

LA FORMA EN EL FIDEICOMISO INMOBILIARIO

POR NELSON G.A. COSSARI

Sumario: I. A manera de introducción.- II. El negocio de fideicomiso.- III. El contrato de fideicomiso: 1. El fideicomiso como contrato típico.- 2. Contrato consensual.- 3. ¿Oneroso o gratuito?.- 4. La forma.- 5. El contrato de fideicomiso como título suficiente: A. El límite de los fines del fideicomiso.- B. El límite de la necesidad del consentimiento del beneficiario o del fiduciante.-6. La carencia de obligatoriedad “per se” de la registración contrato de fideicomiso.- IV. Conclusiones

I. A manera de introducción

Hemos tenido el honor de participar en el Encuentro Internacional de Derecho Notarial, Registral y Catastral celebrado en La Plata, entre el 27 y el 30 de octubre de 2009, magníficamente organizado por el Instituto de Derecho Notarial y Registral de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de La Plata dirigido por la profesora Marcela H. Tranchini. Nos tocó en la mencionada ocasión moderar la mesa redonda sobre la forma en el Derecho. Aludimos en esa oportunidad, con la premura que requería el tiempo del que disponíamos y los límites de nuestra intervención, que considerábamos que debían repensarse determinados aspectos del fideicomiso en lo que hace a la forma de aquel y a la intervención del escribano, y en especial –aunque no excluyentemente- en el inmobiliario que en alguna fase de su vida engendrará el dominio fiduciario sobre un inmueble. En este trabajo fundaremos aquella aseveración. Para ello habrá que examinar previamente algunas particularidades del tema en cuestión.

II. El negocio de fideicomiso

El negocio de fideicomiso –que eventualmente puede engendrar un dominio fiduciario- es caracterizado por el art. 1º de la ley 24441 de la siguiente manera:

“Habrá fideicomiso cuando una persona (fiduciante) transmita la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (fiduciario), quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato (beneficiario), y a transmitirlo al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario.”

Al igual que en el caso del fideicomiso clásico que previera el Código Civil¹ nos encontramos con un constituyente o fideicomitente a quien la ley denomina fiduciante.

El fiduciante transmitirá la propiedad de bienes a otra persona que recibe el nombre de fiduciario. En caso que entre esos bienes existan cosas el adquirente será el dueño fiduciario de éstas.

El fiduciario no ejercerá como en el caso del dominio fiduciario del Código Civil la propiedad en su beneficio sino en provecho de la persona que se designe en el contrato o testamento que recibe el nombre de beneficiario.² He aquí una gran diferencia con el dominio fiduciario clásico, no solo porque aparece un sujeto que no existía en aquel, sino porque se disocia la persona de quien ejerce el dominio de la que recibe los beneficios del mismo.³

¹ Nosotros nos pronunciamos por la existencia del negocio de fideicomiso en el Código de Vélez. Dado que no es el caso tratar aquí las distintas opiniones al respecto basta decir que suscribimos totalmente las conclusiones de las IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil que concluyeron que: “El dominio fiduciario no sólo está permitido y definido por el Código Civil argentino, sino que existen directivas legales suficientes para poder aplicarlo.”

² El art. 1º habla sólo de contrato, pero luego el art. 3º aclara que también puede constituirse por testamento. En nuestro análisis solo nos referiremos al de origen contractual.

³ Escapa a este trabajo detenernos en ello, pero nos situamos junto a quienes piensan que ante la sanción de la ley 24.441 existe un doble régimen de dominio fiduciario. La deficiente técnica legislativa de dicha ley da argumentos para ambas posturas. La división en el seno de la comisión de derechos reales en las XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil y el prestigio de nombres que firman una y otra posición dan cuenta de ello. Despacho A: “de la ley 24441 y de las normas del Código Civil, surge un solo régimen de dominio fiduciario” (Flah, Papaño, De Hoz, Kiper, Radkievich, Puerta de Chacón, Pujol de Zizzias, Estevez, Bono, Silvestre, Cura Grassi, Salas, Dillon, Casajous, Bittar). Despacho B: “junto al dominio fiduciario diseñado por la ley 24441 subsiste paralelamente el dominio fiduciario del Código Civil de Vélez Sarsfield. Entre otras razones, porque este último régimen es extraño a la regla de ‘patrimonio separado’ del art. 14 ley 24441 - y el fiduciario conserva la totalidad de las facultades propias del dominio aunque expuestas, en principio, a la resolución retroactiva” (Benedetti, Ruda Bart, Orelle, J. H. Alterini, Andorno, Franchini, Angelani, Leiva Fernández, Ruiz de Erenchun, Corna, Arreaga Penido, Vázquez). Los argumentos que suministra López de Zavalía acerca de un doble régimen de dominio fiduciario nos parecen de gran peso sobre todo al destacar las incoherencias que surgen de considerar derogado el dominio fiduciario del Código Civil en el sistema de éste. Señala que como subsiste el dominio revocable del art. 2663 CC donde el dueño imperfecto usa y goza de la cosa para luego devolverlo al anterior propietario sería una incongruencia que no pudiese constituirse un dominio donde luego del tiempo de uso y goce por parte del dueño fiduciario, para sí, la cosa debe entregarse a un tercero. Asimismo quedaría sin explicación la norma prohibitiva del art. 2841 CC en cuanto a la prohibición de constituir usufructo (LOPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J.; *Fideicomiso, leasing, letras hipotecarias, ejecución hipotecaria, contratos de consumición*, Ed. Zavalía, Buenos Aires, 1996, p. 67/69)

