

FIDEICOMISO**Daiana Belén MONGE - Vanesa VIGUERA - Fernanda ZURANO**

Resumen: El instituto del fideicomiso es un tema de gran relevancia a nivel jurídico y empresarial, donde constantemente surgen inquietudes y lagunas que son difíciles de resolver por su complejidad. Si bien el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación incorporó expresamente este contrato en su texto - siguiendo la Ley 24.441- introduciendo precisiones y mejoras a la figura, podemos observar controversias aún no definidas como algunos roles del fiduciario, el fideicomiso entre cónyuges o los efectos de la registración del contrato.

Palabras claves: Fideicomiso – Fideicomisario – Fiduciario – Patrimonio fiduciario – Conyuge.

Abstract: The trust institute is a topic of great relevance at the legal and business level, where concerns and gaps constantly arise that are difficult to resolve due to its complexity. While the new Civil and Commercial Code of the Nation expressly incorporated this contract in its text - following Law 24,441- introducing clarifications and improvements to the figure, we can see controversies not yet defined as some roles of the trustee, the trust between spouses or the effects of the registration of the contract.

Key Words: Trust – Trustee -Trust Property – Spouse.

I. INTRODUCCIÓN**I.-1) Nociones generales. Definición.**

Para comenzar, haremos una breve introducción sobre el contrato de fideicomiso, para luego profundizar sobre cuestiones puntuales dentro de este tópico.

“Por fideicomiso, en general, puede entenderse un negocio jurídico por el cual una parte recibe de otra un encargo respecto de un bien determinado, cuya propiedad se le transfiere a título de confianza, para que al cumplimiento de un plazo o condición le dé un destino previamente convenido.”⁴⁹³

En sentido similar Farina define: *“El contrato de fideicomiso (o simplemente fideicomiso) es aquel por el cual una parte (fiduciario) recibe de la otra (fideicomitente) un encargo respecto de un bien determinado, cuya propiedad este último se obliga a transferirle a título de confianza, para que el fiduciario, sujeto a un plazo o condición, le de el destino convenido”.*⁴⁹⁴

Así, el Fideicomiso se trata de un contrato -acuerdo de voluntades- en donde una parte (fiduciante) transmite la propiedad de bienes o se compromete a transmitir bienes a otra parte (fiduciario), quien se obliga a ejercer en beneficio de otra (beneficiario) la propiedad, la cual es transmitida al cumplimiento de un plazo o condición a otra parte (fideicomisario). Dicha definición se plasma en el artículo 1666 de nuestro Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante C.C.C.N.).

Tomando la definición del C.C.C.N., cabe distinguir un elemento esencial de este contrato: la confianza del fiduciante ante el fiduciario al transmitir bienes a este último, los cuales quedan

493 CARREGAL, MARIO A., El fideicomiso, Buenos Aires, Universidad, 1982, p. 47.

494 FARINA, Contratos comerciales modernos, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1993, p. 361.

afectados a un fin determinado. Tal como se ha expresado la doctrina: “La ‘fiducia’, el ‘pactum fiduciae’, también es nota característica del instituto, y revela que se trata de un negocio basado en confianza, en fe, de una parte respecto de la otra, lo que cobra importancia para considerar que se trata de un negocio intuitu personae.”⁴⁹⁵

De la misma manera, pasamos en limpio las obligaciones recíprocas que generan este negocio: 1) La obligación del fiduciante de transmitir o comprometerse a transmitir bienes determinados al fiduciario. 2) La obligación del fiduciario a administrar y/o disponer estos bienes con responsabilidad y dando cumplimiento a la finalidad específica estipulada.

Otro elemento importante, es que el fideicomiso es temporal, nuestro ordenamiento jurídico pone un tope de 30 años de duración o al término de verificarse una condición. En caso de que se establezca un plazo que exceda el máximo estipulado no provoca la nulidad del contrato sino la reducción al plazo máximo legal.

Por último, se trata de un contrato que debe formalizarse por instrumento público o privado y debe ser inscripto ante el Registro Público competente, así lo requiere el artículo 1669 del C.C.C.N. Dicho abordaje será tratado a lo largo de este ensayo.

En cuanto a los sujetos, en este punto haremos una mera enunciación de ellos: 1) fiduciante, quien transmite los bienes al fiduciario en beneficio de un tercero; 2) fiduciario, administra y dispone los bienes fideicomitidos; 3) beneficiario, a favor de quien se administra o enajena los bienes fideicomitidos; y 4) fideicomisario, al cumplirse el plazo o la condición recibe los bienes del patrimonio fiduciario. Relativo a los sujetos, nos explayaremos posteriormente.

Finalmente, cabe aclarar que para ciertos sectores de la Doctrina el “fideicomiso”, “trust” o “fiducia”, a pesar de su tratamiento en el C.C.C.N. como un contrato, entienden que no se trataría de tal, sino de una *institución*, caracterizada por la transferencia de los bienes, la afectación a un fin determinado, la disociación entre la titularidad y la ventaja económica de los bienes, tal como sostiene el Dr. José Fernando Márquez. Lo cierto es que, sea un contrato o una institución, el fideicomiso no es una *persona jurídica*, como generalmente se lo suele confundir, y ello lo podemos ver, por ejemplo, en el hecho de que, al entablar una demanda, la misma se plantearía ante el fiduciario y sobre los bienes del fideicomiso.

I.- 2) Clases de fideicomiso.

En este punto brindaremos una breve reseña de los tipos de fideicomiso que regula nuestro C.C.C.N.:

- **Fideicomiso en garantía:** en simples palabras el fiduciante transfiere bienes formando el patrimonio fiduciario, al fiduciario, con la finalidad de garantizar con tales bienes o con su producido el cumplimiento de obligaciones a cargo del deudor.

