

FIDEICOMISO INMOBILIARIO (1)

DÉBORA RUTH ALBOHRI TELIAS, CLAUDIA PATRICIA PÉREZ
Y VIVIANA BEATRIZ SALAMÓN

Revista del Notariado N° 839, 1994, p. 699

SUMARIO: I. Introducción. II. Evolución histórica del negocio fiduciario. III. Negocio fiduciario. 1. Concepto. Naturaleza jurídica. 2. Comparación con otras figuras. 2.1. Diferencias entre la simulación y el negocio fiduciario. 2.2. Diferencias entre el negocio indirecto y el fiduciario. IV. Dominio fiduciario. 1. Concepto. 2. Naturaleza jurídica. 3. Comparación con otras figuras. a) Diferencia con el dominio pleno. b) Diferencia con el dominio revocable. c) Diferencia con el usufructo. d) Diferencia con el derecho de superficie. e) Diferencia con la anticresis. 4. Aplicación práctica. 5. Caracteres. 6. Sujetos. 7. Objeto. V. Finalización del contrato. a) Modos normales de terminación del contrato. b) Modos anormales de terminación del contrato. VI. Conclusiones. VII. Bibliografía consultada.

I. Introducción

El fideicomiso constituye un negocio jurídico de carácter mercantil, por medio del cual una persona destina o afecta ciertos bienes a un fin lícito determinado, para beneficio de sí misma o de otra, y encomienda la realización de tal fin a una institución fiduciaria.

El fideicomiso es un mecanismo o instrumento por medio del cual se pretende la realización de un fin: como instrumento específico, caracterizado individualmente, tiene una estructura jurídica especial y una mecánica operativa propia, y en tanto que sirve para el cumplimiento de ciertos fines, los cuales pueden ser de muy diferentes clases.

Al analizarlo veremos que sus elementos son de naturaleza:

a) Subjetiva: constituida por las personas que en él intervienen, el fideicomitente, el fideicomisario y el fiduciario. El primero de ellos es el constituyente o transmitente de los bienes fideicomitados; el segundo

(1) Trabajo que mereció el quinto premio en el Premio Estímulo instituido en la XXIII Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Capital Federal (4 al 6 de agosto de 1994).

es el beneficiario del fideicomiso; y el último es el encargado de disponer los bienes según los términos de la institución.

b) Objetiva: constituida por los bienes o derechos que se afectan para la realización de los fines previstos. Esos bienes deben estar dentro del comercio y no ser de los estrictamente personales del fideicomitente.

c) Teleológica: se constituye para la realización de ciertos fines que deben ser lícitos, posibles, determinados y realizables.

La multiplicidad de las clases de fideicomiso, que no reconoce más límites que las disposiciones de la ley, implica que se puedan realizar innumerables tipos de negocios con propósitos económicos, sociales, financieros, fiscales, familiares, culturales, sindicales, etcétera.

II. Evolución histórica del negocio fiduciario

Se atribuye, por algunos, el origen de los fideicomisos a los derechos griego y egipcio, cuando desarrollada la institución de los testamentos se hubo de buscar un modo de conservar la propiedad en la familia, para evitar que la unidad patrimonial se rompiera en el curso de sucesivas generaciones. Pasó al derecho romano y tuvo en él origen la *substitutio fideicommissaria*, fideicomiso sucesivo y gradual de la familia, del cual son derivación las instituciones fideicomisarias que tuvieron gran desarrollo en la Edad Media, y que fueron prohibidas en las codificaciones del siglo pasado, como en nuestro Código en el art. 3724, que lleva nota aclaratoria de Vélez. Aparece en Roma también el fideicomiso como una liberalidad mortis causa, a la que Augusto somete al control jurisdiccional de los cónsules que termina por ser confundida con los legados. El causante encarga a una persona de su confianza (fiduciario) la transmisión de toda o parte de su herencia, para que a su vez la transmita al verdadero heredero o legatario, a quien más adelante se le dieron acciones para obligar al cumplimiento del fiduciario a la entrega de bienes.

En Roma, aparece también el *pactum fiduciae* con dos variantes: 1) pacto de *fiducia cum creditore*, en que el deudor entrega al acreedor la propiedad de una cosa en garantía de la obligación que los vinculaba, con cargo de devolvérsela cuando pagaba; 2) pacto de *fiducia cum amico*, que es un negocio fiduciario de custodia o de administración, para poner a resguardo seguro determinados bienes. En ambos casos está presente la *fiducia*, es decir, la confianza, la persona de confianza del constituyente, quien cumplirá restituyendo los bienes o entregándolos al beneficiario que corresponda.

La fiducia romana, "la confianza romana", se traduce en la institución que tratan los tribunales ingleses de equidad, y que se denomina

trust. El antecedente del *trust* aparece en el siglo XIII, con la creación de los *uses*, que consistían en una transmisión de tierras por actos entre vivos o en forma testamentaria a favor de un prestanombre, que las poseía en provecho del beneficiario. Desde la aparición del *use* hasta la plena vigencia del *trust* pueden distinguirse cuatro períodos: aparece así en el siglo XVI una “ley de *uses*”, hasta que en la segunda mitad del siglo XVII aparece el *trust* y se desarrolla, limitándose la “ley de *uses*”. Surge, en 1893, el dictado de la *Trust Act*, que constituía una recopilación de las decisiones de los tribunales de equidad en esta materia.

La particularidad que distingue al *trust* está dada en que supone una propiedad funcionalmente dividida que recae simultáneamente sobre la misma cosa o bienes: el *trustee*, que es considerado el propietario legal, es decir el fiduciario, y el *cestui que trust* o beneficiario o fideicomisario, quien es considerado el propietario en equidad, porque este último goza de la protección de sus derechos frente a los adquirentes que conocen la existencia del *trust* o frente a los herederos del *trustee*. El sujeto que pone en marcha el *trust* es el *settlor* o constituyente o fideicomitente. El objeto del *trust* es el conjunto de bienes (especificados) afectados a un fin determinado por el *settlor* y transmitidos al *trustee*: los bienes pueden ser muebles o inmuebles, corporales e inmateriales, que estén en el comercio. Los bienes raíces y las acciones emitidas por sociedades son los que con más frecuencia constituyen el objeto del *trust*. Los bienes no sólo deben quedar separados del patrimonio del *settlor*, sino que también lo estarán del patrimonio del *trustee*, ya que no deben confundirse con el resto de sus bienes ni con los bienes del beneficiario, el que si bien es considerado el propietario en “equidad”, carece de facultades de disposición sobre los mismos.

Las facultades del *trustee*, respecto de los bienes, no pueden ser tan amplias que impidan a los tribunales determinar si ha habido o no abuso en su gestión.

El *trust* o fideicomiso anglosajón se trasladó a los Estados Unidos, donde se manejó y maneja con fluidez en las combinaciones financieras usuales y necesarias en el desarrollo de sus modernas industrias, lo que constituye, en parte, el progreso material de ese país.

El *trust* es una afectación de bienes garantizada por la intervención de un sujeto de derecho que tiene la obligación de hacer todo lo que sea razonablemente necesario para realizar esa afectación y que es titular de todos los derechos que le sean útiles para cumplir esa obligación. Se trata de una institución jurídica que consiste en un patrimonio independiente de todo sujeto de derecho y cuya unidad está constituida por una

afectación que es libre dentro de los límites de las leyes en vigor y del orden público.