Por último al cumplimiento de un plazo o condición el fiduciario está constreñido a transmitir la cosa al beneficiario o al fideicomisario –quién será el destinatario final de los bienes- y terceros distintos al dueño original, pero también el fideicomiso puede contemplar que los bienes sean transmitido al anterior propietario, es decir al fiduciante. Aquí existe una novedad porque en tal caso, en el régimen del Código Civil, hubiéramos estado ante un dominio revocable y no fiduciario, pero la esencia de este dominio fiduciario de la ley 24.441 no es que se transmita al cabo de un plazo o condición a un tercero, sino que el dominio se ejerza –durante un lapso de tiempo- en beneficio ajeno para luego tener que salir del patrimonio del fiduciario sin más beneficio que los honorarios que se hubieren pactado. El fideicomisario puede también caracterizarse, tal como lo hace Musto, como un beneficiario residual de los bienes objeto del fideicomiso.⁴

III. El contrato de fideicomiso

1. El fideicomiso como contrato típico

En el caso que el dominio fiduciario provenga de un contrato (recordemos que también puede constituirse mediante testamento⁵), cabe preguntarse cuál será este.

Aquí a diferencia del dominio fiduciario clásico del Código⁶ nos encontramos con que el título suficiente, en la adquisición del dominio fiduciario en el caso que sea el fiduciante el que transmite el bien, es un contrato que no puede ser otro que el contrato de fideicomiso que tiene sus propias peculiaridades muy distintas a la de cualquier otro contrato que pueda transmitir la propiedad de bienes y específicamente –en nuestro

⁴ MUSTO, Néstor J. *Derechos Reales*, t. I, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2000, p. 372

⁵ No nos ocuparemos del fideicomiso engendrado por un testamento por ser un tema que debe ser estudiado preferentemente junto al derecho de las sucesiones. Basta aquí decir que tanto de la ley 24441 como del nuevo texto del art. 2662 no hay dudas de la posibilidad de constituir un fideicomiso testamentario, como se ha expresado correcta y sintéticamente “desaparece la discusión que se planteaba con anterioridad a la ley 24441, ya que ésta admite expresamente esta posibilidad. Ello en tanto la duración la duración del dominio fiduciario no dependa de la muerte del instituido, porque de ser así se configuraría una sustitución fideicomisario prohibida por el art. 3274” (PAPAÑO, Ricardo; KIPER, Claudio M.; DILLON, Gregorio A.; CAUSSE, Jorge R.; *Derechos Reales*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2004, t. I, p. 233)

⁶ No concordamos pues con Carregal quien ya frente al dominio fiduciario de Vélez veía un contrato innominado de fideicomiso como causa fuente (CARREGAL, Mario A. *Fideicomiso, teoría y aplicación a los negocios*, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 2008, p. 63), en cambio si coincidimos con López de Zavalía quien ve como idóneos a los contratos que tienen la eficacia de ser título suficiente para la transmisión del dominio. (LOPEZ DE ZAVALÍA, op. cit. p. 98)

objeto de estudio- el dominio. Piénsese que una compraventa no habría forma de modalizarla de manera tal que el propietario se encontrara obligado a ejercer el dominio en beneficio de un tercero, que recibiera por ello una retribución, y demás características propias del negocio de fideicomiso. Es más obsérvese que aquí el fiduciario no pagará un precio sino que esperará obtener una retribución por su labor en beneficio de alguien que no es él.

Estamos pues ante un nuevo contrato típico.⁷

2. Contrato consensual

El art. 1º de la ley 24.441 podría servir como definición del nuevo contrato, pero se tropiezan con algunas dificultades, dado que de por sí el contrato no transmite la propiedad (por ejemplo en el caso que se transmitan cosas) y por otro lado para que el contrato se perfeccione no se necesita la entrega de la cosa puesto que el contrato es consensual y no real.

La situación se genera –no solo por la imperfección de la definición– sino por la distinta naturaleza de los bienes que pueden transmitirse. Si fuera solo una deficiente definición podríamos hacer un paralelo con el art. 1789 CC que pese a definir a la donación diciendo que “habrá donación, cuando una persona por un acto entre vivos transfiera de su libre voluntad gratuitamente a otra, la propiedad de una cosa”, la doctrina deduce acertadamente que no es un contrato real por lo que se perfecciona por el mero consentimiento que obviamente no es suficiente para transmitir la propiedad de una cosa.

