

Título: El Contrato de Fideicomiso y sus inconsistencias en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación

Autor: Sergio Giadas

Publicado en: Revista Digital del Colegio Público de Abogados Ushuaia- N° 5- Año 2019

EL CONTRATO DE FIDEICOMISO Y SUS INCONSISTENCIAS EN EL NUEVO CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION

Por Sergio Giadas

SUMARIO: 1.- INTRODUCCIÓN. 2.- DEFINICIÓN. 3.- ANTECEDENTES. 4.- DESCRIPCIÓN. 5.- SUJETOS. 6.- LA DEFINICIÓN Y EL ROL DE LOS SUJETOS. 7.- EL PATRIMONIO Y SU ADMINISTRACIÓN. 8.- CONCLUSIÓN.

1.- INTRODUCCIÓN.

El fideicomiso, es una figura contractual que tuvo una incipiente recepción en el Código de Vélez, en su artículo 2662, relativo al dominio imperfecto en el Título VII, dentro del Libro III de los derechos reales, sin mayor trascendencia y prácticamente sin ninguna aplicación concreta.

Es recién por vía legal, a través del dictado de la Ley N° 24.441 en el año 1995, que se le da acogida específica en el derecho nacional, creándose el contrato de fideicomiso, en principio para atender la necesidad de vivienda, tal como surge de su denominación de “Financiamiento de la Vivienda y la Construcción”.

El instituto tuvo inmediata implementación, no sólo en el ámbito privado, donde destaca su utilización en el desarrollo de emprendimientos constructivos, sino además en el ámbito público, donde se lo ha utilizado regularmente en obra pública – como en nuestra provincia a través del Fideicomiso Austral - y en el sector financiero, no sin problemas de interpretación y de dudas en cuanto a los alcances de su regulación.

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación ha incorporado entre los contratos nominados especialmente regulados en él, al de fideicomiso, introduciéndole modificaciones tendientes a un mayor y mejor aprovechamiento, al igual que con otras figuras contractuales. Sin embargo muchas de las inconsistencias existentes perduran en la nueva legislación, sumándose otras en virtud de las modificaciones introducidas. El presente trabajo, procura señalarlas, asumiendo una posición interpretativa con relación a las mismas, proponiendo una solución concreta que permita su uso sin contradicciones

Título: El Contrato de Fideicomiso y sus inconsistencias en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación

Autor: Sergio Giadas

Publicado en: Revista Digital del Colegio Público de Abogados Ushuaia- N° 5- Año 2019

invalidantes. Ello desde una óptica teórica, ya que por razones obvias, muchas de las observaciones apuntadas aún carecen de definiciones en el ámbito jurisprudencial.

Asimismo, las referencias a casos concretos serán realizadas en el marco del fideicomiso de tipo inmobiliario, por ser el que ha cobrado mayor relevancia en la realidad jurídica y aplicación práctica desde su regulación, en el ámbito público y privado.

2.- DEFINICIÓN.

El término fideicomiso deriva del latín *“fideicommissum”* compuesto por “fides” que se traduce como fe y *“commissus”*, cuyo significado es comisión, por lo que a grandes rasgos cabe inferir que la locución hace referencia al encargo que alguien hace a una persona de su confianza.

La Ley N° 24.441 dictada en enero de 1995, al igual que el Código Civil y Comercial de la Nación, creado por Ley N° 26.994, definen al fideicomiso en su artículo 1° y 1666 respectivamente:

“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”.

“Hay contrato de fideicomiso cuando una parte, llamada fiduciante, transmite o se compromete a transmitir la propiedad de bienes a otra persona denominada fiduciario, quien se obliga a ejercerla en beneficio de otra llamada beneficiario, que se designa en el contrato, y a transmitirla al cumplimiento de un plazo o condición al fideicomisario”.

Cabe destacar que la ley no definía sino a los fideicomisos particulares y al financiero, por lo que la denominación de inmobiliarios, de administración o garantía, respondía a una nomenclatura propia de la práctica, dentro de los mencionados en primer término, en atención al objeto principal asignado en el contrato.

El Código actual, en contraposición a la ley, define a algunas de las variables del amplio espectro contractual que presenta la figura, haciendo alusión específicamente al fideicomiso de garantía en su artículo 1680 y al testamentario en su artículo 1699.

Título: El Contrato de Fideicomiso y sus inconsistencias en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación

Autor: Sergio Giadas

Publicado en: Revista Digital del Colegio Público de Abogados Ushuaia- N° 5- Año 2019

La utilidad de la figura en la implementación de emprendimientos inmobiliarios principalmente, donde ha tenido mayor auge, es indiscutible, claro que la seguridad atribuida conceptualmente suele diluirse en la práctica, debido a diferentes factores que atentan contra las bondades que otorga este contrato y que tienen que ver con la posibilidad de afectar un patrimonio a la consecución de un objeto determinado, salvaguardando el patrimonio personal de los intervinientes, y a la versatilidad que presenta a la hora de diagramar el proyecto, debido a la libertad que la ley brinda para delimitar su objeto.

3.- ANTECEDENTES.

En Roma, el instituto del fideicomiso tuvo su aplicación a través de dos figuras claramente diferenciadas, la de la *“fiducia cum creditote contracta”*, mediante la cual se otorgaba garantía al acreedor respecto al pago de la deuda, haciendo entrega en propiedad de una cosa, que debía ser restituida al tiempo de hacerse efectivo el pago; esta figura guarda una estrecha relación con el fideicomiso de garantía regulado por la Ley N° 24.441; y la *“fiducia cum amico contracta”*, cuya constitución se hacía en interés del fiduciante o fideicomitente, quien otorgaba la custodia del bien en cuestión al fiduciario, dando la apariencia de ser el verdadero propietario frente a terceros, permaneciendo oculto el acuerdo mediante el cual aquel limitaba las atribuciones de éste último.