En Alemania, se lo denominó *salman*, cuya característica primordial era la de poseer una estructura más firme y menos aleatoria para el fiduciante, quien no padece mayores riesgos en razón de encontrarse amparado por una completa regulación normativa. Se trata de lo que hoy en doctrina se denomina como "fiducia legal"; en ella la transferencia de la propiedad se realiza condicionada, dando por resultado una forma de dominio imperfecto. Se asemeja a la venta con pacto de retroventa; ésta es la razón por la que el *salman* constituye una modalidad marginal en nuestro tema y se entiende que así sea, por la *fides* ha sido desplazada por una completa ortopedia jurídica que impide el libre juego de la confianza y releva de riesgos al fiduciante.

III. Negocio fiduciario

1. Concepto. Naturaleza jurídica.

Debemos determinar el concepto de los llamados negocios fiduciarios, a fin de dilucidar si el dominio fiduciario se encuentra comprendido o encasillado en esta categoría de negocios.

El negocio fiduciario ha llevado a parte de la doctrina a identificarlo como una modalidad de la simulación, y a otro sector a considerarlo como un negocio indirecto.

La noción corriente que da la doctrina sobre el negocio fiduciario es conceptuarla como una declaración de voluntad a través de la cual el fiduciante inviste a otro, el fiduciario, de una posición jurídica frente a terceros, como medio que excede del fin práctico tenido en vista por las partes, con la obligación de devolver el derecho, estando su realización limitada por la convención fiduciaria establecida entre los dos sujetos.

Así Regelsberger brinda la siguiente definición: "El negocio fiduciario se caracteriza en que las partes eligen para su fin práctico un negocio jurídico, cuyos efectos jurídicos exceden de aquél, por ejemplo, la transmisión de la propiedad para garantizar un crédito, cesión de un crédito para su cobro. Del negocio fiduciario nace el efecto jurídico correspondiente a su tipo: el fiduciario se hace propietario, acreedor crediticio o cambiario, como si la transmisión lo fuera para otro fin material, pues no existe un derecho de crédito, de propiedad o cambiario limitado a un solo fin. El fiduciario recibe un poder jurídico del que no ha de abusar para fines distintos del propuesto. Quien transmite le hace confianza que no lo hará. El aseguramiento jurídico contra el abuso no va más allá de una obligación exigible". Esta conceptualización hace ver dos relacio-

nes: una interna, resultante del pacto obligacional y que envuelve una pretensión restitutoria conforme a la finalidad prevista en el negocio, y otra externa, real, en la que la transmisión propiamente dicha se hace objetiva frente a terceros.

Para Grassetti no es exacta la idea de que el negocio fiduciario conlleve el exceso del medio jurídico empleado en función del fin económico propuesto por las partes. Concibe a la figura como una manifestación de voluntad con la cual se atribuye a otro una titularidad de derecho en nombre propio, pero en interés del transferente o de un tercero. La atribución al adquirente es plena, pero éste asume un vínculo obligatorio en orden al destino o empleo de los bienes de la entidad patrimonial. No se da desproporción entre medio y fin porque la atribución patrimonial es indispensable para la consecución del fin práctico contemplado por las partes. Es característica del poder del fiduciario una potestad de abuso, consiguiente a la estructura típica de los derechos reales que no permite una distinción neta entre titularidad formal y típica y titularidad económica o beneficiaria; de donde el que recibe la titularidad de derecho también existe, y tiene necesariamente el poder de disponer en vía real *erga omnes*, incluso más allá y en contra del fin. El negocio implica otorgamiento de confianza del transferente al adquirente, pero es anómala la forma de *fiducia cum creditore*, mientras que es característica de la figura *cum amico*.

Hemos dicho que un sector de la doctrina confunde esta figura con la simulación y otro con el negocio indirecto. Por nuestra parte, creemos que no es posible esa confusión puesto que el negocio fiduciario goza de entera autonomía.

2. Comparación con otras figuras

2.1. Diferencias entre la simulación y el negocio fiduciario.

a) Mientras que en la simulación existe la declaración de un contenido de voluntad no real emitido conscientemente y de acuerdo entre las partes para producir la apariencia de un negocio jurídico que no existe o es distinto de aquel que se ha llevado a cabo, en el negocio fiduciario la nota característica es la transmisión real y no simulada de los bienes, aunque el fiduciario asuma una obligación frente al fiduciante y en su caso también frente al tercero beneficiario. El negocio fiduciario es efectivo, real, del cual se quieren las consecuencias, en tanto el simulado absoluto es ficticio, inexistente, no deseando nadie su realización.

b) Además en la simulación relativa puede producirse una transferencia efectiva de derechos mediante el acto oculto (ejemplo: donación bajo apariencia de venta que transmite el dominio), pero en el negocio

fiduciario lo que produce la transferencia es un negocio ostensible, con oponibilidad *erga omnes*.

c) Con respecto a terceros, éstos deben respetar al negocio fiduciario mientras que con la acción de simulación pueden hacer cesar la apariencia del acto simulado y restablecer la realidad del acto oculto. En el caso del negocio fiduciario, los terceros, si hubiere fraude, tienen la acción revocatoria o pauliana siempre que invoquen un crédito de fecha anterior a la transmisión fiduciaria fraudulenta.

d) Otra de las diferencias se da con respecto a la irrevocabilidad unilateral del negocio fiduciario lícito. En el negocio fiduciario, una de las partes no puede unilateralmente dejarlo sin efecto, mientras que en la simulación las partes tienen derecho a demandar la nulidad del acto aparente y exigir el cumplimiento del acto oculto, si ello es permitido por ley y no perjudica a terceros.

e) El negocio relativamente simulado contiene ya los efectos de los cuales es capaz, mientras que en el fiduciario los efectos obligacionales deben producirse todavía.

f) En la simulación relativa, el dueño verdadero puede reivindicar la cosa del adquirente simulado que cae en concurso o quiebra, no así el fiduciante.

2.2. Diferencias entre el negocio indirecto y el fiduciario

Hay negocio indirecto cuando las partes recurren en el caso concreto a un negocio concreto determinado, para alcanzar consciente y consensualmente por su medio fines diversos de aquéllos, típicos de la estructura del negocio mismo. Se trata de actos por medio de los cuales las partes procuran alcanzar un resultado ulterior ajeno a su función típica. La disonancia entre el medio jurídico empleado y el resultado práctico final que se persigue puede consistir en una excedencia o en una insuficiencia del procedimiento que se utilizó.

Resulta difícil distinguir al negocio indirecto del fiduciario, sobre todo si se tiene en cuenta que muchos autores niegan la categoría jurídica autónoma de los negocios indirectos. Por otra parte, algunos autores sostienen que la diferencia radica no ya en su estructura sino en que, al negarle categoría jurídica autónoma a los negocios indirectos, la distinción no resulta posible. Ambos tienen en común la situación de peligro para una parte, en razón de que la otra está en condiciones de obstar la consecución del fin ulterior que ha movido a la celebración del negocio indirecto. A pesar de lo dicho, se puede advertir que:

a) El negocio fiduciario puede ser abstracto o causado; el negocio indirecto siempre es causado.

b) En la estructura del negocio fiduciario hay siempre una traslación real de derecho, oponible *erga omnes*; en el negocio indirecto, esa traslación podría faltar.

Retomando la esencia del negocio fiduciario, se conviene que es casi unánimemente aceptado por la doctrina caracterizándolo como un “negocio de confianza”. Esta caracterización surge de su propia etimología, pues fiducia proviene del vocablo latino *fides* que significa esperanza cierta, confianza. Es así que el contrato fiduciario tiene por base la confianza que deposita el fiduciante en el fiduciario. Esa confianza se manifiesta en dos planos distintos: por un lado, un sentimiento de confianza moral, que recae sobre las cualidades de honradez, probidad y lealtad del fiduciario; por el otro, una confianza en las cualidades técnicas de la persona a la cual se le transmite la cosa.