La cuestión no se soluciona tampoco definiendo al contrato de fideicomiso como lo hace el proyecto de 1998 en su art. 1452: “Por el contrato de fideicomiso el fiduciante o fideicomitente se compromete a transmitir la propiedad de bienes al fiduciario, quien se obliga a ejercerla en beneficio del beneficiario que se designe en el contrato, y a transmitirla al cumplimiento de un plazo o condición al fideicomisario” porque si se tratan de créditos el solo contrato opera la transferencia del mismo (arg. art. 1457 CC⁸ y 527 proyecto de 1998⁹). Por tanto habrá que decir o bien que el legislador se equivocó y debió decir “transfiere o se obligue a transferir según la naturaleza de los bienes” o entender junto con Tranchini que la norma se ubica en el momento de la transmisión de la propiedad fiduciaria,

⁷ LOPEZ DE ZAVALÍA, op. cit. p. 99

⁸ Art.1457.- La propiedad de un crédito pasa al cesionario por el efecto de la cesión

⁹ ARTÍCULO 1527 Proyecto de 1998.- Contrato de cesión. Definición. El contrato de cesión es aquel mediante el cual una de las partes transfiere a la otra un derecho.

que puede o no coincidir con el momento de la celebración del contrato,¹⁰ e indulgentemente con López de Zavalía que el art. 1º “se refiere al fideicomiso ya constituido, cuando ha quedado cumplido el modo que el sistema de nuestro Derecho requiera para la transmisión de los bienes de que se trate” con lo cual el legislador mira “la operación jurídica ya culminada” y “abarca todas las posibilidades” eludiendo las críticas.¹¹ La defectuosa definición del art. 1º llevó a algún trabajo aislado, a concebir este contrato como real.¹²

En suma el título suficiente de la propiedad fiduciaria –en el caso de transmisión entre vivos- en el fideicomiso de la ley 24.441 será el contrato de fideicomiso, el que según la clase de bienes de que se trate puede operar por sí la transmisión de la misma (el caso de créditos) o necesitar del modo suficiente: las cosas. Pero que como contrato queda perfeccionado por el mero consentimiento de las partes.

3. ¿Oneroso o gratuito?

Una de las perplejidades de esta figura es que genera dudas sobre su onerosidad o gratuidad.

Así Carregal comienza diciendo que la transferencia no es gratuita ni onerosa sino a título de confianza, para más adelante distinguir el título de la transmisión como la motivación subyacente entendiendo que esta es la confianza suficiente en el fiduciario, del contrato de fideicomiso propiamente dicho, que podrá ser oneroso o gratuito según el fiduciario perciba o no retribución por su actuación como tal.¹³

Para Lorenzetti: “la transmisión fiduciaria no puede ser calificada de onerosa, ya que el fiduciante no recibe contraprestación correspondiente por los bienes transmitidos. En cambio para el fiduciario el negocio es oneroso si se pacta una retribución por la gestión que realiza”.¹⁴ Como vemos este autor desdobra el acto, la transmisión fiduciaria en si no es onerosa porque el fiduciante no recibe contraprestación, más en cambio el acto es oneroso para el fiduciario dado que tiene derecho a retribución salvo pacto en contrario (art. 8º).

¹⁰ TRANCHINI de DI MARCO, Marcela H. “Fideicomiso: el contrato, la propiedad y el dominio” en *Revista Notarial*, nº 99, p. 71

¹¹ LOPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J, *Teoría de los Contratos, Parte Especial*, Ed. Zavalía, Buenos Aires, 1995, t. V p. 709 y 719

¹² SEITÚN, Juan Ángel; “¿Es el fideicomiso un contrato consensual?” en *ED*, t. 223 p. 766

¹³ CARREGAL, op. cit. p. 90 y p. 102 y 103

¹⁴ LORENZETTI, Ricardo L. *Tratado de los Contratos*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, t. III, p. 313

Por su parte Alejandro Borda reconoce que es complejo determinar si es un contrato oneroso o gratuito dado que el fiduciante no recibe por la transmisión contraprestación alguna, pero desde la óptica del fiduciario en negocio se presume oneroso dado que será pagado por su actuación.¹⁵

Tranchini opina que el contrato será oneroso si se estipula una retribución para el fiduciario, pero la transferencia fiduciaria no es onerosa ni gratuita.¹⁶

¿Esto es así?

López de Zavalía advertía respecto de la acción pauliana que si por ejemplo “la ventaja al beneficiario o al fideicomisario constituyan una donación indirecta; en tal caso, la pauliana prosperará contra ellos según las reglas de los títulos gratuitos, sin que sea necesario acreditar el *consilium fraudis*.”¹⁷

En rigor si el contrato es *ab initio* oneroso o gratuito hasta aquí lo estamos juzgando desde la exclusiva óptica del fiduciario, y del contrato en sí mismo sin mirar nada más, pero si levantamos la vista o rasgamos el revestimiento del fideicomiso veremos que la base que hizo recurrir a la figura puede ser un acto a título gratuito o uno a título oneroso¹⁸, o bien incluso existir una simple simulación. El negocio base, mucho más complejo, terminará tiñendo en importantes efectos jurídicos al contrato de fideicomiso en sí mismo, porque –convengamos- la remuneración o no del fiduciario –aunque importante- se refiere a un aspecto absolutamente instrumental del acto como es la remuneración de quien gestiona el patrimonio en interés ajeno, pero no es la finalidad determinante por la que se ha realizado el negocio fiduciario, ni el fin económico principal del mismo.

