

**EL CONTRATO DE FIDEICOMISO. LA PERSONA JURÍDICA FIDUCIARIA**  
**Agustín MARTÍNEZ PLINIO**

**Resumen:** El presente, a manera de resumen, refiere a la fundamentación histórica y doctrinal de la figura del fideicomiso, su fuente contractual y la centralidad de la figura del Fiduciario. A su vez, respecto la persona jurídica se busca dilucidar sus orígenes y naturaleza jurídica en la legislación anterior, la actual y el derecho comparado. Finalmente se desarrollan las vicisitudes que pueden darse ante el nombramiento de una persona jurídica como fiduciario de un fideicomiso ordinario.

**Palabras Clave:** Fideicomiso- Fiduciario- Persona Jurídica- Contrato- Sociedades

**Abstract:** The present paper, summing it up, refers to trusts, as a legal figure, with its historical and doctrinal grounds; Contracts as its main source and the centrality of the Trustee as a part of the contract. Besides, Regarding the legal person, it seeks to elucidate its origins and legal nature in the previous legislation, the current one and the comparative law. Finally, the vicissitudes that can occur upon the appointment of a legal person as a trustee of an ordinary trust.

**Key Words:** Trust - Trustee- Legal Person - Contract- Corporations

## **INTRODUCCIÓN**

A lo largo del presente se intentará dar una noción, tanto histórica como actual, de la figura del fideicomiso y de la persona jurídica como tal.

El principal objetivo será entender el porqué de la expansión del fideicomiso en los distintos ordenamientos jurídicos y como un ente colectivo llegó a ser una opción valedera como figura central del mismo pudiendo, incluso, ser nombrada como fiduciario.

En un primer momento se tratarán los fundamentos históricos del fideicomiso. Su nacimiento, su evolución y su forma de impregnar las legislaciones, sobre todo las europeas y americanas. A la par, se buscará indagar en los fundamentos filosóficos y en los antecedentes de la persona jurídica en sí misma. Bien sabido es que tanto sus orígenes como su naturaleza jurídica han sido ampliamente discutidos a lo largo de la historia.

Siendo el Fideicomiso una figura ampliamente comentada, se intentará desarrollar las diversas posiciones doctrinales que lo rodean y hacer un análisis de su situación legislativa actual.

La sanción del Código Civil y Comercial de la Nación tuvo implicancias directas tanto en materia de fideicomiso como en materia de persona jurídica. Contamos ahora con una legislación específica relativa a un contrato típico cuál es el fideicomiso y, además, se legisló ampliamente en materia de Persona Jurídicas dejándose establecido un verdadero régimen general.

La realidad del tráfico jurídico mercantil propició a la utilización de personas jurídicas como fiduciarias por lo que se buscará explicar las vicisitudes de dicha designación. Para ello, habrá que adentrarse en cuestiones relacionadas a la materia societaria y comercial persiguiendo así vincularla al tema en cuestión. Especial importancia revisten las situaciones particulares que pueden sucederse si se opta por esta vía.

Respecto a la figura del fiduciario, parte central y objeto de la presente, se referirá a su designación, sus funciones y responsabilidades para, finalmente, determinar también las causales del cese de su función.

La temática reviste, a mi parecer, gran importancia por cuanto la figura del fideicomiso es ampliamente utilizada en el tráfico jurídico por lo que debemos considerar todo aporte para su esclarecimiento de suma utilidad.

## **CAPÍTULO PRIMERO: LA FIGURA DEL FIDEICOMISO.**

### **1. BREVE RESEÑA HISTÓRICA.**

#### **1.1. El Derecho Romano**

Bien sabido es que la “figura jurídica” del Fideicomiso remonta su origen al derecho romano siendo esencialmente un instituto basado en la confianza, la cual incluso le provee su nombre. Hablamos de una figura y/o instituto ya que, de acuerdo al momento histórico, el ordenamiento jurídico aplicable y la doctrina en la que nos enrolemos puede ser considerado un acto unilateral, un contrato, un patrimonio de afectación y/o una persona jurídica, entre otros.

En el Derecho Romano la fiducia, es decir la confianza, en la persona designada revestía trascendental importancia siendo incluso esencial para el acto. En sus comienzos no existían acciones tendientes al cumplimiento de la manda dada al fiduciario al que se le otorgaba un verdadero derecho real, por lo que resaltaba a todas luces la necesidad de contar con la buena fe del administrador constituyendo el cumplimiento un deber moral. El paso del tiempo revistió al instituto de ciertas formalidades tales como controles consulares y pretorianos.

Desde sus albores podemos identificar y/o diferenciar al instituto como acuerdo de voluntades o como una manifestación unilateral de voluntad. El derecho romano conoció ambas, teniendo implicancias en materia sucesoria también.

En sus inicios, la “garantía” fiduciaria venía de la mano de la entrega de la cosa lo cual generó grandes abusos por parte de los acreedores, sobretodo cuando enajenaban el bien a terceros sin que el deudor tuviera acción persecutoria. Este “pactum fiducia” recibió el nombre de “fiducia cum creditore”.

En paralelo a dicho pacto encontrábamos otro acuerdo de voluntades, denominado “fiducia cum amico” centrado ya más en el criterio de la confianza depositada en el administrador. Así, una parte, encomendaba a otra, por ejemplo, la administración de sus bienes. El acuerdo se formalizaba solo entre partes y el mismo no era conocido por terceros contratantes sobre los bienes encomendados en administración. Resultaba de suma utilidad para aquellas personas que se ausentaban de un lugar determinado y necesitaban que quien tuviera la manda de cuidar de sus bienes pudiera actuar con cierta libertad de acción. ROSENFELD destaca los inconvenientes que presentaba la figura: “... *al permanecer oculta la convención que limitaba las atribuciones del fiduciario, permitía la comisión de abusos que los contratantes de buena fe no estaban en condiciones de advertir...*”<sup>513</sup> Como vemos se necesitó del paso del tiempo para pulir ciertas conductas abusivas. Indudablemente, la figura revistió una importancia tal que llegó hasta nuestros días con conceptos similares, aunque con un alcance inimaginable para el ordenamiento jurídico romano.

---

513 Rosenfeld, Carlos. “Antecedentes históricos del fideicomiso” -1998- revista Verba Iustitiae. Revista De La Facultad De Derecho De Moron Nro. 7, Pág. 109 Universidad De Morón Id Saij: Dacf000121

En paralelo, tomaba relevancia el *fideicomisum* cuya causa fin residía en el beneficio a una persona luego de producida la muerte del causante. Dicho beneficiario, probablemente, carecía de capacidad para ser instituido heredero. El estipulante encargaba a un heredero la ejecución de la manda que consistía en la entrega de una cosa. Tal como sucedía con los *pactum*, en un principio las acciones le fueron negadas a los beneficiarios, siendo un mero deber moral el cumplimiento.

En el tema que especialmente nos compete, no existe aún en Roma una formada idea de persona jurídica y es la piedra troncal del fideicomiso la confianza en una persona física, aspecto que se desarrollará más adelante.

### 1.2. El Derecho Anglosajón.

El Derecho Anglosajón supo nutrirse del ordenamiento jurídico romano dándole un papel fundamental a la figura y otorgándole una impronta propia.

El denominado “*trust*” tuvo en realidad un precursor conocido como “*uses*”, estos últimos surgieron como una respuesta social ante presiones fiscales, clericales y/o feudales y se tradujo en la necesidad de proteger la propiedad o lograr transmitirla pese a los impedimentos vigentes en cada época y lugar. Evoluciona pasando a ser una figura con fines múltiples.

Coincide con su antecesor en los elementos y características que revestía, es decir, la buena fe y la confianza continuaban en su rol de pilares fundamentales.

Una parte transmitía a otra parte, o cedía sus derechos sobre, por ejemplo, una heredad tratando de evitar una confiscación o buscando una sustitución sucesoria, etc. Quedando en manos de nuevo propietario respetar el uso del beneficiario.

El derecho inglés, intentando superar su extremo rigorismo medieval, vio surgir un segundo sistema en que se recurre a la cancillería en búsqueda de una justa solución a los conflictos generados por el derecho común. La cancillería comienza a aplicar el “*equity*” en sus resoluciones dando un manto de protección al beneficiario.

Así las cosas, el dualismo permitió se apacigue la situación y se ponga un cierto control sobre el uso abusivo de la figura. KIPER Y LISOPRAWSKI<sup>514</sup> marcan que la función de la cancillería era “...*morigerar los efectos del use, su cumplimiento no dependió ya de la conciencia del feoffee to use sino que el canceller podía compelerlo a cumplir sus obligaciones...*” se creaba entonces una dualidad en materia de propiedad, así el derecho del titular propiamente dicho, regido por el derecho común y la del beneficiario amparada por la *equity law*.

