

# Fideicomiso y contrato de fideicomiso. Aspectos registrales\*

Facundo J. Amundarain y Gisela Grau

*Sumario: 1. Introducción. 2. Planteos principales. 3. Fideicomiso y contrato de fideicomiso. 4. Aspectos registrales del dominio fiduciario. 5. Cuestiones generales y particulares en torno al aspecto registral del fideicomiso.*

## 1. Introducción

La presente ponencia se refiere a la construcción de inmuebles por medio de la figura del fideicomiso, teniendo en miras las ventajas y desventajas de dicho instituto para su posterior comercialización.

Como punto de partida, tomaremos la estructura del contrato de fideicomiso –teniendo en cuenta el negocio jurídico subyacente–, abarcando las etapas de todo el emprendimiento, y fundamentalmente centrando la atención en el interrogante que se nos presenta ante la conveniencia o necesidad de un Registro Público de los Contratos de Fideicomiso, sin dejar a un costado diversos aspectos en esta materia.

Consecuentemente los puntos a tratar serán:

- Fideicomiso, propiedad fiduciaria y contrato de fideicomiso.
- Registro de contratos de fideicomiso versus estudio de títulos. Aspectos registrales del dominio fiduciario.
- La manda en el fideicomiso y las facultades del fiduciario. Registración de las facultades del fiduciario, de la manda y de los sujetos del contrato.
- La creación de registros al efecto que reflejen las partes esenciales del contrato de fideicomiso podría ser una herramienta que ayudaría en la labor de interpretación jurisprudencial.
- El Principio de Rogación. Para el escribano interviniente, rogar las facultades y limitaciones que surgen

\* Este trabajo obtuvo el Premio Accésit en la XXXVII Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires.

de un contrato de fideicomiso en relación al fiduciario es facultativo, ya que en la matrícula del inmueble objeto del fideicomiso solo se asienta que dicho derecho real de dominio es de carácter fiduciario, y que el mismo se encuentra condicionado a un plazo o condición. Por ello consideramos interesante la postura de Mario Carregal quien, entre otros prestigiosos autores, sostiene que dicho fideicomiso se constituye con la propiedad fiduciaria más el título de *confianza*<sup>1</sup>. Y solo de este modo podrá alcanzar la adecuada publicidad en relación a los terceros que contraten o se encuentren en miras de hacerlos con el fideicomiso.

## 2. Planteos principales

- Necesidad, conveniencia o no de la implementación de un Registro de Contratos de Fideicomisos, a los efectos de anotar a los terceros interesados en contratar con el fideicomiso; y así contar con la posibilidad de conocer los derechos y obligaciones contenidas en la manda, que regulan las facultades de administración y disposición a cargo del fiduciario. De lo contrario, los terceros siempre deberán acudir a un profesional idóneo, a fin de realizar el estudio de títulos pertinente para conocer dichas circunstancias, como así también el proyecto, y de este modo evaluar jurídica, económica y comercialmente el emprendimiento en su conjunto.
- Para un análisis más amplio también debemos tener en cuenta las incumbencias del profesional idóneo, quien deberá apuntar sus conocimientos, tanto en su aspecto técnico del fideicomiso (brindando asesoramiento a los desarrollistas, emprendedores del negocio jurídico subyacente) y en su aspecto convencional, en cuanto al contrato de fideicomiso (estableciendo las partes, la manda fiduciaria, las etapas, etc.). La labor del profesional que puede resultar trascendente, obviamente dejando en claro los límites que le corresponden al mismo, (no pretendemos que desde una concepción errónea, los profesionales del derecho sean alcanzados por responsabilidades superfluas que excedan el marco de asesoramiento para el cual se encuentran capacitados).

I. CARREGAL, Mario A., *Fideicomiso. Teoría y aplicación a los negocios*, Buenos Aires, Heliasta, 2008.

- Ante la situación actual, presentada como la inexistencia de un Registro de Contratos de Fideicomisos o inclusión de las partes esenciales de estos en los asientos registrales de los bienes objetos de los mismos; la labor del escribano a fin de instrumentar los contratos de fideicomiso por escritura pública, claramente por las ventajas que dicho instrumento público posee frente a los instrumentos privados con o sin fecha cierta.
- Posible inscripción de los contratos de fideicomisos por instrumento privado con o sin fecha cierta, en los registros al efecto del Colegio de Abogados de la Capital Federal, cuyo reglamento se adjunta al presente trabajo.
- Inscripción del contrato de fideicomiso ante la AFIP (personería fiscal), cuyo único fin será a los efectos tributarios.

*De lo expuesto, no podemos dejar de sobresaltar la importancia y la seguridad jurídica que emana de un contrato de fideicomiso instrumentado por escritura pública:*

1. Bondad del documento notarial: canalizando las voluntad de las partes/requirentes.
2. Instrumento de interpretación: redacción de un documento por un profesional del derecho altamente calificado.
3. Cumplimiento de las operaciones de ejercicio por el escribano autorizante. Responsabilidades del notario.
4. La escritura pública permite la realización del debido estudio de títulos, que además de ser una presunción de diligencia y buena fe para el tercero interesado, también permite mayor seguridad jurídica frente a las cesiones de derechos, ventas, modificaciones y demás circunstancias que sufre el contrato de fideicomiso durante su vigencia, a través de las respectivas notas marginales; todo ello en beneficio de las partes.