Existen algunos contratos como el depósito y el mandato, en los que la consideración de las cualidades personales de una de las partes influye como motivo psicológico determinante de la conclusión del negocio. Esta categoría de negocios suele ser denominada por la doctrina negocios de confianza, en contraposición a los negocios fiduciarios en sentido técnico. Los negocios fiduciarios y los de confianza tienen en común que en ambos existe una situación de peligro derivada de un posible comportamiento abusivo, la que se halla limitada o asegurada por el juego de una relación de confianza.

La raíz del negocio fiduciario, como lo indican su nombre y su etimología, se encuentra en la *fides*, por la que debe entenderse confianza en la palabra por el mero hecho de ser dada. El fiduciante confía en la palabra dada por el fiduciario de retransmitirle la cosa una vez alcanzado el fin propuesto, de manera que no solamente su necesidad sino también su confianza es el móvil que lo guía a desprenderse del dominio de la cosa.

IV. Dominio fiduciario

1. Concepto

Nuestro Código Civil legisla sobre el dominio fiduciario en el Libro III, Título VII, “Del dominio imperfecto”. Menciona tres casos de dominio imperfecto: revocable, fiduciario y dominio gravado con derechos reales constituidos a favor de terceros (dominio desmembrado). En los primeros dos supuestos se halla afectado el carácter perpetuo del dominio, en el tercer supuesto el carácter absoluto.

El art. 2661 dice: "Dominio imperfecto es el derecho real revocable o fiduciario de una sola persona sobre una cosa propia, mueble o inmueble, o el reservado por el dueño perfecto de una cosa que enajena solamente su dominio útil".

El art. 2507 señala que: "El dominio se llama pleno o perfecto, cuando es perpetuo, y la cosa no está gravada con ningún derecho real hacia otras personas. Se llama menos pleno, o imperfecto, cuando debe resolverse al fin de un cierto tiempo o al advenimiento de una condición, o si la cosa que forma su objeto es un inmueble, gravado respecto de terceros con un derecho real, como servidumbre, usufructo, etcétera".

Por un lado, no se hace referencia ya a la nuda propiedad, sino, en general, al dominio desmembrado, y por otro lado, este último se limita a los inmuebles.

En cuanto al texto del art. 2661, caben formular ciertas objeciones: por un lado, alude a que el dominio imperfecto es el derecho real revocable o fiduciario de una sola persona sobre una cosa propia, con lo que parece excluir la posibilidad de que el dominio revocable o fiduciario tenga por titular a más de una persona, lo que nos parece inexacto por cuanto no vemos inconveniente en que sea revocable o fiduciario el dominio de dos o más personas sobre una cosa, con la salvedad de que se trataría de un condominio imperfecto. Por otro lado, la norma citada determina en su parte final que también es imperfecto el dominio reservado por el dueño perfecto de una cosa que enajena solamente su dominio útil. Al aludir a los derechos reales constituidos por el dueño perfecto, la norma induce a pensar que si el que grava la cosa, con derechos reales 'en favor de terceros, no es dueño perfecto sino su titular fiduciario o revocable, no se estaría en presencia de un caso de dominio imperfecto, cuando lo exacto es lo contrario. Así, por ejemplo, si el titular fiduciario grava su inmueble con una hipoteca, su dominio será imperfecto doblemente: por ser propietario fiduciario y por haber desmembrado su dominio.

El dominio es perfecto cuando no está afectado en su perpetuidad, es decir que no está sujeto a extinguirse por el vencimiento de un plazo o el cumplimiento de una condición, y no está gravado con ningún derecho real en favor de un tercero.

Fácil es advertir que el dominio fiduciario es una especie del género dominio imperfecto. Se halla tipificado en nuestro Código por el art. 2662: "Dominio fiduciario es el que se adquiere en un fideicomiso singular, subordinado a durar solamente hasta el cumplimiento de una condición resolutive, o hasta el vencimiento de un plazo resolutive, para el efecto de restituir la cosa a un tercero". El propietario fiduciario no tie-

ne la cosa a perpetuidad, ya que por definición debe desprenderse de ella al cumplimiento de una condición o de un plazo.

En el pensamiento del Codificador era posible la transmisión del dominio de manera temporaria; prueba de ello es la regulación del dominio revocable (arts. 2663 al 2672) y la última parte del art. 2664, en cuanto determina que en estos casos se juzga que el dominio no había sido transmitido sino de una manera interina.

La perpetuidad del dominio transmitido de esa forma queda afectada a dos modalidades: la condición o el plazo resolutorios y, de cumplirse aquella o vencer éste, su efecto es que el dominio de la cosa debe pasar a manos de un tercero.

La fuente del dominio fiduciario es un acto o negocio fiduciario en el que el *pactum fiduciae* se materializa a través de la condición o plazo resolutorios.

La transmisión de propiedad a título de confianza es un elemento esencial del fideicomiso; por este acto el adquirente obtiene la propiedad fiduciaria del bien transmitido, lo que constituye el punto central de este negocio jurídico.

El dominio fiduciario es una de las variantes posibles que puede resultar de la utilización de negocios fiduciarios. Debe admitirse que del negocio fiduciario clásico no existe regulación legal; por ello es atípico, y esa falta de regulación legal determina que las relaciones entre fiduciante y fiduciario estén libradas a la confianza que aquél deposita en el último y surge, por ende, la situación de peligro de que el titular del derecho transmitido abuse de su posición al no cumplir con lo estipulado en el *pactum fiduciae*. Como la figura carece de regulación legal, es obvio que el ordenamiento no brinda al constituyente acciones que lo protejan frente a las adquisiciones de terceros de buena fe.

En cambio, el dominio fiduciario sí se encuentra tipificado legalmente, pero ello no obsta a que se lo considere en la categoría de los negocios fiduciarios. El dominio fiduciario de nuestro Código Civil dentro de la gran clasificación de los negocios fiduciarios, es consecuencia de un negocio fiduciario impuro, ya que no todo está librado a la confianza y se puede exigir al fiduciario el cumplimiento de sus obligaciones en virtud de una acción real asegurada por la ley. De acuerdo con nuestro régimen legal, el dominio fiduciario es impuro cuando su objeto lo constituyen inmuebles, porque si se trata de cosas muebles todo queda sujeto a la confianza depositada en el fiduciario de que no abuse de su posición, ya que no sería posible reivindicarlas de terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso.

En los negocios fiduciarios la transferencia del dominio se halla limitada o condicionada por el *pactum fiduciae*, en el que se establecen límites a los poderes conferidos al fiduciario y la obligación de retransmitir al fiduciante o a un tercero la cosa, una vez acaecida determinada circunstancia. Dicho pacto puede asumir diversas modalidades: a) condición resolutoria del derecho transmitido; b) escisión de la propiedad: el fiduciario sería titular de la propiedad formal y el fiduciante de la propiedad sustancial; c) un nuevo derecho real sobre cosa ajena en cabeza del fiduciario de carácter peculiar, fuera del número limitado conocido; d) el fiduciario sería un mandatario del fiduciante que actuaría en interés propio; e) el fiduciario adquiriría el dominio pleno, pero limitado por un vínculo obligatorio frente al fiduciante de carácter personal, inoponible a terceros.

