

POSIBILIDADES DE UTILIZACIÓN DEL FIDEICOMISO EN LA CONTRATACIÓN HABITUAL EN SEDE NOTARIAL*

Por **Natalio Pedro Etchegaray**

EL CONTRATO DE FIDEICOMISO

¿Para qué sirve el fideicomiso?

Por coincidir totalmente con los fines de esta exposición y por su claridad transcribo textualmente los conceptos con los que el Dr. Jorge Roberto HAYZUS inicia su libro *FIDEICOMISO*, editado por Astrea, en junio de 2001:

“El fideicomiso sirve de marco y sustento jurídico para la asignación de beneficios económicos derivados de la propiedad de ciertos bienes, conforme a la voluntad de su dueño y con efectos hacia el futuro. Es un modo de disposición de la propiedad que ‘ata’ los bienes a un destino determinado, en interés de personas distintas de aquella que recibe la propiedad.

“Hasta el momento en que el fideicomiso fue introducido en el derecho positivo argentino, no había ningún otro medio para realizar actos de disposición de la propiedad que pudiese alcanzar un resultado parecido. Aunque fuese concebible que el dueño estableciese el destino de sus bienes en proyección de futuro, por acuerdo con un tercero, faltaban las normas que proveyeran la instrumentación necesaria y asegurasen el pleno reconocimiento de la manifestación de voluntad.

“Ahora que la ley 24441 ha injertado el fideicomiso en el tronco principal del derecho civil, cabe advertir la flexibilidad de este instituto, definido co-

*Seminario Laureano Moreira, noviembre de 2001.

mo contrato y ubicado, por consiguiente, en el amplio campo de la autonomía de la voluntad. Como se verá más adelante, tiene múltiples aplicaciones, tanto en el orden particular como en el mundo de los negocios y su interés práctico deriva precisamente de tres atributos principales, que enunciaremos a continuación:

a) Los bienes en cuestión son enajenados por su dueño, quien los transfiere 'a título fiduciario'. No es lo mismo que la transmisión de la propiedad a título oneroso o gratuito, pero se trata de un acto de disposición del titular.

b) La transferencia 'a título fiduciario' rodea a los bienes de inmunidad respecto de los acreedores de quien los recibe, así como de los acreedores del dueño original y de los destinatarios finales de los bienes.

c) Los bienes quedan amparados por un régimen de administración conforme a su naturaleza y al destino previsto, hallándose el titular sujeto a obligaciones derivadas del motivo y de la índole de la gestión que le ha sido encomendada”.

Intención de este trabajo

La intención fundamental de este trabajo es interesar al notariado sobre las ventajas de tener a mano, como posible solución a una necesidad o problema planteado por los requirentes, la utilización del contrato de fideicomiso y la consecuente transferencia de bienes en propiedad fiduciaria.

En otras palabras, popularizar el concepto, los sujetos, las principales características, el funcionamiento de esta figura, para utilizarla en el ámbito de los negocios simples de las personas individuales, de las sociedades familiares y de la pequeña y mediana empresa, sugiriendo su aplicación más acá del mundo financiero y de los grandes negocios inmobiliarios.

ADVERTENCIA. En este trabajo solamente me referiré a las bases legales de un contrato de fideicomiso, sin abarcar en el análisis el fideicomiso testamentario ni el financiero.

Análisis de la ley 24441

Sujetos: fiduciante, fideicomitente o constituyente

Es el propietario de los bienes que, según el contrato de fideicomiso, se compromete a transferir en propiedad fiduciaria a una persona, física o jurídica, que será el fiduciario (art. 1º).

Fija el destino de los bienes transferidos a la finalización del fideicomiso (arts. 1º y 4º inc. d).

Tiene la facultad de designar al beneficiario y al fideicomisario, que en ambos casos puede ser él mismo (arts. 1º, 2º y 4º inc. d).

Puede restringir al fiduciario las facultades para disponer o gravar los bienes transferidos (art. 17).

Puede reservarse la facultad de revocar el contrato (art. 25 inc. b).

Puede solicitar la remoción judicial del fiduciario por incumplimiento de sus obligaciones (art. 9º inc. a).

Puede impedir por vía contractual que el beneficiario transmita sus derechos (art. 2º).

Con autorización judicial puede ejercer acciones en defensa del patrimonio fideicomitido, cuando injustificadamente no lo hiciera el fiduciario (art. 18).

Será el beneficiario, en caso de que renunciara o no llegare a existir el designado, ni hubiere ningún otro beneficiario ni fideicomisario (art. 2º).

Fiduciario

Es la persona física o jurídica a la que el fiduciante le transmite la propiedad de los bienes fideicomitidos (art. 1º).

Ejerce su cargo en beneficio de quien se designe en el contrato (beneficiario), que puede serlo el mismo fiduciante (art. 1º).

Al finalizar el contrato debe transferir la propiedad de los bienes fideicomitidos a quien se establezca en el contrato (fideicomisario o sus sucesores), que también puede serlo el mismo fiduciante (arts. 1º, 2º inc. d).

Solamente podrán efectuar oferta pública para actuar como fiduciarios las entidades financieras o las sociedades especialmente autorizadas para actuar como tales (art. 5º).

Deberá actuar con la prudencia y diligencia de un buen hombre de negocios, sobre la base de la confianza que le han depositado (art. 6º).

Deberá obligatoriamente rendir cuentas de su gestión al beneficiario, por lo menos una vez por año. Al fiduciante, si así se hubiera acordado en el contrato (art. 7º).

Salvo estipulación en contrario, tiene derecho al reembolso de los gastos y a una retribución. Si el contrato no la fijare, lo hará el juez (art. 8º).

Solamente puede renunciar a su cargo si se hubiere previsto en el contrato (art. 9 inc. e).

Puede ser removido judicialmente de su cargo, a instancia del beneficiario o del fiduciante, por incumplimiento de sus funciones (art. 9º inc. a)...

Cesará por muerte, por incapacidad declarada judicialmente, por quiebra y, también, si se tratare de una persona jurídica, por liquidación en caso de disolución (art. 9º incs. b, c y d).

El fiduciario cesante será reemplazado por el sustituto designado en el contrato o por el procedimiento indicado en el mismo (art. 10º).