En el derecho anglosajón, la figura jurídica se desarrolló con el nombre de *“trust”*, cuyo contenido se acerca en gran medida al fideicomiso regulado actualmente en el derecho argentino. En el *trust*, una persona como titular de ciertos derechos era sometida a obligaciones fundadas en el *equity* (derecho emanado del canciller como función legislativa del estado, a diferencia del *“common law”* que se nutre de la jurisprudencia como fuente), en beneficio de otra persona, o por un interés de orden general¹.

Esta modalidad hace intervenir a tres partes, una llamada *settlor*, quien se identifica con el fiduciante, que es quien lo constituye y establece las condiciones de funcionamiento, que a su vez está habilitado para actuar en el doble carácter de fiduciante o *settlor* y de

¹ Goldschmidt, Roberto. Trust, fiducia y simulación. La ley, 67-777.

Título: El Contrato de Fideicomiso y sus inconsistencias en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación

Autor: Sergio Giadas

Publicado en: Revista Digital del Colegio Público de Abogados Ushuaia- N° 5- Año 2019

fiduciario o “*trustee*” que es quien recibe la propiedad con el objeto de cumplir con las obligaciones impuestas por el *settlor* como finalidad establecida en el trust. Por último se encuentra el “*cestui que trust*”, asimilable a la persona del beneficiario, que es aquel en cuyo beneficio se establece el *trust*.

En el derecho argentino, se hace mención del fideicomiso en el artículo 2662 del Código Civil, que en su redacción original decía: “*Domino 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.*”

La norma transcripta, modificada por la Ley N° 24.441, se encuentra en el título VII del libro tercero del mencionado cuerpo legal, bajo el tratamiento que éste hacía de los derechos reales, referido al dominio imperfecto. Su parca redacción y la falta de regulación específica, sumado a la interpretación que la doctrina hacía de la misma, asimilando el instituto a la institución testamentaria del legado o a las donaciones con sustitución fideicomisaria, prohibida por nuestro derecho por atentar contra el orden público propio de las normas que regulan la materia sucesoria, hicieron que esta figura careciera de aplicación práctica. Lo cierto es que hasta el dictado de la Ley N° 24.441 de financiamiento de la vivienda y la construcción, el instituto del fideicomiso sólo tuvo un esbozo de aplicación mediante antecedentes jurisprudenciales relativos a los bienes que se reservaban en beneficio de los hijos del primer matrimonio, instaurados por la SCJBA y algunos proyectos legislativos tendientes a regular la materia como el del Dr. Guillermo Michelson del año 1967 y el proyecto del Poder Ejecutivo de 1986, fuente directa de la redacción de la ley de fideicomiso mencionada.

La Constitución Nacional, mediante la reforma de 1957, incorpora en su artículo 14 bis los derechos sociales, dentro de los cuales y a efectos del presente trabajo, se destaca el de acceso a una vivienda digna, cuestión que guarda relación con el título que se le asigna a la Ley N° 24.441, dado que es en virtud de la satisfacción de esta necesidad y de la proyección que la actividad constructiva provoca sobre la economía, que se dicta la norma aludida haciendo uso del instituto del fideicomiso, como herramienta útil en la realización y financiamiento de emprendimientos inmobiliarios de envergadura.

Título: El Contrato de Fideicomiso y sus inconsistencias en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación

Autor: Sergio Giadas

Publicado en: Revista Digital del Colegio Público de Abogados Ushuaia- N° 5- Año 2019

Claro que su utilización, la cual no se ha limitado sólo al campo de la construcción, lo ha sido, a veces con gran éxito y otras veces no tanto, debido en gran medida a la complejidad de su funcionamiento y falta de certidumbre respecto de los roles que cumplen los sujetos que se vinculan a través de este contrato, que difieren sustancialmente de las formas habitualmente utilizadas en materia contractual.

4.- DESCRIPCIÓN.

El fideicomiso es un contrato típico, en virtud de su regulación legal específica; sinalagmático, dado que el mismo viene a regular la relación contractual establecida entre el fiduciante y el fiduciario, quienes son las partes del contrato; consensual, ya que se perfecciona mediante la concurrencia de voluntades recíprocas entre el fiduciante y el fiduciario, prestando su consentimiento respecto al vínculo contractual en procura de la consecución del objeto del contrato; oneroso o gratuito, está determinado en función del carácter asignado al objeto, y la finalidad que se persigue a través del negocio fiduciario, lo que no es fácil de determinar, como en el resto de los contratos bilaterales, dada la complejidad en las relaciones de los intervinientes en el contrato de fideicomiso, por lo que algunos autores como Eduardo Clusellas y Carolina Ormaechea (2003) prefieren designación de neutro o fiduciario propiamente dicho; de contenido patrimonial, es indudable el contenido patrimonial del contrato, surgiendo claramente de lo establecido en el artículo 1° de la Ley N° 24.441, antecedente del artículo 1666 del Nuevo Código, existiendo uniformidad en la doctrina respecto de esta característica; conmutativo, esta característica implica que cada una de las partes contratantes tiene a su cargo prestaciones expresamente determinadas en el contrato, así lo determina la ley específicamente en su artículo 1°, al establecer las obligaciones asumidas por el fiduciante (transmisión de la propiedad de los bienes) y la del fiduciario, quien debe transferir dicha propiedad al cabo del plazo o condición resolutoria establecidos; acordado o de adhesión, el contrato será de uno u otro tipo dependiendo de la capacidad negocial de las partes al momento de la contratación, siendo libre y en un verdadero pie de igualdad en el primer caso, en cambio tendrá las características del segundo si por el contrario una de las partes es quien

Título: El Contrato de Fideicomiso y sus inconsistencias en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación

Autor: Sergio Giadas

Publicado en: Revista Digital del Colegio Público de Abogados Ushuaia- N° 5- Año 2019

establece las pautas y condiciones o una parte importante de ellas, no quedando a la otra más que aceptarlas o adherir, a fin de formalizar el contrato.

