

FIDEICOMISOS

CONTRATO – ASPECTOS PRACTICOS

1.- Consideraciones previas.

Es probable que llame la atención el hecho de que en un curso práctico sobre fideicomiso se incluya como tema el análisis del contrato, ya que si bien tiene la apariencia de un aspecto eminentemente teórico en realidad no lo es. Digo esto ya que más allá de que su conocimiento resulte de suma importancia para incursionar en otros aspectos de esta figura, el tema presenta aristas prácticas que no pueden ser soslayadas.

Lo antedicho se ve claramente apenas enfocamos al fideicomiso en forma integral, pensemos que, casi siempre, relacionado con estos contratos se encuentra algún contador, ya sea porque ha participado en forma directa o indirecta en su confección, como consecuencia de alguna consulta de un cliente que desea invertir, o participar en un contrato confeccionado por otro profesional, intervenir como fiduciario, y quizás lo más frecuente frente a la consulta de la incidencia impositiva que tiene su constitución. Frente a esta realidad no debemos perder de vista que, a partir del contrato se irradian cláusulas que hacen no solo al funcionamiento y relaciones entre las partes, sino también a su tratamiento fiscal.

La realidad nos indica que, dada la postura del Contador en su profesión, no son pocas las preguntas que los clientes pueden llegarnos a plantear, realidad esta que obliga en primer término a tener en cuenta algunas premisas básicas, que hacen generalmente a la concepción que se tiene de la figura del fideicomiso, para luego pasar a considerar el contrato y sus cláusulas.

2.- Pautas básicas a considerar.

Veamos primero algunos conceptos que considero básicos para comprender el tema.

En primer lugar entiendo que resulta indispensable que comprendamos que “el fideicomiso” no sirve “para cualquier cosa” como muchas veces se ha dicho. No todo negocio que se nos plantee necesariamente se adapta a esta figura. No se está frente a un combo donde se “incluye lo que sea”, total todo vale. Esto se piensa ya que a la fecha no se han generalizado problemas con los fideicomisos, lo que no quiere decir que en forma individualizada no los haya habido. Si bien es cierto que tiene su flexibilidad, esta no es infinita.

Debemos tener en cuenta que el fideicomiso por sí mismo no asegura ningún negocio, se hace necesario analizar en forma exhaustiva que se busca y cómo se logrará el objetivo, en el que el fideicomiso solo será un vehículo pero nunca lo convertirán en bueno o malo. Lo dicho tiene solo una salvedad, “la redacción del contrato”.

Otro aspecto a considerar es el hecho de que el contrato de fideicomiso da una mayor cobertura de los bienes, pero no una cobertura total, plena, absoluta como en muchos casos se ha pretendido difundir. El patrimonio fiduciario responde por las deudas contraídas en el cumplimiento de la finalidad del fideicomiso.

Si bien se origina a través del fiduciante la figura clave en el momento de la confección del contrato es el *fiduciario*. Esta situación debe ser perfectamente aclarada y comprendida. Es necesario que se comprenda perfectamente que se le transfiere *la propiedad* de los bienes que se coloquen en el fideicomiso.

Los bienes pasan a integrar al patrimonio fideicomitado solo una vez cumplimentados los requisitos de la transferencia (escritura, traslados, depósitos, etc.) Por ejemplo si se tratase de la transferencia de inmuebles, esta solo se perfecciona con la respectiva escritura traslativa de dominio, situación esta que ha dado por tierra con mas de una intención de constituir un fideicomiso.

Un tema que ha pasado y sigue pasando inadvertido, es el de *la confianza*. Este es un aspecto esencial de esta figura, hace a su creación y evolución. Es clave a la hora de aplicar los tributos.

3.- Estructura básica del fideicomiso.

Para que exista fideicomiso una o varias personas tienen que transferir bienes a otra/s para que esta/s cumplan con una determinada finalidad. Durante la duración del mismo las utilidades que se obtengan se distribuyan entre quienes se indica en el contrato (beneficiarios) y a su finalización los bienes remanentes se reparten entre el/los fideicomisario/s también indicados en el contrato.

Este esquema es el reproducido en la definición de fideicomiso dada tanto en el aley 24.441 como en el Código Civil y Comercial de la Nación.

4.- Definición de fideicomiso.

Más allá del hecho de que se considere o no inapropiado que una definición se encuentre en la ley, en el caso del fideicomiso esta nos permite visualizar su estructura y algunas de los principales cambios introducidos en el Código Civil y Comercial de la Nación. Podemos observar que en realidad se han producido modificaciones, las que si bien no alcanzan su estructura (la que se ha profundizado), se han tenido en cuenta muchos de los problemas suscitados en la realidad cotidiana de su funcionamiento.

Para comprender este aspecto compararemos la definición de la ley 24.441 con la dada por el artículo 1666 de Código Civil y Comercial de la Nación (al que llamaremos Nuevo Código).

La ley 24.441 en su artículo 1º lo define como:

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

Ahora bien, el Nuevo Código en su artículo **1666** lo define diciendo:

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.

Como veremos el “Nuevo Código” no solo mejora la redacción, sino que acierta en algunos aspectos centrales, los que no encontraron en la ley 24.441 el tratamiento adecuado. Podemos mencionar, entre otros, el de la propiedad que transmite el fiduciante, la referencia al fideicomisario, el error de género en su parte final.

Veamos entonces los aspectos salientes de la nueva definición.

4.1.- Contrato.

La nueva definición comienza diciendo “hay contrato de fideicomiso”, claramente lo define como tal. Si bien mayoritariamente se consideraba que se estaba frente a un contrato, esta situación no siempre fue recepcionada correctamente por los organismos de contralor. En ocasiones se ha pretendido y se pretende, ante la falta de una clara identificación como contribuyente el incluirlos entre los otros entes, asociaciones etc.

Entiendo que esta aclaración dada en la definición (ya que no es más que eso) dice a las claras que el fideicomiso para tributar tiene que estar específicamente mencionado como contribuyente.

4.2.- Nacimiento del Fideicomiso.

Otro aspecto relevante de la reforma lo constituye lo relativo al nacimiento del fideicomiso. En el “Nuevo Código” se deja plasmado con total claridad el hecho de que el mismo comienza con el *compromiso de transmitir la propiedad*, situación que no se encontraba expresada claramente en el artículo 1° de la ley 24.441, a tal punto que alguna doctrina sostenía que el fideicomiso nacía con la transmisión de los bienes.

Recordemos que esta norma decía “Habrá fideicomiso cuando una persona (fiduciante) *transmita la propiedad fiduciaria*. La diferencia resulta más que evidente ya que no es lo mismo transmitir que comprometerse a transmitir.

No se está frente a un tema menor, ya con la firma del contrato nace el fideicomiso, por lo que tanto el/los fiduciantes como fiduciario/s asumen sus compromisos por lo que sus incumplimientos pueden llegar a enfrentarlos ante aspectos conflictivos, los que se pueden dar aún antes de que el fideicomiso comience a funcionar en forma efectiva.

Resumiendo con la firma del contrato, si este cumple con la formalidad requerida, nace el fideicomiso, y tanto el fiduciante como el fiduciario se responsabilizan por los daños que pudiesen causar sus incumplimientos.

4.3.- Partes

La reforma denomina al fiduciante como “parte”. Situación sobre la que hay poco que decir ya que en todo contrato a los intervinientes se les da este carácter. Sin embargo cuando se refiere al fiduciario lo llama “persona”, lo que no es una situación menor, ya que se ha perdido la oportunidad de que quede totalmente en claro y fuera de toda discusión el hecho de que en el contrato de fideicomiso solo intervienen dos partes (fiduciante y fiduciario).

Por supuesto que resultaría totalmente fuera de lugar el negar la existencia de/l beneficiario/s y fideicomisario/s, los que deben ser mencionados o identificados en el contrato, pero no son partes en su constitución.

Esta es la primera situación que deben entender los distintos organismos de aplicación de los tributos. Si estos últimos fuesen otras personas distintas a las del fiduciante y fiduciario de ninguna manera se puede exigir la firma del/los beneficiario/s o fiduciante/s, incluso, si bien identificados o identificables podrían no existir a la fecha de confección del contrato, podrían no aceptar o hacerlo con posterioridad, incluso en forma tácita y nada de ello hace a la validez del contrato.

4.4.- Propiedad.

Estamos frente a uno de los temas claves de la reforma. Se ha querido ver una equivocación cuando la definición del artículo **1666** solo menciona que el fiduciante transmite la propiedad sin considerarla fiduciaria como lo hacía ley 24.441. Sin embargo estamos frente a todo un acierto ya que en realidad el fiduciante transmite la propiedad total, plena, nada queda en su patrimonio, esto sin dejar de reconocer que se puede haber previsto alguna reserva de control, la que de ninguna manera puede distorsionar la esencia misma del fideicomiso.