### **3. Fideicomiso y contrato de fideicomiso**

Para comenzar debemos distinguir los conceptos de fideicomiso y contrato de fideicomiso, para ello tomamos las palabras del citado autor, Mario Carregal, que dice lo siguiente:

[...] atribuimos al concepto de *fideicomiso* el significado de patrimonio separado constituido mediante la transferen-

cia al fiduciario de la propiedad fiduciaria de determinados bienes con un fin específico. Por lo tanto, no habrá patrimonio separado y por ende no habrá fideicomiso hasta tanto el fiduciario se convierta en propietario adquiriendo la propiedad fiduciaria de los bienes que lo integren, para darles del destino previsto en la convención<sup>2</sup>.

Mientras que sí habrá *contrato de fideicomiso* –aun cuando el fideicomiso deba constituirse en el futuro– si el acuerdo prevé la entrega diferida de la propiedad fiduciaria de los bienes. Esta posibilidad surge claramente del artículo 4 de la ley, cuyo inciso primero nos indica que el contrato de fideicomiso –y no el fideicomiso que todavía no estará constituido– deberá contener los datos necesarios para la identificación de los bienes, si no fuese posible hacerlo a la fecha del otorgamiento del contrato.

Además, el contrato deberá prever la determinación del modo en que otros bienes podrán ser incorporados en el futuro al fideicomiso –es decir, al patrimonio separado cuyo titular es el fiduciario–, según los dispone el inciso b del artículo citado.

Al mencionar el fideicomiso, el artículo 1 parece referirse al patrimonio separado que se constituye mediante la efectiva transferencia de los bienes fideicomitados, a los cuales debe darse el destino previsto en el contrato de fideicomiso. Podemos asimilar entonces el término *fideicomiso* a la existencia de propiedad fiduciaria. A esa conclusión nos lleva, el artículo 4, inciso a, de la Ley 24.441 por cuanto dispone que el contrato deberá contener “[...] la individualización de los bienes objeto del contrato. En caso de no resultar posible tal individualización a la fecha de la celebración del fideicomiso [aquí se incurre en el error de identificar al fideicomiso con el contrato de fideicomiso] constará la descripción de los requisitos y características que deben reunir los bienes”, como también lo hace el inciso b cuando prevé la incorporación de nuevos bienes al fideicomiso –léase patrimonio separado–<sup>3</sup>.

Por lo tanto, el contrato de fideicomiso existirá de todos modos aun cuando exista solo la promesa de transferencia fiduciaria, mientras que el fideicomiso –como constitución de propiedad fiduciaria y creación de un patrimonio separado– no tendrá lugar sino desde la fecha en que efectivamente se transfiera de propiedad de los bienes objeto del contrato, con las modalidades que les resulten aplicables.

2. CARREGAL, Mario A., *op. cit.* (cfr. nota 1).

3. *Ibidem*.

#### 4. Aspectos registrales del dominio fiduciario

Consideramos que este es uno de los tópicos más interesantes que pueden darse en la presente ponencia, debido a las particularidades de esta especie de dominio imperfecto.

Atento a lo que dispone el artículo 2505 del Código Civil, surge la necesidad de registrar la adquisición o transmisión del dominio fiduciario sobre inmuebles. No obstante, la inscripción del acto no es constitutiva del derecho, sino que genera la posibilidad de hacerlo valer frente a terceros. En consecuencia, desde el otorgamiento de la escritura traslativa (art. 1184, inc. 1, Código Civil) y cumplido el modo a través de la tradición, habrá entonces transferencia de dominio fiduciario entre las partes. Esta afirmación que surge con claridad del texto del artículo 2505 del Código Civil se plasma en el artículo 20 de la Ley 17.801, ya que les señala tanto a las partes, a sus herederos y a los que han intervenido en la formalización del documento, como al funcionario autorizante y a los testigos, en su caso, que no podrán prevalerse de la falta de inscripción y que el derecho documentado se considerará registrado respecto de ellos.

Las limitaciones que afectan al dominio del adquirente fiduciario revisten una clara necesidad para los terceros interesados a fin de conocer con certeza las modalidades que lo regulan. De este modo, el plazo o la condición a que lo subordinan, deberán surgir de las certificaciones que expida el registro que corresponda según el caso.

De igual manera, la plenitud, limitación o restricción de los derechos inscriptos y la libertad de disposición o no, solo podrían acreditarse ante terceros por las certificaciones que se solicitaran al efecto.

En consecuencia, resultaría necesaria la constancia referida en el asiento respectivo tanto del plazo o condición que subordina al dominio fiduciario, así como también las facultades descriptas en la manda.

En nuestra opinión, la inscripción de este tipo sería muy extensa, otorgando al registrador facultades que no le son propias, por ello consideramos como opción más idónea, imponer como forma de ser de los contratos de fideicomisos la escritura pública. No caben dudas sobre las ventajas y bondades del documento notarial y además el costo de esta instrumentación no debería variar mucho más frente a los instrumentos privados con certificación de firmas.

Es interesante la postura de Junyent Bas y Francisco Molina Sandoval, al decirnos que los efectos que genera la carencia de una obligación de registrar el contrato de fideicomiso se vislumbran fundamentalmente en los fideicomisos ordinarios, ya que los financieros –art. 19 y siguientes de la Ley 24.441– cuentan con un sistema de control muy estricto –Comisión Nacional de Valores– y un régimen de publicidad propio del sistema de oferta pública –art. 16, Ley 17.811– que, de modo indirecto, permite garantizar los problemas que la falta de registración obligatoria produce en los fideicomisos ordinarios<sup>4</sup>.