Con respecto a ello, la Doctrina se ha pronunciado: “El contrato de fideicomiso en garantía integra entonces, la lista de negocios jurídicos posibles, por el cual se transmite la propiedad fiduciaria al acreedor, con condición resolutoria, pensando en reforzar la garantía de financiamientos.”⁴⁹⁶

- **Fideicomiso financiero:** El art. 1690 del C.C.C.N. lo define como “el contrato de

495 RODRIGUEZ AZUERO, SERGIO, Contratos bancarios, Bogotá, Felaban, 1979, p. 617.

496 GHERSI, CARLOS, “Contrato de Fideicomiso” Manual de contratos civiles, comerciales y de consumo – 4ta edición, Ciudad de Buenos Aires, 2017, pág. 502.

fideicomiso sujeto a reglas precedentes, en el cual el fiduciario es una entidad financiera o una sociedad especialmente autorizada por el organismo de contralor de los mercados de valores para actuar como fiduciario financiero, y beneficiarios son los titulares de los títulos valores garantizados con los bienes transmitidos.”

- **Fideicomiso testamentario:** el fiduciante (causante) designa un fiduciario para que, al momento de la muerte, reciba todo o parte de sus bienes con el objeto de destinarlos o administrarlos en beneficios de otro, que puede ser heredero, legatario o beneficiario; y cuando se cumpla el plazo o condición los adjudique en favor de los fideicomisarios.

“Permite durante su ejecución (después de la muerte del causante – testador – fiduciante) la administración del patrimonio de afectación, para preservar dichos bienes y gozar en el caso de menores de edad o incapacidad instituido heredero o legatario hasta que cese su imposibilidad de administración directa, el goce de los frutos o rentas de aquellos”⁴⁹⁷

- **Fideicomiso de administración:** si bien el C.C.C.N. no lo trata expresamente, cabe definirlo como aquel en el que se transfiere la propiedad de bienes al fiduciario para que los administre conforme a lo establecido por el constituyente y en caso de que hubiere frutos o productos, los destina al fin establecido. Esta clase de fideicomiso en estado puro es poco frecuente, ya que en el resto de las clases se da la administración por parte del fiduciario.

I.- 3) Patrimonio fiduciario - Beneficios.

Lo que resulta de vital importancia en este contrato es la formación de un patrimonio separado, de afectación y diferente del fiduciario, debido a que no ingresan en su patrimonio, se mantiene indemne frente a acciones y/o acreedores particulares que puedan tener los sujetos parte del contrato. Es completamente autónomo del patrimonio de las partes.

Cualquier tipo de bien puede ser objeto del contrato y formar parte de este patrimonio. También hay que destacar que al transmitirse la propiedad de los bienes que componen dicha masa, el fiduciario encabeza facultades amplias como administrar, disponer o gravar los bienes, siempre bajo los límites estipulados contractualmente y en pos de la finalidad específica por la cual se constituyó el fideicomiso. Este punto no es menor, ya que será de relevancia al tratar los roles de fideicomisario y fiduciario.

En función de las nociones y características hasta aquí mencionadas, creemos que es significativo resaltar un concepto más bien práctico y menos teórico: *“un instrumento que proporciona recursos para la realización de otros negocios que le son subyacentes y que pueden ser de la más variada naturaleza.”⁴⁹⁸* Esta definición pone de manifiesto en simples palabras de qué se trata este negocio, cuál es su finalidad y beneficios.

II. NOVEDADES EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

El actual Código Civil y Comercial de la Nación, que entró en vigencia el 01 de Agosto de 2015, entre sus múltiples modificaciones introduce cambios en materia de los contratos, ya que vino a tratar expresamente los contratos especiales o atípicos, dentro de los cuales algunos no tenían una regulación expresa en la ley, tales como los contratos bancarios o los de agencia, concesión,

497 CIURÓ DE CASTELLO NORMA – CASAS RENE, Leasing Financiero, operacional e inmobiliario, Fideicomiso, Fideicomiso Financiero, Revista de Dcho. Notarial Nro. 923 01/02/1999, citado en JA 1999-III- 1078.

498 NATALIO PEDRO ETCHEGARAY, FIDEICOMISO. TECNICA Y PRACTICA DOCUMENTAL - 2008- ED. ASTREA.

franquicia o factoraje; y otros, que se regían por alguna ley especial como es el caso del fideicomiso, regulado por la Ley 24.441.

Centrándonos en el fideicomiso, en términos generales, el nuevo Código sigue la estructura de la Ley 24.441 pero introduce algunos conceptos y novedades que hacen a un mejor funcionamiento y precisión de la figura. Como punto de partida podemos decir que se derogaron los artículos 1 a 26 de la Ley 24.441, que regulaban el fideicomiso ordinario y el fideicomiso financiero, para incorporarlos en el libro tercero, capítulo 30 (arts. 1666 a 1700) del C.C.C.N. No obstante, se mantienen los artículos 83 y 84 de la ley, por lo cual se mantienen las exenciones a los títulos valores, y a ciertas retribuciones del fiduciario.

A continuación, expondremos las principales modificaciones que introdujo el C.C.C.N. respecto al fideicomiso:

II.- 1) El fiduciario puede ser beneficiario.

La Ley 24.441 no se expresaba sobre la posibilidad de que el fiduciario pueda ser beneficiario, lo cual era fuertemente cuestionado y rechazado por una parte de la Doctrina al considerar que este mismo perdería objetividad e imparcialidad en sus funciones, las que debían ser llevadas a cabo en pos del interés ajeno. El nuevo Código introduce esta opción y nos aclara que en caso de que el fiduciario sea beneficiario, debe actuar evitando cualquier conflicto de intereses y privilegiando a los otros sujetos en el contrato, tal como lo establece el artículo 1673, al rezar: *“ARTÍCULO 1673.- Fiduciario. El fiduciario puede ser cualquier persona humana o jurídica. Sólo pueden ofrecerse al público para actuar como fiduciarios las entidades financieras autorizadas a funcionar como tales, sujetas a las disposiciones de la ley respectiva y las personas jurídicas que autoriza el organismo de contralor de los mercados de valores, que debe establecer los requisitos que deben cumplir. El fiduciario puede ser beneficiario. En tal caso, debe evitar cualquier conflicto de intereses y obrar privilegiando los de los restantes sujetos intervinientes en el contrato.”*

El fiduciario, tal como lo sostenía la ley, deberá cumplir las obligaciones impuestas por ella y por el contrato, obrando con las diligencias de un buen hombre de negocios, que actúa sobre la base de la confianza depositada en él. Además, se agrega la alternativa, que no contemplaba la Ley 24.441, de designarse a más de un fiduciario en el contrato, en esos casos, ya sea que actúen en forma conjunta o indistinta, serán responsables solidariamente por su gestión ante el incumplimiento de las obligaciones contractuales. También es de importancia, resaltar que el fiduciario puede ser sustituido, según lo que se pacte en el contrato o por designación judicial cuando sea necesario.