Si el sustituto previsto en el contrato no aceptare o el contrato no previere nada al respecto, el juez designará a una entidad financiera o una sociedad especialmente autorizada por la Comisión Nacional de Valores para actuar como fiduciario financiero (art. 10º).

En los casos de sustitución, los bienes fideicomitidos serán transmitidos al nuevo fiduciario (art. 10º).

Tendrá a su cargo la liquidación del activo en caso de insuficiencia de los bienes fideicomitidos para satisfacer las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, debiendo en ese caso enajenar los bienes y entregar el producido a los acreedores conforme al orden de los privilegios previstos para la quiebra (art. 16º).

No necesita conformidad del fiduciante o del beneficiario para disponer o gravar los bienes fideicomitidos cuando los fines del fideicomiso lo requieran, excepto que se hubiera pactado lo contrario en el contrato (art. 17).

Está legitimado para ejercer todas las acciones que correspondan para la defensa de los bienes fideicomitidos, tanto contra terceros como contra el beneficiario (art. 18).

Tiene prohibido adquirir para sí los bienes fideicomitidos (art. 7°).

No podrá ser beneficiario ni fideicomisario (art. 7° e interpretación mayoritaria de la doctrina, excepto para el fideicomiso de garantía).

Su responsabilidad objetiva (artículo 1113 del Cód. Civil) se extiende a su patrimonio personal cuando, pudiendo razonablemente asegurar los daños que la cosa fideicomitada llegare a ocasionar, no lo hizo (art. 14°).

Beneficiario

Es la persona física o jurídica individualizada en el contrato para recibir los beneficios de la gestión encomendada al fiduciario (arts. 1° y 2°).

Si la persona designada no existiere al tiempo del contrato, deberán constar en éste los datos que permitan individualizarla en el futuro (art. 2°).

Puede designarse más de un beneficiario. En ese caso, salvo indicación en contrario del contrato, concurrirán a los beneficios por partes iguales (art. 2°).

Pueden designarse beneficiarios sustitutos para los casos de no aceptación, renuncia o muerte del titular (art. 2°).

En caso de vacancia total, el beneficiario será el fideicomisario y en su defecto el fiduciante (art. 2°).

Salvo disposición contraria del contrato, los derechos del beneficiario se transmiten por causa de muerte y el mismo beneficiario puede transmitirlos por acto entre vivos (art. 2°).

Si el beneficiario fuera un incapaz, el plazo del dominio fiduciario se extiende hasta el cese de la incapacidad o la muerte del beneficiario (art. 4° inc. c).

Puede solicitar al fiduciario rendición de cuentas según lo establecido en el contrato. Sin perjuicio de ello, el fiduciario deberá rendirle cuentas con una periodicidad no mayor de un año (art. 7°).

Puede pedir, con citación del fiduciante, la remoción judicial del fiduciario por incumplimiento de sus obligaciones (art. 9° inc. a).

Los acreedores del beneficiario podrán subrogarse en sus derechos o ejercer sus derechos sobre los frutos de los bienes fideicomitidos (art. 15°).

A menos que se hubiere pactado lo contrario, no es necesario su consentimiento para disponer o gravar los bienes fideicomitidos (art. 17°).

Con autorización judicial puede ejercer acciones que originariamente deberían estar a cargo del fiduciario (art. 18°).

Fideicomisario

Es la persona a quien el fiduciario debe transmitirle los bienes fideicomitidos cuando se cumpla el plazo o la condición extintiva del fideicomiso (arts. 1°, 4° inc. d).

Puede serlo el fiduciante, el beneficiario o cualquier otra persona física o jurídica, con excepción del fiduciario (arts. 1º y 7º).

Será el beneficiario en caso de vacancia por renuncia o inexistencia de la persona originariamente designada (art. 2º).

Sus sucesores tienen sus mismos derechos (arts. 3262, 3263, 3264 y concordantes Código Civil).

Principales características del fideicomiso

Es indispensable que se constituya por contrato o por testamento.

No se tipifican en la ley, ni se enuncian límites –excepto en el fideicomiso financiero– respecto de los actos y negocios jurídicos que las partes pueden pactar libremente como finalidad del contrato de fideicomiso (plena autonomía de la voluntad).

La finalidad del fideicomiso debe ser claramente expuesta en el contrato, ya que ella enmarca y limita las facultades del fiduciario.

El propietario (fiduciante) transmite, sin contraprestación pecuniaria alguna, a otra persona, física o jurídica (fiduciario) la propiedad fiduciaria de bienes determinados.

El contrato deberá individualizar claramente, o describir las características o requisitos de los bienes que constituirán el patrimonio fiduciario.

Aunque el transmitente (fiduciante) no reciba contraprestación alguna, no puede afirmarse que sea una típica transferencia a título gratuito. Es una transferencia “fiduciaria”, es decir que está enmarcada por la confianza que el fiduciario inspira al fiduciante, lo cual, en definitiva, es la causa fundamental de su designación.

Las facultades dispositivas del nuevo titular están condicionadas por la finalidad, el motivo, la índole de la gestión que le ha sido encomendada y, en ocasiones, por la letra del contrato, que le puede imponer consultar al fiduciante o al beneficiario antes de disponer o gravar los bienes fideicomitados.

El adquirente (fiduciario) deberá ejercer los derechos derivados de su propiedad fiduciaria, administrando los bienes fideicomitados en beneficio de la persona física o jurídica (beneficiario) indicada en el contrato.

El o los beneficiarios –ya que pueden serlo una o varias personas físicas o jurídicas– deben individualizarse claramente en el contrato o, por lo menos, darse los datos necesarios para poder hacerlo en el futuro.

Habiendo pluralidad de beneficiarios concurrirán por partes iguales, salvo disposición en contrario del contrato.

Pueden designarse, con iguales requisitos de individualización, beneficiarios sustitutos.

La sustitución se produce cuando el primer beneficiario no acepta, renuncia o fallece.

En caso de no aceptación, renuncia o muerte del beneficiario, sin haberse previsto sustitutos, será beneficiario el fideicomisario y, a falta de éste, lo será el fiduciante.

Puede prohibirse en el contrato que el beneficiario transmita sus derechos

a sucesores universales o singulares, es decir, por causa de muerte o por acto entre vivos.

El concepto de administración es muy amplio, siempre que se ejerza en cumplimiento de los fines del fideicomiso.