Veamos, una persona tiene un inmueble que aporta a un fondo fiduciario, en realidad el posee la propiedad plena de ese inmueble y eso es lo que transmite.

De la lectura de la norma bajo análisis también se desprende que una vez finalizado el fideicomiso el fiduciario transmite esta propiedad al fideicomisario, lo que también es acertado ya que este último recibe el bien en propiedad plena, no como propiedad fiduciaria.

El comprender lo dicho no es un tema complejo, el fiduciante tiene la propiedad plena del bien que transfiere, ésta es transmitida al fideicomiso, una vez ingresada se transforma en propiedad fiduciaria, para luego, finalizado el mismo pasar a constituirse nuevamente en una propiedad plena en cabeza del fideicomisario. Así tenemos

Fiduciante	Fiduciario	Fideicomisario
Propiedad plena	Propiedad fiduciaria	Propiedad plena

La propiedad plena se convierte en fiduciaria una vez que el bien ingresa al fideicomiso (situación aclarada más adelante por las normas), situación que solo se mantiene durante la duración del mismo. Queda claro entonces que el fiduciante entrega una propiedad plena y el fideicomisario recibe también el bien con estas características.

4.5.- Bienes

El artículo **1666** dice que el fiduciante transmite o se obliga a transmitir “la propiedad de bienes, mientras que el artículo 1° de la ley 24.441 menciona la expresión “bienes determinados”, es solo una diferenciación semántica? Por supuesto que no.

Según lo dispuesto en la ley 24.441 los bienes se debían encontrar perfectamente determinados, no permitiéndose la transmisión de “universalidades”, situación revertida en el “Nuevo Código”.

Esta reforma se encuentra en línea con lo dispuesto en su artículo **1670**, el que establece que pueden ser objeto del fideicomiso todos los bienes que se encuentran en el comercio, incluso las universalidades (tema que será ampliado en forma específica).

4.6.- Transmisión de los bienes al cumplimiento del plazo o condición.

En cuanto a la transmisión de los bienes una vez cumplido el plazo o condición encontramos una diferencia que hace al tratamiento de la figura del fideicomisario, y por que no a la relación que existe con el fiduciario.

Mientras la ley 24.441 dice que los bienes se transmiten al fiduciante, beneficiario o fideicomisario, el “Nuevo Código” diferencia claramente las cuatro figuras ya que le da cabida al fideicomisario en forma exclusiva.

No existe duda alguna que esta situación tiene relación con el hecho de que se haya previsto que el fiduciario puede ser beneficiario pero no fideicomisario, por lo tanto la diferenciación entre estas figuras se torna esencial. Este tema será ampliado cuando tratemos los sujetos en forma particular.

5.- Contrato de fideicomiso.

5.1.- Consideraciones previas.

En este punto se hará mención al contrato de fideicomiso, el que si bien no se encuentra sujeto a una formalidad estricta, tampoco podemos decir que es totalmente informal. Pensemos que tanto la ley 24.441 en su artículo 4º como el “Nuevo Código” establecen los puntos mínimos que debe contener el contrato, de lo que se saca una primera e importante conclusión *debe darse por escrito*.

A lo antedicho se debe agregar que tal como lo veremos que “el mismo se encuentra sujeto a “registración”, mal interpretada y de poca vigencia.

5.2.- formalidad.

Se trata de un contrato formal, el que, tal como adelantamos, debe ser extendido por escrito, pudiendo, en principio, ser utilizado tanto el instrumento público como el privado. En la ley 24.441 no se prevé forma alguna, salvo para el caso del fideicomiso testamentario, para el que se requería su confección tomando en cuenta alguna de las formalidades del testamento.

Ahora bien, el nuevo Código en su artículo **1669** primera parte ratifica que el contrato puede celebrarse por instrumento público o privado, excepto cuando se trate de bienes cuya transmisión debe ser celebrada por instrumento público, supuesto este en que tendrá que celebrarse mediante escritura pública.

Entonces siempre que el bien a transmitir sea un inmueble el contrato se debe celebrar por instrumento público.

Ahora bien, en que situación nos encontramos si no se cumple con esta formalidad? Cuando se da esta situación, el contrato vale como promesa de otorgarlo, por lo que no se estará frente al contrato de fideicomiso “registrable”, a lo que le agrego que ni siquiera se está frente a un contrato que pueda tener los efectos del fideicomiso.

Ahora bien, la norma sigue diciendo:

Si la incorporación de esta clase de bienes es posterior a la celebración del contrato, es suficiente con el cumplimiento en esa oportunidad, de las formalidades necesarias para su transferencia, debiéndose transcribir en el acto respectivo el contrato de fideicomiso.

Que alcance se le debe dar? Se pretende la escritura cuando el bien se transmite simultáneamente o cuando el bien a transmitir, independientemente del plazo de aporte, es un inmueble? Nos inclinamos por la segunda postura, la primera ya existía.

Entiendo entonces que se refiere a incorporaciones no previstas por el fiduciante durante la constitución del fideicomiso. Supongamos que se aporta dinero y se compromete el aporte de un determinado inmueble para cinco años después. En este ejemplo si bien se está frente a una incorporación posterior, la misma se encontraba prevista en forma clara a la fecha de constitución, por lo que el contrato se tiene que confeccionar mediante instrumento público.

No cabe duda alguna que la norma se refiere a bienes que se incorporen posteriormente por subrogación, o la utilización de las utilidades obtenidas, supuestos estos en los que será suficiente que en la escritura se transcriba el contrato de fideicomiso. Por ej. se transfieren en fiducia varios rodados, luego se venden algunos de ellos y se compra un inmueble, en la escritura que perfeccione la transferencia al fideicomiso se tendrá que transcribir el contrato del mismo.

Debemos tener en cuenta que cualquier modificación contractual, por mínima que fuese se tendrá que confeccionar con la misma metodología utilizada en el contrato original, por lo tanto, elegida la escritura pública, todos los actos de este tipo tendrán que confeccionarse mediante este procedimiento, de allí lo criticable de esta norma, la que consideramos que no tiene la claridad suficiente.

5.3.- Pautas mínimas a tener en cuenta.

5.3.1.- Consideraciones previas.

Si bien se transcriben las pautas mínimas teniendo en cuenta lo normado en el artículo 4° de la ley 24.441 y el artículo 1667 del “Nuevo Código” que lo reemplaza, se tomarán en cuenta estas últimas ya que esta transcripción se hace a los efectos de que se tenga una mayor precisión sobre el tema.

➤ Artículo 4° de la ley 24.441.

- Individualización de los bienes objeto del contrato. En caso de no resultar posible tal individualización a la fecha de celebración del fideicomiso, constará la descripción de los requisitos y características que deberán reunir los bienes.
- La determinación del modo en que otros bienes podrán ser incorporados al fideicomiso.
- El plazo o condición a que se sujeta el dominio fiduciario, el que nunca podrá durar mas de 30 años desde su constitución, salvo que el beneficiario fuere un incapaz, caso en que podrá durar hasta su muerte o cese de su incapacidad.
- El destino de los bienes a la finalización del fideicomiso.
- Los derechos y obligaciones del fiduciario y el modo de sustituirlo si cesare.

➤ Artículo 1667 del nuevo Código.

- Individualización de los bienes objeto del contrato. En caso de no resultar posible tal individualización a la fecha de celebración del fideicomiso, constará la descripción de los requisitos y características que deberán reunir los bienes.
- La determinación del modo en que otros bienes podrán ser incorporados al fideicomiso, en su caso.

- El plazo o condición a que se sujeta la propiedad fiduciaria.
- La identificación del beneficiario, o la manera de determinarlo conforme con el artículo 1671
- El destino de los bienes a la finalización del fideicomiso, con indicación del fideicomisario a quien deben transmitirse o la manera de determinarlo conforme con el artículo 1672
- Los derechos y obligaciones del fiduciario y el modo de sustituirlo si cesa.

5.3.2.- Análisis de cada una de ellas.

- ✓ *La individualización de los bienes objeto del contrato. En caso de no resultar posible tal individualización a la fecha de celebración del fideicomiso, constará la descripción de los requisitos y características que deberán reunir los bienes.*

Este requisito es de suma importancia, a tal punto que no existen diferencias entre la ley 24.441 y el Nuevo Código. Pensemos que la cosa fideicomitada no integra el patrimonio del fiduciante ni del fiduciario, por lo tanto es necesario fijar con precisión cuales son los bienes entregados en fiducia para evitar, no solo confusiones, sino también que se defraude a los terceros.

El fiduciante bien puede no poseer los bienes en dicho momento, sin embargo se amplía este concepto permitiendo la inclusión de aquellos que no existan al tiempo de la celebración del contrato. Es por ello que en este caso se deben contemplar los requisitos y características de los mismos, de manera tal que, cuando corresponda, puedan ser perfectamente individualizados.