En función de los conceptos vertidos hasta el momento, puede describirse al contrato de fideicomiso como el negocio jurídico mediante el cual una persona transmite o se compromete a transmitir la propiedad de bienes, pudiendo consistir en bienes determinados, materiales e inmateriales o en una universalidad de ellos, a otra persona con carácter fiduciario, lo que implica que el dominio sobre estos bienes no es perfecto, sino que está sujeto a una serie de condiciones impuestas contractualmente, circunstancias estas que, en el caso de los bienes registrables, constan en los registros respectivos a fin de dar seguridad a los terceros que contratan respecto de ellos.

Los bienes transmitidos fiduciariamente, conforman un patrimonio de afectación, independiente del patrimonio personal del transmitente (fiduciante) y el *accipiens* (fiduciario), el cual se encuentra afectado a la consecución del objeto determinado contractualmente. Aunque es posible la transmisión de los bienes afectados al fideicomiso a terceras personas ajenas al contrato, el producto de dichas transmisiones ingresan al patrimonio fideicomitado por subrogación real, quedando afectados del mismo modo. Claro que los terceros contratantes recibirán los bienes de que se trate en forma perfecta, por lo que se entiende han sido desafectados del patrimonio de afectación.

Tanto en la ley anterior como en el nuevo Código, se prevé una suerte de *conditio sine qua non* del contrato, la existencia de un beneficiario, que es quien en cuyo beneficio se administran los bienes del fideicomiso, determinando mediante presunciones y ante la ausencia de éste, respecto de qué figura recaerá dicho carácter, siendo en principio el fideicomisario y en caso de inexistencia o falta de aceptación, el fiduciante.

5.- LOS SUJETOS.

Las partes en el contrato de fideicomiso como ya se adelantara, son el fiduciante y el fiduciario, aunque por las implicancias ya mencionadas, se destaca especialmente la figura del beneficiario, debido la importancia que tiene dentro de los contratos de fideicomiso, especialmente el inmobiliario, y el fideicomisario, constituyendo todos ellos los sujetos del fideicomiso.

Título: El Contrato de Fideicomiso y sus inconsistencias en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación

Autor: Sergio Giadas

Publicado en: Revista Digital del Colegio Público de Abogados Ushuaia- N° 5- Año 2019

Fiduciante:

El fiduciante es el *tradens*, el que transmite los bienes para la constitución del fideicomiso, este puede ser una persona física o de existencia ideal, única o plural, puede ser tener carácter originario, en cuyo caso es quien constituye el fideicomiso o bien incorporarse con posterioridad y adquirir dicha calidad junto al fiduciante originario.

En los fideicomisos inmobiliarios, el fiduciante suele ser quien aporta el terreno sobre el que se llevará a cabo el emprendimiento constructivo, claro que el patrimonio fideicomitado puede estar compuesto por otra calidad de bienes, como dinero títulos o derechos de crédito. Además debe tenerse en cuenta que es posible la incorporación posterior de otros fiduciantes que, al realizar aportes de bienes útiles a los fines previstos en el fideicomiso, acrecientan el patrimonio de afectación que constituye el patrimonio fideicomitado.

Fiduciario:

El fiduciario es quien recibe los bienes y el encargo fiduciario, es quien administra el patrimonio fideicomitado a los efectos de dar cumplimiento al objeto del contrato, al igual que el fiduciante tal carácter puede recaer en una persona física o jurídica.

Como se explicara anteriormente, el pacto fiduciario tiene que ver con la confianza que el fiduciante deposita en el fiduciario para dar cumplimiento a los fines impuestos contractualmente, es en ese orden de ideas que el fiduciario deberá reunir condiciones especiales de diligencia e idoneidad suficientes, a los ojos del fiduciante, para alcanzar el objeto contractual. En tal sentido el artículo 6° de la Ley N° 24.441 decía: *“El fiduciario deberá cumplir las obligaciones impuestas por la ley o la convención con la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él”*. En idéntico sentido, el artículo 1674 del Código Civil y Comercial expresa: *“El fiduciario debe cumplir las obligaciones impuestas por la ley y por el contrato con la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él...”*

Se desprende además, dado su carácter de mandatario, que el fiduciario debe rendir cuentas de lo actuado en el manejo del negocio y no puede adquirir los bienes del fideicomiso, así lo ha receptado la norma en su artículo 7° cuando expresa: *“El contrato no podrá dispensar al fiduciario de la obligación de rendir cuentas...”*, al igual que el artículo 1675

Título: El Contrato de Fideicomiso y sus inconsistencias en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación

Autor: Sergio Giadas

Publicado en: Revista Digital del Colegio Público de Abogados Ushuaia- N° 5- Año 2019

del CCyC: *“El contrato no puede dispensar al fiduciario de la obligación de rendir cuentas, ni de la culpa o dolo en que puedan incurrir él o sus dependientes”.*

Beneficiario:

Del mismo modo que en el caso del fiduciante y el fiduciario, la definición del beneficiario se encuentra inserta en el artículo 1° de la ley, de donde surge que es quien, en cuyo beneficio se ejerce la propiedad fiduciaria de los bienes fideicomitidos y que constituyen el patrimonio de afectación del fideicomiso.

Surge claramente del artículo 2°, como ya se explicara anteriormente, la necesidad de que en el contrato se establezca quien es el beneficiario o las pautas para su individualización, si es que el mismo no consta en el contrato constitutivo.

Se advierte que, el beneficiario o beneficiarios, no forman parte del contrato, aunque si son alcanzados por los efectos de éste, una vez incorporados al negocio fiduciario, dado que el objeto principal del fideicomiso es el ejercicio o administración del patrimonio fideicomitado, en beneficio del beneficiario.

Por lo anteriormente expuesto se entiende la asignación residual que la ley hace del carácter de beneficiario en cabeza del fiduciante ante la ausencia del primero.

La posibilidad que otorga la ley al permitir la incorporación del beneficiario con posterioridad a la constitución del fideicomiso, como así también otros fiduciantes, le da a este instituto la plasticidad necesaria para que su utilización sea la apropiada en los emprendimientos inmobiliarios de determinada envergadura.