La conformidad del fiduciante o del beneficiario para disponer o gravar los bienes fideicomitados no será necesaria, excepto que así se hubiera pactado en el contrato.

Los bienes fideicomitados constituyen un patrimonio afectado a la finalidad del fideicomiso y, por lo tanto, inatacable tanto por los acreedores del anterior propietario pleno (fiduciante) como por los acreedores del actual propietario limitado (fiduciario).

La única acción que se admite a los acreedores del fiduciante es la de fraude.

Cualquier persona física o jurídica puede ser fiduciario, pero para ofrecerse públicamente como tal debe ser una entidad financiera autorizada de acuerdo con la ley de la materia o una persona jurídica que la Comisión Nacional de Valores haya autorizado a desempeñarse como fiduciario.

La prudencia y diligencia de un buen hombre de negocios, en el marco de la ley y el contrato, fijan los límites de los derechos y obligaciones del fiduciario.

Los bienes particulares del fiduciario no responden por las obligaciones que éste contraiga en la ejecución del fideicomiso.

Salvo gratuidad expresamente reconocida en el contrato, el fiduciario tiene derecho a una retribución y al reembolso de los gastos que efectuare durante el ejercicio de su cometido.

En ningún caso el fiduciario puede ser liberado de rendir cuentas de su gestión al beneficiario, antes bien, debe hacerlo obligatoriamente una vez por año.

Si no lo hubiese reservado expresamente en el contrato, el fiduciario no puede renunciar al cumplimiento de la gestión encomendada.

El fiduciante o el beneficiario –en este caso con citación de aquél– pueden solicitar a la justicia la remoción del fiduciario por incumplimiento de sus obligaciones.

La muerte, incapacidad declarada o quiebra del fiduciario provocan el cese de su gestión como tal.

Si el fiduciario fuera una persona jurídica, su disolución, liquidación o quiebra provocan el cese de su gestión como tal.

El contrato debe prever el reemplazo del fiduciario, ya fuere designando su sustituto o acordando el procedimiento a seguir en caso de vacancia.

Si se tornase imposible cumplir el reemplazo de fiduciario previsto en el contrato, se designará judicialmente como tal a una entidad financiera o una sociedad especialmente autorizada para actuar como fiduciario financiero por la Comisión Nacional de Valores.

Para la transferencia de la propiedad de los bienes del fiduciante al fiducia-

rio debe cumplirse con las formas legales de acuerdo con la naturaleza de los bienes.

Si los bienes fueren registrables, para su oponibilidad a terceros debe tomarse razón de la transferencia.

Si así se ha previsto en el contrato, el fiduciario podrá adquirir la propiedad fiduciaria de los bienes adquiridos con los frutos de los bienes fideicomitidos, o con fondos obtenidos por la disposición de éstos.

Esa incorporación debe hacerse constar en el acto de adquisición y en el registro dominial.

El fiduciante no podrá revocar el fideicomiso si no se hubiese reservado esa posibilidad en el contrato o en acuerdo posterior.

El patrimonio fiduciario no puede ser declarado en quiebra.

En caso de insuficiencia del patrimonio fiduciario para cumplir con la finalidad del fideicomiso, el fiduciario liquidará los bienes y entregará el resultado a los acreedores, conforme al orden de los privilegios previstos para la quiebra.

El fiduciario puede, y debe, ejercer todas las acciones necesarias para defender el patrimonio fiduciario, incluso contra el beneficiario. Si no lo hiciera, el fiduciante o el beneficiario, previa autorización judicial, pueden suplantarle en ese cometido.

Los acreedores del beneficiario podrán accionar sobre los frutos del patrimonio fiduciario y subrogarse en los derechos de aquél.

Las partes contratantes pueden fijar el plazo o establecer la condición extintiva del fideicomiso que deseen. El plazo máximo del fideicomiso es de treinta años, excepto que el beneficiario fuera un incapaz, en cuyo caso se extiende hasta el día en que cese la incapacidad o falleciere.

Los contratantes tienen amplia libertad para prever cualquier causa de extinción del fideicomiso.

Al cumplirse el plazo o la condición extintivos del fideicomiso, es obligación del fiduciario entregar a las personas designadas como fideicomisarios, o a sus sucesores, los bienes que integran el activo fiduciario cumpliendo con las formas documentales y trámites necesarios para que se opere la transferencia y, en su caso, se inscriba en los registros correspondientes.

Menciones básicas que debe contener el contrato

a) Mención esencial por la naturaleza jurídica del fideicomiso

Aunque la ley no lo indique en forma expresa, del contrato debe surgir claramente en qué consiste la gestión encomendada al fiduciario.

Debe indicar cuáles son “los fines del fideicomiso”, ya que el cumplimiento de esa finalidad por parte del fiduciario es la causa esencial, el designio económico, familiar, altruista, para cuyo cumplimiento el fiduciante le transmite los bienes en propiedad fiduciaria.

La existencia de un encargo esencial al fiduciario y la necesidad de circunscribir la gestión que se le encomienda surgen implícitamente de la letra de los siguientes artículos de la ley 24441:

Art. 1º: el fiduciario se obliga a ejercer la propiedad fiduciaria en beneficio de quien se designe en el contrato.

Art. 4º inc. e): el contrato debe expresar... los derechos y obligaciones del fiduciario.

Art. 6º: el fiduciario deberá cumplir las obligaciones impuestas por la ley o la convención con la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él.

Art. 9 inc. a): remoción judicial del fiduciario por incumplimiento de sus obligaciones.

Art. 17: el fiduciario podrá disponer o gravar los bienes fideicomitidos cuando lo requieran los fines del fideicomiso...

b) Menciones exigidas por la ley

1) Individualizar al fiduciante, al fiduciario y al beneficiario o dar los datos para individualizar a éste en el futuro (art. 2º).

2) Individualización de los bienes objeto del contrato de fideicomiso o, en su caso, la descripción de los requisitos y características que deberán tener (art. 4º inc. a).

3) Determinación del modo en que otros bienes podrán ser incorporados al fideicomiso (art. 4º inc. b).

4) El plazo o condición a que se supedita el fideicomiso (art. 4º inc. c).

5) El destino de los bienes al final del fideicomiso (art. 4º inc. d).