En el derecho argentino pueden concretarse negocios fiduciarios que respondan a otras modalidades, pero sólo habrá dominio fiduciario, conforme al art. 2662, cuando la limitación obedezca a la existencia de una condición o plazo resolutorios. En los restantes casos en que se admita la existencia de un negocio fiduciario, la transmisión del dominio no será fiduciaria, sino plena o perfecta.

Lo que impurifica el negocio fiduciario son los efectos de la condición que cuando se trata de inmuebles y en algunos supuestos también de cosas muebles (mala fe o adquisición a título gratuito), opera retroactivamente frente a terceros, lo que significa atribuirle efectos reales al *pactum fiduciae* y a la vez minimizar los riesgos de la figura. Por el contrario, en aquellos supuestos en que la condición resolutoria no operase con efectos retroactivos, el negocio fiduciario mantendría su pureza, ya que al verse obligado el fiduciante a respetar los derechos constituidos sobre la cosa por el fiduciario, subsistiría el carácter personal del pacto.

No existe obstáculo para incluir al dominio fiduciario, cuyo *pactum fiduciae* se encuentra materializado por una condición o plazo resolutorios, en el marco de los negocios fiduciarios, máxime cuando las razones que se indican para alejarlo no siempre son exactas, ya sea que en algunos casos la condición resolutoria no podrá operar retroactivamente frente a terceros, y porque pactos fiduciarios no asumidos a través de la condición resolutoria sí podrán oponerse a terceros en razón de su mala fe.

2. Naturaleza jurídica

El dominio fiduciario es el derecho de dominio a que alude el art. 2506 pero sujeto a modalidades. Es así que tampoco se encuentra enumerado por el art. 2503 ni prohibido por el art. 2614. Si el dominio es un derecho real, el dominio fiduciario también lo es.

Lo interesante es determinar si el dominio fiduciario es una especie o modalidad del dominio o si se trata de un derecho real distinto. La mayor parte de la doctrina considera al primer postulado correcto; Vélez, en la nota al art. 2663, explicó bien la posibilidad de adquirir el dominio en estas condiciones peculiares; y además son también suficientemente explícitos los arts. 2663 al 2672 referidos al dominio revocable.

No es posible admitir la creación de un nuevo derecho real sobre cosa ajena sin violentar el sistema romano del *numerus clausus* adoptado por nuestro Código.

Se trata de un derecho real sobre cosa propia; es el derecho de dominio sujeto a modalidades. No existe aquí desmembración alguna, pues ésta se configura cuando existe otro derecho real sobre la misma cosa que impide al propietario ejercer todas sus facultades. No debe inferirse que el dominio fiduciario sea un derecho real autónomo del dominio, sino que es una especie de este último. El titular del dominio fiduciario es dueño de la cosa no sólo frente a terceros, sino también respecto del fiduciante que se la transmitió, a pesar del pacto obligatorio, porque el dominio es exclusivo.

Se trata del derecho real de dominio pero imperfecto, por hallarse desprovisto del carácter perpetuo, circunstancia que le asigna al dominio fiduciario peculiaridades propias que sin embargo no lo convierten en un derecho real autónomo. Tales limitaciones al carácter perpetuo surgen de la inserción en el título de una condición o plazo resolutorios, que influyen en el régimen legal de la figura convirtiéndolo en especial. El dominio fiduciario presenta otros dos caracteres del dominio: la exclusividad y la absolutez.

En cuanto concierne al negocio jurídico que sirve de causa a la transmisión del dominio fiduciario, es atípico o innominado. En el caso particular de la figura prevista por el art. 2663, puede señalarse que el *pactum fiduciae* requerido no es atípico o innominado, pues se encuentra contemplado por esa norma y explicitado por el Codificador en la nota al mismo.

3. Comparación con otras figuras

a) Diferencia con el dominio pleno

La diferencia está en la perpetuidad del dominio pleno o perfecto respecto del dominio fiduciario, que es temporario. Por ser un derecho limitado en el tiempo, los actos de disposición del titular fiduciario generan, respecto de terceros, derechos sujetos a resolverse al cumplirse la condición o vencer el plazo resolutorio, excepto cuando se trate de adquirentes de buena fe y a título oneroso de cosas muebles.

En cuanto a los modos de adquisición, el dominio imperfecto se adquiere por el fiduciario de igual manera que el dominio perfecto, es decir, a través de la concurrencia del título y el modo. También puede ser adquirido por sucesión en los derechos del propietario menos pleno y por la prescripción breve, radicando la diferencia en que no puede adquirirse por prescripción larga, porque faltaría el título de transmisión fiduciaria y la limitación resultante del mismo.

b) *Diferencia con el dominio revocable*

Ambos pertenecen a la categoría del dominio imperfecto y ambos son temporarios por estar subordinados a durar hasta tanto se cumpla el evento resolutorio. Mientras en el dominio revocable, operada la resolución, la cosa debe volver a su anterior dueño, en el dominio fiduciario la cosa debe ser transmitida a un tercero, y la prohibición de constituir usufructo no rige para el dominio revocable.

En el dominio fiduciario las condiciones resolutorias sólo pueden ser establecidas por voluntad de las partes; por el contrario, el dominio puede ser revocable también a causa de condiciones resolutorias implícitas o tácitas, es decir, que no fueron estipuladas por las partes, sino que encuentran su fuente en la ley (ej.: revocación de donaciones por ingratitud del donatario).

c) *Diferencia con el usufructo*

El usufructo es por naturaleza una propiedad temporaria, porque si fuera perpetua, el derecho de propiedad no existiría. Si bien ambos son temporarios, el usufructo, si no se estipuló ningún plazo de duración, es vitalicio, esto es, se extingue por la muerte del titular, y en el caso de las personas jurídicas, su duración no puede ser mayor al término de 20 años, mientras que el dominio fiduciario se extingue por el cumplimiento de la condición o vencimiento del plazo.

El título que sirve de causa al dominio fiduciario transmite la propiedad de la cosa, con las facultades de usar, gozar y disponer de ella; al usufructuario sólo se le transmite el *ius utendi* y el *ius fruendi*, pues carece del *ius abutendi*. Sólo tiene el goce de la cosa.

El usufructo no es transmisible por vía hereditaria; sí lo es la propiedad fiduciaria. Son características del usufructo la obligación de no alterar la sustancia de la cosa, la de efectuar las reparaciones ordinarias de conservación, prestar fianza y realizar inventario de los muebles y un estado de los inmuebles. Por el contrario, al ser el fiduciario el dueño de la cosa, no está obligado a reparar ni a conservar, ni a prestar fianza que asegure a otro que no abusará en el uso y goce de la cosa, menos aun a practicar inventario o estado, ni a sufrir ninguna restricción, fuera de las

que la ley misma impone al derecho de propiedad y de aquellas que pudieran convenir al interés de las partes. Esto no significa que las partes del negocio fiduciario no puedan convenir la prestación de una fianza o la realización del inventario, lo cual dependerá del ejercicio de su autonomía contractual.

El usufructuario no puede gravar con hipoteca el fundo; en cambio, el fiduciario no sólo puede enajenar, sino también constituir hipoteca.