Lo antedicho significa que se permite la individualización futura de los bienes a fideicomitir, es decir pueden no estar determinados en el contrato, basta con que se especifiquen sus características y requisitos que deben reunir. Resumiendo pueden ser objeto de fideicomiso bienes futuros

Aceptamos que se pueden presentar dificultades en el caso de bienes fungibles o con el dinero, supuestos estos en los que se deberán extremar los medios para su identificación. Por ej. el depósito en una cuenta bancaria abierta a nombre del fideicomiso.

De tal importancia es la identificación de los bienes que su exactitud evitará futuros inconvenientes cuando el fiduciario pretenda ejecutar la manda.

Al respecto se puede citar la jurisprudencia que ha dicho ¹ “Corresponde admitir la excepción de inhabilidad de título opuesta a la pretensión de cobro de un saldo deudor de cuenta corriente bancaria reclamado por el fiduciario de un fideicomiso, ya que no acreditó que el saldo deudor se haya encontrado y permanezca dentro de los activos fideicomitados, pues del contrato de fideicomiso y sus anexos no surge referencia individualizada a la cuenta corriente que originó el saldo”.

Como podemos observar el fallo muestra la singular importancia que tiene la correcta individualización de los bienes que se entregan en fiducia, ya sea al momento de la constitución del fideicomiso como en las futuras entregas.

¹ Cámara Nacional Comercial, Sala E “Banco Nación Argentina – Fideicomiso Suquía” c/ Dellepiane San Luis SA del 27/6/2005 citado por MANUEL ALEJANDRO AMENDOLA “Ley de Fideicomiso Comentada Ediciones Errepar Bs AS 2011 pag 54

Hasta aquí todo bien, pero como compatibilizamos la inclusión de las “universalidades” con una correcta y precisa identificación? Con esta inclusión bien se puede pactar que se aporta el patrimonio de una determinada persona, entonces como actuar ante esta situación?

Nos encontramos frente a un tema que tiene implicancias en dos frentes a) Su inscripción b) la protección de los bienes. Consideramos que existe un simbiosis entre ambos dado que la inscripción aceptando esta situación no da mayor protección así como tampoco la torna inadecuada. No debemos perder de vista que la protección que otorga la propiedad fiduciaria solo se dará con la transferencia de los bienes, situación que no se podrá dar sin su identificación.

De transferirse una universalidad, por ejemplo el patrimonio de una persona serán considerado como propiedad fiduciaria los bienes sobre los cuales se perfeccione la transmisión, escritura y registro en el caso de inmuebles, registro en la propiedad automotor, depósito en una cuenta bancaria, entrega con remitos etc. Por lo tanto ante la pretensión de ataque de un acreedor del fiduciante, además del contrato de fideicomiso se tendrá que probar que el bien ha sido transferido en fiducia.

✓ *La determinación del modo en que otros bienes podrán ser incorporados al fideicomiso, en su caso.*

Resulta evidente que es muy difícil que un patrimonio fideicomitado pueda permanecer estático, sin variación alguna. Este inciso da la oportunidad de que el mismo fiduciante, incluso los terceros que puedan tomar este rol en el futuro con nuevos aportes. Esta normativa se encuentra tanto en la ley 24.441 como en el nuevo Código.

Orelle, Armella y Causse ² sostienen que la finalidad de esta disposición es dotar al contrato de fideicomiso de una enunciación con el suficiente poder descriptivo como para facilitar en el futuro la identificación de los bienes a incorporarse de manera tal que no se provoquen confusiones.

No participamos de esta conclusión en su totalidad, en realidad este inciso dice que se indique la forma en que se pueden incorporar nuevos bienes, pero lejos está de pretender algún tipo de identificación de los mismos.

La incorporación de otros bienes se puede dar por:

- Adquisición.
- Subrogación.
- Producto de actos de disposición que el fiduciario realice con los bienes fideicomitados
- Reemplazo de los frutos del fideicomiso por bienes.
- Capitalizar los frutos del fideicomiso para incrementar el objeto de la restitución.

Realmente resulta difícil comprender el por que de la inclusión de una cláusula como la transcripta dado que su omisión no parece esencial para la existencia del fideicomiso ya que no tenemos ninguna duda que no se afectaría para nada el espíritu con el cual se constituyó.

Ahora bien, es realmente obligatoria una cláusula en este sentido. Por supuesto que no. El “Nuevo Código” agrega la expresión “*en su caso*”, convirtiéndola en opcional. Existirá la cláusula si se entiende que existe la posibilidad de incorporar nuevos bienes, por lo tanto su

² ORELLA, JOSE MARIA, ARMELLA CRISTINA y CAUSSE JORGE “Financiamiento de la vivienda y la construcción ley 24.441 Ediciones Ad Hoc Bs As 1995, pag 128

omisión hecha por tierra con cualquier posibilidad de incorporación posterior fuera de la pactada.

Resumiendo otra cláusula a la que se le debe prestar especial atención ya que si bien existe una modificación que parece menor, en realidad tiene una gran dimensión.

- ✓ *El plazo o condición a que se sujeta la propiedad fiduciaria.*

En primer lugar cabe acotar que en el **inc. c) del artículo 1667** del Código Civil y Comercial de la Nación menciona como requisito que se describa el plazo o condición a la que se sujeta la *propiedad* fiduciaria sin hacer referencia específica sobre la duración.

El plazo o condición se encuentra plasmado en el artículo **1668** con un condicionamiento similar al de la ley 24.441.

Como adelanto diremos que se ratifica el plazo máximo de duración en treinta años, el que no se tomará en cuenta en el supuesto de que el beneficiario fuese un incapaz. Sobre este aspecto el “Nuevo Código” agrega la posibilidad de que se trate de una persona con capacidad restringida.

La ley 24.441 menciona el “dominio fiduciario”, mientras que el Nuevo Código habla de la “Propiedad fiduciaria”, terminología que es la correcta.

- ✓ *La identificación del beneficiario, o la manera de determinarlo conforme con el artículo 1671*

Se trata de una disposición incorporada en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Se reafirma que el beneficiario debe constar en el contrato de fideicomiso, condición que si bien no se encontraba en el artículo 4° de la ley 24.441 se daba a través de su artículo 2°.

Queda claro que el beneficiario puede no existir al momento de constitución del fideicomiso, supuesto este en el que deben constar los datos que permitan su identificación futura.

- ✓ *El destino de los bienes a la finalización del fideicomiso con indicación del fideicomisario a quien deben transmitirse o la manera de determinarlo conforme con el artículo 1672.*

Una de las características de la propiedad fiduciaria es su temporalidad, por lo que una vez finalizado el plazo o cumplida la condición el fiduciario debe transferir los bienes, cumpliendo así la voluntad del constituyente.

Por lo expuesto no resulta extraño que la ley incorpore este punto como uno de los requisitos del contrato.

Siguiendo los lineamientos de la definición dada en el artículo 1666 “Nuevo Código” exige la indicación del fideicomisario, único legitimado para recibir los bienes a la finalización del fideicomiso.

Ya habíamos adelantado que la modificación acertaba cuando mencionaba que los bienes debían ser entregados al fideicomisario.

- ✓ *Los derechos y obligaciones del fiduciario y el modo de sustituirlo si cesare.*

Encontramos una redacción similar a la contenida en la ley 24.441, se impone que se consigne en el contrato los derechos y obligaciones del fiduciario y el modo de sustituirlo si cesare.

A pesar de parecer como reiterativos volvemos a decir “tengamos en cuenta que el contrato de fideicomiso requiere “registro”, situación que puede ser tomada por el RPC, por lo tanto entiendo conveniente que no falten en el contrato las cláusulas que se consideran obligatorias.

5.4.- Fideicomiso unilateral.

En algún momento se pensó en la posibilidad de que existiese el fideicomiso “unilateral”, especie, que entendemos, no condice con la naturaleza de esta figura.

Tengamos en cuenta que cuando se habla de contratos unilaterales o bilaterales se lo hace desde la perspectiva de las obligaciones que genera, pero nunca desde la óptica de su nacimiento, por lo que, el acto unilateral es impensado cuando hablamos de contratos.

Basta analizar la figura del fiduciario, sus obligaciones y restricciones para comprender que es imposible que esta actividad quede solo en manos del fiduciante.

Esto más allá del error de la CNV, organismo que en su RG 271/1995 permitió la constitución de fideicomisos unilaterales, situación rápidamente dejada de lado.

Debemos tener en cuenta que el artículo **957** del Código Civil y Comercial de la Nación dice:

Contrato es el acto jurídico mediante el cual dos o mas partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales.

No queda duda alguna que para que exista contrato se tiene que dar: a) el acuerdo de voluntades entre dos o más personas b) que ese acuerdo se traduzca en una declaración de voluntad común a ellas, c) que se persiga un fin jurídico, como es el de regir el derecho de esas personas ³ Por lo tanto sin el acuerdo de voluntades entre varias personas no existirá contrato.

6.- Registración del contrato.