6) Los derechos y obligaciones del fiduciario (art. 4º inc. e).

7) La sustitución o reemplazo del fiduciario (art. 4º inc. e).

c) Disposiciones supletorias de la ley que pueden derogarse en el contrato

Se trata de relaciones patrimoniales o de gestión del patrimonio fiduciario que la ley resuelve en forma supletoria, pero que las partes pueden derogar pactando otra solución en el contrato.

1) IGUALDAD ENTRE LOS BENEFICIARIOS: es la solución legal si el contrato no dice nada al respecto. Sin embargo, por el contrato pueden establecerse distintas proporciones para distribuir los beneficios (art. 2º).

2) LIBRE TRANSMISIÓN DE LOS DERECHOS DEL BENEFICIARIO: es la solución legal si el contrato no dice nada al respecto. Sin embargo, el contrato puede prohibir la transmisión de los derechos del beneficiario, tanto por acto entre vivos como por causa de muerte (art. 2º).

3) DERECHO DEL FIDUCIARIO A PERCIBIR UNA RETRIBUCIÓN Y AL REEMBOLSO DE LOS GASTOS: si el contrato nada dice al respecto, ésta es la solución legal. No obstante, por vía contractual puede establecerse la gratuidad de la labor del fiduciario (art. 8º).

4) EL FIDUCIARIO NO PUEDE RENUNCIAR: es la solución legal, pero el contrato puede autorizarlo (art. 9º inc. e).

5) SI NO SE HA PREVISTO EN EL CONTRATO, LOS BIENES ADQUIRIDOS CON LOS FRUTOS DE LA ADMINISTRACIÓN O POR SUBROGA-

CIÓN NO SE INCORPORAN AL PATRIMONIO FIDUCIARIO: es la solución legal; en consecuencia, para que se incorporen al patrimonio fiduciario los bienes que se adquieran con los frutos o con la disposición del capital fiduciario, debe preverlo el contrato. En ese caso, debe determinarse el modo en que dichos bienes se incorporarán al patrimonio fiduciario (arts. 4º inc. b y 13).

6) **EL FIDUCIARIO NO NECESITA LA CONFORMIDAD DEL FIDUCIANTE O DEL BENEFICIARIO PARA DISPONER O GRAVAR LOS BIENES FIDEICOMITIDOS:** para la ley, las facultades del fiduciario solamente están limitadas por los fines del fideicomiso. Por vía contractual puede limitárselas aún más, agregándole la necesidad de contar con la conformidad expresa del fiduciante o del beneficiario. Más adelante volveremos sobre este punto tan ligado a la actividad notarial (art. 17º).

7) **EL FIDUCIANTE NO PUEDE REVOCAR EL FIDEICOMISO:** es la solución de la ley. Pero el fiduciante puede cambiarla, reservándose esa facultad en el contrato (art. 25º inc. b).

8) **EN CASO DE INSUFICIENCIA, EL PATRIMONIO FIDUCIARIO DEBE LIQUIDARSE:** también es la solución legal. Sin embargo, en el contrato puede pactarse que el fiduciante o el beneficiario están autorizados a aportar nuevos recursos para evitar la liquidación (art. 16º).

d) Aspecto básico que, en caso de no figurar en el contrato, resuelve la justicia

Se trata de una circunstancia básica del contrato de fideicomiso para la que la ley no trae una solución supletoria, sino que ante el silencio del contrato, remite el caso a la justicia.

1) **DESIGNACIÓN DEL FIDUCIARIO SUSTITUTO O PREVISIÓN DE UN PROCEDIMIENTO PARA ELEGIRLO:** si el contrato no hubiere designado fiduciario sustituto o no se estableciere un procedimiento para cubrir la vacante, el juez designará como fiduciario a una entidad financiera o a una sociedad especialmente autorizada por la Comisión Nacional de Valores para actuar como fiduciario financiero (art. 10º).

e) Aspectos básicos remitidos exclusivamente a las partes

Hay aspectos básicos que las partes tienen libertad para incorporar o no en el contrato, ampliando las soluciones legales.

1) **ESTABLECER OTRAS CAUSALES DE EXTINCIÓN DEL FIDEICOMISO:** la ley tipifica dos causas: el cumplimiento del plazo o la condición extintivos y la decisión del fiduciante de revocar el fideicomiso, siempre que hubiere reservado en el contrato. Sin embargo, las partes pueden libremente establecer en el contrato cualquier otra causal de extinción del fideicomiso (art. 25º inc. c).

2) **CUALQUIER OTRA REFERENCIA CONTRACTUAL SOBRE LA ADMINISTRACIÓN DEL FIDEICOMISO:** enmarcada por el concepto de autonomía de la voluntad, la legislación sobre fideicomiso permite a las partes re-

glamentar libremente en el contrato cualquier contingencia futura durante el desarrollo de la gestión encomendada al fiduciario.

Análisis de algunos casos de especial interés notarial

Efectos de la cláusula contractual que exige la conformidad del fiduciante o del beneficiario para disponer de los bienes fideicomitidos (art. 17º)

Frente al incumplimiento de una cláusula contractual que imponga al fiduciario la necesidad de contar con la conformidad del fiduciante o del beneficiario para enajenar o gravar los bienes fideicomitidos, la doctrina oscila entre dos posiciones: a) debe declararse la ineficacia del acto dispositivo que no hubiere obtenido dicha conformidad; b) solamente se tipifica un mero incumplimiento por parte del fiduciario, con consecuencias sólo en el plano interno de las relaciones entre los sujetos del contrato de fideicomiso, sin llegar a afectar al adquirente.

Por mi parte, creo acertada la primera de estas conclusiones, la indicada en el apartado a).

Pienso que la mención expresa del artículo 17 en la ley 24441, cuando permite que por vía del contrato se recorten las facultades dispositivas del fiduciante, establece una de las características básicas del instituto del fideicomiso.

Esta figura jurídica debe ser analizada como una estructura independiente, con características propias y tipificantes, una de las cuales sería justamente ésta: la posibilidad de restringir las facultades del fiduciario.

No parece coherente analizar los alcances del dominio que tiene el propietario fiduciario a la luz de los artículos 1364 y 2612 del Código Civil cuando, respectivamente, prohíben imponer por vía contractual la cláusula de no enajenar o declaran válida la enajenación hecha por un propietario, aunque se hubiere obligado a no hacerlo.