¹⁵ BORDA, Alejandro, en BORDA, Guillermo, *Tratado de Derecho Civil Argentino, Contratos*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2008 t. II p. 762

¹⁶ TRANCHINI, op. cit. p. 75

¹⁷ LOPEZ DE ZAVALÍA, op. cit. T V p. 785

¹⁸ Es menester aclarar que no se le escapa en absoluto esta situación a Tranchini quien da varios ejemplos de cuando la relación subyacente es gratuita y cuando onerosa, op. cit. p. 67 y siguientes.

4. La forma

Es el punto que aquí más nos interesa. Respecto a la forma del contrato Tinti señala que es no formal.¹⁹ Tranchini marca en cambio que es formal dado que el art. 4 establece el contenido que debe tener el contrato y de ello debe deducirse que necesita la forma escrita.²⁰ Lorenzetti hace una deducción análoga.²¹ Por su parte Alejandro Borda extrae la necesidad de forma escrita de lo dispuesto en el art. 1193 CC.²²

López de Zavalía señala la necesidad de cumplir la forma necesaria según el bien de que se trate, dado que la ley 24.441 no impone ninguna y rigen los principios generales y afirma “cuando entre los bienes fideicomitidos haya inmuebles, habrá que cumplir con el art. 1184 inc. 1; cuando entre los bienes fideicomitidos haya objetos incorporales, habrá que estar a la exigible para la cesión de los mismos.”²³

Dejaremos de lado los bienes que no son cosas dado que nuestras reflexiones se encuentran principalmente enderezadas al dominio fiduciario, y no a la más amplia propiedad fiduciaria, por lo que nos interesa es el título para la transmisión dominial de las cosas y esto nos lleva a la cuestión del título suficiente.

5. El contrato de fideicomiso como título suficiente

Hemos dicho que el contrato de fideicomiso es el título suficiente (o el testamento en el caso de fideicomiso testamentario).

El título suficiente se define con relación a una cosa, como un acto jurídico que tiene por finalidad transmitir un derecho real sobre la misma, revestido de las formalidades establecidas por la ley, otorgado por un disponente capaz, legitimado al efecto.²⁴ Es la causa de la adquisición de la que nacerá el derecho. Tiene la finalidad de transmitir el derecho real, pero

¹⁹ TINTI, Guillermo, “El fideicomiso regulación en el derecho argentino”, en http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/el-fideicomiso.-regulacion-en-el-derecho-argentino/?searchterm=Tinti*

²⁰ TRANCHINI, op. cit. p. 77

²¹ LORENZETTI, op. cit. p. 318

²² BORDA A. op. cit. p. 760. Art.1193.- Los contratos que tengan por objeto una cantidad de más de diez mil pesos, deben hacerse por escrito y no pueden ser probados por testigos.

²³ LÓPEZ DE ZAVALÍA, op. cit. t. V, p. 786.

²⁴ ALTERINI, ALTERINI, Jorge H. en LLAMBÍAS, Jorge J. y ALTERINI, Jorge H; *Código Civil Anotado*, Tomo IV A; Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1981, p. p. 393.

en si no es bastante para constituirlo, sólo crea obligaciones tendientes a ello.²⁵

Debe estar “revestido de las formalidades establecidas por la ley” y en materia de inmuebles, conforme el art. 1184 inc. 1 será necesaria la escritura pública. El contrato de fideicomiso debería en estos casos celebrarse por escritura pública.²⁶

Sin embargo la práctica suele ser diversa. Dice Puerta de Chacón que “en la constitución del dominio fiduciario puede existir unidad o dualidad instrumental. El primer supuesto tiene lugar cuando el título formal constitutivo del fideicomiso es el título formal de transmisión del dominio fiduciario...” En el segundo el “fideicomiso se conviene en instrumento privado del que se derivan solamente efectos obligacionales” y luego la posterior transferencia del dominio fiduciario sobre el inmueble se realiza por escritura pública.²⁷

Ocurre algo similar que con el caso de la compraventa de inmuebles donde si bien “el art. 1184 , inc. 1º, dispone que debe hacerse por escritura pública... desde que la jurisprudencia ha admitido que el comprador por boleto privado puede no solamente reclamar la escrituración del deudor tal como lo autoriza el art. 1185 , sino que también puede pedir que la escrituración sea suscripta por el juez en caso de negativa” se concluye que “la escritura pública ha dejado en nuestro derecho positivo de ser una exigencia formal del contrato de compraventa de inmuebles, para convertirse solamente en una formalidad indispensable para la transmisión del dominio.”²⁸