La situación bifronte deviene en la sanción del reconocido “*statute of uses*” que termina por reconocer al beneficiario como el verdadero propietario. Bilbao Aranda explica “...*cuando una persona tenía una heredad en provecho de otra, use, trust, a la persona llamada a recoger los frutos y ventajas de la heredad se la reputo legalmente posesionada de esta heredad, mientras que antes no tenía mas que el disfrute...*”<sup>515</sup>.

Comienza así a reconocerse y/o equipararse el *Use* al *Trust*. Las decisiones judiciales se entremezclan. Primero se limita la aplicación del *statute of uses* a través del *trust*, luego se

---

514 KIPER, Claudio M. - LISOPRAWSKI, Silvio V.- Tratado de Fideicomiso- Tomo I. Tercera edición. Pág. 5. Ed. Abeledo Perrot año 2012

515 BILVAO ARANDA, Facundo M. El contrato de Fideicomiso Inmobiliario en la Argentina. Ed. Abeledo Perrot. Pag 19. año 2012.-

considera que el trust se circunscribía a negocios de importancia para concluir en una recopilación de dichas resoluciones en un único acto.

El Fideicomiso anglosajón comienza entonces a ser una herramienta de uso generalizado, con infinidad de objetivos y en el cual terminan abrevando (en parte) las legislaciones latinoamericanas.

### 1.3 El Derecho Europeo.

Las legislaciones europeas occidentales, sobretudo en momentos decisivos como el de la codificación decimonónica, optó en su mayoría, por dejar de lado la figura del fideicomiso como hoy la conocemos. Fundamentalmente el rigorismo respecto el carácter absoluto de la propiedad y el concepto de patrimonio influyeron en la decisión. Otro factor determinante fue el intento del legislador del momento de evitar grandes concentraciones de riquezas echando mano a sustituciones fiduciarias.

Es a partir de la segunda mitad del siglo XX que surge la necesidad de su incorporación, incluso varios países europeos suscriben en La Haya en el año 1985<sup>516</sup> convención referida, entre otros temas de derecho internacional privado, a los fideicomisos y sus efectos. La realidad posterior mostró que numerosos ordenamientos jurídicos y compañías inversoras internacionales utilizaban el formato trust por lo que era menester compatibilizar los principios jurídicos de las legislaciones continentales europeas y la figura sajona del trust.

El emblemático Código Civil Francés, pese a que existían en siglos anteriores aplicaciones particulares del fideicomiso romanista, optó por descartar la figura del fideicomiso. Expresamente se consignó la prohibición de sustitución fiduciaria en el mismo.

Los cambios sucedidos en la europa del Siglo XX, por los motivos ya expresados más arriba, junto con una necesaria actualización del código napoleónico, culminan en una reforma al mismo que introduce de manera expresa la figura. Respecto el objeto del presente, justamente se centra fundamentalmente su art. 2015 en la persona jurídica como fiduciaria del mismo.

En Italia también el codificador optó por excluir al Fideicomiso. En un proceso similar al francés, suscribe el convenio de La Haya, que ratifica y lo hace derecho interno en el año 1992. En paralelo crea una figura jurídica denominada "*trust interni*" que permitía la creación de fideicomisos radicados en Italia mas regidos por la ley extranjera. La práctica contractual fiduciaria se expandió en dicho país de manera generalizada, doctrina y jurisprudencia son contestes en aceptar que la persona fiduciaria puede ser tanto física como jurídica.

El derecho alemán nunca estuvo ajeno a las disposiciones relativas al fideicomiso. Pese a no estar expresamente regulado en el BGB<sup>517</sup>, el derecho alemán trató detalladamente el tema sobretudo a través del reconocido "*Treuhand*" que divide el derecho de propiedad e impone al derecho adquirido una condición resolutoria.

---

516 Define en su art. 2.: "For the purposes of this Convention, the term "trust" refers to the legal relationships created - inter vivos or on death - by a person, the settlor, when assets have been placed under the control of a trustee for the benefit of a beneficiary or for a specified purpose. A trust has the following characteristics. a) the assets constitute a separate fund and are not a part of the trustee's own estate. b) title to the trust assets stands in the name of the trustee or in the name of another person on behalf of the trustee; c) the trustee has the power and the duty, in respect of which he is accountable, to manage, employ or dispose of the assets in accordance with the terms of the trust and the special duties imposed upon him by law. The reservation by the settlor of certain rights and powers, and the fact that the trustee may himself have rights as a beneficiary, are not necessarily inconsistent with the existence of a trust."

517 Bürgerliches Gesetzbuch, Código Civil Alemán.

En resumen, y habiendo desarrollado sólo una breve reseña, podemos observar como la figura del fideicomiso penetra de distinta manera en las legislaciones de cada país europeo en particular. Varios estados han intentado repelerlo, otros tomaron en camino de legislarlo de manera expresa y en una tercera concepción intentaron contenerlo, pero solo por la realidad del comercio internacional. Coinciden los ordenamientos en permitir, incluso en algunos casos promover, que la figura del fiduciario recaiga en una persona jurídica.

#### **1.4 El Derecho Latinoamericano.**

Similar al proceso europeo, la legislación latinoamericana (de base romanista) chocó en un principio con la idea del trust anglosajón. No podía concebirse un derecho de propiedad que careciera del carácter de perpetuidad y/o exclusividad.

Históricamente Latinoamérica, casi en su totalidad, se volcó en la búsqueda de un intercambio comercial con Estados Unidos. La legislación americana, parte del common law, se respaldaba en reiteradas oportunidades en la figura del trust por lo que comenzó a gestarse un cambio primeramente en el derecho comercial, cuya base consuetudinaria es cambiante.

Méjico y Panamá son los estados más influidos a principios del Siglo XX por estas prácticas lo que lleva a los panameños a ser el primer ordenamiento jurídico latinoamericano en incorporarlo con características propias. Señalan Kiper y Lisoprawski<sup>518</sup> que fue gracias a Ricardo Alfaro, reconocido doctrinario de nacionalidad panameña, que se sientan las bases para un concepto de “fideicomiso latinoamericano”.

Son contestes los autores en admitir que existe una conjugación de los principios del fideicomiso romano y el anglosajón que han creado una figura que, a grandes rasgos, puede diferenciarse de ambos creando una nueva concepción.

La figura tomó relevancia en la primera mitad del Siglo XX, momento en el cual se lo circunscribe a actividades bancarias que buscaban el fomento del comercio, sobretodo en Méjico.

Como caracteres comunes pueden resaltarse la creación de patrimonios separados, la constitución por acto unilateral o contractual y la necesidad de que se tenga un objeto-fin a lograrse.

Respecto al fiduciario, la persona jurídica es troncal en prácticamente todas las legislaciones persiguiéndose que sociedades comerciales y entidades financieras o profesionales se dediquen profesionalmente a la tarea del administrador.

## **2.- EL FIDEICOMISO EN LA LEGISLACIÓN ARGENTINA**

### **2.1- El Código Civil. La ley 24441.-**

El codificador no dedicó grandes consideraciones en materia de fideicomiso, limitándose a prohibir las sustituciones fiduciarias y a incluirlo como una especie de “dominio imperfecto” atento su revocabilidad. El tan comentado art. 2662 generó las más diversas construcciones doctrinarias. Salas y Trigo Represas, glosando dicho artículo, sostenían a modo de ejemplo “...la *garantía*

---

518 Op. citada

*mediante la venta de un terreno con pacto de fiducia no está admitida en nuestro derecho, sin que pueda hacersela revivir en virtud del principio de libertad contractual - 1197- ....*<sup>519</sup>.

Por su parte, Molina Sandoval, sostuvo que previo a la vigencia de la ley especial ya se podía libremente constituir dominios fiduciarios. Mariani de Vidal, en la misma línea, planteaba la posibilidad de su constitución, aunque aclaraba “...el fideicomiso sólo puede crearse por actos entre vivos y relativamente a cosas determinadas. Están prohibidos los fideicomisos universales y los establecidos por actos de última voluntad...”<sup>520</sup>

Los intentos legislativos no fueron pocos, así el renombrado proyecto Michelson presentado con fines de expansión económica, el proyecto de reformas del año 1992 que introducía la posibilidad de su constitución por contrato o testamento. Los proyectos presentados por diversas comisiones de legisladores, etc. Todo ello llevó a la sanción de la ley 24.441 que comenzara a regir en el año 1995.

La ley en cuestión no fue exclusivamente destinada a regular el fideicomiso, sino que se tituló “financiamiento de la vivienda y la construcción” lo que se llevó cierta crítica de la doctrina al no darle la importancia que ameritaba la temática. Pese a ello, el avance fue notable, es a partir de ese momento que contamos con un contrato nominado y especialmente regulado. Contrario a lo que sucedía con el art. 2662 expresamente la ley refiere a él como un contrato e impone diversos requisitos. Incluso acepta su constitución por disposición testamentaria.