La legislación uruguaya al respecto, en la Ley 17.703 de 2003 advirtió los inconvenientes prácticos que la falta de registración produce, y procuró establecer la obligatoriedad de la inscripción. En su artículo 6, párrafo 2º, señala

[...] que el conjunto de bienes fideicomitidos deberá individualizarse en el instrumento que lo determine y que el mismo deberá ser inscripto en la Dirección General de Registros del Ministerio de Educación y Cultura. El Poder Ejecutivo, con el asesoramiento, de aquella dirección determinará las regulaciones que organicen la inscripción y demás condiciones registrales de los fideicomisos [...].

Esta norma luce complementada con el artículo 17 de la Ley 17.703, que aludiendo a la *relación externa* señala:

El fideicomiso que haya sido inscripto en el Registro Público correspondiente, de conformidad a lo previsto en los artículos 2 y 6 de la presente ley, será oponible a terceros conforme a los principios generales. En consecuencia, *los actos y contratos celebrados por el fiduciario en infracción de las restricciones dispuestas o excediendo sus facultades, serán inoponibles en perjuicio del fideicomitente y del beneficiario*. Tratándose de *fideicomisos no inscriptos*, las restricciones a las facultades del fiduciario no serán oponibles a terceros, salvo que los actos realizados por este sean notoriamente extraños a la finalidad del fideicomiso o que el tercero tenga conocimiento de la infracción. Cuando el fiduciario celebre un acto que es inoponible al fideicomitente o al beneficiario en su caso, el interesado podrá solicitar ante el juez competente la revocación del acto”.

4. JUNYENT BAS, Francisco y MOLINA SANDOVAL, C. A., “Bases para una reforma del régimen del fideicomiso. A propósito de la necesidad de su inscripción”, *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 2007-C, p. 782.

Recordando el régimen general de oponibilidad en nuestra legislación (art. 1199 del Código Civil), en cierto modo, prescribe

que los contratos no pueden oponerse a terceros ni invocarse por ellos, sino en los casos que tengan la representación legal o convencional (arts. 1161 y 1162, Código Civil). Pero este principio (de los efectos relativos del contrato) solo alude a los efectos que lo pactado entre las partes puede producir en el tercero.

Quizá el esquema de oponibilidad más adecuado para los fideicomisos se vincule con los esquemas societarios, puntualmente con los artículos 12 y 60 de la Ley 19.550. Las modificaciones no inscriptas solo obligan a las partes, pero no a los terceros –aun cuando estos pueden oponerlas–.

Por ello, los efectos de la inscripción del fideicomiso –teniendo en cuenta el régimen local– son:

1. No se puede obligar a un tercero si este no ha dado su consentimiento y este es hecho conocer antes de su revocación –art. 504 del Código Civil–.
2. El tercero no podría escudarse en su buena fe –art. 1198 del Código Civil ni por desconocimiento del contrato de fideicomiso, dada su inscripción y publicidad del contrato–. Cabe advertir que podría afectar la valoración de la buena fe.
3. El contrato de fideicomiso –aun el celebrado en instrumento privado– tiene valor de fecha cierta –art. 1035 del Código Civil–.

En cuanto a las consecuencias específicas y la necesidad de registración, los autores citados, nos dicen que, en lo que se refiere exclusivamente a los efectos del contrato de fideicomiso, la inscripción del contrato podría otorgar cierta seguridad en orden al alcance de las facultades del fiduciario.

A diferencia del régimen societario –art. 58 de la Ley 19.550–, la Ley 24.441 no fija reglas de juego claras en este punto. Es cierto que el fiduciario podrá obligar al patrimonio de afectación –e indirectamente a los fiduciantes, sean o no a su vez beneficiarios, y a los fideicomisarios que podrían ver reducidas sus expectativas– en todos aquellos actos que sean acordes con la finalidad del fideicomiso. Pero no por aquellos que no sean acordes con la finalidad –¿extraños a la finalidad fiduciaria?–. El desconocimiento de esta finalidad no podría ser argumentada por el tercero si el contrato fuera inscripto; mucho menos si se prueba que tuvo conocimiento efectivo de la finalidad. Pero el interrogante es: ¿el tercer adquirente de buena fe realmente conoce el objeto del fideicomiso?

Otro conflicto que se genera es aquel que nace por el acto de disposición efectuado por el fiduciario sin la conformidad del fiduciante o beneficiario, establecida expresamente en el contrato o no –si luego resulta innecesaria o se demuestra que fue en perjuicio del negocio fiduciario–, ya que luego dicho título se pondrá en circulación, y seguramente será estudiado por algún profesional referencista. Además de determinar si esa transmisión del bien es válida, habrá que determinar si es eficaz. ¿El tercero podrá oponer su derecho frente al resto? El quid del problema reside en determinar las reales posibilidades que tuvo el tercero adquirente de conocer dicha prohibición. Si el tercero conoció o debió conocer que la enajenación del bien estaba prohibida, no puede alegarse que actuó de buena fe. Ahora bien, si ese mismo tercero no tuvo posibilidad de conocer la prohibición que recaía sobre el fiduciario, no puede imputársele mala fe. ¿O sí? ¿Incide la nota de domino fiduciario y la publicidad de la condición o del plazo para determinar la buena o mala fe? ¿Bastaría solo con ello?