Fideicomisario:

El fideicomisario es quien recibe los bienes del fideicomiso existentes al momento de su extinción o cuando se hubiera agotado el objeto por el cual fue constituido, más específicamente la ley refiere al cumplimiento del plazo o condición.

Del mismo modo que sucede con el beneficiario, ante la inexistencia de fideicomisario se entenderá que éste es el beneficiario, pero como cuando no existe beneficiario quien ocupa su lugar es el fiduciante. Así no queda más que concluir, aunque la ley no lo dice expresamente, que este último es también sobre quien recae la calidad de fideicomisario.

Título: El Contrato de Fideicomiso y sus inconsistencias en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación

Autor: Sergio Giadas

Publicado en: Revista Digital del Colegio Público de Abogados Ushuaia- N° 5- Año 2019

Al igual que en los demás casos la figura del fideicomisario puede estar constituida por una persona de existencia visible o ideal, con capacidad suficiente para adquirir los bienes de que se trate.

6.- LA DEFINICIÓN Y EL ROL DE LOS SUJETOS.

Si hay una norma que parece no haber sufrido alteración alguna a la luz del nuevo código, es la definición de contrato de fideicomiso, regulado en su artículo 1666, tal cual lo establecía el artículo 1° de la Ley N° 24.441, hoy derogada parcialmente por el nuevo Código Civil y Comercial, sin embargo ambas definiciones difieren en su contenido.

Es así que para la Ley N° 24.441, *“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”*.

Mientras que para el Código Civil y Comercial *“Hay contrato de fideicomiso cuando una parte, llamada fiduciante, transmite o se compromete a transmitir la propiedad de bienes a otra persona denominada fiduciario, quien se obliga a ejercerla en beneficio de otra llamada beneficiario, que se designa en el contrato, y a transmitirla al cumplimiento de un plazo o condición al fideicomisario”*.

Puede advertirse que, la diferencia sustancial entre una y otra norma consiste en la posibilidad de que el contrato de fideicomiso exista, actualmente, aun cuando todavía no se ha operado la transmisión fiduciaria de bienes, circunstancia ésta que, hace depender la vigencia del contrato al acaecimiento de la misma, dado que hasta que no se produzca la transmisión de los bienes que constituirán el patrimonio fideicomitado, el fiduciario no tendrá bienes que administrar, ello sin perjuicio de los matices que las partes pueden introducir en el contrato.

En tal sentido, podría pensarse en un contrato de fideicomiso inmobiliario en virtud del cual el fiduciante originario se compromete a transmitir un lote determinado, sobre el cual se desarrollará un emprendimiento constructivo, mediante el aporte de inversores, que se incorporarán en carácter de fiduciarios adherentes, que integrarán el patrimonio fideicomitado a ser administrado por el fiduciario, aun cuando la transmisión

Título: El Contrato de Fideicomiso y sus inconsistencias en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación

Autor: Sergio Giadas

Publicado en: Revista Digital del Colegio Público de Abogados Ushuaia- N° 5- Año 2019

del dominio fiduciario del lote opere con posterioridad o, al momento de la adjudicación de las unidades funcionales, suponiendo que sea el caso, a través incluso del mecanismo del tracto sucesivo abreviado. Todo ello porque el “régimen” contractual así parece permitirlo.

Es por tal motivo que estas consideraciones, como las restantes que se exponen seguidamente, deben ser tenidas en cuenta, a la luz del principio de la autonomía de la voluntad, que también rige en materia de fideicomiso, por constituir un contrato, cuestión que suele obviarse en el análisis, contribuyendo a la confusión en torno al mismo, dado que son pocas las normas que rigen el instituto que bien podrían interpretarse como de orden público, aunque claramente consta también de vaguedades que dificultan su interpretación.

De lo expresado, surge claramente que son parte en el contrato, el fiduciante y el fiduciario, aunque el objeto del contrato es la administración de los bienes fideicomitidos en beneficio de otra persona, en principio ajena a la relación contractual, denominada beneficiario.

Claro que el nuevo Código Civil y Comercial admite, al igual que la ley anterior, la posibilidad de que el fiduciante, actuando en doble carácter, sea también beneficiario, aunque aquella va más allá, al permitir que el fiduciario también lo sea, lo que de algún modo acerca aún más la figura contractual a la contemplada en el trust anglosajón.

Ahora bien, lo que todavía pareciera estar vedado es la posibilidad de que el fiduciario sea además fiduciante, esto en virtud de la definición de contrato de fideicomiso, pero cabe destacar que, en el régimen anterior el fiduciario no podía ser beneficiario, aunque como ya se dijo, el contrato estaba definido en cuanto a ello, en los mismos términos del Código Civil y Comercial.

Pareciera ser que si la prohibición no es expresa podría concluirse, atento a la máxima jurídica de que todo lo que no está prohibido está permitido, que tal posibilidad tendría viabilidad, aunque al carecer de un precepto explícito, un contrato que contemplare esta cuestión tendría como óbice los términos que definen al fideicomiso como contrato nominado.

La contradicción aparente entre la definición de fideicomiso y un contrato de este tipo que contemple como parte a un fiduciario que revista también la calidad de fiduciante no lo es tanto si analizamos con detenimiento los términos del artículo 1666 y en función

Título: El Contrato de Fideicomiso y sus inconsistencias en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación

Autor: Sergio Giadas

Publicado en: Revista Digital del Colegio Público de Abogados Ushuaia- N° 5- Año 2019

de los mismos, los roles que asumen todos los sujetos intervinientes en el contrato de fideicomiso.

El artículo 1666 dice que el fiduciante transmite bienes a otra persona llamada fiduciario, quien a su vez administra en beneficio de otra persona llamada beneficiario, lo que hace suponer a primera vista, que al referirse a otra persona se refiere a una persona distinta, lo que sería coherente en el caso de que el fiduciante fuera una persona diferente del fiduciario y el beneficiario, una persona diferente de ambos, salvo que al contemplarse desde siempre la posibilidad de ser beneficiario el fiduciante, esto se relativiza y la literalidad de los conceptos ya no es tan lineal.