6.1.- Necesidad de registración.

En la doctrina se ha discutido los efectos de la falta de una norma que obligue a registrar los contratos de fideicomisos, ya sea en el Registro Público, o en un registro especial, hecho este que, según se alega, los dotaría de publicidad, haciéndolos oponibles a terceros.

Cabe acotar que el “Nuevo Código” en su artículo **1669** establece que el contrato debe inscribirse en el Registro Público que corresponda (denominación que se le da a los hasta entonces Registros Públicos de Comercio. Por lo tanto a partir de la vigencia de esta norma, la discusión se torna inoficiosa, pudiendo direccionarse hacia la concreción o no de las inscripciones.

6.2.- La registración y los terceros.

No tengo duda alguna que frente a una operación se hace imprescindible el solicitar el contrato de fideicomiso, como mínimo para verificar la identidad del fiduciario y si existe alguna restricción en su accionar, y por que no admitirlo, la real posibilidad de que se realice

³ Spotta Alberto D citado por CALUDIO M KIPER y SILVIO V LISOPRAWSKI “Teoría y Práctica del Fideicomiso” 2da edición Lexis Nexis Depalma 2004 pág. 56.

la transacción. Acaso no se hace lo mismo cuando se contrata con una sociedad o se compra una propiedad?

Tratándose de bienes no registrables la mentada “revisión” se dificulta, más aún si pensamos en las modificaciones que se puedan haber realizado en el contrato de fideicomiso, ya que así como las mismas solo pueden referirse a cláusulas insustanciales, también existen aquellas que modifican cuestiones de fondo, las que bien pueden abarcar el accionar del fiduciario. Ante la posibilidad planteada como llega a conocer el tercero que el contrato de fideicomiso que se le presenta no ha sido modificado?

Repito, lo antedicho tiene plena vigencia en bienes no registrables ya que se supone que para los que son “registrables” en nota marginal tiene que ser anotada toda restricción con las modificaciones que correspondan.

6.3.- La registración con relación a la oponibilidad de los contratos.

6.3.1.- Consideraciones previas.

En este punto analizaremos la posibilidad de que el contrato sea oponible a terceros. Por lo tanto en primer lugar se hace necesario determinar que entendemos por terceros.

Si partimos de la base de que en el mismo solo intervienen dos partes, el fiduciante y el fiduciario, relacionando esta situación con las normas vigentes, encontramos lo que podemos denominar como dos categorías de terceros a) aquellos vinculados en forma directa al contrato b) aquellos que no se encuentran vinculados en forma directa al contrato.

6.3.2.- Terceros relacionados en forma directa con el contrato.

Ya en el punto 1 cuando se cita a Carlos A Molina Sandoval, al referirse al consentimiento del tercero se hace una mención elíptica del tema, quizás relacionándolo con lo dispuesto en el artículo 1199 del Código Civil. Veamos entonces.

Dicha norma establece que los contratos no pueden oponerse a terceros, ni invocarse por ellos, sino en los casos de los artículos 1161 y 1162 del mismo Código.

El primero dice:

Ninguno puede contratar a nombre de un tercero sin estar autorizado por el, o sin tener por la ley su representación. El contrato celebrado a nombre de otro, de quien no se tenga autorización o representación legal, es de ningún valor y no obliga ni al que lo hizo. El contrato valdrá si el tercero lo ratificase expresamente o ejecutase el contrato.

Mientras que el artículo 1162 dice:

La ratificación hecha por el tercero a cuyo nombre, o en cuyo interés se hubiera contratado, tiene el mismo efecto que la autorización previa, y le da derecho para exigir el cumplimiento del contrato.

Las relaciones de derecho del que ha contratado por el será la del gestor de negocios.

El “Nuevo Código” contiene disposiciones que siguen esta línea.

Estas normas se refieren a aquellos casos en que se contrata a nombre de un tercero, validando el contrato solo en el caso en que aquel lo ratifique, dándole a la misma el carácter de autorización previa y el derecho para exigir su cumplimiento.

Sin duda alguna ambos artículos se refieren a la contratación por terceros, pero entendemos que bien pueden ser aplicados a los beneficiarios o fideicomisarios, pero no a los que son totalmente ajenos al contrato.

Resumiendo pueden ser considerados como terceros relacionados en forma directa con el contrato solo aquellos beneficiarios o fideicomisarios que, por no ser parte del mismo, no lo hayan firmado, o en el momento de constitución no presten su conformidad al mismo. Si bien la descripta no es una situación frecuente, en general no se tiene en cuenta, quizás por el desconocimiento de la verdadera naturaleza del contrato de fideicomiso.

6.3.3.- Terceros no relacionados en forma directa con el contrato.

Mucho se ha dicho con respecto a la posibilidad de que el contrato de fideicomiso pueda ser oponible a terceros. No cabe duda alguna que el mismo es totalmente oponible a la acción de los terceros, claro está quedando a salvo la acción de fraude.

Lo antedicho es claro, se podrá oponer el contrato, pero el tercero tiene la opción de iniciar la acción que considere pertinente en el supuesto de que entienda que se ha cometido un fraude en su perjuicio, o en su caso de que no se trata de un verdadero fideicomiso ya que la transmisión de los bienes no refleja la realidad.

6.3.4.- El tercero y su conducta en la transacción.

Como adelantamos, ante una operación con un fideicomiso el tercero tiene la posibilidad de solicitar que se le entregue un ejemplar del contrato así como de las modificaciones que existiesen, esto a los efectos de verificar la autenticidad y facultades para la realización de la transacción pretendida.

Lisoprawki ⁴ dice que en el tráfico o comercio corriente se opera de una manera tal, que resulta inimaginable – por lo absurdo – que un proveedor se detenga haciendo un análisis técnico legal con cada fideicomiso con el que se cruce, tratando de establecer si la transacción se halla o no dentro de las facultades de este o si esta frente a algo notoriamente extraño o extraordinario en el curso normal de las operaciones comerciales comunes.

Concluye en que es obvio que con o sin registro de contratos estas situaciones no serán del todo evitables - pero al menos – con un sistema inteligente de registro se reducirían los márgenes de riesgo.

No sabemos a que se refiere con un “sistema inteligente de registro”, será el previsto en el “Nuevo Código”?, Lo cierto es que desde el punto de vista de la teoría podemos decir que existiría un menor riesgo. Ahora bien tratándose de operaciones con bienes no registrables, desde la práctica cotidiana no me atrevo a afirmar lo mismo.

Acaso cuando ese proveedor se cruza con una sociedad, no tendría que hacer el mismo análisis? Más allá de que para una sociedad regular exista la obligación de que se registre, se

⁴ SILVIO LISOPRAWKI “Prácticas del Fideicomiso. Problemas y soluciones. Ed. Abeledo Perrot Bs As 2009 pag. 6/7

puede llevar adelante un contrato sin pedir los antecedentes de la misma, o en su caso buscar su publicación?. Evidentemente no.

Partiendo de lo antedicho, con relación al tercero, se pueden dar dos situaciones, a) que este actúe de buena fe, b) o en su caso de mala fe.

No podemos dejar pasar por alto lo relacionado con la mala fe del tercero y su prueba, la que en algunos casos no será una tarea fácil. Habíamos dicho que este podrá solicitar el contrato de fideicomiso, además hice referencias a las modificaciones contractuales, hechos que no son los únicos que pueden presentarse, sino que también se debe enfrentar la redacción del contrato.

Existen ocasiones en las que se entiende que el fiduciario realizó la/s operaciones sin tener las facultades necesarias para ello, de allí que en estos casos resulta primordial que el tercero haya actuado de buena fe, o en su caso de acuerdo a las normas vigentes.

En lo que se refiere a los inmuebles y bienes muebles registrables, ante una operación por fuera del fideicomiso difícilmente se de una situación como la mencionada, dado que es imprescindible que se realicen estudios de títulos, esto sin perjuicio de la publicidad registral.

En general se mencionaba que el tercero debía haber actuado de buena fe, situación que se daba cuando la operación se hacía a título oneroso y en su actuación no desconocía las disposiciones del fideicomiso.

Kiper y Lisoprawki ⁵ sostienen que aunque la transmisión se refiera a cosas inmuebles o muebles registrables, de modo que el subadquirente no haya podido ignorar la existencia del fideicomiso, ello no basta para que se configure la mala fe. Para que se de esta figura es necesario que el tercero sepa, actuando con la diligencia del buen hombre común, no la del hombre de negocios, que el acto excedía o se apartaba de los fines del fideicomiso, circunstancia que no habrá que juzgar con rigor, máxime cuando la buena fe se presume.