La propia ley nos brindaba una definición clara al respecto, en su artículo primero: “*Habrà fideicomiso cuando una persona (fiduciante) transmita la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (fiduciario), quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato (beneficiario), y a transmitirlo al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario.*” como notas distintivas encontramos existen al menos dos desplazamientos o traspasos de propiedad desde el fiduciante al fiduciario y desde éste al destinatario final en un momento posterior. Confluyen disposiciones de derechos reales, al referirse al dominio imperfecto y de derechos personales al tratarse esencialmente de un contrato.

El gran protagonista será el FIDUCIARIO, materia de estudio en la presente, encargado de la administración. Podrá ser tanto una persona física como jurídica, sin que la ley de lugar a discusión. Sobre este punto se desarrollará *in extenso* más adelante.

La ley en cuestión tuvo vigencia plena durante veinte años, siendo reemplazada por el Código Civil y Comercial de la Nación. El fideicomiso excedió con creces el fin al que lo circunscribió el título de la Ley llegando a ser una útil herramienta jurídica para múltiples objetivos, aunque, en no pocas situaciones, un canal de actividades fraudulentas.

## **2.2- El Código Civil y Comercial de la Nación.**

A partir del año 2015 el contrato de fideicomiso pasa a ser no solo un contrato típico sino también codificado. Entre los fundamentos de la comisión redactora se destaca el hecho de que “...se han adoptado decisiones para promover la seguridad jurídica en las transacciones mercantiles...” y es por ello que se incluye en el articulado dicho contrato.

---

519 SALAS, Acdeel Ernesto. TRIGO REPRESAS, Félix A- Código Civil y leyes complementarias anotado. 2da edición actualizada, pág.700. ed: Depalma- año 1974.

520 MARIANI DE VIDAL, Marina. Curso de Derechos Reales. Tomo I. Pag 362. ed. Zavalía. año 1988.-

No existieron grandes variaciones de fondo ya que, nuevamente citando los fundamentos de la comisión redactora “...El régimen vigente no merece cambios profundos, pues no ha mostrado grandes problemas de interpretación y aplicación, y demostró eficiencia en su aplicación...”

Así el nuevo art. 1666 nos trae la definición actual “Hay contrato de fideicomiso cuando una parte, llamada fiduciante, transmite o se compromete a transmitir la propiedad de bienes a otra persona denominada fiduciario, quien se obliga a ejercerla en beneficio de otra llamada beneficiario, que se designa en el contrato, y a transmitirla al cumplimiento de un plazo o condición al fideicomisario.” Con criterio similar al de la ley 24441 se define al contrato de fideicomiso, aunque con algunas precisiones: Queda de esta manera zanjada la discusión, aunque de una doctrina minoritaria, de que se tratara de un contrato real admitiendo la promesa de transmisión de la propiedad; Se deja plasmado con claridad que se trata de un contrato (aunque pueda ser instituido por testamento) incluso legislándolo dentro de la materia contractual; Se pone en cabeza del fiduciario la mayor responsabilidad ya que no hay lugar a dudas que NO se crea una persona jurídica.

Los Dres. Tinti y Calderón consideran existen tres elementos esenciales en el contrato de fideicomiso: El primero de ellos, expresan, es la existencia de sucesivas transferencias, es decir del fiduciante al fiduciario y posteriormente del fiduciario a quien resulte destinatario final de los bienes. El segundo elemento esencial lo centran en la necesidad de contar con un plazo o condición. Y, por último, es que la propiedad transmitida lo sea a título fiduciario. “...y también resulta esencial a nuestro juicio que la primera transferencia de propiedad sea a título fiduciario, entendiéndose por ello que no se incorpora al patrimonio del sujeto designado como fiduciario sino como patrimonio separado y afectado a una finalidad prevista...”<sup>521</sup>.

Como se puede observar claramente, el ordenamiento jurídico argentino se inclina por la postura que considera que no se trata de una persona jurídica sino, más bien, de un contrato propiamente dicho que genera un cúmulo de derechos y obligaciones y que tiene su centro en la persona del fiduciario. El fiduciario, podrá ser una persona física o jurídica siempre que no se oferte al público como fiduciario, en tal caso deberá ser una entidad autorizada al efecto.

## **CAPÍTULO SEGUNDO: LA PERSONA JURÍDICA**

### **1.- ANTECEDENTES**

#### **1.1. Breve reseña histórica.**

Los antecedentes históricos de la “persona jurídica” como tal no se encuentran exentos del debate doctrinal. No es posible, prima facie, determinar un origen concreto y exacto.

Algunos autores marcan el comienzo de su existencia en el derecho romano, pues dicen ya se concebía la noción de una idea de colectivo unificado sin adentrarse en cada una de las partes del mismo. El Dr. Eduardo Elguera sostuvo “... desde comienzos de la época clásica. vemos que hay grupos de personas unidas con un objeto determinado, formando corporaciones o colegios que obran como verdaderos sujetos de derecho. Como estos grupos constituyen unidades jurídicas, formadas por personas, los comentadores les dieron el nombre de “Universitates Personarum”<sup>522</sup>

---

521 TINTI, Guillermo P. - CALDERÓN, Maximiliano R.- Contratos Parte Especial- 1 edición- pág 427.- Ed. Zavalia. año 2017.-  
522 <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/6/el-concepto-de-la-persona-juridica-en-el-derecho-romano.pdf>

continúa manifestando que posteriormente se reconoció a ciertos municipios como “unidades jurídicas” más allá de la totalidad de sus miembros individuales.

Por su parte Salvat, de manera tajante, comienza su capítulo referido a los antecedentes históricos de la figura manifestando: “*La teoría de la personalidad jurídica ha tenido su origen en el derecho romano...*”<sup>523</sup> siempre refiriéndonos a la abstracción de una idea de colectivo. De manera coincidente el Dr. Juan Carlos Palmero nos habla de una primer gran etapa histórica donde surge el llamado principio de diferenciación hoy plasmado en el art 143 del CCCN.

Sin perjuicio de lo desarrollado, se puede dilucidar que la idea de “colectivo” viene principalmente, en la época romana, de la mano del derecho público y paulatinamente se va trasladando al derecho privado.

En el derecho europeo posterior comienzan a existir indicios de su reconocimiento. Así, en materia de derecho público cobra relevancia el fisco, las municipalidades, etc. El Derecho Canónico empieza, en paralelo, a reconocer a la Iglesia como ente autónomo.

Se comienza paulatinamente a transitar el camino del reconocimiento, sobretodo en la edad media, de la diferenciación entre la persona física y el colectivo que derivan en la formulación de diversas teorías.

Los Dres. Richard y Junyent Bas explican que la teoría de la ficción legal, predicada por Savigny, expresa que la ley recurre a una ficción legal con fines de lograr diferenciarla de la persona jurídica. A su vez, divide a la persona jurídica entre aquellas necesarias (estado) y las que requieren autorización estatal para funcionar, en cabeza de quien pone la facultad para determinar su existencia. En paralelo, enseñan los autores, la Teoría Organicista sostenida por Grocio y Puffendorf distingue la persona física de la moral manifestando que esta última tendrá su propia sustancia, un “cuerpo moral”.<sup>524</sup>

Sostenía el Dr. Buteler Cáceres que las teorías acerca de la naturaleza jurídica de la persona jurídica podían clasificarse en tres: la primera de ellas, la de la ficción legal ya citada. En segundo lugar, encontramos las teorías negativas que no consideran sea la persona jurídica un sujeto de derecho basándose, sobretodo, en el empirismo y en la crítica al subjetivismo de Kelsen. En tercer lugar, la teoría realista seguida entre otros por Gierke, que plantea la real existencia de un ente colectivo como fenómeno social y la aparición de una voluntad común distinta a la de cada integrante particular.<sup>525</sup>

A partir del siglo XIX resalta la dicotomía entre quienes sostenían que el nacimiento de la persona jurídica venía de la mano de la autorización estatal y quienes veían en la intervención del estado un mero reconocimiento. Las distintas teorías y concepciones determinaron que las legislaciones no hayan sido uniformes a la hora de dejar plasmadas las mismas en el ordenamiento jurídico.

Varios países europeos, durante su codificación, no receptaron la figura o la trataron de manera aislada y/o limitada. En un principio el Código Napoleónico dejó de lado a la persona jurídica para

---

523 Salvat Raymundo M. Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General. Décima Edición. pág 650. ed Tipográfica Editora Argentina. Año 1954.-

524 Junyent Bas Francisco. Richard, Efraín Hugo. Acerca De La Persona Jurídica.  
<http://www.acaderc.org.ar/search?SearchableText=persona+juridica> -

525 Buteler Cáceres, Jose A. Manual de Derecho Civil. Parte General. Editorial Abaco, Bs. Aires. 1975



terminarse por incorporarla en reformas introducidas comenzado el siglo XX. El derecho Alemán también se mostró reticente.