Por consiguiente, podríamos sostener que la prohibición de enajenar un determinado bien no será oponible a terceros mientras no estén registradas (art. 2505, Código Civil). Por tal motivo tendría indudable valor la publicidad registral que se dé a la cláusula que así lo disponga en el contrato de fideicomiso. Si dicha cláusula no ha sido publicitada en la matrícula respectiva y el contrato no ha sido registrado en algún registro, no podrá oponerse tal conocimiento al tercero.

Ahora, si registralmente se ha publicitado, el tercero no podrá ampararse en su buena fe. ¿Podría el registrador al calificar, asimilar la conformidad de los sujetos del fideicomiso al asentimiento conyugal?

Si se tratase de otros bienes, habría que estar a las disposiciones de cada bien. Si se tratase de bienes muebles no registrables y el fiduciario no invoca su calidad de fiduciario no puede imputarse mala fe al tercero adquirente. Ahora, si este último conocía la situación de los bienes, resulta claro que debe exigir el contrato de fideicomiso, para determinar los límites de las facultades del fiduciario.

Por otra parte, si el contrato de fideicomiso se suscribe por instrumento privado, aunque se inscribiera en el mencionado Registro de Instrumentos Privados que funciona en el Colegio de Abogados de la Capital Federal –ya muy limitado espacialmente–, sería muy poco factible que el tercero pudiese enco-

mendar a un profesional la realización del estudio de títulos, debido a la falta de matricidad de dichos instrumentos.

Se incluye el mismo como Anexo del presente trabajo.

Por todo lo expuesto, concluimos que lo mejor, siempre que los efectos deseados sean la publicidad, la certeza, y la seguridad jurídica para las partes y los terceros interesados, será imponer la forma de escritura pública para los contratos de fideicomiso, sin la necesidad de publicidad registral.

## 5. Cuestiones generales y particulares en torno al aspecto registral del fideicomiso

El contrato, como todo contrato, puede ser modificado por las partes, siempre que no se afecten los derechos de terceros. Las modificaciones contractuales pueden ser insustanciales y consistir en meros retoques sobre algún aspecto puntual del contrato. Pero también pueden ser significativas e incluir no solo el cambio de la finalidad fiduciaria, sino ciertas restricciones para la actuación del fiduciario.

Es claro que la reformulación del contrato es la que debe regir entre las partes; y aun frente a terceros. Pero inmediatamente aparecen algunos inconvenientes. ¿Qué pasaría si el contrato hubiese previsto que es factible su modificación con una determinada mayoría de beneficiarios y alguno no estuviere de acuerdo con dicha modificación –o si directamente la ignorara–? ¿Cómo podría el tercero tener certeza de que el contrato de fideicomiso que se le presenta no está modificado? ¿Cómo podría determinarse si la modificación del contrato de fideicomiso ha cumplido las fases regulares?

Junyent Bas y Francisco Molina Sandoval proponen que quizás en materia de bienes registrales –inmuebles, vehículos y aún acciones de una sociedad anónima– la cuestión tenga algún viso de claridad. En efecto, la propia transmisión dominial debe incluir, en el mismo título las cláusulas contractuales pactadas en el contrato de fideicomiso. Luego cualquier modificación al contrato de fideicomiso debería incluirse marginalmente en el título para lograr anticiar a los terceros; pero fundamentalmente tener algún esquema de publicidad registral<sup>5</sup>.

Ahora, si el bien no fuera registrable, el tercero de buena fe no tendría forma de conocer que el contrato no ha sido ulteriormente modificado y podría ver afectados sus intereses. Quizás

5. JUNYENT BAS, Francisco y MOLINA SANDOVAL, C. A., *op. cit.* (cfr. nota 4), p. 782.

una solución provisoria podría ser la de incluir una copia del contrato de fideicomiso que se exteriorizó para realizar como anexo a la operatoria que se pretende realizar sobre un determinado bien fideicomitado o con el fiduciario. Pero es claro que la simple inscripción en el Registro Público de Comercio brindaría un mayor grado de seguridad a los terceros que contraten con el fideicomiso.

En “Aspectos registrales del fideicomiso” por Luis Moisset de Espanés<sup>6</sup> encontramos que puede suceder que, durante el lapso de vigencia del fideicomiso, cambie la persona del fiduciario por alguna de las causas previstas en el artículo 9 de la Ley 24.441 –remoción judicial, muerte o incapacidad judicialmente declarada si se tratara de una persona física, por disolución si fuera una persona jurídica, por quiebra o liquidación y por renuncia, si en el contrato se hubiera autorizado expresamente esta causa–.

La ley prevé que en tales hipótesis se reemplace al fiduciario por “el sustituto designado en el contrato” o de acuerdo al procedimiento que allí se hubiese previsto, y que “los bienes fideicomitados serán transmitidos al nuevo fiduciario” (art. 10, Ley 24.441). Obviamente esta sustitución, nos dice el autor, debe proyectarse registralmente en el cambio de titularidad de los bienes, pero algunas de las hipótesis de cesación del fiduciario enumeradas en el ya mencionado artículo 9 pueden originar dudas sobre cuales son los mecanismos idóneos para que el cambio de titularidad obtenga el adecuado reflejo registral.