El usufructo puede extinguirse por el no uso durante el término de 10 años y por las distintas especies que pueden configurar un caso de confusión, causales que no resultan aplicables al dominio fiduciario. Si se trata de la destrucción parcial de la cosa, el usufructuario sólo podrá gozar de la cosa en tanto pueda servir para el uso que se tuvo en cuenta al constituir el usufructo; en cambio, el fiduciario seguirá siendo dueño mientras dure su derecho del suelo y de los materiales que subsistan.

d) Diferencia con el derecho de superficie

Si bien el derecho real de superficie, por el cual una persona tiene el uso, goce y disposición de lo construido sobre o bajo la superficie de un fundo cuyo dominio pertenece a otro, se encuentra prohibido expresamente por el art. 2614 de nuestro Código, teniendo presente la opinión de Biliboni, quien sostuvo que el dominio sujeto a plazo no es dominio sino derecho de superficie, existen diferencias entre ambas figuras.

El dominio fiduciario configura un derecho real sobre cosa propia, mientras que el derecho real de superficie importa un *ius in re aliena*, un derecho sobre cosa ajena. En este último hay una desmembración del dominio que permanece en cabeza de su titular.

El dominio fiduciario puede tener por objeto cosas muebles o inmuebles; en cambio, la superficie sólo tiene interés en materia de inmuebles. En el dominio fiduciario juega el principio de la accesión, mientras que cuando se trata del derecho de superficie no juega ese principio, ya que su objeto recae sobre todo lo edificado o plantado por encima o por debajo de la superficie.

e) Diferencia con la anticresis

El derecho real de anticresis es un derecho de garantía sobre cosa ajena; el dominio fiduciario puede cumplir otra finalidad que no sea la de garantizar el pago de una deuda, pero la diferencia esencial radica en que el último otorga el dominio sobre la cosa mientras que aquél sólo transmite al acreedor anticresista la posesión.

El acreedor anticresista, titular de un derecho accesorio, sólo tiene derecho a percibir los frutos del inmueble a los efectos de imputarlos so-

bre los intereses de la deuda, si se debiese, y de no ser así, directamente sobre el capital. El fiduciario tiene las facultades más amplias sobre la cosa en su carácter de dueño de la misma, entre las que se encuentra el derecho de disposición del cual aquél carece.

No puede haber anticresis sin crédito al que garantice, mientras que puede existir una transmisión fiduciaria con independencia de la existencia de un crédito principal. La anticresis sólo puede nacer de un contrato; el dominio fiduciario puede ser también transmitido por actos de última voluntad.

El acreedor anticresista no puede gravar el inmueble ni su propio derecho con una hipoteca, para lo cual sí está facultado el fiduciario, en cuyo caso se extinguirá al cumplirse la condición.

4. Aplicación práctica

En nuestra doctrina surgen dos posturas respecto de la aplicación práctica del art. 2662.

La opinión negativa fue sustentada por Salvat, quien entendía que este artículo constituye una disposición que carece de interés práctico y de aplicación. Según este autor, las situaciones emergentes de la aplicación de ese precepto caen. Fundamenta su opinión diciendo que nuestro Código ha abandonado en este punto las tradiciones del derecho romano apartándose también de las ideas de Freitas, ya que condena toda idea de sustitución fideicomisaria por haber considerado el legislador que era contraria a los intereses económicos de la sociedad. Niega también la posibilidad de aplicarlo a los actos entre vivos, pues los supuestos que contempla caerían en la figura del mandato o bien en la simulación, ya que la propiedad corresponderá al representado o al propietario oculto, según el caso.

La opinión afirmativa fue defendida por Lafaille, quien reconoció la poca aplicación práctica de la figura, pero sin embargo admite que es concebible que el fiduciario adquiera el dominio de la cosa para sí y no para el representado ni para un propietario oculto, puesto que aquél no es un mero agente o persona interpuesta y que disfruta de la cosa durante el tiempo establecido o hasta cumplirse la condición.

En cuanto a su interés práctico, no pueden sentarse reglas generales ya que dependerá de los objetivos que persigan las partes del negocio al regular los derechos a través de la figura, dentro del marco de la autonomía de la voluntad.

En la actualidad se observa también la aplicación de la figura como forma de garantizar la reorganización y el saneamiento de empresas por

un club de bancos, al que se transfiere la propiedad fiduciaria de la empresa, y también la entrega del dominio fiduciario de un terreno a una empresa constructora o entidad crediticia, que luego entregaría una o más unidades al antiguo dueño del suelo en forma de pago. En este sentido, Correa Larguía propone la adopción de los negocios fiduciarios para la solución del problema de la vivienda. El esquema consistiría en la transmisión del dominio fiduciario por parte de los titulares de terrenos baldíos o casas de una sola planta a las entidades autorizadas, las que levantarían un edificio de viviendas y entregarían en pago algunas de éstas a los fiduciantes, y la restantes las comercializarían con terceros.

Otra propuesta es la del doctor Falbo, quien señala que no debe perderse de vista el carácter civil de la institución ni tampoco el aspecto publicitario, que debe efectuarse en el Registro. Asimismo señala la conveniencia de indicarse claramente las garantías y responsabilidades de los grupos que actúan, y que tienen que concederse especiales exenciones tributarias, que tienen que ser muy importantes para el desarrollo de la institución y favorecer la industria de la construcción.

Por nuestra parte, consideramos acertada la propuesta del doctor Falbo, ya que entendemos que en el aspecto fiscal esta institución debería ser eximida del pago de Impuesto de Sellos y aun de las tasas, dados los objetivos sociales que persigue la misma. Esta sería una posible solución al problema de la vivienda.

5. Caracteres

La transferencia del dominio a título de confianza es la esencia del contrato de fideicomiso. Por "título" de transmisión entendemos la motivación subyacente en el acuerdo de voluntades que ha precedido a la enajenación o es concomitante con ella. Se transmite el bien "porque" se tiene la confianza necesaria en que el transmitente hará cumplir el encargo. Surge de lo dicho que en los casos de transferencia del dominio fiduciario el transmitente no recibe una contraprestación equivalente al valor del bien, como sería el caso de venta o permuta.

Los compromisos que contrae el fiduciario en el contrato de fideicomiso no se deben entonces como contraprestación de la transmisión del dominio. El encargo no se paga con el bien que recibe el adquirente fiduciario, sino que generalmente percibirá una retribución por sus servicios. No podemos calificar, entonces, al acto de transferencia del dominio fiduciario como un acto a título oneroso, simplemente porque nada el adquirente a cambio del bien. Pero tampoco será un acto a título gratuito porque la propiedad no se "regala" al adquirente fiduciario. De allí que la transferencia se realiza únicamente a título de confianza, mediante un "acto fiduciario" o "acto a título fiduciario".

No debe confundirse la transferencia del dominio con el contrato de fideicomiso propiamente dicho. Este podrá ser oneroso o gratuito, según que el fiduciario perciba o no una retribución por las prestaciones a su cargo. Será oneroso en la medida en que las partes asuman obligaciones recíprocas (el fiduciario, la ejecución del encargo y el fiduciante el pago de la retribución) o bien gratuito, si solamente el fiduciario asume obligaciones con motivo del contrato.

El "porqué" de la transferencia hace entonces al título de la transmisión (título fiduciario), mientras que el "para qué" hace al contrato de fideicomiso (encargo fiduciario).

En cuanto a los modos de adquisición del dominio fiduciario, sólo operarán como tales la tradición y la sucesión. No es susceptible de ser adquirido por apropiación o por usurpación ya que en ellos faltaría la transmisión "a título de confianza", elemento volitivo esencial para la existencia del fideicomiso. Por otra parte, no podría concebirse la presencia del plazo o condición característicos y limitantes de la propiedad fiduciaria, sin la concurrencia de voluntades destinadas a regular las modalidades a que se encuentra sujeta.

La tradición traslativa de dominio será, entonces, el modo habitual de adquirir el dominio fiduciario.