Como veremos a continuación, nuestro codificador dejó plasmada una verdadera teoría general de la persona jurídica que sería sumamente ventajosa y que serviría como fuente directa del actual CCCN.

### 1.2.- Legislación argentina. Siglo XIX- Siglo XX

Tal y como se refirió más arriba, Vélez Sarsfield impone una parte general y una teoría general de la personalidad. Divide así la persona física de la ideal. Destaca nuestro codificador, en su nota al derogado título referido al tema, que utiliza el término persona jurídica como un opuesto a la persona natural para mostrar que *ellas no existen sino con un fin jurídico*. El mismo aclara que su fuente directa es Freitas quien toma las doctrinas de Savigny.

Por exclusión, el art. 32, definía: *todos los entes susceptibles de adquirir derechos y contraer obligaciones, que no son personas de existencia visible son personas de existencia ideal o personas jurídicas.*"

Podemos deducir entonces como se le otorga al nuevo sujeto un verdadero cúmulo de derechos y obligaciones dotando al ente ideal de capacidad para actuar en la vida civil. Se regula su clasificación, comienzo de existencia y fin de la misma.

El codificador fue especialmente concreto en las notas al articulado del título de referencia. Intentó, exitosamente a mi parecer, tomar postura acerca que como debe diferenciarse el ente y sus partes y la importancia de los representantes en su actuación. *"... el carácter esencial de una corporación es que su derecho repose, no sobre sus miembros reunidos, sino sobre un conjunto ideal..."*<sup>526</sup>

En paralelo se desarrollaba el Derecho Comercial, especialmente en lo referido a "sociedades". El Código de Comercio, en el título III, reguló la materia societaria no sin generar un gran debate acerca de sus alcances. Así, comienza a existir la distinción entre las sociedades civiles y comerciales. Ambas se constituían por contrato, aunque se discutía que crearan una persona jurídica. Zavala Rodríguez sostuvo *"las sociedades pueden ser civiles o comerciales... según su objeto, salvo las sociedades anónimas..."* para continuar explicando que es casi unánime la doctrina de la época que reconoce en las sociedades comerciales la personalidad.<sup>527</sup> La discusión tiene su origen en el listado de personas jurídicas enumeradas por el Código civil en su art. 33 que sólo reconocía las Sociedades Anónimas.

La ley 19950 viene a derogar el articulado del Código de Comercio referido a las sociedades y a establecer una rama específica y regulada detalladamente al respecto. Pese a que existían voces en la búsqueda de la unificación de las sociedades civiles y comerciales, la ley 19550 marca la diferencia nuevamente regulando la materia mercantil y consagrando en su art. 2 la existencia y creación de un verdadero sujeto de derecho.

Es así como durante el Siglo XX se mantiene la postura de un sistema societario civil y comercial y se consagra la personalidad jurídica societaria.

---

526 Código Civil Argentino. Nota al art. 35.-

527 Zavala Rodríguez, Carlos Juan. Código de Comercio y leyes complementarias comentados y concordados. Tomo I. Ed. Depalma. año 1959

## 2.- EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

El CCCN receta, en su Libro Primero relativo a la parte general, un título dedicado a la parte general de la persona jurídica. Los fundamentos del anteproyecto explican “...*La regulación de las personas jurídicas en la parte general de un código civil y comercial unificado se circunscribe a la finalidad de establecer un sistema también general, aplicable a todas las personas jurídicas. Sin embargo, esta puridad dogmática debe ceder a la conveniencia de incorporar las regulaciones de las asociaciones civiles, las simples asociaciones y también las fundaciones...*”<sup>528</sup> Así vemos existe hoy en día una parte general de la personalidad jurídica aplicable a todo el ordenamiento, sin perjuicio de las disposiciones de cada ley especial. Fundamento de ello, también, es el proceso unificador en que se intentó evitar contradicciones en materia de capacidad, nombre, domicilio, etc. Llama la atención, y así lo han remarcado varios autores, la falta de una teoría general y es que el legislador ha optado por regular aquello que atañe a la persona física y a la jurídica, eliminando el art. 31 pilar de una teoría general.

Sostuvo el Dr. Junyent Bas, respecto a la nueva parte general, “... *La reformulación del Código Único articula una teoría general de la persona jurídica admitiendo la fuerza jurígena de la voluntad de los integrantes para crear un ente con personalidad, salvo supuestos especiales que requieran autorización. En esta línea, reconoce que la persona jurídica privada comienza desde su constitución, y no necesita autorización legal para funcionar, así como también que tiene una personalidad distinta de la de sus miembros...*”<sup>529</sup>

El art. 141 nos trae, ahora sí, una definición en sentido positivo “*Son personas jurídicas todos los entes a los cuales el ordenamiento jurídico les confiere aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación.*” La definición legal pone de manifiesto la recepción de la postura doctrinal que sostiene que el estado “confiere” la aptitud. Se critica la misma cuando refiere a los “fines de su creación” como si fuese una limitante a su capacidad confundiendo el fin con su objeto. En concordancia, el art. 142 viene a zanjar toda discusión acerca del comienzo de la existencia instituyendolo en la constitución y no exigiendo autorización estatal.

Adentrándonos en la materia que nos compete, cabal importancia reviste la personalidad diferenciada del art. 143 por cuanto nos permite distinguir, a la hora de nombrar una persona jurídica fiduciaria, entre cada una de las partes que la compongan y el todo.

En materia societaria los cambios a partir del año 2015 fueron sustanciales. Como primera medida se dispuso directamente omitir cualquier referencia a la sociedad civil, postura que provocó la reacción de diversos autores que veían en la sociedad civil una útil figura del tráfico jurídico. En segundo lugar, la ley de sociedades comerciales cambió su denominación a ley general de sociedades, de manera de incluir aquellas cuyo objeto no fuera mercantil. En tercer lugar, se creó la tan comentada Sección IV cuyos preceptos serán aplicables, según una amplia doctrina, a las históricas sociedades civiles, de hecho y las irregularmente constituidas, entre otras. Por último, es dable destacar la posibilidad de existencia de sociedades unipersonales.

---

528 FUNDAMENTOS DEL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN.  
<http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>

529 Junyent Bas, Francisco. Apostillas Sobre La Persona Jurídica En El Código Civil Y Comercial. Publicación: Doctrina Societaria Y Concursal Errepar (Dsce)- Tomo/Boletín: -xxvii-página: Mes: Febrero Año:2015

## CAPÍTULO TERCERO: EL FIDUCIARIO

### 1.- Noción

Resulta superfluo destacar que el fiduciario es la figura central del contrato de fideicomiso. Sea que se lo nombre como tal, o administrador, trustee, etc. su función, al menos en nuestra legislación, viene de la mano de ejercer la propiedad fiduciaria de los bienes que le son transmitidos. ¿Cómo se debe ejercer dicha propiedad?, en procura de obtener beneficios para los denominados beneficiarios y de transmitirlos al fideicomisario al cumplimiento del plazo o de la condición impuesta en su creación. En la Argentina el fiduciario es parte esencial de un contrato de fideicomiso y puede revestir la calidad de persona física o jurídica.

Molina Sandoval ilustra que debe entenderse por fiduciario “... a la persona física o jurídica que se obliga a recibir del fiduciante la propiedad fiduciaria de bienes determinados y que deberá ejercer en beneficio de una persona designada en el contrato hasta tanto se cumpla el plazo o condición, luego de la cual deberá transmitirlo a quien se designe al finalizar el contrato...”<sup>530</sup> Por su parte, el Dr. Guillermo Tinti sostuvo: “...Fiduciario es el sujeto que interviene como parte en el negocio de fideicomiso y que adquiere la propiedad fiduciaria de los bienes que le transmite el fiduciante, con la misión ordenada de ejercer esa propiedad en beneficio de otro sujeto y la obligación de transmitir los bienes al advenimiento de un plazo o condición.”<sup>531</sup>

El fiduciario es parte esencial del contrato por cuanto, al menos, es necesario contar con un fiduciante y un fiduciario para lograr que se perfeccione. Su rol será, básicamente, el de administrar el patrimonio fideicomitado.

Entonces, ¿cuál será la naturaleza de la relación jurídica entre el fiduciario y el fideicomiso? Algunos han sostenido se trata de un mandatario, de un prestador de servicios, incluso se ha planteado la posibilidad de considerarlo un “órgano” asimilándolo a una sociedad.<sup>532</sup> Considero, por su complejidad y autonomía, no debe ser equiparado a otra figura contractual. El fiduciario es, en sí mismo, parte de un contrato nominado y el legislador se ha ocupado de dejar plasmados sus derechos y obligaciones. Ello sin perjuicio de normativa que pudiera ser aplicable por analogía y/o haciendo uso del diálogo de fuentes en cada caso particular.