Esto nos llevaría a deducir que, el concepto de fideicomiso contemplado en el artículo 1° de la Ley N° 24.441 y el artículo 1666 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, necesariamente depende de otro precepto que acote los conceptos, tal como “otra persona”, que en el caso del fiduciante - beneficiario o fiduciario - beneficiario parece permitir que sea la misma, por así definirlo expresamente.

Si asumiéramos entonces que aunque no esté contemplada expresamente la posibilidad de que el fiduciario sea fiduciante, ésta es jurídicamente viable, sólo quedaría por resolver el hecho de que a la luz de la definición de contrato de fideicomiso regulado en el artículo 1666, el fiduciante, en este caso, contrataría consigo mismo, al revestir también la calidad de fiduciario, cuestión ésta aparentemente no contemplada en el derecho argentino.

Tal circunstancia permitiría que una misma persona pudiera generar patrimonios de afectación independientes los unos de los otros, tantos como fines diferentes pudiera asignársele a cada uno de los fideicomisos así constituidos, lo que pareciera ser descalificable, aunque como ya se dijo, tal circunstancia tiene recepción en el derecho comparado.

En tal supuesto la definición haría referencia a la posibilidad de constitución de fideicomiso mediante un negocio bilateral o unilateral, según sea el caso.

Dicha posibilidad si bien parece inviable en nuestro derecho, no lo es tanto si consideramos que tal previsión ya se encuentra contemplada en las normas atinentes al

Título: El Contrato de Fideicomiso y sus inconsistencias en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación

Autor: Sergio Giadas

Publicado en: Revista Digital del Colegio Público de Abogados Ushuaia- N° 5- Año 2019

fideicomiso testamentario, cuyo nacimiento surge en principio, de un acto voluntario unilateral constitutivo y no de un contrato.

El Código Civil y Comercial dispone en su artículo 2493: *“El testador puede disponer un fideicomiso sobre toda la herencia, una parte indivisa o bienes determinados, y establecer instrucciones al heredero o legatario fiduciario, conforme a los recaudos establecidos en la Sección 8°, Capítulo 30, Título IV del Libro Tercero. La constitución del fideicomiso no debe afectar la legítima de los herederos forzosos, excepto el caso previsto en el artículo 2448”.*

Ahora bien, lo cierto es que la falta de claridad en el tema trae aparejado que, los particulares emprendedores, como los operadores del derecho se abstengan, por precaución, de generar un negocio jurídico de esta naturaleza, que pueda quedar a expensas de decisiones judiciales contrarias a los fines perseguidos.

Es por ello que sería propicio, si es que la ausencia de previsión normativa se debe a una omisión involuntaria o al puro arbitrio, la incorporación de un precepto como el que contiene el Código Civil de Quebec (Canadá) de 1991, cuyo artículo 1275, prevé que: *“El constituyente o el beneficiario puede ser fiduciario, pero debe actuar conjuntamente con un fiduciario que no sea ni constituyente ni beneficiario”.*

Esta posibilidad de fiduciario plural ya se encuentra regulada en la normativa actual, claro que, conforme lo establece el nuevo código, con una incongruencia en cuanto a los plazos, ya que si el fideicomiso es constituido con fiduciario múltiple, el patrimonio fideicomitado quedaría alcanzado por las normas del condominio, de acuerdo con lo que expresamente dispone el artículo 1688 C.C. y C., cuyo plazo de indivisión no puede superar los diez años, entrando en colisión con el término máximo legal y supletorio de treinta años de duración, establecido para el contrato de fideicomiso, por lo que no cabe más que interpretar que ello implica una excepción al régimen de indivisión del condominio.

Ahora, si bien es cierto que posibilitar al fiduciante ser fiduciario en el esquema actual, generaría la necesidad de adecuar a esta circunstancia la totalidad de las normas relativas al tipo contractual y su régimen patrimonial, no es menos cierto que aún hoy el régimen imperante presenta inconsistencias con relación a los roles que desempeñan cada uno de los sujetos intervinientes.

Título: El Contrato de Fideicomiso y sus inconsistencias en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación

Autor: Sergio Giadas

Publicado en: Revista Digital del Colegio Público de Abogados Ushuaia- N° 5- Año 2019

El caso que mayores contradicciones genera entre los doctrinarios, es el del fideicomisario, quien está llamado a recibir los bienes fideicomitidos una vez que ha vencido el plazo o acaecido la condición establecida en el contrato, según lo expresa en artículo 1672 del nuevo Código.

“Fideicomisario. El fideicomisario es la persona a quien se transmite la propiedad al concluir el fideicomiso. Puede ser el fiduciante, el beneficiario, o una persona distinta de ellos. No puede ser fideicomisario el fiduciario. Se aplican al fideicomisario los párrafos primero, segundo y tercero del artículo 1671. Si ningún fideicomisario acepta, todos renuncian o no llegan a existir, el fideicomisario es el fiduciante”.

Retomando el ejemplo del fideicomiso inmobiliario de párrafos anteriores, supongamos que, como es común en este tipo de emprendimientos, el inversor que se incorpora al fideicomiso como fiduciante, lo hace además como beneficiario, cuyo beneficio consiste en la obtención de una de las unidades funcionales proyectadas en el emprendimiento constructivo objeto del contrato.

Parece ser que para parte de la doctrina, la adquisición de una unidad funcional por parte del inversor, no es un beneficio, sino que es la transmisión parcial de bienes fideicomitidos al fideicomisario, por lo cual, según esta postura, habrá tantos fideicomisarios como inversores, dado que estos no serían beneficiarios sino como se dijo fideicomisarios.

Dicha interpretación puede surgir en base a la literalidad del artículo 1666 del Código Civil y Comercial, aunque si el fiduciante originario hubiera pactado como beneficio para sí, la entrega de alguna de las unidades funcionales, la recepción de las mismas debiera interpretarse también como la transmisión operada a uno de los fideicomisarios, por lo que, no se entiende cual sería en este caso el beneficiario, en beneficio de quien el fiduciario administra los bienes fideicomitidos.