Cabe aclarar que conforme los lineamientos de la Ley de Fideicomiso, que establecía en forma expresa que los fiduciarios debían rendir cuentas a los beneficiarios en periodos no mayores al año y la prohibición de dispensa de rendir cuentas, nace la acción de reclamar por parte de los sujetos del contrato. Los artículos 1675 y 1676 disponen dichas facultades y deberes.

En relación a la figura del fideicomisario respecto al fiduciario, el artículo 1672 del

C.C.C.N. dispone que el fiduciario no puede ser fideicomisario, tópico que será abordado en mayor profundidad a lo largo de este trabajo.

II.- 2) Bienes que pueden ser objeto del fideicomiso.

El C.C.C.N. nos brinda la posibilidad de que los bienes objeto del fideicomiso puedan ser toda clase de bienes, presentes o futuros, determinados o determinables, a condición de que estén presentes en el comercio.

De esta forma contamos con el artículo 1670 del C.C.C.N., que establece que las universalidades de bienes, como un fondo de comercio, puedan ser objeto del fideicomiso; también el artículo 2493 del C.C.C.N. que nos indica que el testador puede disponer un fideicomiso sobre toda, o una parte indivisa, de la herencia, dejando a salvo los derechos de los herederos forzosos sobre la legítima, con la salvedad del artículo 1670 ,antes mencionado, que prohíbe en forma expresa el fideicomiso sobre herencias futuras.

Por otro lado, conforme al artículo 2186 del C.C.C.N. los derechos reales de garantía no pueden ser transferidos sin el crédito que aseguran y, por lo tanto, no pueden ser objeto del fideicomiso; de esta forma se resuelve la discusión sobre la posibilidad de que se otorgue en fideicomiso un derecho real de garantía a favor del fiduciario sin que se convierta éste en un acreedor, caracterizándolo como agente de garantía en beneficio de los acreedores.

Es menester dejar en claro que no debe confundirse el contrato de fideicomiso que puede tener por objeto toda clase de derechos patrimoniales, con el dominio fiduciario que pueda resultar de él.⁴⁹⁹

II.- 3) Fideicomiso de garantía.

Anteriormente no estaba claro si la Ley 24.441 autorizaba el fideicomiso de garantía, ya que no lo mencionaba, pero el C.C.C.N. lo ha incluido expresamente en su artículo 1680 que dispone: *“Si el fideicomiso se constituye con fines de garantía, el fiduciario puede aplicar las sumas de dinero que ingresen al patrimonio, incluso por cobro judicial o extrajudicial de los créditos o derechos fideicomitados, al pago de los créditos garantizados. Respecto de otros bienes, para ser aplicados a la garantía el fiduciario puede disponer de ellos según lo dispuesto en el contrato y, en defecto de convención, en forma privada o judicial, asegurando un mecanismo que procure obtener el mayor valor posible de los bienes”*. Barreira Delfino sostiene que *“afortunadamente prevaleció el criterio de la admisibilidad del fideicomiso de garantías como modalidad muy útil para los negocios”*⁵⁰⁰

Lorenzetti define al fideicomiso en garantía como *“la operación a través de la cual una persona (fiduciante) transmite la propiedad fiduciaria de ciertos bienes a otra persona (fiduciario) para que los retenga en garantía del cumplimiento de una o más obligaciones que se deben al fiduciario o a una tercera persona, en ambos casos el beneficiario. Se produce la transmisión fiduciaria del dominio sobre el bien: si la obligación garantizada no se cumple, el fiduciario puede afectar esos bienes al pago de la deuda. El acreedor es el beneficiario del fideicomiso.”*⁵⁰¹

El fideicomiso de garantía vino a aclarar finalmente, la tipicidad jurídica del fideicomiso ya que, hasta el momento, se utilizaban denominaciones diversas que obedecían a los criterios de comercialización del producto tales como operaciones de inversión, construcción, inmobiliario, agrario, accionario, de administración, etc. De esta manera queda zanjada toda discusión sobre la legalidad del fideicomiso de garantía.

499 GUILLERMO P, CALDERON - MAXIMILANO R., Contratos parte especial 3 según el Código Civil y Comercial, Zavalia, 2017, p. 429.

500 BARREIRA DELFINO, EDUARDO A., Fideicomiso de garantía crediticia en Tratamiento integral del fideicomiso, Ad. Hoc - Bs. As., 2007, p. 229.

501 RIVERA JULIO CESAR, MEDINA GRACIELA, Código Civil y Comercial, Págs. 932/933.

II.- 4) Obligación de contratar un seguro.

El artículo 1685 del C.C.C.N. nos indica que *“sin perjuicio de su responsabilidad, el fiduciario tiene la obligación de contratar un seguro contra la responsabilidad civil que cubra los daños causados por las cosas objeto del fideicomiso”*.

Sumado a ello, también se prescribe que en caso de que no haberse contratado el seguro o cuando este sea irrazonable en la cobertura de riesgos o en los montos, el fiduciario responderá en los términos del artículo 1757 del C.C.C.N. Entonces, en estos casos, el fiduciario tendrá una responsabilidad objetiva, y deberá hacer frente por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas.

III. SUJETOS EN EL CONTRATO DE FIDEICOMISO

Técnicamente las partes del contrato de fideicomiso son dos (fiduciante y fiduciario). Al existir terceros que forman parte del mismo, es que nos referiremos a todos ellos como “sujetos”, o “posiciones jurídicas”. Son cuatro los sujetos que pueden formar parte de este contrato. Los plantearémos a continuación haciendo una breve reseña de cada uno:

III.-1) Fiduciante

Es el propietario de un bien quien transmite o se compromete a transmitirlo al fideicomiso. Quién se desprende de la propiedad de estos bienes afectados, a fin de que quien lo reciba en fideicomiso cumpla con la finalidad acordada en beneficio de terceros. El Código Civil y Comercial de la Nación no lo trata expresamente, solo lo hace de manera enunciativa. Pero sí mejora la redacción anterior, donde se refería al fiduciante en singular, y ahora el C.C.C.N. utiliza la expresión “parte”, dando la posibilidad de la pluralidad de los mismos.