Estos artículos sientan un principio aplicable al derecho de propiedad tal como lo estructura el Código Civil, pero que no necesariamente debe extenderse a la propiedad fiduciaria, reglamentada de manera especial por una ley posterior y con características básicas propias.

De la misma calidad legislativa, es decir, creadores de una nueva institución con características propias, son los artículos 14, 15 y 16 de la ley 24441 cuando derogan, respecto del propietario fiduciario, el reconocido principio universal acerca de que los bienes registrados a nombre del deudor constituyen la prenda común de sus acreedores.

Si se tratara de un aspecto solamente remitido a las relaciones internas entre los sujetos del fideicomiso no se lo hubiera mencionado expresamente, ya que esa situación estaría dentro de la autonomía de la voluntad de las partes contratantes y se ubicaría en las previsiones que establece el inciso e) del artículo 4º de la ley 24441, respecto de los derechos y obligaciones del fiduciario.

Cuando ha sido prevista en el contrato, la necesidad de la consulta al fiduciante o al beneficiario por parte del fiduciario es un aspecto que trasciende la mera relación interna entre ellos. Así lo han reconocido los Registros de la Pro-

piedad, al establecer la necesidad de registrar y publicitar esta limitación de los poderes dispositivos del propietario fiduciario.

Como ocurre siempre, el notario se encontrará con esta situación en dos momentos de su función:

a) al ser requerido para autorizar una escritura en la que se documentará un acto dispositivo del propietario fiduciario que no cuenta con la conformidad previa del fiduciante o del beneficiario, a pesar de la previsión contractual que le impone tenerla;

b) al tener que utilizar como antecedente un título de propiedad emanado de un fiduciario que enajenó el bien sin tener la conformidad previa del fiduciante o del beneficiario, cuando así lo exigía el contrato de fideicomiso.

En estos casos, el notario, cualquiera fuere su posición doctrinaria respecto de la perfección del título, tiene dos posibilidades:

a) denegar la prestación de sus servicios; b) aceptar intervenir y advertir a las partes contratantes la posibilidad de la imperfección del título y así hacerlo constar en la escritura que autorice.

En éste, como en otros casos en los que se evidencian diferentes enfoques doctrinarios, la alternativa profesional para el notario es la segunda, ya que la elección del camino a seguir corresponde a las partes contratantes. Éstas, una vez informadas por el escribano, pueden ocurrir a un asesoramiento particular y decidir si otorgan o no la escritura.

Importancia de prever la posibilidad de que el fiduciante pueda revocar anticipadamente el fideicomiso (art. 25º inc. b)

Éste es uno de los puntos ineludibles que deben tratarse con el fiduciante en la etapa del proceso notarial que la doctrina denomina como “primera audiencia”, es decir, en la reunión o reuniones previas en las que se va perfilando la configuración del contrato que, en definitiva, se plasmará en la escritura.

A pesar de estar basado en la confianza que el fiduciario le merece al fiduciante, es conveniente tener en cuenta que aquélla puede disminuir o desaparecer en el transcurso del largo plazo que la ley permite acordar a la gestión del fiduciario.

Aparece entonces como una buena solución, en lugar de hacer un ejercicio de adivinación respecto de cuál sería el plazo adecuado para el fideicomiso, que el fiduciante se reserve en el contrato la posibilidad de revocar el fideicomiso cuando lo estime necesario.

Obviamente, como el contrato de fideicomiso contiene declaraciones de voluntad común entre fiduciante y fiduciario, deberá tenerse presente el interés de éste ante la revocación intempestiva y, en su caso, preverse las compensaciones.

Revocación del fideicomiso por fraude a los acreedores del fiduciante (art. 15º)

Como lo expresé anteriormente, la ley 24441 crea un sistema específico y

típico para el funcionamiento del dominio fiduciario, pero de ninguna manera puede deducirse de ello que se han derogado las soluciones legales para las situaciones preexistentes a su constitución.

En consecuencia, deben distinguirse dos situaciones legales para los bienes del fiduciante: antes y después de haberse acordado la constitución de la propiedad fiduciaria.

Una vez establecida, la propiedad fiduciaria tiene sus propias reglas básicas y de funcionamiento, por ejemplo, un patrimonio separado de los del fiduciante y del fiduciario, sometido en sus posibilidades de administración y disposición a los fines de la gestión encomendada y a las previsiones contractuales.

Pero, ¿en qué medida esta transferencia es oponible a quienes ya tenían la posibilidad cierta de atacar el patrimonio del fiduciante, por ejemplo, sus acreedores? La misma ley 24441 lo aclara expresamente al decir, en su artículo 15, que éstos conservan la acción de fraude. Lo mismo pasaría aunque la ley no lo hubiera dicho. En consecuencia, en este sentido no se innova, por lo que se ha dicho que la citada es una expresión redundante y que la situación sería idéntica, aunque nada se hubiera expresado en la ley.

Por lo tanto, las previsiones e interpretaciones legales, jurisprudenciales y doctrinarias sobre el fraude –acción pauliana– en los actos jurídicos (artículo 961 y concordantes del Código Civil) están plenamente vigentes y son aplicables respecto de los actos de disposición realizados al constituir una propiedad fiduciaria.

Igual apreciación cabe hacer sobre la aplicación de los artículos 118 a 120 de la ley 24522.

Puede reconocerse entonces que, a pesar de las especulaciones de algunos operadores muy imaginativos, la utilización del fideicomiso no asegura que el fiduciante pueda oponerle con alguna eficacia frente a las acciones de los acreedores que tengan créditos anteriores a la fecha de la transferencia fiduciaria del dominio.

¿Puede armonizarse el fideicomiso y la legítima de los herederos forzosos?

A diferencia de lo expresado en el párrafo anterior respecto de la posibilidad para los acreedores del fiduciante de demandar la revocación de los actos celebrados por éste en perjuicio o en fraude de sus derechos, la ley 24441 nada dice sobre la posibilidad de los herederos legítimos del fiduciante para demandar, al fallecimiento de éste, la reducción de las transferencias fiduciarias que pudieren afectar sus legítimas.