Para evitar contradicciones en cuanto al rol desempeñado por los sujetos intervinientes, siguiendo con el ejemplo, sólo cabe interpretar que los inversores se incorporan al fideicomiso en el doble carácter de fiduciantes y beneficiarios, esperando recibir como beneficio, la unidad funcional pactada contractualmente.

Título: El Contrato de Fideicomiso y sus inconsistencias en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación

Autor: Sergio Giadas

Publicado en: Revista Digital del Colegio Público de Abogados Ushuaia- N° 5- Año 2019

En tal esquema, el fideicomisario que hubiera sido designado en el contrato y en su defecto el fiduciante, por así estar establecido subsidiariamente, según lo indica el artículo 1672 in fine anteriormente transcrito, recibirá los bienes remanentes que aún se encuentren en el patrimonio del fideicomiso.

Cabe destacar que, es posible que al tiempo de liquidar el fideicomiso por encontrarse cumplido el plazo o el objeto establecido en él como condición para proceder a la misma, éste no cuente con bienes a ser transmitidos al fideicomisario, dado que el mandato o pacto de fiducia, puede haber indicado al fiduciario que procediese a la enajenación del patrimonio o del producido de éste, como sucede habitualmente en el caso de los fideicomisos inmobiliarios.

Para ello, debe tenerse en cuenta lo establecido en el artículo 1688 en cuanto a las facultades de disposición: *“El fiduciario puede disponer o gravar los bienes fideicomitados cuando lo requieran los fines del fideicomiso, sin que sea necesario el consentimiento del fiduciante, del beneficiario o del fideicomisario.*

El contrato puede prever limitaciones a estas facultades, incluso la prohibición de enajenar, las que, en su caso, deben ser inscriptas en los registros correspondientes a bienes registrables. Dichas limitaciones no son oponibles a terceros interesados de buena fe, sin perjuicio de los derechos respecto del fiduciario.

Si se nombran varios fiduciarios, se configura un condominio en función de lo previsto en el artículo 1674, los actos de disposición deben ser otorgados por todos conjuntamente, excepto pacto en contrario, y ninguno de ellos puede ejercer la acción de partición mientras dure el fideicomiso.

Quedan a salvo los actos de disposición realizados por el fiduciario de conformidad con lo previsto en esta norma”.

El precepto transcrito debe ser leído en consonancia con lo indicado por el artículo 1701, en cuanto a los alcances del dominio fiduciario: *“Dominio fiduciario es el que se adquiere con razón de un fideicomiso constituido por contrato o por testamento, y está sometido a durar solamente hasta la extinción del fideicomiso, para el efecto de entregar la cosa a quien corresponda según el contrato, el testamento o la ley”.*

Podría concluirse, en base a esta norma, que el dominio fiduciario termina al vencimiento del plazo o condición, debiendo el bien ser readquirido por su titular y así

Título: El Contrato de Fideicomiso y sus inconsistencias en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación

Autor: Sergio Giadas

Publicado en: Revista Digital del Colegio Público de Abogados Ushuaia- N° 5- Año 2019

parece surgir con claridad del artículo 1706 que expresa: *“Producida la extinción del fideicomiso, el fiduciario de una cosa queda inmediatamente constituido en poseedor a nombre del dueño perfecto. Si la cosa es registrable y el modo suficiente consiste en la inscripción constitutiva, se requiere inscribir la readquisición; si la inscripción no es constitutiva, se requiere a efecto de su oponibilidad”*.

Ello se correspondería con lo sostenido respecto del fideicomisario, claro que el artículo 1704 es determinante a la hora de establecer las atribuciones del fiduciario con relación a los bienes del patrimonio del fideicomiso, el cual indica: *“El titular del dominio fiduciario tiene las facultades del dueño perfecto, en tanto los actos jurídicos que realiza se ajusten al fin del fideicomiso y a las disposiciones contractuales pactadas”*.

Otra vez, no cabe más que concluir que, la autonomía de la voluntad es lo que termina primando como en toda la materia contractual, por cuanto si el contrato pauta atribuciones dispositivas respecto de los bienes fideicomitados en favor del fiduciario, ello es lo que rige, no pudiendo interpretarse de otro modo, de hecho eso es lo que sucede en la práctica cuando el fiduciario transmite bienes del dominio fiduciario a terceras personas, en forma plena y perfecta, tomándose razón en el Registro respectivo de tal circunstancia, si así se encuentra establecido contractualmente.

7.- EL PATRIMONIO Y SU ADMINISTRACIÓN.

Recordemos que el patrimonio configurado mediante el contrato de fideicomiso, en los términos del artículo 1682 del C.C. y C., es un patrimonio de afectación independiente del patrimonio del fiduciante, fiduciario, beneficiario y fideicomisario, al menos mientras mantenga su calidad de patrimonio fiduciario. Ello implica que esta masa de bienes independiente, que el fiduciario administra de acuerdo a la manda establecida contractualmente, aumenta y disminuye, se modifica y adquiere deudas, e inclusive es ejecutable con motivo de ellas.

El nuevo Código Civil y Comercial ha generado la posibilidad, de que el fiduciario ostente además el rol de beneficiario, entrando esto en contradicción con la prohibición expresa y por lo tanto de orden público, contenida en el artículo 1676, respecto de la adquisición por parte del fiduciario, de los bienes del fideicomiso.

Título: El Contrato de Fideicomiso y sus inconsistencias en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación

Autor: Sergio Giadas

Publicado en: Revista Digital del Colegio Público de Abogados Ushuaia- N° 5- Año 2019

En consecuencia, de conformidad con el sistema actual, el fiduciario puede ser beneficiario pero no puede adquirir los bienes del fideicomiso, ahora esto es difícil ya que, cuál sería el beneficio que recibiría el fiduciario, si el mismo es producto del patrimonio fideicomitado.