Esto requiere, de manera general, que en todos los casos en que se pretenda cambiar la titularidad fiduciaria, se acompañe documentación que acredite que el sustituto es la persona que nominalmente designaba el contrato o que se ha dado cumplimiento a los mecanismos de sustitución previstos en el propio contrato. Por ello, dicho autor propone que en los registros deben archivarse, en un protocolo especial, los contratos de fideicomiso.

### 5.1. *Plazo de duración y beneficiario incapaz*

La propiedad fiduciaria, a diferencia del dominio pleno, no es perpetua, sino que se encuentra limitada en el tiempo por un plazo o por una condición, tal como lo dispone el inciso c del artículo 4, estipulando que el contrato debe contener “c) El plazo o

6. MOISSET DE ESPANÉS, Luis, “Aspectos registrales del fideicomiso (Ley 24.441)” [en línea], Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, <<http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artaspectos-registralesdefideicomiso/?searchterm=aspectos%20registrales%20fideicomiso>> [Consulta: 1/7/2011].

condición a que se sujeta el dominio fiduciario, el que nunca podrá durar más de treinta años desde su constitución, salvo que el beneficiario fuere incapaz, caso en el cual podrá durar hasta su muerte o el cese de su incapacidad”.

Moisset de Espánes nos plantea si debe reservarse en el folio un lugar especial para anotar el plazo de duración. Su respuesta es positiva, coincidiendo con Vaccarelli, quien señala que puede haber terceros interesados en conocer la existencia del plazo o condición a que se encuentran sometidos los bienes fideicomitidos.

Incluso, y en su vinculación con el plazo de duración de este derecho real, deberá también dejarse constancia de quién es el *beneficiario*, y de su calidad de persona incapaz, si ese aspecto se ha tenido en cuenta al constituir el fideicomiso, que en tal caso extenderá su duración hasta el cese de la incapacidad o muerte del beneficiario.

## 5.2. Condición

A criterio del autor anteriormente citado, también es necesario tomar razón de la condición que se hubiese estipulado.

La doctrina se formula múltiples interrogantes. En primer lugar, ¿a qué tipo de condición se refiere el inciso c del artículo 4: a las suspensivas o a las resolutorias? En principio, por tratarse de una condición destinada a poner fin a un derecho ya constituido, se tratará de una condición resolutoria; producido el hecho condicionante, se extinguirá la propiedad fiduciaria y se deberán entregar los bienes al fideicomisario. En caso de no producirse el hecho condicionante extintivo, el dominio fiduciario concluiría al vencerse los 30 años que el propio artículo 4 fija como plazo máximo para su duración.

Sin embargo, *Espanés* nos propone lo siguiente. A raíz de que pueden darse otras hipótesis, por ejemplo, que se celebre un contrato de fideicomiso sujeto a una condición suspensiva y que la transmisión de la propiedad fiduciaria recién se opere “si” se produce el hecho condicionante.

El problema es si un contrato de ese tipo debe acceder al registro, porque mientras no se cumpla la condición el fiduciante continúa siendo el titular registral y todavía *no hay propiedad fiduciaria*. Pero el mismo problema se plantea en el caso de la compraventa de un inmueble sometido a condición suspensiva.

¿Debe registrarse ese contrato? Según el autor, algunos dirán que no, en tanto que él sostiene que sí ya que son títulos aptos para provocar una mutación en los derechos reales que recaen sobre ese bien.

En tanto, a los registradores se les plantea la inquietud de si al registrarse una condición debe simplemente asentarse de forma escueta la noticia de su existencia, o si es menester transcribirla íntegramente. Se trata de un problema de técnica registral, vinculado con el *tamaño* de nuestros folios reales, que dificulta la reproducción de cláusulas contractuales excesivamente largas.

Vaccarelli, propicia la *publicidad por relación*, con un reenvío al acto que instrumentó el contrato de fiducia; la solución puede ser aceptable si el registro archiva debidamente esos contratos y, al mismo tiempo, expide información completa sobre la literalidad de la cláusula cuando el interesado así lo solicite.

### 5.3. Actuación del fiduciario. Facultades

Junyent Bas y Francisco Molina Sandoval, en el trabajo citado, nos plantean que otro inconveniente se relaciona con la faz estrictamente dinámica del fideicomiso. Muchas de las decisiones que pueden generarse durante la vigencia del fideicomiso pueden afectar a terceros. Y no solo pueden afectarlos, sino que también pueden tener especial interés en conocerlo.

La labor del fiduciario puede estar restringida en algunos aspectos y la posibilidad de realizar ciertos actos podría estar *sometida* a la voluntad de todos, algunos o solo uno de los participantes –fiduciante, beneficiario o fideicomisario–. En el estado actual de la evolución del fideicomiso, tal *decisión* no tiene ninguna formalidad –rige la libertad de formas establecida en el art. 974 del Código Civil– y tampoco tiene ninguna inscripción.

La exhibición al tercero de un instrumento privado en el que se haya aprobado un determinado acto puede ser mañana *sustituido*, por el fiduciario, por otro en el sentido contrario y, eventualmente, afectarse derechos de terceros. No existe –lo que no significa que no sea posible– un libro especial en el cual se plasmen dichas decisiones; pero que fundamentalmente tenga un cierto valor probatorio –arts. 63 y ss., Código de Comercio–.