Este dominio deberá mantenerse al margen del patrimonio del fiduciario ya que tiene una finalidad que cumplir, prevista de antemano y conocida por efecto de la publicidad registral. No se trata de un dominio pleno que ingresa a un patrimonio para constituirse en prenda común de los acreedores, sino de un tipo de dominio que se transmite solamente para cumplir una finalidad determinada. Este es el principal efecto del contrato de fideicomiso inmobiliario: la creación de un patrimonio de afectación.

En cuanto al contrato por el cual se transfiere este dominio, debe instrumentarse en escritura pública cuando se trate de inmuebles según las exigencias del art. 1184 del Cód. Civil; y además, por la publicidad que deben tener dichas transmisiones para que la condición presente en el acto pueda ser conocida por todos, deberán ser inscritas en el Registro de la Propiedad Inmueble.

Como caracteres típicos del contrato de fideicomiso inmobiliario señalamos:

a) son partes del mismo el fiduciante (titular del dominio pleno que transmite el dominio imperfecto) y el fiduciario (adquirente de este dominio y obligado a cumplir la condición presente en el acto), a los que se les aplican las reglas generales en cuanto a capacidad y legitimación. En

cuanto al fideicomisario (tercer adquirente o beneficiario), aun cuando entendemos que pueda encontrarse legítimamente interesado en el contrato, no puede ser considerado parte en sentido sustancial ni formal;

b) es consensual, ya que produce sus efectos desde el mismo momento en que las partes se obligan a transferir el dominio fiduciario del inmueble y a ejecutar el fiduciario el encargo pactado;

c) es bilateral, porque genera obligaciones para ambas partes que son: la del fiduciante, transferir el dominio imperfecto al fiduciario, y la de este último, cumplir con el encargo;

d) es innominado o atípico, ya que no está especialmente legislado en el Código Civil;

e) puede ser oneroso o gratuito, según se pacte una retribución a pagar a favor del fiduciario;

f) es conmutativo, por cuanto produce obligaciones conocidas y queridas desde su nacimiento por ambas partes;

g) es *intuitu personae*, pues uno de los contratantes (en este caso la persona del fiduciario) es elemento esencial ya que son de suma relevancia sus cualidades, aptitudes particulares, solvencia económica y moral y en especial su pericia técnica.

Los efectos fundamentales de este contrato son:

a) con respecto al fiduciante: la obligación de transferir el dominio, con sus particulares características, al fiduciario;

b) con respecto al fiduciario: 1º la adquisición del dominio fiduciario y revocable y 2º la obligación de ejecutar el encargo pactado con el fiduciante.

6. Sujetos

Generalmente se advierte la presencia de tres sujetos en el contrato de fideicomiso, aun cuando es posible que actúen dos.

El propietario del bien que se transmite en fideicomiso y formula el encargo se denomina "fiduciante" o "fideicomitente" o sencillamente "constituyente". Se llama "fiduciario" o "fideicometido" quien recibe el bien en fideicomiso y se compromete a darle el destino señalado en el contrato. Y "fideicomisario" o "beneficiario" es la persona que aprovecha el bien, en definitiva aquel en favor de quien se constituye el fideicomiso. Se admite que el propio constituyente sea a su vez beneficiario del fideicomiso. En nuestra legislación no existe prohibición alguna de carácter expreso, no obstante lo cual debe interpretarse como criterio necesaria-

mente restrictivo la posibilidad de que el fiduciario pueda ser designado beneficiario del fideicomiso, puesto que el conflicto de intereses que podría presentarse en determinadas circunstancias atentaría contra el ejercicio imparcial y objetivo de la generalmente delicada función del fiduciario.

En cuanto a la designación del fideicomisario, no halla inconveniente la doctrina en que a la fecha de la constitución del fideicomiso no se encuentre específicamente identificado el beneficiario, siempre que pueda llegar a serlo en su momento.

El constituyente puede designar uno o más beneficiarios, que reciban en forma simultánea o sucesiva el provecho del fideicomiso. Asimismo, puede establecer beneficiarios alternativos para el caso de que el designado no acepte el fideicomiso o se dé alguna otra circunstancia impeditiva. La sustitución de beneficiario, en cambio, sólo podrá tener lugar con la conformidad del designado con derechos adquiridos, salvo los casos especiales en que el fideicomisario tuviere derecho únicamente a una parte o porción del bien fideicomitado, una vez que el fiduciario hubiere procedido a la división del bien según las instrucciones o encargo recibidos del constituyente. Esta situación se produciría si el fiduciario recibiera un campo, con el encargo de subdividirlo para entregar un lote al beneficiario designado. Nada obstaría a que con posterioridad nombrara otro u otros beneficiarios para los restantes lotes, aun cuando en el acto constitutivo no se hubiere reservado esa facultad.

Nuestra legislación no exige condiciones especiales para actuar como fiduciario. En consecuencia, cualquier persona física o jurídica con capacidad suficiente podrá asumir ese rol contractual. Otras legislaciones, en cambio, requieren ciertas características en los fiduciarios, destinadas a proteger la fe pública y la seguridad en este tipo de transacciones. La mayoría de las legislaciones latinoamericanas ha introducido restricciones de este tipo, limitando en general a las instituciones bancarias la posibilidad de actuar como fiduciarios.

La nueva ley de entidades financieras N° 21526 faculta a los bancos de inversión y a las compañías financieras a cumplir encargos fiduciarios. Los bancos comerciales se incluyen en la nómina de las entidades autorizadas.

Un sector de la doctrina entiende que cuando el negocio de fideicomiso inmobiliario se convierte en habitual, o se relaciona íntimamente con operaciones de índole financiera, solamente las entidades mencionadas se encuentran habilitadas para ejercer cargos fiduciarios.

En cuanto a la capacidad para adquirir bienes en fideicomiso, debe entenderse que están capacitados para ello quienes lo estén para obligarse, y podrán transferir bienes en fideicomiso quienes puedan disponer de ellos. Resultan aplicables los arts. 35 y 52 y concs. del Cód. Civil y, por analogía, el art. 1357. Cierta doctrina entiende que las incapacidades de derecho que consagran los arts. 1358 y sigtes. para el contrato de compraventa y los arts. 1807 y sigtes. para las donaciones, son aplicables al fideicomiso en cuanto éste sea el paso previo a una enajenación a título oneroso o a título gratuito. La intención del transmitente no será vender, permutar, ni donar al fiduciario, pero generalmente por su intermedio el bien irá a dar a manos de un tercero beneficiario, que lo recibirá a título gratuito u oneroso, según sean las características de la operación. Se tendrá en cuenta, entonces, la persona del beneficiario antes que la del fiduciario, pues no resulta admisible que por intermedio del fideicomiso se burlen prohibiciones legales de orden público, como lo son las donaciones entre cónyuges o las ventas de padres a hijos que se encuentran bajo su patria potestad, por ejemplo.

7. Objeto

El objeto del contrato de fideicomiso es la actuación de una de las partes (fiduciario) respecto de un bien que se le transmite a fin de darle en su momento el destino previsto. Son aplicables a éste y a las obligaciones y prestaciones emergentes del contrato, los controles de moralidad y legalidad que rigen a los contratos en general.