Frente a este silencio de la ley, la doctrina se divide:

a) los que aseguran que cualquier transferencia fiduciaria de bienes que excediere la porción disponible puede ser reducida por los herederos forzosos del fiduciante;

b) los que entienden que el régimen de las legítimas ha sido modificado por

la ley 24441, ya que se trata de una ley de igual rango que el Código Civil, al que modifica, tal como pudo decirse oportunamente de la ley 14394.

Por lo tanto y dentro de los alcances de este trabajo, creo que el mensaje al notariado debe ser el siguiente: asesorar respecto de estas situaciones, pero de ninguna manera obstaculizar o tratar de disuadir al fiduciante, pues es imposible prever hoy cuál será, en este tema y dentro de algunos años, la posición doctrinaria y jurisprudencial.

También cabría distinguir si los herederos legitimarios son o no beneficiarios de la gestión del fiduciario o destinatarios finales de los bienes fideicomitidos (fideicomisarios).

¿Puede designarse más de un fiduciario?

Ninguna disposición legal lo impide. Todo depende de una correcta y pormenorizada regulación de la manera de tomar las decisiones, en una suerte de administración plural entre los fiduciarios. Puede también ser colegiada, es decir que las decisiones entre los fiduciarios se tomen en la misma forma que en un directorio de sociedad anónima, especificándose el quórum, las mayorías necesarias, la forma de llevar la documentación y la constancia fehaciente de las decisiones.

Puede también distribuirse la gestión entre los fiduciarios, incluso por sectores afines con la especialización profesional de cada uno de ellos.

Por las mismas razones expuestas en el punto sobre las limitaciones contractuales a las facultades de disposición del fiduciario, pienso que las previsiones del Código Civil respecto de la administración y disposición del condominio no son aplicables al régimen del dominio fiduciario, por lo que pueden ser armonizadas y hasta derogadas por el contrato.

¿Puede contratarse un fideicomiso entre cónyuges?

Si bien el dominio fiduciario nace de transferir la propiedad de un bien a favor de un fiduciario, el resto de esta institución jurídica se asienta en la figura de un encargo o mandato que se le hace al fiduciario.

Corresponde entonces armonizar esta doble naturaleza: por un lado, negocio transmisivo de la propiedad; por otro, una orden para obrar, no por imperio de obediencia, sino como contrato.

En principio, los negocios transmisivos de la propiedad de carácter oneroso –compraventa, cesión onerosa de derechos, permuta, dación en pago y similares– así como los de carácter gratuito –donación y cesión gratuita de derechos– están prohibidos entre cónyuges.

En cambio, está permitido el contrato de mandato y, de hecho, cotidianamente se otorgan poderes de representación entre cónyuges.

Por otra parte, la transmisión de la propiedad fiduciaria no es necesariamente onerosa ni gratuita.

¿Cuál es, entonces, la parcela que debe prevalecer en este negocio complejo: la prohibida o la permitida?

Creo que recorriendo el Código Civil puede afirmarse que en nuestro de-

recho, para impedir la contratación entre cónyuges, es necesario hallar una prohibición expresa de la ley.

Así:

Art. 1217: La convención sobre los bienes que cada uno lleva al matrimonio y las donaciones que el esposo hiciere a la esposa, solamente pueden efectuarse antes del matrimonio.

Art. 1231: La esposa no puede hacer en el contrato de matrimonio donación alguna al esposo.

Art. 1358: El contrato de compra y venta no puede tener lugar entre marido y mujer.

Art. 1441: No puede haber cesión de derechos entre aquellos que no pueden celebrar entre sí la compra y venta.

Art. 1490: No pueden permutar, los que no pueden comprar y vender.

Art. 1494: Todo lo dispuesto sobre el precio, consentimiento y demás requisitos esenciales de la compraventa, es aplicable al contrato de locación.

Art. 1807: No pueden hacer donaciones: 1) los esposos el uno al otro durante el matrimonio.

Art. 2073: Asimila a la compra y venta la renta vitalicia con transferencia de muebles o inmuebles.

No encontramos, en cambio, prohibición alguna para el mandato, la locación de servicios, la renta vitalicia con entrega de dinero, el mutuo, la fianza, la gestión de derechos ajenos.

Si la transmisión no es lucrativa para el fiduciario que, por otra parte, tiene prohibido adquirir los bienes que administra, no veo inconveniente de orden público, derivado de la existencia de la sociedad conyugal, para que entre cónyuges pueda pactarse un contrato de fideicomiso en el que, evidentemente, lo que prevalece es la confianza y la importancia del encargo y en el cual la transferencia de dominio fiduciario no tiene otra finalidad que permitir la formación de un patrimonio especial, cuya administración dará los fondos necesarios para cumplir acabadamente el encargo.

Destaco y reitero: como el fiduciario no puede adquirir para sí los bienes fideicomitidos, nunca podrá encubrirse con un fideicomiso una venta o donación entre cónyuges.

Apéndice

Esquema de una escritura tipo de fideicomiso de administración

Caso: contrato de fideicomiso de administración. Transferencia de inmueble en propiedad fiduciaria. Beneficiario el hijo menor del fiduciante. Amplia facultad de disposición para el fiduciario. El fideicomisario será el fiduciante.

[Variante]: sin facultad de disposición de los bienes iniciales.

Se trata de un fideicomiso de administración. Es decir que el propietario –fiduciante– transmite al administrador –fiduciario– la propiedad fiduciaria

de uno o más bienes inmuebles para que los administre de acuerdo con las posibilidades de explotación que le permita su destino.

En el ejemplo inicial, el fiduciario podrá realizar todo tipo de actos necesarios para cumplir los fines del fideicomiso, incluyendo actos de disposición o gravamen ya que el contrato no lo prohíbe.

En la variante, solamente se le permite al fiduciario disponer o gravar los bienes fideicomitados si contare con autorización indubitable del fiduciante.

Las rentas netas obtenidas por la administración, previa deducción de un diez por ciento como retribución del fiduciario y otra cantidad igual para fondo de reserva, deberán ser entregadas anualmente al beneficiario hasta el momento de cesación del fideicomiso, que lo será cuando se cumpla un año del día en que obtenga un título universitario para el ejercicio de una profesión reglamentada o cumpla 25 años de edad, lo que ocurra primero.

En el ejemplo original, el patrimonio fiduciario puede ser modificado por reemplazo o sustitución de los bienes originariamente fideicomitados sin necesidad de consultar al fiduciario; en la variante, con su autorización indubitable.