Al respecto, Moisset de Espanés se pregunta: ¿deben reflejarse registralmente las facultades del fiduciario? Es conveniente destacar que –dentro del régimen de la Ley 24.441– la propie-

dad fiduciaria es un verdadero patrimonio de afectación, lo que entraña importantes limitaciones a las facultades de su titular, ya que la ley considera que esos bienes no integran realmente el patrimonio del fiduciario –art. 14–, ni están sujetos a la acción de sus acreedores –art. 15–; pero, al mismo tiempo, no puede olvidarse que el fiduciario tiene algunas facultades de disposición de los bienes que le han dado en fiducia, cuando así lo requieran los fines del fideicomiso –art. 17– e incluso de sustitución, porque puede vender algunos de esos bienes para adquirir otros e incorporarlos en su lugar –art. 13–.

Para que el registrador pueda calificar adecuadamente el ejercicio de las facultades de un propietario fiduciario, ¿deberá de alguna forma publicitarse registralmente el contrato con las facultades de fiducia? A criterio del autor, este es un problema de mayor envergadura para los registros. Dentro de la concepción de nuestros registradores, nos alude, se encontrará una seria resistencia a que esto se refleje en los folios reales, pero a su criterio, *así como se inscribe en un protocolo especial el reglamento de copropiedad, que es el que fija los alcances del derecho real de propiedad horizontal y sus limitaciones, es necesario llevar un protocolo especial de contratos de fiducia, que pueda ser consultado para determinar cuál es la dimensión de este dominio tan especial que es el dominio fiduciario.*

#### 5.4. *Cambio consensual, renuncia del fiduciario y extinción del fideicomiso*

El *cambio consensual* del fiduciario no aparece descrito como causal de cesación; pero podría darse la circunstancia de que las partes intervinientes en determinado fideicomiso, incluyendo por cierto al fiduciario, acuerden que este será sustituido por otro que fiduciario y beneficiario aceptan y designan.

Si existiese consenso para designar al nuevo fiduciario entre todas las partes interesadas, no estaríamos en presencia de controversia alguna, sino que se tratará de un acuerdo privado que deberá resultar inscripto para cumplir con el recaudo de publicidad que impone la nueva titularidad.

La designación judicial quedaría reservada al caso en que las partes no se pusieran de acuerdo.

En cualquiera de los casos se producirá un cambio de la titularidad legal de los bienes fideicomitados, la que mudará del fiduciario cesante al fiduciario sustituto designado por las partes.

A entender de Mario Carregal<sup>7</sup>, no sería imprescindible otorgar una escritura traslativa de dominio –en el caso de los inmuebles–, ya que bastaría con que por acto notarial –que deberá ser registrado– el primer fiduciario atribuya al segundo la titularidad de la propiedad fiduciaria de los bienes de que se trate en los términos del contrato de fideicomiso, cuyos datos esenciales ya habrán sido asentados en el registro.

Dicho autor, nos sigue diciendo que en caso de *renuncia del fiduciario* debe emplearse el mismo criterio, ya que por aplicación del artículo 9, inciso e, de la Ley 24.441 los efectos de la renuncia quedan supeditados a “la transferencia del patrimonio objeto del fideicomiso al fiduciario sustituto”.

Si bien este artículo nos habla de *transferencia* del patrimonio y el artículo 10 nos señala que producida la cesación del fiduciario los bienes fideicomitidos serán transmitidos al nuevo fiduciario; dicho autor opina que esas expresiones no deben ser interpretadas como sinónimo de cumplimiento de las formalidades requeridas para la traslación de dominio pleno. Los bienes fideicomitidos en su momento transferidos al primer fiduciario, constituyen un patrimonio separado cuya titularidad corresponde a aquel –conforme el art. 14 de la Ley 24.441–. En realidad cuanto ese patrimonio cambia de titular –con motivo de la actuación del segundo fiduciario–, los bienes no emigran de un patrimonio a otro tal como sucede cuando se realiza la primera transferencia de propiedad fiduciaria o cuando se transmite por cualquier causa el dominio pleno de una cosa. Si se tratara de bienes registrables, nuevamente sería suficiente con anotar en los registros pertinentes el cambio de titularidad del patrimonio separado, utilizando las formas requeridas por la ley según la naturaleza de los respectivos bienes.

En cuanto a la *extinción* no está mencionada en el artículo 9 de la ley, pero esta prevista en el artículo 25 –cumplimiento del plazo o la condición o cumplimiento del plazo máximo; de revocación, si se hubiere reservado esa facultad–. Cualquiera de estos supuestos hace cesar al fiduciario como tal, estando obligado a entregar los bienes fideicomitidos a quien corresponda según se establezca en el contrato. Conforme al artículo 26 deberá otorgar los documentos y contribuir a las inscripciones registrales que corresponda.

Aquí no hay transferencia de la propiedad del patrimonio fideicomitado a un nuevo fiduciario; pero de todos modos opera una transferencia de propiedad plena, de la que no podrá tomar-

7. CARREGAL, Mario A., *op. cit.* (cfr. nota 1).

se razón mediante la simple presentación de las constancias que acrediten la extinción del fideicomiso por alguna de las causales enumeradas en la ley.

### 5.5. *Remoción judicial del fiduciario*

Existen distintas posiciones sobre los recaudos formales que deben cumplirse para que el registro tome razón de la sustitución fiduciaria.

Para Vaccarelli, en “Aspectos registrales. Contrato de fideicomiso”<sup>8</sup> no resulta suficiente la resolución judicial respectiva, sino que deben requerirse las formalidades propias de la transferencia de inmuebles.