Se debe tener en cuenta el abanico de derechos y obligaciones que recaen en cabeza del fiduciario y es que frente a cada parte deberá actuar de manera diferente. Habrá que hacer foco en cada relación jurídica y en cada caso particular sobre todo teniendo en cuenta que no es lo mismo ser fiduciario de un fideicomiso de administración que de aquel que tenga como fin la inversión o un desarrollo inmobiliario, etc. Sin perjuicio de las particularidades, la ley exige como estándar de responsabilidad mínimo el de un buen hombre de negocios y prohíbe se lo dispense de rendir cuentas.

El elemento de la “confianza” ha sellado a fuego esta figura. Así también lo entiende el Dr. Hayzus, en su obra referida al tema, planteando dos notas características del fiduciario para ser designado como tal: la primera está inclinada en contar con las cualidades necesarias y la segunda será el sentimiento de mutua confianza<sup>533</sup>.

530 Molina Sandoval, Carlos A. El Fideicomiso en la dinámica mercantil. tercera ed. actualizadas. Ed. B de F. año 2013.-

531 Tinti Guillermo Pedro. FIDEICOMISO. Teoría y Práctica. ed. Alveroni Ediciones. Año 2008. pag 57.-

532 Papa, Rodolfo G. Relación Jurídica Entre El Fiduciario Y El Fideicomiso. Inaplicabilidad De La Legislación Laboral. Calificación De La Prestación O Actividad Realizada Por El Fiduciario

. Doctrina Societaria Y Concursal Errepar (Dsce). Tomo/Boletín: Xxvi. Mes: Febrero. Año: 2014

533 Hayzus Jorge Roberto. Fideicomiso. 3ra edición actualizada y ampliada. pág 160. Ed. Astrea. Año 2011.

El concepto de confianza ha ido mutando con el correr del tiempo. Salvo excepciones, ya no se emplea de la forma de la que fue en un principio. Como primera medida, hoy se cuenta con acciones tendientes a controlar el actuar del fiduciario, y, en segundo lugar, cuando se trata de grandes operaciones del tráfico jurídico se tiende cada vez más a la profesionalización de la figura.

## 2.- El Fiduciario Profesional:

Tal y como se viene manifestando, el fideicomiso, se ha convertido en una herramienta útil para los fines más diversos. Así, encontramos aquellos cuyo objeto recae en el desarrollo de un complejo inmobiliario, de administración de un patrimonio, de beneficencia, de administración de un paquete accionario. etc.

Sin perjuicio de lo mencionado, en una visión legalista, podemos clasificarlo como fideicomiso “ordinario” o “financiero”. Centrándonos en el fideicomiso ordinario, es que nos preguntamos acerca de la profesionalización del fiduciario ya que, a todas luces, el fiduciario de un fideicomiso financiero deberá atenerse a reglamentaciones especiales como entidad financiera o sociedad especializada (art. 1690 CCCN).

Nuestra legislación no refiere a requisito alguno de ciencia, técnica, experiencia o profesión a la hora de designar un fiduciario. Llamativo es que el art. 1673 reza textualmente “...puede ser cualquier persona...”. Ello no quita que, a la hora de redactar un contrato, se pueda exigir (además de la confianza) una pericia adecuada para la función a ejercer.

Adentrándonos en el art. 1674, nos trae una “pauta de actuación” basada en el histórico piso de responsabilidad referido “en el buen hombre de negocios” y claramente inclinándose hacia una responsabilidad subjetiva y vinculada a una obligación de medios. La ambigüedad del término puede prestar a confusión, creo recomendable establecer parámetros y objetivos a cumplir por el fiduciario acordes a su función en especial. Tanto para el fiduciario como para las restantes partes sería conveniente contar con el mayor detalle para poder así reclamar el cumplimiento de lo acordado.

Algunos autores consideran al estándar de responsabilidad impuesto como una útil herramienta ya que, del mismo, podría desprenderse la obligación de pericia en el actuar del fiduciario. Lisoprawski, literalmente sostenía “específicamente, el fiduciario debe conocer las reglas, las costumbres, las prácticas y los métodos propios del tipo de negocios que se comprometió a realizar, de lo contrario, habrá impericia”<sup>534</sup>. Se ha marcado la necesidad de contar con una persona idónea para el encargo a cumplimentar.

En derecho comparado numerosos ordenamientos jurídicos han optado por la “profesionalidad del fiduciario”, restringiendo quiénes pueden detentar la calidad de fiduciarios. Ejemplos claros son: el colombiano donde son entes sujetos a control, en Perú deberá ser ejercido por una empresa del sistema financiero nacional<sup>535</sup> y está sujeto a contralor. La profesionalidad exigida viene de la mano del nombramiento de una persona jurídica que, de acuerdo a cada legislación, debe cumplir con requisitos preestablecidos. Ahora, cabe preguntarse, ¿y si exigimos profesionalismo a una persona humana? es decir, no necesariamente recaer en la exigencia de la creación de un ente ideal.

---

534 Lisoprawski, Silvio V. Práctica del fideicomiso. Problemas y Soluciones. 1ed. pag 368. Abeledo Perrot. Año 2009.-

535 Art. 241 ss y cc Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros LEY N° 26702. Perú.

En la vereda de enfrente tenemos legislaciones como la argentina, en consonancia, Quebec expresamente refiere en el art. 1274 de su Código Civil “*Any natural person having the full exercise of his civil rights, and any legal person authorized by law, may act as a trustee.*” Básicamente permite que cualquier persona natural, que cuente con capacidad suficiente, o cualquier persona jurídica podrá desempeñarse como fiduciario. Debemos notar que el término “*any*” puede traducirse como “cualquier” término utilizado en el art. 1673 de nuestro CCCN.

En conclusión, encontramos ordenamientos jurídicos inclinados hacia la búsqueda de un fiduciario profesional en la materia y otros que optan por la libertad de contratación. Cabe destacar, nuevamente, que el ordenamiento argentino limita la libertad de elección cuando se trata de oferta al público. La práctica ha demostrado que la falta de control ha provocado abusos y nombramientos de fiduciarios que, a todas luces, son meras “pantallas” frente a quienes toman las verdaderas decisiones. Puntualmente, a manera de ejemplo, en los desarrollos inmobiliarios, muchas veces la figura del fiduciario se ve desdibujada y debe administrar cantidades importantes de dinero, lo que lleva a un desmanejo que termina en la liquidación del fideicomiso solicitada por alguno de sus acreedores.

Lo mencionado no implica que considere deba limitarse la libertad de contratación sino, más bien, la existencia de cierto contralor para determinados casos de relevancia para terceros.

## **CAPÍTULO CUARTO: LA PERSONA JURÍDICA FIDUCIARIA**

### **1.- Noción**

Se han desarrollado hasta aquí, de manera acotada, los fundamentos históricos y doctrinales del por que de la existencia de una persona jurídica que actúe como fiduciaria. Evidentemente, la idea era inconcebible en sus inicios, pero, el devenir de los años, el tráfico mercantil y la necesidad de limitar la responsabilidad de las partes intervinientes llevaron a que sea expandida la práctica.

Actualmente la realidad lleva, cada vez más, a encontrar una persona jurídica desempeñando la función fiduciaria. Más específicamente, las “sociedades comerciales” han acaparado la mayor atención. El rol a desempeñar y su característica de ser un contrato de ejecución continua deviene en un temor de la persona física o humana a asumir el riesgo que implica.

Primeramente, debemos distinguir la persona jurídica fiduciaria del fideicomiso en sí mismo. Hemos dejado claro que en nuestro ordenamiento no se ha dotado de personería jurídica al fideicomiso, limitándose el legislador a crear un patrimonio separado al de las partes. Por más que el fiduciario sea una persona jurídica titular del dominio fiduciario ello no conlleva que se haya creado una nueva persona jurídica. De igual manera, si los fiduciantes lo fueran.

Las confusiones vienen de la mano de la especial figura del fiduciario ya que, como adelantamos, no puede ser considerado un “órgano” propiamente dicho. Nos encontramos frente a una situación *sui generis* que da nacimiento a un “patrimonio separado”.

### **2.- Designación. Situaciones particulares.**

El fiduciario es parte esencial y figurará en el contrato original como tal. En caso de que la actividad fiduciaria recaiga en una persona jurídica será quien tenga a su cargo la administración de la “sociedad” quien deba prestar consentimiento suscribiendo el contrato. La práctica ha determinado que, usualmente, suelen ser fiduciarios Sociedades de Responsabilidad Limitada, Sociedades Anónimas y, más recientemente, las Sociedades por Acciones Simplificadas.

Debemos analizar el caso de la sociedad “en formación” y/o “en etapa de registración”. Así, se presenta el caso de una sociedad que ya cuenta con contrato constitutivo y el mismo aún no se encuentra inscripto en el respectivo Registro Público, a pesar de ello se propone ser fiduciaria. ¿Será factible? para dar respuesta debemos tener en cuenta que en la materia de sociedades en formación la doctrina no ha sido, históricamente, unánime.