Lo dicho se aproxima a la realidad, pero consideramos que no tiene una certeza total. Es cierto que se debe analizar el apartamiento de los fines del fideicomiso dado que el artículo 17 de la ley 24.441 así como el artículo 1688 del “Nuevo Código” dicen que *el fiduciario podrá gravar o disponer los bienes fideicomitidos cuando así lo requieran los fines del fideicomiso, sin que para ello sea necesario el consentimiento del fiduciante o del beneficiario, a menos que se halla pactado lo contrario.*

Encontrándose plasmada la posibilidad de pactar lo contrario entiendo que, así como se revisan los papeles en cualquier otra transacción, el tercero tendría por lo menos que verificar con el contrato de fideicomiso que no exista ninguna cláusula restrictiva para la venta.

Otro aspecto que ha dado lugar a ciertas dudas está dado por si se mantiene el criterio de que para la existencia de “buena fe” es imprescindible que la adquisición se concrete a título oneroso. Pese a que la reforma nada dice al respecto, entiendo que sí, ya que existen otras normas que así lo exigen, las mismas son plenamente aplicables, por lo que este requisito es necesario para demostrar la buena fe.

⁵ CLAUDIO M. KIPER y SILVIO V. LISOPRAWSKI “Teoría y Práctica del Fideicomiso” Ed Lexis Nexis Depalma segunda Edición, Bs As 2022 pag.141

Expusimos distintas posiciones. Más allá de su inscripción a partir de la vigencia del “Nuevo Código”, consideramos necesario tomar precauciones, como mínimo tendremos que pedir el contrato de fideicomiso, analizar si existen restricciones a la disposición de bienes, la forma de obligar etc. Acaso no haríamos lo mismo ante cualquier tipo de sociedad?.

7.- Su inscripción en el Registro Público.

El artículo **1669** del “Nuevo Código” comienza diciendo *El contrato que debe inscribirse en el Registro Público.....*, con lo que claramente establece la necesidad de inscripción previa.

Es posible que leyendo el párrafo anterior surja de forma inmediata un interrogante, a que registro se refiere la norma? Entendemos que la misma hace referencia a los que se denominaban como *Registros Públicos de Comercio*.

Si realmente se ha pretendido que la inscripción le de mayor transparencia a la figura del fideicomiso se hace imprescindible la búsqueda de una alternativa para que la norma contemple los efectos tanto de la inscripción como de su omisión.

Ahora bien, teniendo en cuenta que los Registros son de incumbencia provincial podríamos pretender que las distintas jurisdicciones regulen las falencias, pero chocamos contra una realidad incontrarrestable, el orden jurídico institucional.

7.1.- Situación actual.

Lo analizado en el punto anterior se ha visto reflejado en la realidad de nuestros días. Las distintas jurisdicciones, más allá de algunas coincidencias, tomaron el camino que han considerado más adecuado, con independencia de las demás. Veamos algunas de ellas.

Inspección General de Justicia.

La IGJ sancionó la Resolución 7/2015 en la que, entre otros aspectos, regulaba la inscripción de los fideicomisos tomando en cuenta, entre otras pautas, el domicilio del fiduciario. Con fecha 11 de marzo de 2016 se publica en el BO la Resolución de la IGJ 6/2016 modificando la 7/2015 derogándose la obligación de registrar los contratos de fideicomisos en este Organismo, salvo aquellos cuyos objetos incluyan acciones y/o cuotas sociales de sociedades inscriptas en el mismo, con excepción de los que se encuentren bajo el control de la CNV.

Una de las principales razones esgrimidas para el cambio era que “al no haberle explicitado efectos de oponibilidad frente a terceros, la misma solo tendría carácter declarativo. Sin dejar de reconocer que se está frente a una argumentación de peso, entendemos que también ha tenido influencia el potencial conflicto con la CABA. (analizado en el punto siguiente).

CABA

La CABA había publicado el 14/10/2015 su decreto 300/2015 norma que, sin decirlo expresamente dejaba en claro su competencia para la inscripción de los contratos de fideicomisos, situación esta que implicaba de hecho el comienzo de un conflicto, soslayado mediante la Resolución 6/2016 de la IGJ.

Este decreto dispone la creación del Registro Público de Contratos de Fideicomisos delegando en la Secretaría Legal y Técnica la facultad de suscribir los convenios e instrumentos necesarios para implementar su funcionamiento.

Esta Secretaría dicta la Resolución N° 566/SECLYT. En primer lugar determina que la carga de datos, documentos e información en el Registro Público de Contrato de Fideicomisos se

efectuará a través de los Escribanos en ejercicio de la función notarial en el ámbito de la CABA matriculados en el Colegio de Escribanos de dicha jurisdicción.

La implementación se da a través de un registro electrónico el que contiene los siguientes atributos: interfaz electrónica, carga de documento a distancia, acceso irrestricto con clave ciudad, número de registro otorgado por carga de documento o datos de plataforma.

Es decir que en definitiva la concreción se da a distancia, trámite TAD que el escribano actuante concretará vía web, adjuntando copia del contrato de fideicomiso en formato pdf.

Provincia de Buenos Aires.

Se registrarán en la Dirección Provincial de Personas Jurídicas los contratos de fideicomisos y sus modificaciones en los siguientes casos:

Cuando sus objetos incluyan acciones y/cuotas sociales y/o partes de interés de sociedades inscriptas ante la Dirección Provincial.

Cuando los bienes objeto del fideicomiso se encuentren en jurisdicción de la Provincia de Buenos Aires.

Cuando al menos uno de los fiduciarios designados posea domicilio en la Provincia de Buenos Aires, con excepción de los fideicomisos financieros que hacen oferta pública.

La inscripción la solicitarán el fiduciario o persona autorizada al efecto.

También se establece que si la misma se solicita dentro de los 30 días de celebrado el contrato la misma puede ser solicitada por el fiduciante, beneficiario o fideicomisario, ampliación que muestra un total desconocimiento de la figura del fideicomiso y del papel del beneficiario y fideicomisario en el mismo.

También se deben inscribir las siguientes modificaciones:

Cesación del fiduciario

Adendas al contrato de fideicomiso

Cesión de la posición contractual, adhesiones al contrato posteriores a la inscripción y/o incorporación de nuevos bienes fideicomitidos

Se establece que cuando se requiera la registración de modificaciones de contratos de fideicomisos celebrados con anterioridad al 1 de agosto de 2015 deberá registrarse previamente el contrato de fideicomiso original. Acaso se pretende que la registración de modificaciones de contratos de fideicomisos regidos por la ley 24.441 sea obligatoria? Si así fuese estamos frente a un dislate total.

También se inscribirán la extinción del fideicomiso.

Provincia de Córdoba.

En el marco del proceso de sistematización y readecuación de normas al “Nuevo Código” la Dirección General de Inspección de Personas Jurídicas de la Provincia de Córdoba dictó, el 1 de febrero de 2017 la Res 01/2017 que reglamenta la inscripción de los contratos de fideicomiso a cargo del Registro Público.

Se registrarán los contratos de fideicomiso en los siguientes supuestos: 1) Uno o más fiduciarios designados posea domicilio en jurisdicción de la Provincia de Córdoba; 2) Los bienes objeto del fideicomiso se encuentren en jurisdicción de la Provincia de Córdoba; y 3) Sus objetos incluyan acciones y/o cuotas sociales y/o partes de interés de sociedades inscriptas ante esta Dirección General de Inspección de Personas Jurídicas.

Se exceptúa de la competencia de este organismo la inscripción de contratos de fideicomisos financieros que hacen oferta pública a tenor de lo dispuesto por los artículos 1.690 y 1.691 del “Nuevo Código”.

La inscripción en el Registro Público no convalida ni sanea los actos o contratos que sean total o parcialmente nulos o anulables según el derecho de fondo.

Provincia de Santa Fe.

La Provincia de Santa Fe a través de sus Registros Públicos ha determinado un sistema de registro similar al adoptado por la IGJ. La argumentación es coincidente con la expresada por dicho Organismo en cuanto “a la falta de oponibilidad frente a terceros”.

8.- Sujetos que intervienen.

8.1.- Consideraciones previas.

Si bien tanto la ley 24.441 como el “Nuevo Código” mencionan a cuatro sujetos a saber a) Fiduciante b) fiduciario c) beneficiario d) fideicomisario en realidad solo los dos primeros tienen una participación directa en la confección del contrato

8.2.- Intervinientes o partes.

La doctrina se pregunta si los sujetos antes mencionados son intervinientes o partes del contrato

Si partimos de la base de que la idea de “parte” descansa en el consentimiento sobre una declaración de voluntad común, solo tienen este carácter del fiduciante y el fiduciario, esto sin perjuicio del efecto que el fideicomiso conlleve con los demás intervinientes, resumiendo se consideran como terceros.⁶

8.3.- Enumeración.

◆ *Fiduciante.*

Regulación

La figura del fiduciante no se encontraba regulada en la ley 24.441 ni se encuentra en el “Nuevo Código” con el detalle con que lo hace alguna legislación comparada como es el caso de Colombia y Panamá.

En el nuevo Código se ha perdido la oportunidad de emendar esta omisión. Considero que se hace necesario prever derechos básicos del fiduciante.