Para otra posición, sostenida por Elena Highton, quien sigue a Carregal, es suficiente la inscripción de la resolución judicial que disponga la remoción y designe sustituto. Con el oficio judicial debería constar que ha tenido lugar la aceptación del nuevo fiduciario, pues en caso contrario la inscripción podría entrar en colisión con la realidad.

Para Moisset de Espanés, el oficio judicial es un instrumento público apto para provocar la mutación registral. Cuando se reclame al juez la remoción de un fiduciario, el pedido debe contener paralelamente la solicitud de que se designe en su reemplazo a quien correspondiere, pues los bienes fideicomitados no deben quedar en situación de desamparo. A tal fin debería acompañarse el contrato, en el que constará el nombre del posible sustituto, o el mecanismo de designación. El juez, al resolver la remoción, deberá proveer a la designación del sustituto que corresponda y esa resolución será el título que justifique el cambio registral de titularidad.

### 5.6. *Muerte, incapacidad, disolución y quiebra del fiduciario*

En relación a la muerte, Carregal nos dice que la mayoría de la doctrina se inclina por admitir como suficiente que el sustituto y todavía otros interesados puedan solicitar directamente la inscripción a nombre del nuevo fiduciario, acompañando partida de defunción y la documentación que acredite sus derechos –posición sustentada por Kiper y Lisoprawski–. A su criterio parece ser una solución adecuada, especialmente tomando en consideración lo dispuesto por los artículos 80 y 81 de la Ley

8. MOISSET DE ESPANÉS, Luis, *op. cit.* (cfr. nota 5).

24.441 y el artículo 36 de la Ley 17.801, los que autorizan la interpretación, según la cual se inscribirán los documentos privados con los recaudos previstos en tales normas, a pedido de quien tuviese interés en asegurar el derecho que se ha de registrar.

Por su parte, la *incapacidad del fiduciario* debe haber sido declarada por resolución judicial firme. Es aconsejable que el mismo tribunal disponga la cesación del fiduciario incapaz, como también la inscripción del sustituto. Se aplican los principios respecto de la cesación por remoción y por causa de muerte, debiendo constar la aceptación del fiduciario sustituto en el oficio que dispone la nueva inscripción.

La disolución de una sociedad comercial, provoca su liquidación –arts. 94 y 101 de la Ley 19.550–. Si la sociedad fiduciaria fuera una sociedad civil, la conclusión sería la misma, resultando aplicables los artículos 1758 y ss. y 1777 y ss. del Código Civil.

Por lo tanto, la sociedad disuelta conservará su personalidad jurídica al solo efecto de realizar los actos necesarios para su liquidación –arts. 101 de la Ley 19.550 y 1777 del Código Civil–.

La transferencia de la propiedad del patrimonio fideicomitido al fiduciario sustituto será entonces uno de los actos de liquidación, pues este proceso consiste justamente en dar cumplimiento a todos los compromisos jurídicos pendientes de la sociedad disuelta, realizar los bienes propios y entregar el remanente que pudiera existir a los socios (arts. 107, 109 y 111 y concs. de la Ley 19.550).

En caso de *quiebra* del fiduciario, el artículo 107 de la Ley 24.522 establece que el fallido queda desapoderado de pleno derecho de sus bienes existentes a la fecha de declaración de la quiebra, lo que impide que ejercite los derechos de disposición y administración. Y el artículo 109 agrega que el síndico tiene la administración de los bienes y participa de su disposición en la medida fijada en el mencionado cuerpo legal.

El estatuto concursal no contiene disposiciones específicas sobre el destino de la propiedad fiduciaria cuya titularidad corresponda al fallido. A criterio de Carregal, parece ser que el desapoderamiento concebido por el legislador fue sobre la propiedad plena y no fiduciaria, pero lo cierto es que no habiendo distinción rige el principio de que toda propiedad, cualquiera fuese su extensión y características, cae bajo esas normas salvo los casos específicos contemplados en el artículo 108.

La dificultad consiste en la contradicción a que nos conduce el artículo 125 de la Ley 24.522, al disponer que declarada la quiebra los acreedores solo podrán ejercitar sus derechos sobre los bienes desapoderados. ¿Quedan entonces los bienes fideicomitidos –objeto del desapoderamiento– afectados al ejercicio de la acción colectiva de los acreedores, dado en principio que la ley posterior deroga las disposiciones contradictorias en leyes anteriores? Parece ser que no, pues debe prevalecer, por su especificidad, el artículo 15 de la Ley 24.441.

## 6. Conclusión de la ponencia

1. Proponer como forma impuesta, a los fines de la Ley 24.441 en relación al fideicomiso, la *escritura pública* y la *publicidad cartular*, facilitando la realización del estudio de títulos, y las anotaciones marginales de los actos vinculados a estos.
2. Registración simultánea de la propiedad fiduciaria y del contrato de fideicomiso en el registro que corresponda de acuerdo con la naturaleza del bien, objeto del dominio fiduciario. Acreditación del carácter y de las facultades de los fiduciantes. Modalidades. Cláusulas especiales.
3. Creación de un registro especial para contratos de fideicomisos.

Las soluciones precedentemente propuestas no son excluyentes, y podrían complementarse en búsqueda de la seguridad jurídica de toda la sociedad y de los profesionales intervinientes.