III.- 2) Fiduciario

En segundo lugar, nos encontramos frente al fiduciario, que es quien recibe los bienes fideicomitidos, obligándose a su administración y/o disposición a favor del beneficiario y como así también a transferirlos al fideicomisario una vez cumplido el plazo o condición. Es decir, cumple con el destino que se establece en el contrato. Como lo dispone el artículo 1673 del C.C.C.N., puede serlo cualquier persona humana o jurídica.

El artículo 1674 del C.C.C.N. establece expresamente que debe cumplir con obligaciones impuestas por la ley y por el contrato, con la prudencia y diligencia de un buen hombre de negocios. En este asunto, se pone el foco en la confianza del fiduciante frente al fiduciario.

Un punto importante, es la posibilidad de exigir la rendición de cuentas al fiduciario establecida en el artículo 1675, la cual puede ser reclamada tanto por el beneficiario, el fiduciante o el fideicomisario. La rendición de cuentas debe tener una periodicidad no mayor a un año.

Relacionado estrechamente con esta obligación, está la prohibición de la dispensa de la rendición de cuentas establecida en el artículo 1676, donde también prohíbe la dispensa de culpa o dolo en que pudiera incurrir el fiduciario y la posibilidad de adquirir los bienes fideicomitidos. Punto que se tratará en lo siguiente.

El fiduciario, de acuerdo a lo establecido en el artículo 1678, puede cesar en sus funciones por las siguientes causales:

- a) remoción judicial por incumplimiento de sus obligaciones o imposibilidad

material/jurídica para desempeñar su función;

- b) incapacidad, inhabilitación y capacidad restringida judicialmente declarada, y muerte;
- c) disolución si se trata de persona jurídica;
- d) quiebra o liquidación;
- e) renuncia, si expresamente lo faculta el contrato, o por causa grave o imposibilidad jurídica/material de continuar en el desempeño de tal función.

Habiendo acaecido alguna de las causales mencionadas ut supra, el mismo Código establece el mecanismo de sustitución del fiduciario, que será reemplazado por quien haya sido nombrado como sustituto en el contrato o bien, será designado de acuerdo al procedimiento previsto por él. A falta de procedimiento previsto o no aceptación del cargo por el sustituto, la designación se hará judicialmente (artículo 1679).

Debemos destacar que en artículo 1678 in fine, claramente se determina que la renuncia tiene efecto después de la transferencia del patrimonio objeto del fideicomiso al fiduciario sustituto. Por lo cual, es importante tener en cuenta los casos en los que no se encuentra previsto un sustituto en el contrato, o si las partes no se ponen de acuerdo, donde será necesaria la intervención judicial, transformándose en un largo proceso en el cual el fiduciario renunciante sigue ligado al fideicomiso y la responsabilidad que ello conlleva. Por eso, es importante a la hora de realizar un contrato de fideicomiso tener en cuenta estas situaciones, las cuales, si se previenen y establecen con claridad, ahorran un problema futuro.

Figura importante es la del fiduciario, al tratarse como ciertos sectores de la Doctrina lo llaman del “dueño” del fideicomiso, lo cual se puede vislumbrar al momento de plantearse una demanda contra el fideicomiso, allí no se inicia ante este último como persona jurídica, sino ante la cabeza del fiduciario y sobre los bienes del fideicomiso.

III.- 3) Beneficiario

Por otra parte, el beneficiario es a favor de quien se ha constituido el contrato, es quien tiene derecho a percibir lo producido o a usar los bienes fideicomitidos durante la vigencia del acuerdo. Es de importancia resaltar que puede ser una persona jurídica o física, que puede existir o no al momento de celebrar el contrato. En caso de que no exista a tal momento, deben constar los datos que permitan su individualización en el futuro (artículo 1671). No solo es necesario esto último, sino también la aceptación por parte de este sujeto, ya que como dice Moisset de Espanés: *“Para que pueda recibir el beneficio es menester que lo acepte. Aunque haya habido una estipulación en favor de un tercero, si éste no la acepta, no será el destinatario de los beneficios.”*⁵⁰²

El Código introduce algo que no se encontraba en el régimen derogado: si se designan varios beneficiarios se benefician por igual, salvo estipulación en contrario.

III.- 4) Fideicomisario

Por último, el artículo 1672 describe al fideicomisario, que es a quien se le transmite la propiedad de los bienes fideicomitidos al finalizar el fideicomiso. Nuestra ley realiza una distinción entre el beneficiario y el fideicomisario, los cuales pueden encontrarse en cabeza de una misma persona o no.

502 MOISSET DE ESPANES, LUIS, “Contrato de Fideicomiso”, REVISTA DEL NOTARIADO (número extraordinario), Buenos Aires, mayo de 1995, p. 67.

Sobre este último sujeto, nos expresaremos a continuación al abordar la prohibición de desarrollarse como fiduciario.

III.- 5) Fiduciario en el rol de fideicomisario.

El Código Civil y Comercial de la Nación en el artículo 1671, primer párrafo in fine establece que el fiduciante puede ser beneficiario y en el artículo 1672, tercer párrafo aclara *“No puede ser fideicomisario el fiduciario”*. Frente a ello, cabe realizar un análisis de la situación.

Los argumentos de la posición doctrinaria que no admitía el doble rol de fiduciario y beneficiario, se basaban en *“a) Va contra la lógica jurídica; b) Es contrario al sentido económico y funcional de la figura; c) Es contrario al deber de lealtad del fiduciario; d) Es una fuente potencial de conflictos de intereses y abusos por parte del fiduciario; e) Salvo por su remuneración, el fiduciario es propietario imperfecto en “interés ajeno” y no en “interés propio”. Se estaría contradiciendo la definición del art. 1666 CCyC, en la que se expresa, respecto del fiduciario, ...”quien se obliga a ejercerla en beneficio de otra llamado beneficiario...”*; f) *Es absurdo que el fiduciario se rinda cuentas a sí mismo;* g) *Al fiduciario le está prohibido adquirir para sí los bienes del fideicomiso;* h) *Por su función y naturaleza el fiduciario no figura en la cadena de reemplazos por ausencia, vacancia o negativa de aceptación de las demás partes del contrato;* i) *Las desventajas superan en exceso las pocas ventajas, sin que esta - social y económicamente - sean significativas.”*⁵⁰³

Si dicha postura resultó de la minoría y con el nuevo Código se establece la posibilidad de que el fiduciario sea a la vez beneficiario, ¿porque no también fideicomisario? ¿Cuales serian los nuevos fundamentos, diferentes a los nombrados, para que no se permita el doble rol o triple rol de fiduciario - fideicomisario, fiduciario beneficiario - fideicomisario?