En consecuencia, en ambos ejemplos las rentas netas de la administración no ingresan al patrimonio fiduciario, ya que se impone entregarlas, previa deducción de la retribución del fiduciario y aporte al fondo de reserva, al beneficiario.

Al término del fideicomiso, los bienes fideicomitados volverán al patrimonio del fiduciante o sus herederos universales o singulares. Se da este último caso cuando el fiduciante ha transferido por acto entre vivos o por testamento sus derechos de fideicomisario.

Se establecen los derechos y deberes del fiduciario, incluso su remuneración y sustitución. Asimismo, se fijan la periodicidad y las fechas en las cuales el fiduciario debe rendir cuentas.

También se refiere a los derechos del beneficiario, prohibiéndosele la posibilidad, que le acuerda la ley, de ceder sus derechos.

Se determinan los derechos del fiduciante, reservándose éste la posibilidad de revocar el fideicomiso, derecho que la ley le acuerda solamente en el caso de reconocimiento expreso en el contrato.

Se le reconoce al fiduciante la posibilidad de dar instrucciones al fiduciario respecto de su gestión. Estas instrucciones son obligatorias para el fiduciario pero permanecen en la esfera interna del fideicomiso, sin proyectarse a los terceros que contrataren con el fiduciario.

Se impone la escritura pública para todo acuerdo modificatorio.

Se establece que el fiduciario es el depositario de toda la documentación, incluso de títulos de propiedad.

Se prevé el caso de insuficiencia de los bienes fideicomitados para cumplir con los fines del fideicomiso.

Se fijan los domicilios de las partes.

Se realiza la transferencia de dominio al fiduciario.

Comparecen. (Propietario fiduciante, su cónyuge y adquirente fiduciario)

...INTERVIENEN por sí y EXPRESAN: A) **CONTRATO DE FIDEICOMISO DE ADMINISTRACIÓN.** A. A. (FIDUCIANTE) y B. B. (FIDUCIARIO) acuerdan la constitución de un fideicomiso de administración sobre los bienes que más adelante se detallan, en el que el fiduciario tendrá las facultades, obligaciones y limitaciones que le acuerda la ley respectiva, en los términos y condiciones de la misma, en tanto no fueran modificadas, ampliadas, limitadas o suprimidas por el presente. A tal efecto ACUERDAN:

PRIMERO: FINALIDADES: Administrar, conservar, explotar, reemplazar y disponer los bienes fideicomitados, según su naturaleza, con los cuidados y precauciones que se le puede exigir a un buen hombre de negocios. Las facultades conferidas al fiduciario son amplias, plenas e ilimitadas.

(VARIANTE) **PRIMERO: FINALIDADES:** Administrar, conservar y explotar los bienes fideicomitados según su naturaleza, con los cuidados y precauciones que se le pueden exigir a un buen hombre de negocios. Las facultades conferidas al fiduciario son amplias y plenas con la única limitación de no disponer a título oneroso o gratuito de los bienes cuyo dominio fiduciario se le transmitirá en este acto. Le queda expresamente prohibido, respecto de los mismos: transferirlos, gravarlos o darlos en garantía, sin tener autorización fehaciente previa del fiduciante, otorgada por instrumento indubitable. Queda exceptuada la transferencia de dominio al fideicomisario o sus sucesores al tiempo de la extinción del fideicomiso, o a terceros acreedores o adquirentes en caso de tener que realizar los bienes por resultar insuficientes para el cumplimiento del fideicomiso.

SEGUNDO: BIENES OBJETO DEL FIDEICOMISO: Los constituyen: a) Los bienes inmuebles que se detallan al final de la presente y que el fiduciante transmitirá en propiedad fiduciaria al fiduciario. b) Toda clase de bienes que ingresen en reemplazo o sustitución de los indicados precedentemente.

(VARIANTE) **SEGUNDO: BIENES OBJETO DEL FIDEICOMISO:** Los constituyen: a) Los bienes inmuebles que se detallan al final del presente y que el fiduciante transmitirá en propiedad fiduciaria al fiduciario. b) Toda clase de bienes que, previa autorización fehaciente del fiduciante dada en instrumento indubitable, ingresen en reemplazo o sustitución de los indicados en el punto a) del presente.

TERCERO: BENEFICIARIO: C. A. ... datos personales, hijo del fiduciante.

CUARTO: PLAZO. El presente contrato se extenderá desde hoy hasta trescientos sesenta (360) días corridos de la fecha en que el beneficiario obtenga su título universitario para el ejercicio de una profesión reglamentada en la República Argentina, o el día en que el beneficiario cumpla veinticinco (25) años de edad, lo que ocurra primero.

QUINTO: DESTINO DE LOS BIENES AL FINALIZAR EL FIDEICOMISO. DESIGNACIÓN DE FIDEICOMISARIO. Al producirse la finalización del fideicomiso y una vez canceladas todas las obligaciones, los bienes remanentes serán transmitidos en plena propiedad al fiduciante o a sus herederos universales o singulares, quienes a tal efecto son designados fideicomisarios.

SEXTO: DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL FIDUCIARIO. El fiducia-

rio tiene las más amplias facultades y está legitimado para ejercer su cargo, cumplir y hacer cumplir las obligaciones activas y pasivas que se le imponen por este contrato y por la ley de la materia. A tal efecto y actuando con diligencia y prudencia, sobre la base de la confianza depositada en él, tendrá la más amplia capacidad jurídica para adquirir derechos, contraer obligaciones y estar en juicio respecto de los bienes fideicomitidos, con las limitaciones contenidas en la ley de la materia y en este contrato. Anualmente deberá rendir cuentas al fiduciante y al beneficiario en forma documentada dentro de los noventa (90) días corridos del 31 de diciembre, fecha que se establece para el cierre de los ejercicios anuales. El fiduciario tiene derecho a que se le reembolsen los gastos realizados en interés de la administración. En caso de que el ejercicio anual arrojare pérdidas, el déficit deberá serle reembolsado por el fiduciante.

(VARIANTE) En caso de que el ejercicio anual arrojare pérdidas, el déficit podrá compensarse con la realización de bienes fideicomitidos.