V. Finalización del contrato

a) *Modos normales de terminación del contrato*

De conformidad con lo dispuesto por el art. 2662, el dominio fiduciario está "...subordinado a durar solamente hasta el cumplimiento de una condición resolutive, o hasta el vencimiento de un plazo resolutive..."; por lo tanto, ha de terminar nominalmente por el acaecimiento de un hecho futuro e incierto con efectos resolutivos, previsto en el acto constitutivo, o bien con el cumplimiento de un plazo cierto o incierto con iguales efectos. Dadas estas circunstancias de cumplimiento de plazo o condición previstos, quien resulte legitimado para reclamar la propiedad del bien según lo previsto en el acto constitutivo tendrá expedita la acción para exigir el cumplimiento. Es decir, será el "titular" del derecho a reclamar la entrega del bien en propiedad plena. Paralelamente, el propietario fiduciario quedará obligado, a partir de ese instante, a transferir el bien en propiedad plena a quien corresponda.

b) *Modos anormales de terminación del contrato*

1º Concurso del fiduciante: es importante determinar si la transmisión de la propiedad fiduciaria realizada durante el período de sospe-

cha resulta eficaz respecto de los acreedores. Los arts. 122 y 123 de la ley 19551 no mencionan en modo expreso los casos de enajenaciones fiduciarias. Pero el art. 122 inc. 1° declara ineficaces de pleno derecho respecto de los acreedores, los actos realizados a título gratuito. Ante esta disposición legal cabe preguntarse si el fideicomiso es, a priori, un acto a título gratuito. Debemos recordar que la transmisión fiduciaria no se realiza a título gratuito ni a título oneroso, sino a título de confianza, sin perjuicio de que el contrato de fideicomiso sea celebrado a título gratuito u oneroso, según que la tarea del fiduciario sea o no remunerada. Ante este primer análisis parecería que la transmisión del dominio fiduciario estaría a salvo de la ineficacia que establece el art. 122 de la ley 19551.

Es importante recordar que la transferencia de la propiedad fiduciaria puede constituir un medio para transferir un bien en forma gratuita u onerosa. Si ese destino es, por ejemplo, la venta del bien a un tercero a través del fiduciario para entregar los fondos obtenidos al fiduciante, estaríamos frente a un acto de disposición a título oneroso, y, como tal, no quedaría encuadrado dentro del artículo en cuestión. El concurso no podría aspirar a que el bien que ha salido por ese medio del patrimonio del fallido ingrese a la masa, pero en cambio el fiduciario debería ingresar a ella el precio obtenido como consecuencia de la ejecución del fideicomiso.

La situación sería diferente si el fiduciante concursado no se hubiera reservado el derecho a percibir una contraprestación equivalente al valor del bien, pues en ese caso el acto fiduciario habría sido el paso previo para contraer una transmisión a título gratuito. Se daría esta situación si, por ejemplo, el precio obtenido fuera entregado como donación a un tercero beneficiario del fideicomiso. En este caso se estaría en presencia de un supuesto comprendido en el inc. 1° del art. 122 mencionado, resultando ineficaz la transmisión fiduciaria respecto de los acreedores.

Lo que determinará la calificación del acto de disposición para establecer su grado de oponibilidad a los acreedores, no será la transferencia de la propiedad fiduciaria en sí, sino la existencia o no de una contraprestación equitativa a favor del constituyente, que provenga de la ejecución del encargo fiduciario. Habrá que analizar en cada caso en particular si nos encontramos en presencia de un acto de mala fe o realizado con una imprudencia tal que ocasione serios perjuicios a la masa, provocando o agravando el estado de insolvencia que determinó la apertura del concurso.

Por último, las transferencias de propiedad fiduciaria que signifiquen (por vía de cumplimiento del encargo) una enajenación a título oneroso, caerán en la órbita del art. 123 (actos ineficaces por conocimien-

to de la cesación de pagos) cuando se pruebe que el fiduciario conocía (al tiempo de la transferencia) la insolvencia del fiduciante.

2° Concurso del fiduciario: se han elaborado dos teorías fundamentales al respecto:

I. Patrimonio autónomo o de afectación: diversas legislaciones latinoamericanas consagran el principio del patrimonio autónomo (Colombia, Costa Rica, México, Honduras) determinante de una neta separación entre los bienes recibidos en fideicomiso y aquellos que constituyen el patrimonio del fiduciario.

La admisión de un patrimonio de afectación constituido por éstos, lleva a la necesidad de que el fiduciario los contabilice separadamente, evitando que se confundan con los propios y con los correspondientes a otros fideicomisos que pudieran existir. Además, quedan excluidos de la garantía general que constituye el patrimonio del deudor fiduciario, puesto que no ingresan a él con este carácter y, en consecuencia, no pueden prevalerse de ese incremento ni perseguirlos para cobrarse de ellos sus acreencias. Por lo tanto, no hay riesgo para el fiduciante ni para el beneficiario. Tampoco pueden ser perseguidos (salvo el supuesto de fraude) por los acreedores del fiduciante, puesto que la separación patrimonial operada con la transferencia es también válida para este caso. El mismo principio rige para los acreedores del beneficiario, que deben respetar la transmisión fiduciaria hasta tanto los bienes ingresen efectivamente al patrimonio de aquél. Sin embargo, los bienes garantizan las obligaciones contraídas para cumplir el fin previsto en el contrato.

II. Unidad patrimonial: para esta teoría, los bienes que ingresan en propiedad fiduciaria al patrimonio del fiduciario se integran a la universalidad que forman con aquellos sobre los que tiene propiedad plena. Se funda en la unidad del patrimonio, que en nuestra legislación positiva está consagrada por el art. 2312 del Cód. Civil. Por consiguiente, dentro de esta teoría de la unidad patrimonial; ¿los bienes recibidos en fideicomiso, responden por las obligaciones contraídas por el fiduciario? En nuestra doctrina se han elaborado opiniones diferentes. El doctor Guastavino se inclina por la solución afirmativa. Niega la posibilidad de reivindicar, en la quiebra del fiduciario, la cosa transmitida en fideicomiso. Sostiene que: "...la situación real del fiduciante es similar a la de los acreedores quirografarios. Carece del derecho real, del que se ha desprendido de un modo pleno y efectivo al celebrar el acto fiduciario, y sus derechos son de carácter personal o creditorio. La quiebra o el concurso del fiduciario son riesgos a los que se somete cuando realiza el negocio fiduciario. La situación de peligro que caracteriza ese tipo de actos puede concretarse ya en el abuso del fiduciario que enajena la *res fiduciae* a

terceros contra los cuales carece de acción reivindicatoria el fiduciante, o en la quiebra o concurso del fiduciario”.

El doctor Falbo —y en opinión coincidente el doctor Carregal— sostienen lo siguiente: “...muy probablemente pudiera ser argüido razonablemente, contra la masa del concurso del fiduciario, que el inmueble fue habido por éste para prestar un servicio a los beneficiarios y no para ser constituido en cabal propietario. La veracidad de la postulación resultará de la escritura traslativa del inmueble, dotada de los atributos propios de los instrumentos públicos. En tal supuesto, ¿cabe al concurso del fiduciario resistir la entrega del bien, e inversamente, pretender que sea liquidado en los procedimientos concursales como cosa libre, limitándose a resarcir la expectativa del fiduciante con el reconocimiento de un crédito pecuniario destinado a ser satisfecho con un dividendo? Parece que tal posición es excesiva, porque el derecho incautado al fallido no tiene más extensión que aquella que le atribuyera su título. En todo caso, cabría al concurso transmitir el bien, pero sujeto a las circunstancias propias de la adquisición fiduciaria efectuada por el ahora fallido antes de su insolvencia. Estas son las soluciones a que lleva el art. 3270 del Cód. Civil, si lo consideramos vigente para la materia concursal”.