Por lo tanto, este patrimonio que tiene vida propia, se conforma con los bienes que se le incorporan por aportes realizados por el fiduciante, terceros, o bien subrogación real producto de sustitución de bienes, frutos o productos de los mismos, y es este patrimonio el que asume el pago de sus deudas. Ahora bien, es cierto que el beneficio no es una deuda en el sentido estricto del término pero es una obligación que el fiduciario debe afrontar con el producido del patrimonio fideicomitado, siendo este mismo patrimonio el que afrontará el pago del beneficio del fiduciario, en caso de que este último sea además beneficiario.

No es esta la única inconsistencia sobre el punto, dado que si observamos lo indicado por el artículo 1687, respecto de la recomposición del patrimonio fideicomitado en caso de insuficiencia de éste para hacer frente a las obligaciones que pesen sobre él, prevé la posibilidad de aportes a realizar por el beneficiario, sin distinción alguna, por lo cual podría darse la situación de que el fiduciario al ser también beneficiario, realice aportes al fideicomiso.

Por otra parte, se puede convenir que la posibilidad de incompatibilidad o conflicto de intereses es mucho más probable en el caso de aquel fiduciario que, administrando bienes del fiduciante en beneficio de un beneficiario, también lo hace en beneficio propio, por revestir también la calidad de beneficiario, que si el fiduciario administrara los bienes por él fideicomitados, afectándolos a una finalidad determinada, en donde además fuera beneficiario.

Recordemos que, el fiduciario es tal porque administra los bienes del fideicomiso, siendo en consecuencia propietario del patrimonio fideicomitado, integrado por la transmisión operada por el fiduciante al momento de la constitución del fideicomiso o posteriormente, como así también los frutos que aquel devengare y los adquiridos con el producido de estos en virtud de su gestión, los que también integran el patrimonio, por subrogación real, tal como lo indica el artículo 1684 del C.C. yC.

Título: El Contrato de Fideicomiso y sus inconsistencias en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación

Autor: Sergio Giadas

Publicado en: Revista Digital del Colegio Público de Abogados Ushuaia- N° 5- Año 2019

Es por lo tanto, del patrimonio del fideicomiso de donde surge el beneficio, por lo que no queda claro como el fiduciario podría obtener un beneficio del fideicomiso que no sea adquirir los bienes del fideicomiso salvo - y esto es por ser la misma persona desempeñando ambos roles -, la retribución establecida en el artículo 1677 del C.C. yC., aunque claro está, ésta responde a una naturaleza diversa del beneficio.

Sin perjuicio de ello y con relación a lo establecido en el mencionado artículo 1684, cabe considerar lo indicado por éste, respecto de la estipulación en contrario que las partes del contrato pueden pautar sobre la adquisición de la propiedad fiduciaria de los frutos o productos de los bienes fideicomitados, de donde surgiría la posibilidad de salvar la incongruencia señalada, mediante una adecuada regulación contractual.

Cabe destacar además con respecto a la asignación de roles y su incidencia en la cuestión patrimonial, que el nuevo código ha sido claro en el caso del fideicomisario, al prohibir en su artículo 1672, que éste pueda ser el fiduciario, evitando de este modo toda especulación respecto de la adquisición de los bienes del fideicomiso, que persisten por falta de claridad, en el caso del fiduciario – beneficiario, como se ha expuesto.

Ahora bien, podría decirse que, cuando el código ha querido prohibir algo lo ha indicado expresamente, como es el caso de imposibilitar al fiduciario ser fideicomisario, por lo que no es errado aseverar que, ante la ausencia de norma prohibitiva expresa, puede procederse conforme al principio de la autonomía de la voluntad, que permite a ambas partes imponerse obligaciones recíprocas en el marco de una relación contractual.

Ello siempre y cuando no se perjudique a un tercero o se contravengan disposiciones normativas de orden público, como podría ser convenir la dispensa de rendición de cuentas al fiduciario, atento a los términos del artículo 1677.

Es cierto que el precepto mencionado es el que contiene además la prohibición de adquirir los bienes del fideicomiso por parte del fiduciario, la cual bien podría interpretarse también como una disposición de orden público, aunque aquella a diferencia de ésta, no presenta contradicción alguna con ninguna otra norma.

Otro punto que merece atención y que guarda relevancia en cuanto a la cuestión patrimonial y su incidencia respecto de los sujetos intervinientes en el fideicomiso, es el

Título: El Contrato de Fideicomiso y sus inconsistencias en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación

Autor: Sergio Giadas

Publicado en: Revista Digital del Colegio Público de Abogados Ushuaia- N° 5- Año 2019

relativo a la transmisión de los bienes fideicomitidos al fideicomisario, una vez acaecido el plazo o condición establecido.

En cuanto a ello, el fideicomisario ¿Qué bienes recibe? ¿Los originariamente fideicomitidos o los que se encuentren contenidos en el patrimonio fiduciario producto de su evolución?

Cabe señalar que no existe prohibición expresa que impida al fiduciario disponer de los bienes fideicomitidos si así se encuentra pautado en el contrato, pudiendo darse el caso, como ya se ha expuesto, que al momento de su extinción el fideicomiso no cuente con bienes que deban ser transmitidos al fideicomisario, por lo que quienes así lo entienden suelen incluir una cláusula que hace referencia a los “bienes remanentes” que deben ser transmitidos al fideicomisario.

8.- CONCLUSIÓN.

Las presentes consideraciones sobre esta figura contractual de significativa complejidad, lejos están de cubrir las zonas grises que presenta su regulación. Sin perjuicio de ello, cabe destacar lo fructífero que ha sido su utilización en el sector público y privado, mediante el cual se han generado infinidad de proyectos constructivos de diversa envergadura con gran éxito, por mencionar uno de los campos en los que ha presentado mayor trascendencia.

Ello no debe impedirnos reflexionar sobre las inconsistencia apuntadas, que no son las únicas, y que llevan a un aprovechamiento ineficiente de sus posibilidades en algunos casos, a su incorrecta utilización en otros, cuando no, a desistir de su implementación, recurriendo a figuras jurídicas diversas por falta de certeza con relación al alcance de sus normas. Basta pensar en el desarrollo de proyectos constructivos a través de la constitución de Sociedades Anónimas, por mencionar un ejemplo.