Nuestra postura se direcciona a plantear la posibilidad de doble o triple rol del fiduciario en el contrato de fideicomiso, ya que habiendo superado las ideas que se encontraban en contra del doble rol fiduciario-beneficiario, en la misma dirección se encuentra la postura de la posibilidad de que el fiduciario sea al mismo tiempo fideicomisario. Otorgando de esta forma, funcionalismo al desenvolvimiento práctico en la utilización de la figura jurídica del contrato de fideicomiso. Porque si el fiduciario puede recibir todos o parte de los beneficios derivados de los bienes fideicomitados, ¿porque no la transferencia de los mismos? En los casos de fideicomisos de inversión/inmobiliario, donde se realiza la construcción de obras, y se desea pactar la retribución del fiduciario con la entrega de uno de los inmuebles que se construyen en vez de pactar un monto en dinero, no se podría realizar con el sistema vigente. Por ende, dicha prohibición nos resulta innecesaria, y en caso de considerarse una postura demasiado amplia, se pueden plantear excepciones a dicha regla general, como el caso del ejemplo anterior.

III.- 6) Fideicomiso entre cónyuges

Se debe tener especial cuidado a la hora de constituir un fideicomiso en donde intervienen ambos cónyuges que se encuentran bajo el régimen de comunidad de bienes, a los efectos de evitar complicaciones a la hora de inscribir el contrato, transferir los bienes y evitar planteos de nulidad que generen responsabilidad futura.

503 CLAUDIO M. KIPER Y SILVIO LISOPRAWSKI, Tratado de Fideicomiso - Código Civil y Comercial de la Nación - Tomo I – 4ta edición actualizada y ampliada, 2017, pág. 87,88.

El artículo 1002, inc. d. del C.C.C.N. prohíbe el contrato de cónyuges entre sí al establecer: *“Inhabilidades especiales. No pueden contratar en interés propio: ... d) los cónyuges, bajo el régimen de comunidad, entre sí.”*

El dictamen de la Comisión Bicameral brinda un breve fundamento diciendo: *“La eliminación de la prohibición de contratar entre cónyuges propicia conductas fraudulentas. El fin principal de la prohibición es tratar de evitar los fraudes a los acreedores de alguno de los cónyuges, por lo que sugiere su inclusión”.*

A nuestro parecer, en consonancia con Kiper y Lisoprawski, es una explicación totalmente exagerada ya que los derechos de los acreedores se protegen mediante la normativa que regula el fraude y la simulación. Estamos frente a una reglamentación que se prohíbe con el único fundamento de evitar el fraude, siendo que como ya dijimos, para eso se encuentra una normativa específica. No sería correcto regular pensando en las personas que van a transgredir las leyes, sino apuntando a la naturaleza de las figuras jurídicas y su necesidad jurídica y práctica, dejando de lado la posibilidad de incumplimientos, que tienen su regulación en caso de suceder. Es decir, si los cónyuges deciden realizar un contrato de fideicomiso en el cual ambos intervengan, no se debería prohibir por el solo hecho del miedo al fraude. Debe ser con real fundamento, de acuerdo al tipo de contrato de que se trate. En este caso, nos referimos específicamente al contrato de fideicomiso. En el cual se debería realizar una distinción, de acuerdo al rol que ocupen los cónyuges en el mismo para determinar si se vulnera el régimen patrimonial.

En el supuesto de que los cónyuges sean fiduciante y fiduciario en un contrato de fideicomiso, es similar a un mandato, en donde uno de los cónyuges se compromete a administrar la propiedad fiduciaria en beneficio de un tercero. Debería analizarse cada caso concreto para determinar si se afectan derechos de terceros o no, pero estamos hablando de un traspaso de bienes de manera temporaria, donde se transmite un dominio imperfecto. Por otro lado, si son fiduciante y fideicomisario, aquí la transferencia es final, dominio perfecto; lo cual se encuentra prohibido expresamente por la ley. En cambio, si en un mismo contrato ocupan el rol de fiduciario y beneficiario o fideicomisario, es el caso en el cual un tercero (fiduciante) transmite bienes al fiduciario (cónyuge) para que lo administre a favor del beneficiario y los transfiera a nombre del fideicomisario. Pudiendo el otro cónyuge ocupar el lugar de beneficiario, fideicomisario o ambos. En este caso, uno de los cónyuges es un mero administrador de los bienes, por lo cual no se vería alterado el régimen patrimonial del matrimonio. Por ello, no encontramos impedimento a que participen en un mismo contrato bajo dichos roles.

IV. OBJETO DEL CONTRATO DE FIDEICOMISO

Como se dijo anteriormente sobre el objeto de este negocio jurídico, no debe confundirse el objeto del contrato de fideicomiso, que puede comprender toda clase de derechos patrimoniales, con el dominio fiduciario que pueda resultar de él que sólo puede recaer sobre cosas.

El fideicomiso conforme lo establece el artículo 1667, inc a y b, puede recaer sobre toda clase de bienes, presentes o incluso futuros, determinados (aquellos en que se precisa con exactitud al tiempo de la celebración del contrato) o determinables (aquellos donde se debe dejar constancia de la descripción de los requisitos y características que deben reunir estos bienes, identificando su especie aunque no se haya realizado su individualización o no se hubiera especificado la cantidad), dentro del comercio. Resulta útil indicar el lugar en que se encuentran, o si se trata de una cuenta

bancaria, que se le dé la denominación fiduciaria.⁵⁰⁴ Puede comprender bienes muebles o inmuebles.