Si la solución no ofrece dudas cuando el negocio subyacente es oneroso, cabe preguntarse qué ocurre si el mismo es gratuito, si el acto fiduciario v. gr. es solo un medio para finalmente realizar una donación a un tercero. Como se recordará el art. 1810 CC dispone que deben ser hechas ante escribano público, en la forma ordinaria de los contratos, bajo pena de nulidad las donaciones de bienes inmuebles y no rige aquí el 1185 CC. Por tanto la donación es un contrato formal *ad solemnitatem*. López de Zavalía afronta el tema y dice que en ningún caso, la existencia de una

²⁵ Puede verse una precisa explicación de cada componente del “título suficiente” en ALTERINI, op. cit. p. 393 y siguientes.

²⁶ LOPEZ DE ZAVALÍA, op. cit. t. V p. 786, BORDA A. op. cit. p. 761, LORENZETTI, p. 318

²⁷ PUERTA DE CHACHÓN, Alicia, en Código Civil y Leyes complementarias, ZANNONI Eduardo (Director), KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2007, t. 11, p. 177

²⁸ BORDA, Guillermo, Contratos, op. cit. t. I, p. 44.

donación indirecta traerá la aplicación de las reglas sobre forma de las donaciones conforme la doctrina elaborada en torno al art. 2072 CC.²⁹

El Proyecto de 1998 en el art. 1455 dispuso una solución diversa en todos los casos en que originariamente se pretendiera con el contrato de fideicomiso transmitir inmuebles:

“El contrato debe celebrarse por instrumento público o privado. El contrato de fideicomiso es ineficaz respecto de inmuebles que se pretenden incluir en él, cuando no se celebre por escritura pública; en este caso el contrato no puede invocarse a los fines del art. 961.³⁰ Si la incorporación de esta clase de bienes es posterior a la celebración del contrato, basta con el cumplimiento, en esa oportunidad, de las formalidades necesarias para su transferencia, debiéndose transcribir en el acto respectivo el contrato de fideicomiso.”

Coincidimos con Puerta de Chacón que los terceros se encuentran mejor protegidos cuando el acto de transferencia del inmueble coincide en el mismo instrumento por escritura pública que el contrato de fideicomiso, y que en caso de que no coincida la escritura exige la transcripción de las cláusulas esenciales del fideicomiso que dibujan las peculiaridades del dominio fiduciario.³¹

Etchegaray por su parte expresa que es conveniente transcribir en la escritura pública los aspectos contractuales trascendentes.³² Pero no es lo que siempre pasa en la práctica donde al igual que sucede con el boleto de compraventa antecedente y la escritura pública subsiguiente ésta suele ser descarnada y no captar la complejidad del fideicomiso que presidió y motivó el acto la misma.

²⁹ LOPEZ DE ZAVALIA, t. V, op. cit. p. 786. Art.2072.- Si el precio de una renta vitalicia es dado por un tercero, la liberalidad que éste ejerce por tal medio hacia la persona a cuyo beneficio la renta es constituida, es regida en cuanto a su validez intrínseca y sus efectos, por las disposiciones generales respecto a los títulos gratuitos; mas el acto de la constitución de la renta no está, en cuanto a su validez extrínseca, sometido a las formalidades requeridas para las donaciones entre vivos.

³⁰ Art. 961 Proyecto de 1998: Contratos solemnes relativos. El otorgamiento pendiente de un instrumento previsto como formalidad solemne relativa comporta una obligación de hacer. Si la parte condenada a otorgarlo es remisa, el tribunal lo hace en su representación, siempre que las contraprestaciones estén cumplidas, o sea asegurado su cumplimiento.

³¹ PUERTA DE CHACON, en Zannoni, op. cit. p. 177

³² ETCHEGARAY, Natalio P. *Fideicomiso*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2008, p. 115

En el fideicomiso inmobiliario se agrava el problema, cuando el mismo tiene además función de garantía para el financiamiento del emprendimiento y como bien apunta Orelle no es un fin en si mismo “... se advierte en la práctica en numerosos fideicomisos, que so pretexto de no exteriorizar aspectos comerciales del negocio (montos, comisiones, beneficios) quedan desprovistos de causa, con el riesgo de afrontar mercedamente la impugnación de invalidez por ausencia del negocio principal... Si la supresión llega al punto de no poder caracterizar el negocio principal, el fideicomiso -al menos en relación a terceros- carecerá de causa, y por ende de validez. Y los estudios de títulos posteriores respecto a las adquisiciones de quienes han comprado al fiduciario inmuebles, quedarán tachados de imperfectos por falta de causa”³³ En general cabe plantearse qué ocurre si no puede desentrañarse la verdadera naturaleza del acto que subyace bajo el ropaje del fideicomiso.