SÉPTIMO: RENUNCIA, REMOCIÓN Y SUSTITUCIÓN DEL FIDUCIARIO. El fiduciario cesará en su actuación en los siguientes casos: I) Por renuncia presentada al fiduciante. II) Por remoción a instancia del fiduciante o a pedido del beneficiario, en ambos casos con citación fehaciente del fiduciario. III) Por muerte o incapacidad judicialmente declarada del fiduciario. Se designa fiduciario sustituto al Señor D. D. (datos personales completos). En caso de que éste hubiera fallecido o se incapacitara, no quisiera o no pudiera aceptar el cargo, el fiduciario sustituto será designado por el fiduciante, dentro de los treinta días de haberse producido la renuncia o la causa de remoción. En todos los casos el efectivo cambio de fiduciario se producirá una vez transmitidos los bienes al fiduciario sustituto. La transferencia podrá efectuarse por acto otorgado por el fiduciante y el fiduciario que cesa, o por sus derecho-habientes, observando las formas exigidas por la naturaleza de los bienes fideicomitidos. En su caso será suficiente la presentación de la sentencia judicial disponiendo la remoción.

OCTAVO: RETRIBUCIÓN DEL FIDUCIARIO. El fiduciario percibirá por su gestión el diez por ciento (10 %) del producto líquido anual de la administración del patrimonio fideicomitado.

NOVENO: DERECHOS Y DEBERES DEL FIDUCIANTE. I) Revocar este contrato, en cualquier momento, preavisando al fiduciario con una anticipación de noventa (90) días corridos. La revocación no tendrá efecto retroactivo. II) Recibir del fiduciario rendición documentada de cuentas, noventa (90) días corridos luego de haber finalizado cada ejercicio anual. La rendición se considerará aceptada, si no fuera observada dentro de los treinta (30) días corridos de recibida. III) Ceder sus derechos sobre el presente contrato, sin necesidad de autorización previa del fiduciario. IV) Formular instrucciones, dentro de las finalidades del fideicomiso, sobre la administración de los bienes fideicomitidos, las que deberán ser acatadas por el fiduciario. V) Recibir, en plena propiedad, al término del fideicomiso, los bienes fideicomitidos. VI) En caso de insuficiencia de los bienes fideicomitidos, el fiduciante deberá abonar

al fiduciario los honorarios pactados y los gastos que hubiera efectuado de su peculio.

DÉCIMO: DERECHOS DEL BENEFICIARIO. I) Tendrá derecho a percibir anualmente, una vez deducidos los honorarios del fiduciario y una suma igual para formar un fondo de reserva, los frutos y rentas producidos por los bienes fideicomitidos. Si las circunstancias de la administración lo permitieren, el fiduciario podrá adelantar mensualmente al beneficiario una parte proporcional de la liquidación anual. La retención para el fondo de reserva cesará al totalizar éste una cantidad igual al promedio de media anualidad de beneficios. La totalidad del fondo de reserva se entregará al beneficiario a la finalización del fideicomiso. II) Si las rentas, más el fondo de reserva, fueran insuficientes para cubrir obligaciones propias de la administración de los bienes fideicomitidos, el fiduciario podrá postergar la entrega de fondos al beneficiario hasta tanto el fiduciario resuelva al respecto. III) El beneficiario no podrá transmitir sus derechos a terceras personas, físicas o jurídicas, ya fuera por acto entre vivos o por causa de muerte.

UNDÉCIMO: MODIFICACIONES AL PRESENTE. Excepto el derecho de revocación total que se ha reservado el fiduciante, toda modificación respecto de las facultades, derechos y obligaciones del fiduciario deberá realizarse de común acuerdo entre ellos y otorgarse por escritura pública.

DUODÉCIMO: DEPOSITARIO. Todos los instrumentos de los bienes fideicomitidos estarán en poder del fiduciario, quien será responsable de su custodia.

DECIMOTERCERO: INSUFICIENCIA DEL PATRIMONIO FIDEICOMITIDO.

LIQUIDACIÓN. PROCEDIMIENTO. En caso de insuficiencia de los bienes fideicomitidos para cumplir con las obligaciones del fideicomiso, el fiduciario será el liquidador y los realizará de acuerdo con su naturaleza y condiciones imperantes en el mercado. El remanente será entregado a los acreedores, respetando el orden de los privilegios establecidos para las quiebras. El fiduciante podrá solicitar la remoción del liquidador, en las mismas circunstancias en que puede solicitar la remoción del fiduciario.

DECIMOCUARTO: DOMICILIOS. Las partes fijan sus domicilios en los siguientes:

Fiduciante/Fideicomisario... Fiduciario... Beneficiario... Estos domicilios pueden ser sustituidos por cada una de las partes, siempre que lo comuniquen fehacientemente a las otras.

DECIMOQUINTO: EXTINCIÓN DEL FIDEICOMISO. Este fideicomiso se extinguirá por: I) Cumplimiento de la condición establecida en la cláusula CUARTA del presente. II) Por la revocación del fiduciante prevista en la cláusula NOVENA del presente. III) Por imposibilidad de cumplimiento de las finalidades del fideicomiso. IV) Por decisión coincidente de fiduciante y fiduciario. V) Por cualquier otra causa prevista en este contrato.

B) **TRANSMISIÓN DEL DOMINIO FIDUCIARIO. PRIMERO: A. A. EN CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE FIDEICOMISO TRANSMITE A**

B. B. EL DOMINIO FIDUCIARIO de los siguientes bienes: (DESCRIPCIÓN DE LOS BIENES TRANSFERIDOS DE ACUERDO CON TÍTULO O PLANO). – SEGUNDO: a) El transmitente transfiere al adquirente todos los derechos inherentes al dominio fiduciario y a la posesión de los bienes descritos, en los términos y condiciones del contrato que antecede. b) Declara: 1) Que no está inhibido para disponer de sus bienes; ... (seguir como en cualquier escritura de transmisión de dominio)... TERCERO: El adquirente declara: a) que acepta la transferencia de dominio; b) que se encuentra en posesión del bien transferido desde el... (seguir como en cualquier otra escritura de transferencia de dominio). CUARTO: El cónyuge del vendedor da el asentimiento...

CONSTANCIAS NOTARIALES: Yo el autorizante...

LEO a los comparecientes que la otorgan y firman, ante mí, doy fe.