Molina Sandoval sostiene que *“en materia fiduciaria el objeto tiene, a diferencia de los contratos de cambio, naturaleza especial (funcional), y que se trata de un objeto de ejercicio continuado derivado de las características particulares del negocio fiduciario, consistiendo en esencia en la transmisión fiduciaria de un determinado bien para su ejercicio por el fiduciario en beneficio de otro sujeto (beneficiario).”*⁵⁰⁵

La transmisión del dominio no es posible sobre cosas que no estén debidamente individualizadas, según el derecho real. No obstante, en el ámbito de los derechos personales esto no es un impedimento, pues incluso los créditos futuros pueden ser cedidos.

V. FORMA DEL CONTRATO DE FIDEICOMISO.

El C.C.C.N., a diferencia de la ley 24.441, trata expresamente la forma que debe tener el contrato de fideicomiso. El artículo 1669 dispone: *“El contrato, que debe inscribirse en el Registro Público que corresponda, puede celebrarse por instrumento público o privado, excepto cuando se refiere a bienes cuya transmisión debe ser celebrada por instrumento público. En este caso, cuando no se cumple dicha formalidad, el contrato vale como promesa de otorgarlo. Si la incorporación de esta clase de bienes es posterior a la celebración del contrato, es suficiente con el cumplimiento, en esa oportunidad, de las formalidades necesarias para su transferencia, debiéndose transcribir en el acto respectivo el contrato de fideicomiso.”*

Primero, podemos vislumbrar la obligatoriedad de inscribir el contrato. La normativa es bastante genérica, no específica cuál es el Registro Público que corresponde, si es uno que ya existe o la necesidad de crear uno para dichos fines, independientemente de ello, en la práctica en la provincia de Córdoba se ha resuelto inscribir los contratos de fideicomiso en el Registro Público, iniciando el proceso en la Dirección de Inspección de Personas Jurídicas. La cual dictó la Resolución del 06/10/2015 diciendo *“... IV) Que otra cuestión sobre la cual hay que adoptar criterio es en relación al contrato de FIDEICOMISO en cuanto el Art. 1669 del C. Civ. y Com. exige que debe inscribirse en el Registro Público que corresponda. Que, ahora bien, está claro que deberá crearse un Registro específico para los fideicomisos, la cuestión pasa por develar en qué órbita de la Administración Pública va a funcionar tal registro. Que al no aclarar la mencionada norma (art.1669 C.C.C.N.) cuál es el registro correspondiente, si es uno ya existente o a crearse en el futuro, no puede esta área de estado reglamentar sobre ese punto, ya que sería arrogarse facultades legislativas, lo cual resulta inconstitucional. Que, por otra parte, conforme la enumeración emanada del Art.148 del Código Civil y Comercial, el Contrato de Fideicomiso no crea una persona jurídica, como para considerar una ampliación de la competencia registral de la Dirección de Inspección de Personas Jurídicas sobre ese punto. Que nada obsta a lo considerado precedentemente, el hecho de que la Inspección General de Justicia de la Nación mediante Resolución 07/15 haya tomado a su cargo la inscripción en el Registro Público; ni resulta vinculante como antecedente válido; toda vez que, la competencia registral es competencia de las Provincias, y al ser la Dirección la que regula la actividades inherentes a las Personas Jurídicas, se entiende que es incompetente para disponer la inscripción de*

504 Conf. PUERTA DE CHACÓN, A., “El dominio fiduciario en la ley 24.44. ¿Nuevo derecho real?”.

505 MOLINA SANDOVAL, CARLOS A., El fideicomiso en la dinámica mercantil, Buenos Aires, Ábaco, 2004, p. 71.

dicha figura, siendo susceptible de inscripción por ante el Registro General de la Provincia o en su defecto en el registro a crearse por ley que se dicte a tales efectos.”

Kiper y Lisoprawski no dejan de lado el tema de la confidencialidad de la información que contienen los contratos de fideicomisos, remarcando que la divulgación de los mismos podría afectar al negocio en cuanto a su privacidad. Existiendo en la actualidad un régimen de libre acceso a la totalidad de los contenidos del contrato, siendo que existen multiplicidad de motivos lícitos por los cuales los sujetos que forman parte del mismo quieren mantener su confidencialidad, o algunos de sus contenidos. Posibilitando de esta forma convertir en inconveniente la figura del fideicomiso, ya que deja de ser un negocio personal reservado.⁵⁰⁶

Dicha imposición por parte del C.C.C.N., genera a nuestro entender un control excesivo, invasivo y poco claro, causando inseguridad en las partes del negocio, provocando muchas veces la decisión de adoptar otra figura jurídica que no sea exactamente la que necesitan, pero que les otorgue mayor certeza, privacidad, menos demoras y costos.

Podemos decir que la propiedad fiduciaria se adquiere una vez que se inscribe el bien mueble en el Registro correspondiente y cuando se trata de un inmueble al momento de la tradición, siendo oponible a terceros a partir del momento de la inscripción en el Registro.

“Pensamos que la inscripción del contrato de fideicomiso, especialmente cuando se trate de cosas registrables, solo servirá para darles más publicidad y, en definitiva, para en su caso valorar la buena o mala fe de un tercero. No vemos mucho más que esto ... Cuando se trate de cosas no registrables, según el Código la tradición es la publicidad, de modo que llegamos a la misma conclusión.”⁵⁰⁷

V.- 1) Obligatoriedad de instrumento público en el nuevo Código.

El C.C.C.N. sostiene que el fideicomiso puede celebrarse por instrumento público o privado, salvo en el caso en que se trate de bienes cuya transmisión se debe realizar por instrumento público. Si no se cumple, valdrá como promesa de otorgarlo. Al realizar dicha aclaración, se estaría permitiendo que el contrato se realice por instrumento privado, por más que deba realizarse por instrumento público, permitiendo que luego, al momento de realizar la escritura de transmisión del bien en cuestión, se transcriba en el mismo el contrato.

Por ende, no sería un requisito esencial que el contrato se celebre por instrumento público, cuando se trate de bienes cuya transmisión se deba realizar por este medio. Además, no hay que confundir, si el contrato se celebra por instrumento público no implica que luego las adendas deban ser realizadas también por éste, ya que las mismas perfectamente pueden ser por instrumento privado.