La falta de la forma en escritura pública del fideicomiso repercute también en que en general resultará difícil y a veces imposible para un tercero cerciorarse si el fiduciario se encuentra obrando dentro de lo que tiene autorizado. No debe olvidarse que el dueño fiduciario se encuentra con un doble límite y su violación tiene severos efectos. Estos son:

A. El límite de los fines del fideicomiso

El fiduciario esta constreñido por los fines del fideicomiso. Este límite que Márquez califica como teleológico³⁴ implica al decir de Kiper y Lisoprawsky que el fiduciario para gravar o disponer de los bienes no tiene “libre albedrío, pues sólo está facultado para hacerlo cuando el acto en cuestión sea necesario o conveniente según ‘los fines del fideicomiso’”³⁵

Carregal en cambio minimiza este límite. Dice este autor que el principio general es la capacidad del fiduciario para gravar o disponer los bienes fideicomitados, y que no está obligado a demostrar ante quienes contraten con él que tiene esas facultades.³⁶

Nosotros creemos que si quien contrata con el fiduciario sabe o debía saber que se trata de de un dueño fiduciario es inexcusable que examine el

³³ ORELLE, José María “Financiación de emprendimientos inmobiliarios a través del fideicomiso” en *La Ley Sup. Esp. Emprendimientos Inmobiliarios*, 01/01/2006, p. 3

³⁴ MÁRQUEZ, José Fernando “Sobre las facultades de administración y disposición del fiduciario” en *LA LEY* 2007-D, 1007

³⁵ LISOPRAWSKI, Silvio V. y KIPER, Claudio M., *Tratado de fideicomiso*, Ed. LexisNexis – Depalma, Buenos Aires, 2003, Lexis N° 6000/000846

³⁶ CARREGAL, op. cit. p. 94

negocio causal del fideicomiso y solo así abastecerá debidamente su buena fe dado que puede surgir del mismo que el acto que intenta hacer el dueño fiduciario es extraño a los fines del fideicomiso. Es aquí aplicable la directiva de las IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil respecto del dominio fiduciario clásico en materia de inmuebles:

“Carecen de buena fe quienes conocían o debían conocer la realidad extra registral por los necesarios estudios de títulos que deben remontarse a un plazo no menor al de veinte años de la prescripción adquisitiva larga.”

Por su parte López de Zavalía –refiriéndose exclusivamente a la posibilidad de *abuti* en el sentido de enajenación señala que el fiduciario “podrá enajenar el dominio pleno, pues a esa consecuencia (art. 74 L.F.) lleva el párrafo agregado al art. 2670 C. Civ.: ‘Quedan a salvo los actos de disposición realizados por el fiduciario de conformidad con lo previsto en la legislación especial’” y que “no está legitimado cuando no lo requieran los fines del fideicomiso (art. 17 L.F., a contrario) porque entonces el acto de disposición no habrá sido realizado ‘de conformidad con lo previsto en la legislación especial’. Estaremos en tal caso ante una prohibición de enajenar.”³⁷

B. El límite de la necesidad del consentimiento del beneficiario o del fiduciante

El art. 17 permite pactar que para disponer o gravar de los bienes fideicomitidos el fiduciario necesite el “consentimiento del fiduciante o el fiduciario”. Esta posibilidad Márquez la llama límite técnico.³⁸ Concordamos con López de Zavalía que aunque no se encuentre mencionado en la ley el contrato podría haber previsto la necesidad del consentimiento del fideicomisario.³⁹

En principio el único límite es el teleológico analizado en el acápite anterior, pero a éste se le puede agregar el técnico.

Esto suscita interesantes cuestiones:

López de Zavalía entiende que el término "consentimiento" que utiliza la ley debe ser tomada “en sentido amplio, se trata, en realidad, de

³⁷ LOPEZ DE ZAVALÍA, op. cit. t V p. 753, en igual sentido citando al jurista tucumano MÁRQUEZ, op. cit. p. 1007

³⁸ MÁRQUEZ, op. cit. p. 1007

³⁹ LOPEZ DE ZAVALIA, op. cit. t. V, p. 755.

una autorización específica que tiene la sustancia de la contemplada en el art. 2338 C. Civ”⁴⁰

El art. 2338 del CC referente a las cosas dice que :

“Son relativamente inenajenables las que necesiten una autorización previa para su enajenación.” Estas cosas dice Alterini son las que se hallan fuera del comercio porque su enajenación depende de una autorización previa, ejemplificándose con los bienes del dominio privado del estado, las cosas de los incapaces, o las adquiridas gratuitamente por los menores emancipados.⁴¹

Márquez por su parte cree que son aplicables los mismos principios que en cuanto al límite teleológico y que en este caso habiendo una prohibición expresa por lo general no existirán dudas interpretativas. Si por la naturaleza de los bienes el tercero no pudiera haber dejado de pedir el instrumento del que surge el derecho al hacerlo surgirá de éste la existencia del límite y si no lo hiciera o haciéndolo hiciera caso omiso a la necesidad de autorización la enajenación es inválida tanto se la considere un supuesto de inajenabilidad relativa como que se lo considere de mala fe. Acción que califica de nulidad que se dispone contra el fiduciario y el tercer adquirente siendo de naturaleza personal y no real de reivindicación dado que los legitimados (Márquez se refiere solo al fideicomisario, pero recordemos que la acción podría ser ejercida por el fiduciante o el beneficiario) al no ser propietario no tendrían acciones reales.⁴²