### ANEXO

#### REGLAMENTO DEL REGISTRO DE INSTRUMENTOS PRIVADOS DEL COLEGIO PÚBLICO DE ABOGADOS DE LA CAPITAL FEDERAL<sup>9</sup>

##### *Requisitos para registrar instrumentos privados*

- a) Para instrumentos privados en general:
- Cláusula contractual expresa autorizando su registración por matriculado del Colegio Público.  
Ejemplo: “...Queda autorizado el/la Dr./a. Tº... Fº... a registrar un ejemplar del presente instrumento en el Registro de Ins-

9. [http://www.cpacf.org.ar/default\\_virtual.asp?sssector=ServAbogados&goto=LECTURA&nnoticia=123#reglamento](http://www.cpacf.org.ar/default_virtual.asp?sssector=ServAbogados&goto=LECTURA&nnoticia=123#reglamento)

trumentos Privados del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal...”.

- Expedición del instrumento a registrar en tantos ejemplares originales como partes intervengan, más un ejemplar adicional en original para depositar en el Registro y otro original para el matriculado. Dichos ejemplares, deberán ser presentados en su totalidad a fin de proceder a la emisión de las constancias de registración pertinentes.

Ejemplo: “...En prueba de conformidad se firman cuatro ejemplares originales de un mismo tenor y a un solo efecto: uno para cada una de las partes, uno para el letrado interviniente y un cuarto original para su registro y depósito en el Registro de Instrumentos Privados del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal. En Buenos Aires...”.

- Completar los datos de la solicitud de registro.
- Firma obligatoria de la solicitud por matriculado del Colegio autorizado en el instrumento.

b) Para testamentos ológrafos:

- Si se optara por su registro en ‘sobre cerrado’ se deberá completar en el mismo los requisitos del artículo 8° del Reglamento del Registro.
- Completar los datos de la solicitud de registración.
- Firma obligatoria del testador y del matriculado autorizado en la solicitud de registración.

*Reglamento del Registro de Instrumentos Privados  
del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal*

1. Créase el REGISTRO DE INSTRUMENTOS PRIVADOS DEL COLEGIO PÚBLICO DE ABOGADOS DE LA CAPITAL FEDERAL.
2. El Registro debe estar a cargo del Presidente y Secretario del Colegio, quienes llevarán los libros de fojas numerados y que estarán rubricados por los mismos.
3. En el libro de registro se procederá a anotar por riguroso orden de ingreso todo instrumento privado que los colegiados entreguen y que se incorporan a protocolos de 500 fojas cada uno de ellos.
4. La anotación se limitará a consignar: a) Datos del letrado que entrega el instrumento; b) Naturaleza del mismo (contrato, convenio, reconocimiento, etc.); c) Nombre, apellido, domicilio, y documentos de las partes que suscriben el instrumento; d) Fecha de celebración del instrumento; e) Fecha y hora de entrega del instrumento en el Colegio.

5. El instrumento que pretenda registrarse como tal deberá contener una cláusula que exprese que se expiden tantos ejemplares como partes intervinientes y una más para ser registrada en el Registro de Instrumentos Privados del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal. Además de consignar el nombre, apellido, domicilio y matrícula del abogado autorizado para registrarlo y para suscribir el acta que se labre en el Libro de Registro.
6. El abogado al que se comisione el registro de un instrumento privado deberá cumplir esta obligación dentro de un plazo no mayor de cinco días hábiles administrativos de la recepción del instrumento. Su incumplimiento generará las responsabilidades profesionales a que hubiere lugar.
7. El instrumento que se registre llevará una nota al pie, suscripta por el Presidente y Secretario del Colegio, donde conste la registración del instrumento. Una fotocopia simple del mismo y la nota a que se refiere el párrafo que antecede será entregada al letrado firmada por el Secretario del Colegio, como prueba de su recepción y registración.
8. En el supuesto que el instrumento privado que se pretenda registrar consista en un testamento ológrafo, el mismo puede ser entregado en un sobre cerrado, donde deber constar los siguientes datos: a) Nombre, apellido, domicilio y documento del testador, b) Nombre, apellido documento del albacea si hubiere, c) Fecha del testamento, d) Nombre, apellido, domicilio, documento de identidad y matrícula del letrado que junto con el testador presenten el sobre que estará firmado por ambos. El encargado del registro entregará al letrado y testador constancia fiel y detallada de lo anotado en el Libro de Registro. En cualquier tiempo el testador podrá poner en conocimiento del registro, por escrito y con patrocinio letrado, todo acto posterior que modifique, revoque o agregue al testamento o codicilo, comunicaciones que deberán ser asentadas en el registro.
9. El registro de Instrumentos Privados será de carácter reservado, pudiendo dar informes o extender copias certificadas solamente a las partes intervinientes, al letrado que presentó el instrumento ya requerimiento judicial. En caso de registración de testamentos ológrafos solo tendrá acceso a información sobre el mismo el testador. Si se acreditara su fallecimiento, la información o entrega de la documentación registrada se efectuará únicamente a requerimiento judicial.
10. Todas las funciones que por este Reglamento se asignen al Presidente y Secretario del Colegio podrán ser delegadas por resolución del Consejo Directivo en otros funcionarios.

11. Por cada instrumento que se registra la parta abonará el arancel por el valor que fije anualmente el Consejo Directivo, en concepto de prestación de servicios.

12. El Colegio Público de Abogados de la Capital Federal no se pronuncia, ni califica la validez jurídica de los instrumentos privados que se incorporen al registro que por este acto se crea.

Consejo Directivo, sesión n° 24 del 25 de noviembre de 1996, y sesión n° 33 del 3 de marzo de 1997.