Algunos autores consideraron la registración como “constitutiva” restando validez a los actos que puedan desempeñarse en el iter constitutivo<sup>536</sup>. Otros, tildaban a las mismas de “irregularmente constituidas” (hoy sección IV de la ley). Verón, por su parte, hablaba de una registración constitutiva pero le otorgaba efecto retroactivo a la fecha del otorgamiento del instrumento constitutivo<sup>537</sup>.

En un punto intermedio, coincidimos con quienes ven en la sociedad en formación un verdadero sujeto de derecho en los términos del art. 4 de la ley 19550 y creemos debe tenerse en cuenta el art. 142 del CCCN por cuanto el comienzo de la existencia de la persona jurídica lo es desde su constitución. El art. 7 de la Ley General de Sociedades, al exigir la registración, lo hace con efecto de otorgar “regularidad”. Por todo ello, considero posible que una sociedad en formación suscriba un contrato de Fideicomiso, siempre teniendo en cuenta que su objeto lo permita.

Debemos ahora a centrarnos en el “objeto social” de la sociedad fiduciaria. El art. 11 de la Ley General de Sociedades en su inciso tercero exige que en el instrumento constitutivo se cuente con una descripción precisa y determinada del objeto. Zunino, nos dice que el objeto “...es un elemento esencial que determina la capacidad y por ende los límites a la actividad societaria y sus administradores...”<sup>538</sup> entonces, ¿debe encontrarse expresó en su objeto social la actividad fiduciaria? ¿podrá desempeñarse como tal si es similar el objeto del fideicomiso y el de la sociedad fiduciaria? como ejemplo, podría mencionarse, una sociedad cuyo objeto social sea la inversión y el desarrollo de complejos inmobiliarios y un contrato de fideicomiso que tenga como objeto la construcción de un edificio y la adjudicación de sus unidades a los beneficiarios. Considero que, de estar previsto expresamente, podrá la sociedad suscribir el contrato sin objeción alguna pues dentro de sus previsiones se encontrará la de desempeñar el rol de fiduciaria y recibir el dominio fiduciario en tal sentido. La cuestión se torna al menos vidriosa cuando no se establece de manera directa, sino que debe inferirse, entonces habrá que estar al caso particular y contar, al menos, con autorización del órgano de gobierno (dependiendo el tipo social).

Cabe destacar que respecto al objeto social, El Registro Público de la Provincia de Córdoba sólo exige que “El objeto social debe ser expuesto de conformidad con la normativa vigente.”<sup>539</sup> por lo que no hace grandes consideraciones ni hará un examen minucioso al momento de disponer la registración.

Resta aclarar otra situación particular como es la del fideicomiso “socio”, el cual tiene como objeto la transmisión al fiduciario de la titularidad de las acciones de el o los fiduciantes para que el fiduciario ejerza derechos y cumplimente obligaciones de socio (sin perjuicio de lo pactado en el contrato de fideicomiso). El contrato de fideicomiso de participación societaria es un contrato

---

536 Vgr. Zaldivar, Halperín.

537 Veron, Alberto Victor. Sociedades Comerciales. Ley 19550 y modificatorias. Comentada, anotada y concordada. Tomo I. Pag.57. Ed. Astrea. Año 1982.-

538 Zunino, Jorge Osvaldo. Régimen de Sociedades Comerciales. 23va ed. actualizada y ampliada. 2da reimpresión. pág. 91. Ed. Astrea. Año 2011.-

539 Resolución de Direccion de Inspeccion de Personas Jurídicas de la provincia de Córdoba N° 133/19 Resolución General de Sociedades por Acciones. art.22.-

plenamente válido y, en el caso particular, será la persona jurídica titular de las acciones quien ejerza los derechos derivada de los mismos y quien deba cumplimentar con las obligaciones. Tal importancia reviste la temática que la La Inspección General de Justicia ha dispuesto que sólo se inscribirán en su dependencia los contratos de fideicomiso que tengan por objeto acciones y/o cuotas sociales de sociedades inscriptas en el mismo<sup>540</sup>. En el Registro Público de la Provincia de Córdoba, en cambio, se utiliza la situación particular solo como parámetro de competencia registral. *“...Se registrarán en el Registro Público a cargo de esta Dirección General de Inspección de Personas Jurídicas los contratos de fideicomiso en los siguientes supuestos:...3) Sus objetos incluyan acciones y/o cuotas sociales y/o partes de interés de sociedades inscriptas ante esta Dirección General de Inspección de Personas Jurídicas...”*<sup>541</sup>

### 3.- La novel Sociedad por Acciones Simplificada.

Hasta el año 2017 la constitucion e inscripcion en los organismos estatales de los distintos tipos de sociedades se veía inmerso en un espiral burocrático de gran magnitud. A lo largo del país y, especialmente en Córdoba, se debía transitar un largo camino hasta lograr la regularidad de la sociedad que se pretendía inscribir lo que repercutía de manera directa en materia de nombramiento del fiduciario. En la provincia de Córdoba, las Sociedades Anónimas debían sortear un sinnúmero de requisitos para lograr la inscripción definitiva en el Registro Público y, en paralelo, las Sociedades de Responsabilidad Limitada tenían y tienen impuesto un control judicial que ordena, una vez cumplidos los requisitos, la inscripción en el registro.

La necesidad de destrabar la cuestión, sobre todo para emprendedores y pequeñas y medianas empresas, fue notoria. Paralelamente, en el derecho comparado, se fue gestando la idea de sociedades “simples” que permitieran morigerar las exigencias de los tipos sociales utilizados por las grandes empresas. Tanto en europa como en Latinoamérica los ordenamientos jurídicos se hacen eco de la necesidad del mercado. Casos emblemáticos en materia de SAS son el Colombiano y el Francés que, sin derogar sus regímenes generales otorgan al emprendedor este tipo de figuras más flexible.

Así, inmersa en una ley destinada a incentivar al emprendedor, se consagra a la SAS como un nuevo tipo societario.

Jose Luis Sirena, describe la misma como *“una figura societaria que se aproxima más a la sociedad de responsabilidad limitada en cuanto su funcionamiento, pero con la conformación del capital social como la sociedad anónima, para la ágil incorporación de socios y transmisibilidad de los títulos representativos de acciones”*<sup>542</sup>

Entre sus características encontramos un capital social dividido en acciones, la posibilidad de pactar objetos múltiples y funciones de los órganos sumado a que legalmente queda consagrada la simplificación de los trámites referidos a la misma. La administración debe desempeñarla una persona humana.

En la práctica, la SAS ha tenido una expansión exponencial siendo realmente el tipo social elegido en su gran mayoría por pequeñas empresas y emprendedores relegando las S.A y S.R.L a empresas de gran magnitud o con perspectivas de crecimiento rápido.

---

540 Resolución GENERAL 6 / 2016- INSPECCIÓN GENERAL DE JUSTICIA

541Resolucion de Direccion de Inspeccion de Personas Jurídicas de la provincia de Córdoba N°01/17 Resolución General Contrato de Fideicomisos. art.1.-

542 Sirena, José Luis. Sociedades por Acciones Simplificadas- SAS y Simples. 2a ed. pág 5. Errepar. año 2018

Es entonces que surgió la pregunta: ¿puede una SAS ser fiduciaria de un fideicomiso? y la respuesta es afirmativa sin lugar a dudas ya que no existe disposición alguna que lo prohíba.

Ahora bien, dicha SAS fiduciaria podrá constituirse por personas jurídicas o humanas más deberá ser administrada por una persona humana. Habiendo sorteado dicha duda ponemos especial énfasis en materia de responsabilidad. La ley aclara en su art. 34: *“La SAS podrá ser constituida por una o varias personas humanas o jurídicas, quienes limitan su responsabilidad a la integración de las acciones que suscriban o adquieran, sin perjuicio de la garantía a que se refiere el artículo 43...”* es decir que nos encontramos frente a una limitación legal de responsabilidad al aporte de cada accionista teniendo en cuenta existe una responsabilidad solidaria de los mismos respecto dicha integración.

Lo manifestado, en materia societaria, ha llevado a los autores a preguntarse si ese límite de responsabilidad puede traspasarse. El Dr. Richard, al respecto, sostiene lo siguiente: *“...Consideramos que todas las personas jurídicas, y sus miembros y administradores, están sujetos al derecho de daños. No deben dañar. Nos basamos en la teoría general de la responsabilidad en cuanto a la existencia de daño, conducta antijurídica con culpa o dolo –por acción u omisión- y vínculo causal. En materia societaria y concursal, en la que aplicamos, advertimos que la fuente de responsabilidad de administradores y socios no se encuentra sólo en las normas específicas del derecho societario o concursal, sino en las que devienen de esa teoría general de la responsabilidad, contenida en el ahora CCC...”*<sup>543</sup> Claramente, busca incluir al administrador de la SAS y a los socios en las disposiciones relativas a la responsabilidad civil en general. A los fines de ampararse en las limitaciones legales debe existir un acabado cumplimiento por parte de la sociedad de las obligaciones y cargas que le son impuestas.