Lo antedicho encuentra fundamento en el hecho de que estamos hablando de aquel que da la puntada inicial para poner en marcha los engranajes del fideicomiso, disponiendo de sus bienes, ya que los cede para que pasen a formar una propiedad fiduciaria para el cumplimiento de una determinada finalidad.

En líneas generales podemos afirmar que es la persona que da origen al contrato de fideicomiso ya que no solo aporta los bienes al fondo fiduciario, sino que también designa al/los fiduciario/s, al/los beneficiario/s y en su caso al/los fideicomisario/s.

Sujetos que pueden ser fiduciantes.

⁶ CARLOS A MOLINA SANDOVAL “El Fideicomiso en la dinámica mercantil” Julio César Faira Editor. Bs As 2009 pags. 25/26

Fiduciante puede ser tanto una persona humana como jurídica. Siendo aquel que transmite la propiedad de los bienes tendrá que tener la capacidad jurídica necesaria para esta disposición. No existen trabas para que el Estado, ya sea Nacional, Provincial o Municipal pueda/n constituirse en fiduciante/s, existiendo en este caso una interacción entre el derecho público y el privado, teniendo rol protagónico el derecho administrativo.

En el supuesto de que se trate de incapaces de hecho y no de derecho o en su caso personas con capacidad restringida, consideramos que no existe restricción alguna para que puedan ser fiduciantes, claro está que por intermedio de sus representantes legales.

Derechos.

Es la persona que instruye al fiduciario sobre los objetivos que debe llevar adelante.

Tiene los derechos consignados en el contrato, así podrá tomar acciones ante el incumplimiento del fiduciario, designar fideicomisarios sustitutos, exigir la transmisión de los bienes una vez finalizado el fideicomiso.

Además de las determinadas en el contrato tendrá la obligación de transmitir los bienes en fiducia.

♦ Beneficiario

Identificación.

El “Nuevo Código” siguiendo los lineamientos de la ley 24.441 en el inciso d) del artículo 1667 disponen que es necesario que el beneficiario se encuentre identificado en el contrato o en su caso ser perfectamente identificable.

En el “Nuevo Código” adquiere otra dimensión, ya que, más allá de que puede coincidir con la figura del fideicomisario, se hace necesario que ambos se encuentren, aún en la coincidencia, perfectamente enunciados, esto por la posibilidad que se le da al fideicomisario de adquirir la calidad de beneficiario.

Sujetos que pueden ser beneficiarios.

Siguiendo los lineamientos anteriores se prevé que el beneficiario puede ser tanto una persona humana como jurídica, aclarando que pueden no existir al momento de la confección del contrato, debiendo en este supuesto constar los datos que permitan su identificación.

Superposición de roles.

El “Nuevo Código” en el último párrafo del artículo 1671 establece que puede ser beneficiario, tanto el fiduciante, o el *fiduciario* o el fideicomisario. En esta disposición encontramos una diferencia de relevancia con la normativa anterior, ya que se da la opción de que el beneficiario adquiera la calidad de beneficiario, situación prohibida en la ley 24.441.

No comparto la decisión plasmada en la nueva norma, ya que considero inapropiado que el fiduciario adquiera la calidad de beneficiario, situación esta que más allá de lo dispuesto en el “Nuevo Código” puede llegar a atentar contra la independencia de su actuación.

El fiduciario se elige por la “confianza”, por lo que más allá de algunas situaciones especiales, tales como el fideicomiso de garantía o algunos que pretendan sucesiones, se corre el serio riesgo de que se desnaturalice la figura del fideicomiso.

Sobre este tema el Dr. Eduardo M Favier Dubois (h) adhiere a la opinión de la Dra Graciela Medina en el sentido de que la reforma es buena en materia de empresas familiares ya que

permite que dentro del mismo grupo de familia empresaria, uno de los herederos beneficiarios del plan de sucesión en la propiedad de la empresa, sea a la vez el fiduciario encargado de cumplir la manda del protocolo.

De tal modo, al no exigirse la intromisión de un tercero no familiar en la propiedad fiduciaria, las posibilidades de aceptación de este fideicomiso por la familia son muchos mayores, además del abaratamiento de los costos.

Por otro lado el eventual conflicto de intereses puede ser debidamente controlado por los restantes beneficiarios familiares no fiduciarios.

Más allá de que es correcto lo antedicho, mantengo mis reservas.

Renuncia. No aceptación. Sustitución.

Siguiendo los lineamientos de la normativa existente se prevé la posibilidad de sustitución automática para el supuesto de que el beneficiario renuncie, no acepte o no llegase a existir. Frente a esta situación el tercer párrafo del artículo 1671 del “Nuevo Código” dice:

Si ningún beneficiario acepta, todos renuncian o no llegan a existir, se entiende que el beneficiario es el fideicomisario. Si también el fideicomisario renuncia o no acepta, o si no llegara a existir, el beneficiario debe ser el fiduciante.

La disposición es clara y marca el orden que debe seguirse en sustitución del beneficiario ante la falta del mismo. Que no existan confusiones en el contrato debe indefectiblemente existir esta figura.

Derecho de acrecer. Beneficiarios sustitutos.

Como novedad el artículo 1671 del “Nuevo Código” establece que en el contrato se puede disponer el derecho de acrecer de los demás o en su caso nombrar beneficiarios sustitutos.

Estamos frente a un tema a tener en cuenta en la redacción de los contratos. No lo perdamos de vista ya que no es de poca importancia.

Entiendo que de optar solo se puede tomar una de ellas ya que si se elige la posibilidad de acrecer mal podrían nombrarse beneficiario suplentes, salvo que entren a funcionar solo cuando no existan más titulares aún acreciendo.

Beneficios.

Siguiendo la línea establecida por la ley 24.441 el “Nuevo Código” al comienzo del segundo párrafo del artículo 1671 establece que pueden designarse varios beneficiarios, *los que salvo disposición en contrario se benefician por igual.*

Resumiendo, si se estima conveniente que los beneficios del fideicomiso se distribuyan en distintas proporciones se tendrán que fijar las mismas en el contrato.

Repito, la norma menciona la distribución en partes iguales, hecho este que nada tiene que ver con respetar distintas proporciones de participación.

Transmisión de los derechos.

El “Nuevo Código” mantiene el criterio sobre la posibilidad de que el derecho del beneficiario pueda ser transferido por actos entre vivos o por causa de muerte, excepto disposición en contrario del fiduciante, incorporando la posibilidad de que la misma se pueda concretar aún antes de la aceptación.

Entendemos que esta posibilidad debe encontrarse plasmada en el contrato ya que no puede ser una decisión unilateral de fiduciante desconociendo la presencia del fiduciario.

◆ *Fideicomisario.*

Inclusión expresa.

Cuando analizamos las definiciones dadas vimos que el “Nuevo Código” mencionaba solo al fideicomisario como la persona a la que, una vez finalizado el fideicomiso, se le debían transmitir los bienes. Esto indica en forma indubitable que se pretende una diferenciación expresa de esta figura, que se le da a la misma un connotación que no tenía en la ley 24.441.

Lo antedicho se ve en el artículo **1672** del “Nuevo Código” que dice:

El fideicomisario es la persona a quien se transmite la propiedad al concluir el fideicomiso.

Repetimos, la ley 24.441 no lo definía en forma expresa tal como lo hace el “Nuevo Código”.

Superposición de roles.

El artículo **1672** sigue diciendo que pueden ser fideicomisarios:

- El beneficiario
- El fiduciante
- Una persona distinta a las anteriores

Esta disposición no implica modificación alguna.

Relación con el fiduciario.

El artículo **1672** aclara en forma expresa que el fiduciario no podrá adquirir la calidad de fideicomisario.

Esta disposición muestra la importancia que tiene la diferenciación entre el beneficiario y el fideicomisario ya que mientras el fiduciario puede adquirir la calidad de beneficiario no podrá ser fideicomisario.

En el supuesto de que el fiduciario adquiriera la calidad de beneficiario, el fideicomisario tendrá que ser otra persona.

Pensemos en los fideicomisos inmobiliarios, si el fiduciario es nombrado beneficiario, cabe pensar si la entrega del departamento se hace en virtud de esta calidad o la de fideicomisario. Todo un tema.

◆ *Fiduciario.*

Sujetos que pueden ser fiduciarios.

En cuanto a quienes pueden ser designados como fiduciarios no existe diferenciación alguna con la ley 24.441, ya que puede adquirir esta calidad cualquier persona humana o jurídica. Se mantiene la restricción para el ofrecimiento al público para actuar como tales.

La única modificación es el cambio de la expresión Comisión Nacional de Valores por la de “Organismo de contralor de los mercados” como vemos no es substancial, sino que se adecua a las nuevas realidades o mejor previene la posibilidad de cambio en el organismo de control.

Fiduciario plural.

