienen que resolverse con inmediatez. De modo que hasta después de las elecciones estoy prácticamente imposibilitado de hacer otro viaje a esta ciudad. Además tengo otro compromiso asumido, entre el 24 y el 31 del mes que viene, para concurrir a un congreso en Arequipa. Sería muy grato para mí asistir a este seminario, porque estoy tratando de estudiar el tema, pero no voy a poder hacerlo.

ESC. HIRSCH.- Lo lamentamos todos.

PREGUNTA.- En caso de quiebra, ¿los acreedores del fiduciante pueden accionar si el fideicomiso fue constituido a título gratuito?

DR. MOISSET DE ESPANÉS.- El art. 15 de la ley expresa que queda a salvo la acción de fraude, que como ustedes saben tiene una serie de condiciones. Entiendo que si se constituye un fideicomiso a título gratuito durante el período de sospecha, los acreedores lo pueden atacar.

PREGUNTA.- ¿Qué efecto tiene la revocación prevista en el art. 25 de la ley?

DR. MOISSET DE ESPANÉS.- La revocación allí prevista hace que los bienes no vayan al fideicomisario sino que vuelvan al fiduciario.

Esc. BRANDI.- ¿No obstante lo que dice el art. 26?

DR. MOISSET DE ESPANÉS.- El art. 26 no puede comprender la cláusula de revocación, que es expresa. La revocación extingue el fideicomiso y se tiene como si no hubiese existido. Las previsiones del art. 26 no son

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

aplicables al inc. b) del art. 25.

PREGUNTA.- En el caso de la pregunta sobre si el beneficiario puede serlo a título oneroso, ¿no sería el caso del comprador de un departamento?

DR. MOISSET DE ESPANÉS.- La figura del trust, que ahora se trae como fideicomiso, es muy amplia y maleable y rompe todos los esquemas. En este caso el fideicomiso sería utilizado por una empresa de construcción, poniendo como destinatario final al adquirente del departamento; se transmiten los bienes a quien construya y administre los departamentos y el beneficiario podría serlo a título oneroso.

Evidentemente estamos frente a una figura que trae aires nuevos en nuestras formas de contratar y tenemos que ir adaptándonos a nuevas realidades porque introduce una herramienta jurídica con la que no hemos trabajado. Este fideicomiso no tiene nada que ver con el viejo fideicomiso romano. La propiedad que se crea no tiene titular, porque aunque se ponga a nombre del fiduciario, éste no es el dueño sino nada más que un administrador. Es un patrimonio distinto, separado de él, que no quiebra. Es un patrimonio de afectación que nos obliga a pensar de manera diferente en muchas cosas.

Por eso decía que la relectura de disposiciones como las que se encuentran en este modernísimo Código Civil de Quebec, que es del año pasado, que son reflejo de la experiencia de la aplicación del trust, del fideicomiso, en un país de raíz continental en su derecho, nos será sumamente útil porque nos mostrará cómo se produce esa adaptación de herramientas del common law, del derecho anglosajón, a los derechos continentales.

He leído muchas previsiones en el Código de Quebec que dan solución a problemas que, si bien no están planteados en nuestra ley, se van a presentar y muy posiblemente van a ser resueltos de manera coincidente a como en ellas se prevén.

ESC. HIRSCH.- Sólo nos resta reiterar nuestro agradecimiento al doctor Moisset de Espanés.

- Aplausos prolongados.

CONTRATO DE LEASING

CARLOS GHERSI

ESC. HIRSCH.- El instituto jurídico que vamos a estudiar hoy tiende al financiamiento de la construcción de viviendas. De la lectura de la ley se nos presentan algunas dificultades interpretativas, porque si bien el leasing ha tenido auge en nuestro país a partir de 1970, ello ha sido sobre bienes muebles, sobre todo en materia de automotores, pero no tenemos experiencia práctica en lo que hace al leasing inmobiliario, a pesar de que en convenciones efectuadas en esta casa se ha tratado el tema.

Para el desarrollo de esta cuestión contamos con la presencia del doctor