Por su parte Kiper y Lisoprawsky argumentan que este “consentimiento” “debe ser entendido como una suerte de consulta que debe efectuar el fiduciario, cuya omisión le puede acarrear consecuencias de índole personal en el plano de las obligaciones, pero de ningún modo puede ser una valla a su facultad de disponer, pues, insistimos, aunque temporalmente, es el dueño de la cosa con todo lo que ello implica. Tal cláusula no puede ser interpretada como una restricción absoluta al ejercicio del ius abutendi... Si en el contrato de fideicomiso se previó la necesidad de dicho consentimiento, el tercero que adquiera del fiduciario no podrá ignorar la existencia de la cláusula en tanto una actitud diligente le impone, estudio de títulos mediante, tomar conocimiento del pacto fiduciario. La duda que surge es si en dicho supuesto, y ante la falta del consentimiento previsto en el contrato, se debe considerar mala fe en el

⁴⁰ LOPEZ DE ZAVALIA, op. cit. t. V p. 755

⁴¹ ALTERINI, Jorge, en Llambías... t IV, p. 43

⁴² MÁRQUEZ, op. cit. p. 1007

tercero adquirente... Si bien la cuestión es dudosa, pues en definitiva el tercero adquiere de quien es el dueño de la cosa y se encuentra legitimado para disponer de ella, lo cierto es que no puede ignorar la existencia de la cláusula por surgir ella del título de su transmitente, y desde el punto de vista jurídico la duda basta para excluir la buena fe (art. 2356 y nota del art. 4006)^{43,}

No nos parece que el “consentimiento” del que tan rotundamente habla el art. 17 de la ley 24441 pueda interpretarse como una simple consulta. Puede ser cierto que si se considera que el fiduciario es la persona idónea más que el fiduciante o el beneficiario pueda resultar extraño que se limite de tal forma su facultad de disponer y que ello no condice con las facultades propias del dominio como lo sostienen Kiper y Lisoprawsky,⁴⁴ pero existen multitud de disposiciones en la ley (como la posibilidad de remoción del fiduciario, la remuneración del mismo, la rendición de cuentas) que tampoco condicen con el clásico dueño.

Las XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil establecieron como principio general que:

En el régimen de la ley 24441 la regla es que el fiduciario puede disponer o gravar (disposición en sentido amplio) las cosas fideicomitidas, salvo que dichos actos sean notoriamente extraños a los fines del fideicomiso.

En cuanto a los efectos de estos pactos con respecto a terceros existieron dos despachos:

Despacho A: los pactos en contrario que privan al fiduciario de las facultades de disposición (sentido amplio) tiene efectos reales o sea que son oponibles a los terceros interesados que conocían o debían conocer la existencia de aquéllos. En consecuencia, el art. 17 ley 24441 - es una excepción al principio consagrado por el art. 2612 CC. - (Benedetti, Angelani, Franchini, Arraga Penido, Ruiz de Erenchun, Ruda Bart, Puerta de Chacón, Pujol de Zizzias, Radkievich, Vázquez, Corna, Silvestre, Leiva Fernández, Andorno, De Hoz, Flah, J. H. Alterini).

Despacho B: los pactos en contrario que privan al fiduciario de las facultades de disposición (sentido amplio) sólo tienen efectos personales

⁴³ LISOPRAWSKY y KIPER op. cit. Lexis N° 6000/000846

⁴⁴ LISOPRAWSKY y KIPER op. cit. Lexis N° 6000/000846

conforme lo establece el art. 2612 CC. - (Papaño, Orelle, Salas, Cura Grassi, Kiper, Casajous, Dillon).

6. La carencia de obligatoriedad “per se” de la registración contrato de fideicomiso

La ley de fideicomiso impone la registración de los bienes comprendidos en el fideicomiso conforme sus regímenes respectivos, pero no contempla en cambio la inscripción del mismo negocio fiduciario causa fuente del mismo per se: “Cuando se trate de bienes registrables, los registros correspondientes deberán tomar razón de la transferencia fiduciaria de la propiedad a nombre del fiduciario” (art. 13).