Un tema que ha provocado no pocas polémicas es el relacionado con la posibilidad de que se designe a más de un fiduciario, es decir que exista lo que se puede denominar como copropiedad fiduciaria, lo que implica un funcionamiento plural de los mismos.

Aquellos que sostenían que no resultaba posible tal designación basaban su conclusión en las disposiciones de la ley 24.441 sosteniendo que esta posibilidad no surge de la misma, tal como ocurre en algunas legislaciones comparadas, por lo tanto dicen que cuando la legislación así lo ha querido, lo ha expuesto en forma expresa.

Pues bien la discusión queda totalmente dilucidada con la sanción del “Nuevo Código”, la posibilidad se plasma en la ley ya que en su artículo **1674** en forma expresa admite la posibilidad de que sean designados más de un fiduciario, los que podrán actuar tanto en forma conjunta como indistinta según se establezca en el contrato.

Responsabilidad.

Siguiendo la metodología anterior se dispone que el fiduciario debe actuar con la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él.

Ahora bien, como vimos en el “Nuevo Código” se establece en forma expresa la posibilidad de que se designen más de un fiduciario, situación esta receptada cuando se trata de la responsabilidad ya que en el segundo párrafo del artículo **1674**.

En caso de designarse más de un fiduciario para que actúen simultáneamente, sea en forma conjunta o indistinta, su responsabilidad es solidaria por el cumplimiento de las obligaciones resultantes del fideicomiso.

Queda claro entonces que cualquiera fuese la forma en que actúen, aún cuando se designen distintas funciones específicas a cada uno, todos los fiduciarios tienen una responsabilidad solidaria, por lo que el fiduciario no podrá argumentar no haber actuado en el caso, o no ser responsable del área. Esto indica que cada uno tendrá que velar por el accionar de todos y no solamente por lo que hace en forma personal.

Superposición de roles.

La ley 24.441 no permitía que el fiduciario tomara ningún otro rol dentro del fideicomiso, criterio con el que coincido. Sin embargo el “Nuevo Código” no mantiene esta postura ya que como lo hemos visto permite que el fiduciario sea nombrado como *beneficiario*, repito, criterio equivocado aún cuando pueda llegar a beneficiar algunos casos puntuales.

A los efectos de tratar de mitigar los problemas que se pueden suscitar el cumplimiento del doble rol en la última parte del último párrafo del artículo **1673** dice:

El fiduciario puede ser beneficiario. En tal caso, debe evitar cualquier conflicto de intereses y obrar privilegiando los de los restantes sujetos intervinientes en el contrato.

Podemos decir que se trata de una norma imperativa con una fuerte tendencia a convertirse en rogativa. Solo el tiempo marcará la realidad y en su caso los logros que se obtengan con esta nueva disposición.

Si bien en definitiva se torna rogativa abre la posibilidad de que aquel que se sienta perjudicado esgrimiendo esta disposición concorra a la justicia.

Responsabilidad Civil.

El “Nuevo Código” supedita la llamada responsabilidad civil del fiduciario a la contratación de un seguro razonable que cubra el daño que puedan causar las cosas objeto del fideicomiso. Se establece que los riesgos y monto a contratar serán los establecidos por la reglamentación, y en defecto de esta, las que sean razonables.

Actos de disposición y gravámenes.

La ley 24.441 disponía que el fiduciario puede disponer o gravarlos bienes cuando lo requieran los fines del fideicomiso, sin que para ello sea necesario el consentimiento del fiduciante o del beneficiario, *a menos que se hubiere pactado lo contrario*.

El “Nuevo Código” es más específico y concreto, presentando una mejor redacción al establecer en el segundo párrafo del artículo **1688**

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 cosas registrables.

Consideramos que si bien en el fondo son parecidas, la redacción del “Nuevo Código” se ajusta con mayor precisión a la necesidad de que para que la restricción sea aplicable la misma tiene que encontrarse plasmada en el contrato.

Rendición de cuentas.

Tal como lo hace la ley 24.441 el “Nuevo Código” prevé que el fiduciario rinda cuentas, obligación de la cual no puede ser dispensado.

La novedad consiste en que esta rendición no solo puede ser solicitada por el beneficiario sino también por el fiduciante y el fideicomisario, situación que entendemos se ajusta más a la realidad.

La misma no puede superar el período de un año.

Retribución.

El “Nuevo Código” en lo que hace al reembolso de gastos y retribución del fiduciario no se aparta de lo pautado en la ley 24.441. Deja en claro la importancia que tiene lo estipulado en el contrato, ya que del mismo puede llegar a surgir el no pago o en su caso, ante la ausencia de disposiciones, que el monto lo fije un Juez.

Debemos interpretar la norma con cuidado, en primer lugar si de común acuerdo se decide que el fiduciario no reciba remuneración alguna este aspecto debe quedar plasmado en el contrato, caso contrario este podrá reclamar su pago ante el Juez.

Si se decide que la actuación es remunerada debe figurar en el contrato a cargo de quien estará la misma. Por ejemplo, con fondos obtenidos del accionar del fideicomiso y si no alcanzan con el aporte del/los fiduciante/s etc., directamente a cargo de/los fiduciante/s. En el contrato debe quedar claro que alguien se hace responsable de este pago por lo que no podríamos

poner solamente que los fondos saldrán del movimiento del fideicomiso ya que podrían no alcanzar.

Descarto la posibilidad de que se mencione la obligación de pago por parte de beneficiarios y/o fideicomisarios ya que entendemos una disposición de este tipo distorsiona estas figuras.

Cese del fiduciario.

Remoción judicial.

Siguiendo la línea establecida por la ley 24.441 el “Nuevo Código” en el inciso a) del artículo **1678** prevé la posibilidad de remoción judicial por el incumplimiento de sus obligaciones, agregando que el pedido también se puede dar por *hallarse imposibilitado material o jurídicamente para el desempeño de su función*.

Este no resulta un agregado mas o de forma, entendemos que amplía las posibilidades de solicitar la remoción cuando exista una imposibilidad por ejemplo judicial (inhibición), sin que se haya dado el mal desempeño en sus funciones.

En lo que hace a quien la puede solicitar el “Nuevo Código” en línea con la postura amplia tomada en cuanto a la participación agrega como posibilitados al beneficiario o el fideicomisario en estos últimos supuestos con citación al fiduciante.

Incapacidad.

Si bien ambas normas hacen referencia a la incapacidad judicialmente declarada, el “Nuevo Código” menciona la “inhabilitación y capacidad restringida”, figura esta última introducida en el mismo.

Disolución.

Ambas normas prevén, para el caso de personas jurídicas, la disolución como causal de cese. El “Nuevo Código” establece que esta causal no se aplicará en los casos de fusión o absorción.

Quiebra o liquidación.

Ambas normas se refieren con idéntica redacción a la quiebra o liquidación como causal de cese del fiduciario.

Renuncia.

Siguiendo a la norma anterior se establece que la posibilidad de renuncia del fiduciario para que se pueda concretar tiene que encontrarse expresamente autorizada en el contrato.

Sin embargo el “Nuevo Código” amplía esta posibilidad contemplándola para el caso de causa grave o imposibilidad material o jurídica de desempeño de la función. Entonces si un fiduciario considera que se encuentra materialmente imposibilitado de seguir ejerciendo sus funciones puede renunciar, aún cuando esta posibilidad no se encuentre plasmada en el contrato. Se nos ocurre como ejemplo que contraiga una enfermedad.

Ambas normas dicen que la misma tendrá efectos solo luego de la transferencia del patrimonio objeto del fideicomiso al fiduciario sustituto.

Sustitución del fiduciario.

Sobre este aspecto no existe una modificación de criterios. El reemplazo se da de acuerdo al contrato y de no llegar a existir un sustituto (por cualquier causa que fuere), este será nombrado por el Juez entre una entidad financiera o una sociedad especialmente autorizada por la autoridad de contralor de los mercados de valores.

Ante esta realidad aconsejamos que se disponga en los contratos de fideicomiso la existencia de fiduciarios suplentes.

Muerte.

Como no puede ser de otra manera se mantiene para el supuesto de que se trate de una persona humana la muerte como causal de cese del fiduciario.

El tema muerte del fiduciario ha dado lugar a debates, los que han quedado zanjados por el segundo párrafo del artículo **1679** que dice:

En caso de muerte del fiduciario, los interesados pueden prescindir de la intervención judicial, otorgando los actos necesarios para la transferencia de bienes.

Con esta disposición queda disipada cualquier duda, en caso de que se produzca la muerte del fiduciario no se tendrá que recurrir a ningún tipo de procedimiento sucesorio, simplemente se aplicará lo dispuesto para su reemplazo en el contrato.

Por ejemplo si el fideicomiso tiene inmuebles en su patrimonio se anotará la modificación con la presentación del acta de cambio del fiduciario, con los elementos que acrediten la muerte del anterior.

Fiduciario judicial provisorio.