Esta opinión es coincidente con la nota del art. 2663 del Cód. Civil, respecto del dominio revocable y, por analogía, aplicable al dominio fiduciario: “... Sea cual fuere la lógica de la jurisprudencia, no puede oponerse razón alguna para que las partes que contratan la enajenación de una cosa no puedan poner condiciones o plazos resolutorios del dominio que transmite la una y adquiere la otra. Esas cláusulas revocatorias, debiendo estar en el mismo instrumento público por el cual se hace la enajenación, no pueden dejar de ser conocidas por el tercer adquirente, pues constan del mismo instrumento que crea el dominio que lo transmite. Hablamos de escrituras públicas, porque sólo por ese medio puede transferirse el dominio de los bienes raíces...”.

Esta postura doctrinaria sostiene que el art. 3270 del Cód. Civil es plenamente aplicable en materia de quiebras (salvo expresa disposición en contrario de la ley), en cuanto la masa, sucesora a título singular del fallido sobre cada uno de los bienes que componen el activo liquidable, no puede adquirir ni pretender sobre ellos un derecho mejor o más extenso que el que tenía su causante.

VI. Conclusiones

Luego de haber finalizado la investigación, hemos llegado a las conclusiones siguientes:

* Las razones por las cuales en nuestro país no han tenido difusión las transmisiones fiduciarias, a nuestro entender pueden encontrarse en el hecho de que el Código Civil fue poco afecto a este tipo de transmisiones inmobiliarias que creaban situaciones de dominios restringidos, ya que el primer adquirente se veía privado del derecho de disponer de la cosa, la cual estaba afectada a un destino determinado, establecido en el acto jurídico que disponía su primera transferencia. En la nota al art. 3724, Vélez Sársfield menciona las diversas formas de sustitución que eran admitidas en el derecho romano, y entre ellas se particulariza la sustitución fideicomisaria que importaba para el heredero instituido en primer término el cargo de "conservar los bienes para que a su muerte pasen al sustituido". A esta sustitución nuestro Codificador la rechaza por considerarla "un obstáculo inmenso al desenvolvimiento de la riqueza, a la mejora misma de las cosas dejadas por el testador..."; destacando, además, que ella genera "... una inmovilidad estéril en lugar del movimiento que da la vida a los intereses económicos..."

* Consideramos que por estar aferrados a nuestra tradición romanista, a diferencia de lo que sucede en el derecho anglosajón, es que se han visto con desconfianza este tipo de transmisiones del dominio. Ello fue así aun cuando nuestro Código Civil convalida el dominio fiduciario, al que conceptúa en su art. 2662.

* Si bien es cierto que la posibilidad de negocios fiduciarios no ha sido regulada específicamente por el Código Civil, es claro que al conceptualizarlos en el artículo anteriormente mencionado, la realización de los mismos cabe dentro del cuadro de la autonomía de la voluntad consagrada en el art. 19 de la Constitución Nacional, al decir que: "Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe", reafirmado en los arts. 21 y 1197 del Cód. Civil.

* Las definiciones que se han dado han confundido este instituto con la simulación y han hecho hincapié en que los medios utilizados superan los fines. Por nuestra parte, pensamos que el negocio fiduciario actúa a la luz del día, no hay tal simulación, no hay excedencia en los medios respecto del fin. Lo que se quiere es lo que se logra con los medios empleados, se trata de una figura autónoma. Lo que sí existe es confianza, y aquí es donde nosotros mostramos nuestra idiosincrasia.

Nuestra realidad es que no estamos acostumbrados a celebrar negocios de disposición sobre la base de la sola confianza como única garantía. Es decir, negocios donde damos al otro la potestad de usar y disponer de lo nuestro sobre la base de la fe que nos merece. Aquí reside el problema, en creer que no se va a respetar este pacto fiduciario; entonces,

buscamos cómo restringir ese dominio del fiduciario que en el derecho anglosajón era un dominio pleno, tratando de hacerlo imperfecto, menos pleno y revocable para que no sea traicionada la confianza y darle fuerza al pacto frente a los terceros.

Si bien creemos que es necesario regular esta institución para que pueda solucionar el problema habitacional fundamentalmente, consideramos que una legislación demasiado reglamentaria y minuciosa haría peligrar su aplicación práctica, tal como sucedió con la ley de prehorizontalidad.

* Para tratar de solucionar el déficit de viviendas, se debe crear una legislación que prevenga las dificultades que se producen por los abusos comerciales en su construcción, facilitando la obtención de recursos necesarios para financiar las obras, y protegiendo al adquirente contra el fraude. Es decir, hay una serie de circunstancias sociales y económicas que influyen en la búsqueda de una solución práctica que al mismo tiempo dote de seguridad a esta clase de negocios inmobiliarios. Se ha tratado de dar solución a esta problemática a través de la sanción de la ley de prehorizontalidad, pero esta normativa no cubre a los adquirentes de los peligros de fraude más que parcialmente, quedando todo en el campo obligacional, porque la inscripción de los boletos de compraventa en los registros inmobiliarios no los sitúa en el campo de los derechos reales. Además, en nuestro país, la experiencia es negativa respecto de la obligación de efectuar esa inscripción.

* A nuestro entender, un aspecto importante a tener en cuenta por una futura legislación es la eliminación de cargas tributarias, ya que en todo proceso de construcción de viviendas pesan demasiado sobre el costo general de realización de la obra. Es necesario implementar una política tributaria adecuada tendiente a fomentar la construcción de viviendas con la mayor participación posible del capital privado.

* Consideramos que el dominio fiduciario constituye un patrimonio de afectación, por lo cual una futura legislación debería establecer que los dados en fideicomiso no deben responder por las deudas del fiduciario y que esos bienes no entran en la masa de la quiebra del mismo, puesto que dichos bienes le han sido transmitidos a título de confianza para beneficiar a un tercero, es decir, al fideicomisario.

* Respecto de la solución de controversias que podría generar la aplicación de esta figura, sería conveniente la organización de tribunales arbitrales que actuarían como amigables componedores o árbitros de derecho, según el caso. Creemos positiva su actuación porque se trataría de expertos en el tema y permitiría esclarecer el conflicto en plazos notablemente inferiores a los existentes en nuestro ordenamiento procesal.

VII. Bibliografía consultada

Zepeda, Jorge Antonio, "Perspectiva del fideicomiso", *Revista Jurídica del Banco de la Nación Argentina*, Buenos Aires, N° 50, pág. 118.

Kiper, Claudio Marcelo, *Régimen jurídico del dominio fiduciario*, Buenos Aires, Edit. La Ley.

Casañas, Esther E.; Arman de Fuster, María S.; Cellamare, Norma y Comba de García, Liliana, *El fideicomiso en la doctrina, en la ley y en la jurisprudencia*.

Azpeitia, Alberto M., "Leasing inmobiliario, derecho de superficie, fideicomiso inmobiliario", *Rev. del Notariado*, Buenos Aires, 1985.

Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Capital Federal, 7. Mesa redonda: "El fideicomiso inmobiliario" (versión completa), *Rev. del Notariado*, Buenos Aires, N° 760, 1978.

Carregal, Mario Alberto, *El fideicomiso*, Buenos Aires, Edit. Universidad.

Carregal, Mario Alberto, "El fideicomiso y la insolvencia del fiduciario", *Derecho Empresario*, Buenos Aires, N° 76, pág. 865, 1980.

Fisher Monserrat, Graciela; Gatti, Luis María y Rubio, Gerardo A., *El fideicomiso, posibilidades actuales. El fideicomiso y el problema de la vivienda*.