Es necesario destacar el rol que hoy ocupa el fiduciario constituido bajo este tipo societario. Cada vez lo más frecuente es encontrarnos en esta situación. La desventaja viene de la mano de la “estandarización” ya que, con fines de acceder a la rapidez del sistema registral actual, en no pocas ocasiones los registros exigen se utilice un “modelo pre-redactado” donde solo basta con cargar datos básicos online. Creo necesario aspirar a una verdadera redacción detallada por parte de los suscriptores de un contrato de sociedad persiguiendo una reglamentación acabada de cómo se perseguirá cumplimentar el objeto social, sobre todo si ese objeto comprende la actividad fiduciaria.

#### **4.- Responsabilidad del Fideicomiso y de la persona jurídica Fiduciaria.**

Habiendo adelantado en párrafos anteriores la temática, hacemos foco ahora en la responsabilidad en materia de Fideicomisos. Nos encontramos frente a la particular situación de una persona jurídica fiduciaria. Entonces, tenemos un patrimonio de afectación que es administrado por una persona jurídica que, a su vez, es titular de su propio patrimonio distinto al de los socios que la componen.

Podemos afirmar que existe más de un régimen de responsabilidad en juego: por un lado, el de la parte fiduciaria para con las demás partes partes del contrato. Por el otro, la responsabilidad del fiduciario para con los terceros acreedores del fideicomiso. Debemos tener en cuenta, por último, la situación intrasocietaria del fiduciario.

---

543 RICHARD, Efraín Hugo. La Limitada Responsabilidad Limitada De Los Socios De La Sociedad Por Acciones Simplificada (y una referencia al caso Von Seiden) pág. 143 de la Revista de Las Sociedades y concursos, Director Ricardo A. Nissen, Ed. Fidas, Edición Especial año 19, 2018-1,



Reiterando lo desarrollado en el punto dos, podemos decir que el CCCN trae un estándar agravado de responsabilidad para el fiduciario y una protección para el patrimonio del mismo, específicamente el art. 1686 le permite repeler las acciones de terceros acreedores de las partes salvo existencia de fraude o ineficacia concursal.

Las disposiciones de la Ley 24441 y del actual CCCN han obligado tanto a la jurisprudencia como a la doctrina a aclarar la cuestión. Primeramente, hay que destacar el hecho de que son aplicables al fiduciario las disposiciones generales relativas a la responsabilidad civil. La palabra “fraude” citada en el artículo puede llevar a ambigüedades en su interpretación. ¿Quiso el legislador darle un sentido amplio al concepto? comparto la opinión de aquellos autores que así lo entienden. La glosa al art. 1686 del Código comentado de los autores Rivera y Medina sostiene “...tanto el texto anterior como el actual, omiten toda referencia expresa a otros supuestos de ineficacia. Pensemos en defectos en sus elementos sustanciales u operativos, podrían existir vicios en la voluntad de los sujetos, lesión, simulación, falta de asentimiento conyugal del cónyuge no titular, etc. Y esto no significa que el negocio de transmisión fiduciaria no puede ser impugnado con fundamentos en los citados defectos, ya que la figura no es ajena a los principios generales del derecho...”<sup>544</sup>. Las disposiciones relativas a la responsabilidad son de orden público, así como también el deber de reparación plena de quien ha resultado dañado.

El contrato de fideicomiso y su incolumidad deben ser protegidos, debe defenderse férreamente aquel postulado que sostiene que el patrimonio de afectación responde por sí mismo, aunque, todo ello, no empece a que el fiduciario debe respetar la normativa vigente, obrar de buena fe y ejercer tanto sus derechos como los del patrimonio que representa de manera regular.

Las decisiones judiciales, últimamente, han comenzado a extender la responsabilidad al fiduciario cuando puede constatarse un accionar contrario a derecho.

En reciente resolución judicial del juzgado de 11va nominación de la ciudad de Córdoba se sostuvo “... Que acredita, a través de un haz de indicios precisos y concordantes el vaciamiento empresario que como acción ilícita fue ejecutada a sabiendas y con intención de dañar, lo que constituye el basamento troncal de la responsabilidad patrimonial de los demandados personalmente. En los términos del art. 1.674... El fiduciario debe cumplir con las obligaciones impuestas por el contrato y la ley con la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él...”<sup>545</sup> Entendiendo el magistrado entonces que la condena no solo debía imponerse al fideicomiso en sí mismo sino también a la sociedad fiduciaria por su obrar malicioso.

Continúa el magistrado, al tratarse de una persona jurídica fiduciaria, aclarando: “... La decisión de la norma sigue el criterio del artículo 59 de la ley 19.550 de sociedades... Entre ambos parámetros de conducta exigidos existe una coincidencia: ambos tienen en mira la diligencia del hombre de negocios y resaltan el elemento confianza, al referirse expresamente a él la ley de fideicomiso, y al mencionar la ley de sociedades a la lealtad que se le exige al administrador de la sociedad. La ley impone al fiduciario una conducta específica y agravada, pues además de exigir un estándar propio del ámbito de los negocios (superior al de un mandatario común) ...”.

---

544 Rivera, Julio Cesar- Medina, Graciela. Directores. Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Tomo IV. Ed. La Ley. año 214.-

545 Barotti, Susana Laura C/ Antigua Cc Fideicomiso Financiero Y Otro - Ordinario - Cumplimiento / Resolución De Contrato Expte 7193891. Juzg 1ra Inst.Civil Y Comercial 11 Nominación-sentencia Número: 138. Córdoba, 23/07/2019.-

Es decir, al administrador del fideicomiso y el administrador de la persona jurídica se encuentran protegidos el uno por la separación del patrimonio de afectación y el otro por la diferenciación de la persona jurídica y el renombrado “velo societario”. Sin embargo tienen a su cargo una responsabilidad marcada por su condición y que puede derivar, en caso de comportamientos que así lo ameriten, en una responsabilidad personal.

Respecto a los administradores, dice la jurisprudencia, CÁMARA NACIONAL COMERCIAL SALA B *“... el mal desempeño de los administradores consiste en la omisión de las diligencias exigidas por las circunstancias de tiempo, lugar y modo, para evitar subsanar en correctos procederes que no podían desconocer de haber aplicado la debida atención y preocupación por los asuntos sociales (59, 264 ycc de la ley de sociedades comerciales; 502 y 902 del CC)y, además por participar directa o indirectamente en hechos o actos violatorios de la ley y los estatutos....”*<sup>546</sup>

Resulta necesario aclarar la cuestión relativa a la responsabilidad del fiduciario frente a las demás partes del contrato. Será de aplicación la normativa genérica referida al cumplimiento contractual pero solo en cuanto sea compatible con las disposiciones específicas. La labor del fiduciario estará necesariamente atada a lo pactado en el contrato de fideicomiso, sujeta a un “deber diligencia”, a una responsabilidad subjetiva principalmente. Las partes podrán reprocharle al administrador su conducta culposa o dolosa y el mismo se libera probando su obrar diligente. Aquí también le podrá ser de aplicación el art. 144 del CCCN y el art. 59 a la persona jurídica y sus miembros o directores en caso que actúen de manera antijurídica.

Por último, resta aclarar la situación intrasocietaria de la fiduciaria por cuanto se aplicarán las reglas generales, estatutarias y las relacionadas al tipo social de la misma. Puede ocurrir que el administrador (o el director, gerente, etc.) haya obrado de mala fe tanto como encargado de la manda fiduciaria y como administrador societario.

#### **4.- El Fiduciario frente a la Defensa del Consumidor**

Complementando la temática tratada en el punto anterior cabe fijar la atención en la situación del consumidor cuando se encuentre frente a un fideicomiso.

La jurisprudencia se ha inclinado por aceptar la legitimación pasiva del fideicomiso, para ser demandado como tal, por cuanto estamos frente a un patrimonio de afectación y, como es sabido, el patrimonio es la prenda común de los acreedores (art. 242 <sup>547</sup>CCCN). Más aún cuando podemos encuadrar la actividad del fideicomiso y su relación con terceros en una relación de consumo es decir que el mismo actúe como proveedor. La noción de proveedor debe interpretarse en sentido amplio sobretodo cuando se intenta proteger a la parte débil de la relación.