El fideicomiso sigue siendo un medio sumamente dúctil para viabilizar proyectos de gran envergadura, en el marco de la seguridad que genera la afectación de un patrimonio determinado a la consecución de un objeto concreto, protegido de la acción singular de los acreedores personales de los sujetos intervinientes.

Título: El Contrato de Fideicomiso y sus inconsistencias en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación

Autor: Sergio Giadas

Publicado en: Revista Digital del Colegio Público de Abogados Ushuaia- N° 5- Año 2019

Sin embargo, puede convenirse en que, una modificación general del nuevo Código debiera abordar también la materia contractual y específicamente al contrato de fideicomiso, de modo tal que, su implementación no genere dudas ni tantas preguntas sin respuesta concreta por ausencia de norma.

Por el momento, es responsabilidad de los operadores del derecho que intervengan en la constitución de fideicomisos, acotar adecuadamente a los intereses de las partes en los respectivos contratos, mediante cláusulas claras, de interpretación unívoca, que impidan o disminuyan la posibilidad de conflicto y la necesidad de recurrir a la jurisdicción, a efectos de que sea el juez y no las partes quien defina el contenido y alcances del contrato que las vincula.

Es por ello que, se produzcan o no las modificaciones que felizmente disipen las incertidumbres que en torno al contrato de fideicomiso genera su regulación actual, no debe perderse de vista lo que el actual Código Civil y Comercial establece en el marco general de los contratos, desde su definición en el artículo 957: *“Contrato es el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales”*, y las amplias facultades de que gozan las partes para reglar sus derechos, ya que *“Las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres”*(art. 958), por lo que *“Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Su contenido sólo puede ser modificado o extinguido por acuerdo de partes o en los supuestos en que la ley lo prevé”* (artículo 959), hasta los límites impuestos a los magistrados con relación a estos, ya que *“Los jueces no tienen facultades para modificar las estipulaciones de los contratos, excepto que sea a pedido de una de las partes cuando lo autoriza la ley, o de oficio cuando se afecta, de modo manifiesto, el orden público”*(art.960).

Parece ser que, a pesar de la deficiente redacción o la insuficiencia normativa para atender la diversidad de circunstancias relacionadas con un contrato en particular, la regla general sigue siendo la misma, la preeminencia de la autonomía de la voluntad, con el sólo límite del *alterum non laedere* y el orden público.

Título: El Contrato de Fideicomiso y sus inconsistencias en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación

Autor: Sergio Giadas

Publicado en: Revista Digital del Colegio Público de Abogados Ushuaia- N° 5- Año 2019

BIBLIOGRAFÍA.

- Di Chiara Ivan G. "Contratos" Tomo I. Erreius 1ra Ed. Buenos Aires. 2018
- Rivera Julio C., Medina Graciela, Directores. Esper Mariano, Coordinador. "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado" Tomo IV. La Ley 2da. Ed. 2015.
- Papa Rodolfo G. "Fideicomiso para Abogados y Contadores". ERREIUS, 2da. Ed. 2017.
- Arias Cau, E. (2008). *Panorama general de la ley 26.361*, MDJ4089.
- Bello Knoll, S. I. (2013). *El Fideicomiso Público*. Bs As.: Marcial Pons.
- Bilvao Aranda, F. M. (2011). *Alternativas ante crisis patrimoniales en el fideicomiso inmobiliario* (RDCO, nro. 249). Bs. As.: Abeledo Perrot.
- Bobbio, N. (1996). *Teoría General del Derecho*. Madrid: Debató.
- Bueres, A. y Highton E. I. (2005). *Código Civil y Normas Complementarias Análisis Doctrinal y Jurisprudencial*. Bs. As.: Ammurabi.
- Clusellas, E. G. y Ormaechea, C. (2003). *Contratos con Garantía Fiduciaria*. Bs. As.: Abaco.
- De Hoz, M. (1995). *Contrato de fideicomiso inmobiliario aplicable a unidades funcionales en construcción*. Seminario Laureano Moreira (Revista Notarial 923).
- Farina, Juan M. (2000). *Defensa del Consumidor y el Usuario* (2ª Edición). CABA: Astrea.
- Garrone J. A. (1993). *Diccionario Jurídico*. Bs. As.: Abeledo Perrot.
- Goldschmidt, R. (2009). *Trust, fiducia y simulación*. Revista Jurídica 67-777. Bs. As.: La Ley.
- Gregorini Clusellas, E. (2008). El consumidor inmobiliario. Su tutela en la ley 24240 reformada por la ley 26.361, JA 2008-II, fascículo 9, pág.50.
- Kiper, C. M. (1990). *Régimen jurídico del dominio fiduciario*. Bs. As.: La Ley.
- Kiper, C. M. y Lisoprawski, S. V. (2005). *Tratado de fideicomiso* (2ª ed. actual.). Bs. As.: LexisNexis –Depalma.
- López de Zavalía, F. J. (1997). *Teoría de los Contratos* (Tomo I 4ª Ed). Buenos Aires. Zavalía.
- Lorenzetti, R. L. *Tratado de los contratos*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Martorel, E. E.D.6/7/07 "Los llamados fideicomisos públicos requiem para una figura vergonzante".- L.L. 31/8/08.
- Mosset Iturraspe, J. (1998). *Defensa del Consumidor*. Ley 24240. Bs. As.: Rubinzal-Culzoni.

Título: El Contrato de Fideicomiso y sus inconsistencias en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación

Autor: Sergio Giadas

Publicado en: Revista Digital del Colegio Público de Abogados Ushuaia- N° 5- Año 2019

Mosset Iturraspe, J. (2012). *Eficacia de los Derechos de los Consumidores. Introducción*. Bs. As.: Rubinzal –Culzoni.

Müller, E. C. (2012). *Eficacia del Derecho del Consumidor*. Bs. As.: Rubinzal-Culzoni.

Papagno, R., Kiper, C., Dillon, G. y Causse, J. (1996). *Derechos reales*. Bs. As.: Depalma.