El artículo no establece cuales son los efectos de la registración, pero la Doctrina entiende que son declarativos, ya que brinda oponibilidad frente a terceros, de la constitución de un patrimonio separado de las partes, de los plazos, de las cláusulas limitativas de las facultades que tiene el fiduciario, de los mecanismos de decisiones, las causales de extinción, los modos de liquidación, etcétera.

506 CLAUDIO M. KIPER Y SILVIO LISOPRAWSKI, Tratado de Fideicomiso - Código Civil y Comercial de la Nación - Tomo I – 4ta edición actualizada y ampliada, 2017, pág. 115.

507 CLAUDIO M. KIPER Y SILVIO LISOPRAWSKI, op. cit., pág. 122.

VI. PATRIMONIO FIDUCIARIO

Uno de los elementos característicos y distintivos del fideicomiso es, sin lugar a dudas, el patrimonio fiduciario. Cuando hablamos del mismo, necesariamente debemos conectarlo y diferenciarlo del *dominio fiduciario*. El artículo 1701 del C.C.C.N. define al dominio fiduciario como el que se adquiere con razón de un fideicomiso constituido por contrato o por testamento, y está sometido a durar solamente hasta la extinción del fideicomiso, para el efecto de entregar la cosa a quien corresponda según el contrato, el testamento o la ley. Este concepto debemos corresponderlo con el sistema de *separación patrimonial* que introduce el nuevo Código en el artículo 1685 al rezar “*los bienes fideicomitados constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario, del fiduciante, del beneficiario y del fideicomisario...*”, implicando que el fiduciario tendrá un patrimonio común y universal, destinado a responder ante sus propios acreedores (la famosa “prenda común de los acreedores”) y uno o más patrimonios especiales y de afectación (como tantos contratos de fideicomiso encabece), totalmente separados, una universalidad de bienes, que responden a los acreedores del fideicomiso, siendo el “patrimonio fiduciario”, que este sujeto administra legalmente.

La novedad del “patrimonio de afectación” es de vital importancia, ya que, sin el reconocimiento jurídico del mismo, era de difícil utilización el contrato de fideicomiso. La ventaja era evidente: aislar los activos comprometidos, de la suerte que pudieran sufrir los patrimonios propios, a los fines de evitar que se frustre el negocio por cuestiones ajenas, de terceros interesados sobre los mismos, era decisivo a la hora de buscar que efectivamente el fideicomiso se desarrolle y concluya de manera satisfactoria.

Corresponde agregar que, en consonancia con lo expuesto, el artículo 1686 del

C.C.C.N. expresa que los bienes quedarán exentos de toda acción singular o colectiva de los acreedores del fiduciario, y que tampoco podrán agredir esos bienes fideicomitados los acreedores del fiduciante, salvo la acción por fraude o ineficacia concursal.

El artículo 1687 también reafirma el principio de separación patrimonial, al prescribir que los bienes del fiduciario no responderán por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, las que sólo serán satisfechas con los bienes fideicomitados. Esto implica claramente, que los acreedores del fideicomiso tendrán como prenda común los bienes del negocio fiduciario, no pudiendo extender sus pretensiones al patrimonio del fiduciario. Es por ello que se hace hincapié en el obrar diligente y claro como administrador, por parte del fiduciario, ya que como sostiene Fernando R. Mantilla “...es importante que los terceros puedan conocer en todo momento cuáles bienes pertenecen al patrimonio del fiduciario y cuáles al patrimonio fideicomitado [...] por razones de seguridad jurídica, en caso de duda, frente a terceros, se presumirá que el bien pertenece al patrimonio propio del fiduciario.”⁵⁰⁸

La distinción entre los patrimonios tiene una implicancia directa sobre la limitación de la responsabilidad, ya que el fiduciario, conforme las obligaciones pertinentes del fideicomiso, no es responsable por las obligaciones imputadas a la ejecución del contrato de fideicomiso, salvo en caso de acción de fraude, donde los acreedores del fiduciante respecto a la transferencia fiduciaria, pueden afectar bienes más allá de los fideicomitados. Esto se sostiene porque, “*El fiduciario tiene*

508 MANTILLA, FERNANDO R., Una introducción al fideicomiso, JA 1995 -B, p. 791.

una sola personalidad (física o jurídica), y tendrá tantos patrimonios separados o afectos a una finalidad, como contratos de fideicomiso suscriba, amén de su - único - patrimonio universal.”⁵⁰⁹

Respecto de todo lo expresado anteriormente, el fideicomiso se caracteriza por el principio de separación patrimonial y cuenta con una modalidad de dominio imperfecto, donde los bienes del negocio pasan a formar parte del patrimonio fideicomitado con carácter “transitorio” hasta su posterior transferencia de dominio perfecto, conforme lo estipulado en el contrato. Es por ello que el traspaso del dominio fiduciario resulta como una vía para facilitar el desarrollo del negocio al que se encuentra supeditado ese dominio.

VII. EXTINCIÓN DEL FIDEICOMISO

Debemos hacer distinción entre lo que es la extinción propia del contrato y la extinción del dominio fiduciario. La extinción del contrato es lo que provoca el fin del dominio fiduciario sobre los bienes objeto del mismo; situación que se da con la tradición de la cosa o con la inscripción registral en caso de bienes registrables. Hecha la aclaración ut supra, desarrollaremos las causales de extinción previstas.

En primer lugar, el artículo 1697 del C.C.C.N. su inc. a) establece que se extinguiere por el cumplimiento del plazo o condición, circunstancias que pueden coexistir y no se eximen entre sí. Esta causal configura una extinción típica o normal. Debe tenerse en cuenta lo mencionado anteriormente acerca de que el plazo máximo que puede durar son 30 años, y en caso de estipularse uno mayor, se considerará este máximo previsto.

También, es importante destacar en cuanto el plazo que: *“Si en un contrato de fideicomiso se especifica que el mismo tendrá una duración determinada, se extingue por cumplimiento de ese término (...) produciéndose la mora automática, puesto que existe un plazo cierto que torna operante lo dispuesto por el Código Civil art. 509 (...)”⁵¹⁰*

El artículo 1697 del C.C.C.N. en su inc. b) reza: *“la revocación del fiduciante, si se le ha reservado expresamente esa facultad, la revocación no tiene efecto retroactivo”*.