Dentro de la práctica jurídico mercantil se intentó “disfrazar” a ciertos consumidores otorgándoles el título de “beneficiarios adherentes” u otro similar cuando en realidad se intentaba eludir la normativa consumeril. El caso emblemático de los últimos años es el de los fideicomisos inmobiliarios: generalmente se encarga a al fiduciario la construcción de un edificio con fines de ofrecer al público las unidades a cambio de un precio, así, el fiduciario incorpora a los terceros “adquirentes” como beneficiarios o facilita cesiones de posición contractual de los fiduciantes

---

546 Gpcom Srls/Quiebra C/ Perez, Marcelo Javier S/ Ordinario, Cámara Nacional Comercial Sala B29/03/2010.-

547 ARTÍCULO 242.- Garantía común. Todos los bienes del deudor están afectados al cumplimiento de sus obligaciones y constituyen la garantía común de sus acreedores, con excepción de aquellos que este Código o leyes especiales declaran inembargables o inejecutables. Los patrimonios especiales autorizados por la ley sólo tienen por garantía los bienes que los integran.

beneficiarios sin que los consumidores tengan injerencia alguna el devenir de la vida del fideicomiso.

Va de suyo que debe descartarse la aplicación de la protección consumeril cuando nos encontramos frente a verdaderos inversores o partes del contrato que realmente perseguían utilizar dicho tipo de contrato teniendo en cuenta las pautas de interpretación aportadas por el CCCN en su art. 1061 y siguientes.

Molina Sandoval, manifestó, *Teniendo en cuenta lo señalado en orden al ámbito objetivo de aplicación de la LDC y la realidad económica del negocio, todo parece indicar que el estatuto del consumidor sería plenamente aplicable al contrato de fideicomiso. El fideicomiso, en esencia, no es más que un mero vehículo de un negocio subyacente. Lo que tipifica la relación es el negocio que subyace al fideicomiso y que caracteriza la finalidad establecida en el contrato.*<sup>548</sup>

Entonces, la expansión de la protección al consumidor no ha sido ajena a la figura estudiada donde es cada vez más habitual encontrarnos con decisiones judiciales al respecto.

Ahora bien, ¿qué injerencia tendrá entonces la cuestión en el devenir del contrato de fideicomiso y sus efectos? primeramente debemos destacar que será de aplicación la interpretación más favorable al consumidor, los derechos a la información, trato digno, dinámica probatoria, entre otros. Sobre todo revisten importancia los arts. 10 bis y 40 ante los incumplimientos del fiduciario.

Claramente si se persiguió la incorporación o adhesión de los terceros como si fueran verdaderos fiduciantes o beneficiarios, pero no se les dió a los mismos la posibilidad de participar de la redacción del contrato de fideicomiso ni se les dió tampoco la posibilidad de ejercer ningún control no podemos considerar a dicho tercero como una parte del contrato madre por cuanto la única actividad de dicho tercero fue la de abonar un precio con fines de obtener una cosa, una verdadera compraventa. Todo obrar tendiente a “engañar” al consumidor facilita extender la responsabilidad en cabeza del fiduciario.

##### **5.- Disolución, Quiebra o Liquidación de la Fiduciaria.**

El art. 1678 deja establecidas las causales de cese del fiduciario, entre las cuales destaca en sus incisos “c” y “d” cuestiones específicamente relativas a la persona jurídica fiduciaria. El cese del fiduciario disparará la cláusula contractual de reemplazo del mismo o la aplicación del art. 1679, en sus partes pertinentes. No necesariamente el cese del fiduciario implicará la extinción del fideicomiso.

El art. 94 de la LGS y el art. 163 del CCCN nos brindan un catálogo de situaciones que pueden acaecer y que determinarán la disolución de la sociedad. Por disolución, Según Farina, debemos entender *“el acto o hecho jurídico que, previsto por la ley o el contrato con tales efectos, detiene la existencia normal de la sociedad y abre su proceso liquidatorio para llegar a la extinción de la sociedad como contrato y como persona jurídica”*<sup>549</sup> el fin ya no será el cumplimiento del objeto social sino proceder a la liquidación de la sociedad con todo lo que ello implica por lo que se tornaría dificultoso cumplir con su rol de fiduciario.

Cuando hablamos de liquidación, en los términos del art. 167 del CCCN, implica proceder al cumplimiento de las obligaciones pendientes y al pago de los gastos de la propia liquidación. Al respecto y comentando el art. 105 de la LGS, Perciavalle explica que *“...El Liquidador no tiene por*

---

548 Molina Sandoval, Carlos A. La Protección Jurídica Del Adquirente De Unidades Funcionales Y El Fideicomiso Inmobiliario. La Ley, 2007. E, 1288

549 Farina, Juan M. Tratado de Sociedades Comerciales. Parte General. Ed. Zeus editora. pág 470. año 1980.-

*función cumplir el objeto social (aunque sí cumplir con los contratos en curso de ejecución) y los límites de sus funciones están dados por la finalidad liquidatoria y en su caso por las instrucciones que impartan sus socios...”*<sup>550</sup>. Es entonces determinante el viraje de la persona jurídica en liquidación pues debe el administrador focalizarse en el procedimiento liquidatorio. Es correcta la causal de cese en sus funciones de fiduciaria.

Por último, resta analizar la cuestión de la quiebra de la fiduciaria. Antes que nada, debemos diferenciarla de la liquidación del fideicomiso en sí mismo. El legislador dejó expresamente preceptuado en el art. 1687 del CCCN que la insuficiencia de bienes fideicomitados no da lugar a su quiebra sino a su liquidación. Tenemos entonces que la fiduciaria puede ser declarada en quiebra, pero no el patrimonio fideicomitado. A su vez, se deja exento al patrimonio fideicomitado de las acciones individuales o colectivas de los acreedores del fiduciario reafirmando así la indemnidad del mismo.

A la sociedad fiduciaria le serán aplicables las disposiciones generales respecto la ley de concursos y quiebras. La quiebra de la misma disparará la causal de cese del fiduciario mas subsistirá el fideicomiso como tal, debiendo en su caso sustituir al mismo. Ahora bien, ¿qué sucede con el concurso de la fiduciaria? Gran parte de la doctrina, con la que coincido, considera que debe aplicarse el mismo criterio puesto que se trata de una situación que generará la pérdida de confianza de las demás partes por lo que debería ser considerada también una causal de cese en su intervención.

El criterio del legislador respecto la insolvencia del patrimonio fideicomitado fue el de optar por un régimen liquidativo. En principio habrá que estar a lo pactado, y a falta de “otros recursos” (art. 1687) procederá la liquidación aplicando ciertas reglas del proceso de quiebra. El fin de la norma era el de perseguir un sistema laxo y adaptable a la situación particular lo que en la práctica judicial no sucedió o, al menos, no se encuentra del todo definido hasta el momento. En la Provincia de Córdoba, a modo de ejemplo, al momento de ordenarse la liquidación se dió competencia a los juzgados especializados en materia comercial y los mismos, en su gran mayoría, dirigen en proceso de manera casi idéntica al procedimiento falencial. Sería conveniente dotar a las partes de facultades suficientes a los fines de lograr el salvataje del patrimonio fideicomitado y la posibilidad de reestructurar sus deudas.

## CONCLUSIÓN

A modo de conclusión, podemos afirmar que se ha perseguido brindar una noción general acerca de los fundamentos históricos y doctrinales de la existencia tanto de la figura del fideicomiso como de la persona jurídica.

Hemos logrado observar como el Fideicomiso surgió, principalmente en el derecho romano, como un instituto basado casi exclusivamente en la confianza. La realidad llevó a su evolución, sobre todo exigiendo formalidades y reconociendo derechos a quienes actuaban como aportantes.

El traslado de sus conceptos al common law y posteriormente a las legislaciones latinoamericanas fueron determinantes para que el legislador argentino abrevie en dichos antecedentes y termine por reconocerla y reglamentarla a través de la ley 24441.

---

550 Perciavalle, Marcelo Luis. Ley General de Sociedades comentada. 2da ed. pág.214. ed. Erreius. Año 2015.-

Pese a que Vélez Sarsfield no se adentró en la figura, dejó las puertas abiertas para que en los años venideros los autores se preguntaran acerca del dominio fiduciario, sus características y su forma de constituirse.

Se intentó demostrar la importancia de la sanción del CCCN y sus principales disposiciones referidas al tema. El legislador optó, por razones de política legislativa, por no concederle personería jurídica al fideicomiso por lo que se explicaron las consecuencias de dicha decisión.

En paralelo, se analizó a la persona jurídica como tal y como evolucionó hasta nuestros días por lo que se intentó armonizar los conceptos del Código, de la ley especial y de leyes complementarias tales como aquella que dio nacimiento a la Sociedad por Acciones Simplificadas.

La confusión a la que puede prestarse la temática obligó a explicar las diferencias e implicancias entre el fiduciario y el fideicomiso sobretodo en materia de responsabilidad.

La actualidad demuestra que la figura del fideicomiso es cada vez más utilizada y con los más diversos fines. Cuestiones como las relaciones entre partes y la protección a terceros son y serán de trascendental importancia, más aún cuando nos encontramos frente a un consumidor.

En conclusión, el presente trabajo tuvo como objetivo advertirnos la realidad que afrontamos, encontrar sus fundamentos y hacer un análisis crítico de la legislación actual teniendo siempre en mira el perfeccionamiento de esta emblemática figura.