Junyent Bas y Molina Sandoval destacan los inconvenientes que se generan de esa carencia de registración que la ley 24.441 no prevé. Así afirman que “Los efectos que genera la carencia de una obligación de registrar el contrato de fideicomiso se vislumbran fundamentalmente en los fideicomisos ordinarios, ya que los financieros (art. 19 y sigtes., ley 24.441) cuentan con un sistema de control muy estricto (Comisión Nacional de Valores) y un régimen de publicidad propio del sistema de oferta pública (art. 16, ley 17.811) que, de modo indirecto, permite garantizar los problemas que la falta de registración obligatoria” Destacan que sería adecuado prever la inscripción de los contratos de fideicomiso en el Registro Público de Comercio, y destacan que la “legislación uruguaya (ley 17.703 de fideicomiso promulgada el 27 de octubre de 2003 y publicada el 4 de noviembre de 2003) en cierto modo advirtió los inconvenientes prácticos que la falta de registración produce y procuró establecer la obligatoriedad de la inscripción.” Señalan asimismo como efectos que tendría la inscripción en el régimen argentino “ i) No se puede obligar a un tercero si éste no ha dado su consentimiento y éste es hecho conocer antes de su revocación (art. 504, Cód. Civil). ii) El tercero no podría escudarse en su buena fe (art. 1198, Cód. Civil) ni desconocimiento del contrato de fideicomiso, dada su inscripción y publicidad del contrato. iii) El contrato de fideicomiso (aun el celebrado en instrumento privado) tiene valor de fecha cierta (art. 1035, Cód. Civil)” De la misma forma señalan que la inscripción “podría otorgar cierta seguridad en orden al alcance de las facultades del fiduciario” entre otras ventajas. Concluyen

recomendando –hasta la modificación de la ley- que se admita una registración facultativa.⁴⁵

Abella concuerda con la inseguridad derivada de la ausencia de la creación de un registro de contratos de fideicomisos.⁴⁶

Por las razones transcriptas, entre otras, nos parece que hace indudablemente a la seguridad jurídica la necesidad de la inscripción en un registro público de los contratos de fideicomiso para su oponibilidad a terceros. Seguridad que, prosiguiendo nuestra tesis, se vería incluso mejor abastecido si se impusiera a los mismos la forma de escritura pública. El argumento del encarecimiento al adoptarse la forma de la escritura pública es absolutamente baladí. No son los módicos honorarios del notario los que encarecen el acto si no las distintas tasas con que el Estado grava el mismo y su registración. Lo que ocurre es que parece haber un designio no expresado de mantener en cierta obscuridad el negocio fiduciario, y en negarle al lego el adecuado asesoramiento que la intervención notarial forzosamente conllevará.

Nótese que un tercero prudente pedirá ver el contrato de fideicomiso antes de contratar con el fiduciario. Pero ¿cómo saber que éste es auténtico? ¿Cómo conocer si no hubo modificaciones posteriores? La redacción por escritura pública⁴⁷ y la inscripción registral con la doble calificación del notario y del registro, cada uno dentro de sus ámbitos, aventaría estos problemas.

IV. Conclusiones

Hoy es la hora de la prevención de los daños que comienza a ocupar un lugar privilegiado en la preocupación del jurista moderno. La represión lleva ínsita una vocación de prevención, pero hoy se toma conciencia que es más importante prevenir el daño, incluso antes de conocer si el mismo a ciencia cierta puede producirse.⁴⁸ La forma en general y la actuación

⁴⁵ JUNYENT BAS, Francisco y MOLINA SANDOVAL, Carlos A. “Bases para una reforma del régimen del fideicomiso. A propósito de la necesidad de su inscripción” *La Ley* 2007-C, 782

⁴⁶ ABELLA, Adriana; *Derecho Inmobiliario Registral*, Ed. Zavalía, Buenos Aires, 2008 p. 335 p. 346

⁴⁷ Por supuesto que el fideicomiso testamentario se seguiría realizando por las formas autorizadas por el Código Civil, pero en cuanto a la seguridad no debe olvidarse que el mismo pasará por el juez del sucesorio.

⁴⁸ Ver COSSARI, Maximiliano; “Los daños y perjuicios y el principio de precaución en la jurisprudencia reciente” DJ 2008-I, 1053

notarial en particular coadyuva en que la situación que puede generar una situación dañosa no llegue a producirse, engendrando seguridad jurídica.

Si un autor español pudo afirmar que se puede definir al Registro como aquél órgano de realización de la garantía constitucional del principio de seguridad jurídica en la esfera privada,⁴⁹ para nosotros es sumamente claro que para que pueda cumplir acabadamente esa función es necesaria casi siempre la previa actuación notarial que coadyuvará no solo a la seguridad sino a que los daños no se produzcan.

Por ello sostenemos que una futura reforma de la ley 24.441 debería disponer la redacción obligatoria de los contratos de fideicomiso por escritura pública. Asimismo los mismos deberían tener una publicidad registral adecuada que permitiera a los terceros interesados acceder fácilmente a su contenido y eventuales modificaciones siendo solo lo inscripto oponible a estos.⁵⁰

⁴⁹ GIMENO Y GOMEZ-LAFUENTE, Juan Luis; “El embargo y los terceros. el principio de determinación registral y el artículo 613.3 de la nueva LEC 1/2000” en *Diario La Ley (España)* AÑO XXIII. Número 5488. Viernes, 22 de febrero de 2002, p. 2

⁵⁰ Vide COSSARI, Nelson G.A.; *El fideicomiso y su impacto sobre el sistema de derechos reales*, Resultado del proyecto de investigación presentado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, Pontificia Universidad Católica Argentina, 2010.