Este efecto de la revocación debe interrelacionarse con lo dispuesto por el artículo 1705 del C.C.C.N., ya que la revocación del dominio fiduciario no surte efectos sobre actos ya realizados por el fiduciario, a excepción de los que queda fuera de las estipulaciones contractuales y de su finalidad, y que el adquirente carezca de buena fe y título oneroso. Entonces, citando a la Doctrina *“No se trata de estrictamente de una ‘revocación’ en sentido técnico porque no deja sin efecto lo acordado por la partes, sino hacia el futuro.”⁵¹¹* Lo que refiere a salvedades amplias de diferentes actos y no solo los de disposición.

Por último, el inc c) enuncia la posibilidad de que se prevean causales contractualmente.

VII.- 1) Liquidación

El C.C.C.N. regula que, ante la insuficiencia del patrimonio fiduciario para responder a sus obligaciones, la solución será la liquidación de los bienes. Más allá de lo dispuesto por el artículo 1687, donde se prevé esta solución extrema y salvo algún mecanismo acordado expresamente en

509 CLAUDIO M. KIPER Y SILVIO LISOPRAWSKI, op. cit., pág. 71.

510 C. Nac. Com., Sala C, sent. Del 26/03/1999, “Fernández, Jorge v. Cía Financiera Universal S.A. s/ ordinario”; Magistrados: Di Tella, Caviglione Fraga. Sumarios Lexis N° 11/29198.)

511 CLAUDIO M. KIPER Y SILVIO LISOPRAWSKI, op. cit., pág. 105.

el contrato, el régimen no nos brinda un proceso o esquema liquidativo, lo que genera un vacío normativo.

Tanto durante la vigencia de la Ley 24.441 como actualmente con el C.C.C.N., se mantiene esta laguna acerca de qué sucede con el patrimonio fiduciario al extinguirse el contrato, ya que no se establece si esa masa separada se disuelve e integra con el patrimonio propio del fiduciario o si bien, se mantiene separado y diferenciado.

Lo que nos lleva a la existencia de una brecha temporal entre el momento que culmina el contrato y el momento efectivo donde se transmiten efectivamente los bienes. Este tiempo va a depender del tipo de bienes objeto de fideicomiso. Sostienen Junyent Bas y Molina Sandoval “... *el proceso de extinción no puede ser automático, sino que debe ser gradual, si se tiene en cuenta que puede haber acreedores impagos o estar pendiente el cumplimiento de alguna obligación acordada.*”⁵¹²

La Doctrina opina, y creemos en su acierto, en que es diligente la preservación del patrimonio fiduciario separado del propio del fideicomisario. La extinción del contrato no produce “ipso iure” la desaparición de la separación de ambos patrimonios.

La normativa impone la siguiente obligación al fiduciario en el artículo 1698: “*Producida la extinción del fideicomiso el fiduciario estará obligado a entregar los bienes fideicomitados al fideicomisario o a sus sucesores, a otorgar los instrumentos y a contribuir a las inscripciones registrales que correspondan*”. El fiduciario queda constituido como tenedor de los bienes durante este proceso de entrega al fideicomisario.

La falta de previsión normativa de un proceso “liquidativo” llegado el momento de extinción o de alguna otra alternativa para afrontar la insuficiencia de bienes, genera ciertas discusiones acerca de qué papel juega el fideicomisario en esta etapa que podemos llamar de transición hasta la entrega de los bienes al fideicomisario y cuales son las pautas a seguir, ya que solo se regulan obligaciones genéricas en cabeza del fiduciario.

VIII. CONCLUSIÓN.

No caben dudas sobre ciertos avances en el régimen del fideicomiso a la luz de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación. Su tratamiento como un contrato típico ha zanjado algunos de los vacíos o lagunas que guardaba la Ley 24.441, aunque habiendo profundizado en diferentes aspectos del mismo a lo largo de este trabajo, denota que aún carece de aristas que marcar.

Vemos que el C.C.C.N. brinda la posibilidad de que el fiduciario sea beneficiario, y como ya enunciamos, alude a la superación de la antigua discusión sobre el doble rol fiduciario-beneficiario. Sin embargo, en el mismo cuerpo legal se impone la prohibición de que el fiduciario pueda constituirse como fideicomisario, lo que se nos hace paradójico y nos hace concluir en que la normativa resulta contradictoria en cierto punto.

También hemos analizado las diferentes alternativas que puedan darse al constituirse un fideicomiso entre cónyuges y qué pasaría al ocupar estos diferentes roles: fiduciante - fiduciario; fiduciario - beneficiario o fideicomisario. Sostenemos que la prohibición del artículo 1002 del C.C.C.N., es extremista y rigurosa. Nos encontramos frente a un truncamiento normativo sin otro

512 JUNYENT BAS, FRANCISCO - MOLINA SANDOVAL, CARLOS A., Bases para una reforma del régimen del fideicomiso. A propósito de la necesidad de su inscripción. LL 2007-C-782 del 27/4/2007.

motivo que no sea el temor a fraude o simulación.

La forma del contrato, en particular la obligatoriedad de que sea otorgado por instrumento público, fue motivo de investigación dada las dudas acerca de qué interpretación debe darse a este articulado. En un sentido más práctico, además, hemos resaltado en ese punto las desventajas que a nuestro parecer, implica la obligación de registración en el Registro correspondiente. El artículo que reza sobre la forma del contrato es poco claro y ha sido objeto discusión, a raíz de una falencia legislativa en su redacción.

Estos, consideramos que son algunos de los aspectos más trascendentales del contrato de fideicomiso que aún requieren de un tratamiento legislativo más claro y con menor rigor.

Es inminente que todavía nos encontramos en el reconocimiento e inspección de esta figura. Los aspectos teóricos y prácticos no están del todo claros, lo que nos genera incertidumbre y sobre todo inseguridad. Pero a pesar de las dificultades que sigue teniendo el fideicomiso, los avances normativos hasta hoy logrados deben ser remarcados ya que este contrato es un medio útil para los negocios económicos y la vida empresarial.