En cualquiera de los supuestos de cese previstos en la norma el juez, a pedido del fiduciante, beneficiario, fideicomisario o de un acreedor del patrimonio fideicomitado, podrá designar un *fiduciario judicial provisorio*.

A su vez, en el supuesto de que exista peligro de demora, podrá dictar medidas de protección del patrimonio.

En estos casos deberá ser oído el fiduciante.

Transferencia de los bienes registrables.

Claramente el “Nuevo Código” establece que los bienes fideicomitados deben ser transferidos al nuevo fiduciario.

En cuanto a los “registrables” es forma suficiente del título el instrumento judicial, notarial o privado autenticado, en los que conste la designación del nuevo fiduciario.

La toma de razón también puede ser rogada por el nuevo fiduciario.

9.- Objeto del contrato de fideicomiso.

Se interpreta que de acuerdo a la normativa vigente el objeto del fideicomiso se encuentra constituido por los bienes fideicomitados. Debemos tener cuidado con este aspecto ya que generalmente se confunde el mismo con la finalidad.

El artículo **1670** del “Nuevo Código” establece que:

Pueden ser objeto del fideicomiso todos los bienes que se encuentren en el comercio, incluso universalidades, pero no pueden serlo las herencias futuras.

Como adelantamos se da un concepto amplio de bienes, reafirmando que se pueden incluir las universalidades, pero no las herencias futuras, disposición que sigue los lineamientos del artículo **1010** del “Nuevo Código” el que en su primer párrafo dice

Las herencias futuras no pueden ser objeto de los contratos y tampoco pueden serlo los derechos hereditarios eventuales sobre objeto particulares.....

Queda claro entonces que las herencias futuras no pueden ser objeto de contratos con la salvedad de que los pactos se concreten con miras a la conservación de la unidad de explotación.

Entendemos entonces que es comprensivo tanto de aquellos bienes materiales como los inmateriales. .

Ahora bien, por su naturaleza, los llamados derechos extrapatrimoniales (carecen de valor) que se corresponden con los derechos personalísimos y los de familia quedan excluidos de la posibilidad de constituir el objeto del fideicomiso.

Cabe una observación, el tema se encuentra lejos de tener una solución, ya que aceptándose las universalidades bien se puede considerar como incompatible el tener que determinar los bienes en el contrato. (tema sobre el que volveremos).

De acuerdo a lo analizado pueden ser objeto del fideicomiso:

Bienes existentes y futuros. En el caso de los bienes futuros la promesa de transmisión está subordinada a la condición de que lleguen a existir. (artículo **1007**).

Bienes ajenos. Los bienes ajenos pueden ser objeto de contratos. Si el que lo promete no ha garantizado el éxito de la promesa, solo esta obligado a emplear los medios necesarios para que la prestación se realice.(artículo **1008**).

Bienes litigiosos, gravados o sujetos a medidas cautelares. Este tipo de bienes pueden ser objeto de los contratos, sin perjuicio de los terceros. (artículo **1009**).

10.- Propiedad fiduciaria.

En líneas generales se habla de “dominio fiduciario”, sin embargo en la obra nos referiremos a la “propiedad fiduciaria”, ya que es un concepto más abarcativo, siendo en definitiva al que se han querido referir tanto la ley 24.441 como el “Nuevo Código”.

Lo antedicho se basa en que consideramos que no existe duda alguna de que la intención del legislador al sancionar la ley 24.441, ha sido la de ampliar la base del fideicomiso, hasta entonces ceñida a las disposiciones del artículo 2662 del Código Civil. Esta afirmación encuentra sustento primordialmente en el hecho de que la ley en su artículo 1° se refiere a *la propiedad*.

Como si esto fuese poco debemos tener en cuenta que el proyecto original del PE se refería al dominio fiduciario y fue cambiado por el Congreso por el de propiedad fiduciaria.

Todo lo dicho queda refrendado por el artículo **1666** del “Nuevo Código”.que la menciona en forma expresa, también podemos citar en ese sentido el inciso c) del artículo 1667.

11.- Contabilidad.

La posibilidad y por que no la obligación de que el fideicomiso lleve contabilidad ha sido un tema que ha dado lugar a diversas interpretaciones doctrinarias. De acuerdo a las disposiciones de la ley 24.441 y los antecedentes que la rodean entiendo que este requisito no se tornaba obligatorio, ya que nada se establece en cuanto a las formalidades que deben contener las rendiciones de cuentas.

Lo antedicho se ve con total claridad si tenemos en cuenta que el fiduciario, por esta actividad, no era considerado como comerciante, por lo tanto por ese solo carácter no se le permitía la rúbrica de libros.

Ahora bien, con la sanción del “Nuevo Código” la situación sufre una drástica modificación, veamos entonces:

El artículo **320** menciona a los obligados a llevar contabilidad consignando a:

- Las personas jurídicas privadas
- Quienes realizan una actividad económica organizada.
- Quienes son titulares de una empresa o establecimiento comercial, industrial, agropecuario o de servicio.
- Cualquier otra persona

Se exime de llevar la contabilidad, sin perjuicio de lo establecido por leyes especiales, a las personas humanas que desarrollan profesiones liberales o actividades agropecuarias y conexas no ejecutadas u organizadas en forma de empresa

Agrega que también pueden ser eximidas de llevar contabilidad aquellas actividades que por el volumen de su giro resulta inconveniente sujetarlas a tales deberes, según determinación de cada jurisdicción local.

Vayamos al fideicomiso, como sabemos el fiduciario tiene la obligación irrenunciable de rendir cuentas. Ante el silencio sobre la forma en que la misma debe concretarse se desató una fuerte polémica doctrinaria entre quienes opinan que esta rendición solo procede mediante la presentación de balances y aquellos que opinamos que, pese a su falta de precisión, la ley no le había querido dar este sentido, ya que de así considerarlo lo hubiese dicho expresamente. Ahora bien, no todo es lineal, ya que existen casos en los que entendemos que el llevar contabilidad se hacía imprescindible.

A la fecha podemos citar que la CNV prevé para los fideicomisos financieros sujetos a su contralor la presentación de determinados estados contables, y una información anual y trimestral.

A su vez el informe 28 del Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires considera necesario que cuando la trascendencia económica y jurídica del patrimonio fideicomitado, así como su grado de complejidad lo aconsejen la información deberá presentarse en forma de estados contables.

Recordemos que la limitación del fiduciario para solicitar la rúbrica de libros desaparece con el “Nuevo Código”.

En que situación nos encontramos ante la sanción del “Nuevo Código”? La lectura del artículo 320 permite que, en líneas generales, coincidamos con Eduardo M Favier Dubois (h) que expresa que cuando se trate de un fideicomiso que tenga cierto grado de actividad

económica organizada el fiduciario tiene la obligación de rendir cuentas mediante el llevado regular de contabilidad emitiendo estados contables anuales por aplicación del citado artículo 320 del “Nuevo Código”⁷

Decimos en líneas generales ya que mantenemos nuestro criterio que la rendición de cuentas pensada para el fideicomiso nada tiene que ver con la concepción que se le da con relación a las sociedades. En estos casos se ha considerado al balance como una rendición de cuentas, situación no aplicable en forma absoluta en el fideicomiso.

Este es otro aspecto de suma relevancia a tener en cuenta cuando se confecciona el contrato, en el que, mas allá de que se lleve contabilidad, se puede fijar rendiciones de cuenta por períodos menores al año, estableciéndose incluso puntos mínimos a contener.

A lo dicho se le debe agregar que el artículo 320 también dice que *cualquier otra persona puede llevar contabilidad si solicita su inscripción y la habilitación de sus registros o la rúbrica de sus libros.*

Resumiendo entendemos que en aquellos fideicomisos que tengan cierto grado de actividad económica se torna obligatorio el llevar contabilidad, teniendo que presentar la rendición de cuenta según las cláusulas contractuales.

En cuanto a los libros que deben ser llevados el artículo 322 del “Nuevo Código” menciona al *diario, inventario y balances agregando aquellos que corresponden a una adecuada integración del sistema y que exige la importancia y la naturaleza de las actividades a desarrollar.*

Los dos primeros son los clásicos libros contables, en cuanto al tercero no se hacen mayores precisiones por que estimamos que estará en manos del asesor contable que organice el sistema el determinar si se hace necesario el llevar otros libros como sub – diarios de ingresos y egresos etc.

En resumen muchos fideicomisos estarán comprendidos entre aquellos que deben llevar contabilidad y presentar balances. No olvidemos que pueden quedar fuera de esta obligación si el monto de sus operaciones no supera el límite que establezca cada jurisdicción.

12.- Extinción del fideicomiso.

12.1.- Consideraciones previas.

El fideicomiso se encuentra destinado a cumplir un fin, el que debe ser llevado a cabo dentro de un plazo máximo, es decir que su duración se encuentra sujeta a una condición o plazo estipulado, el que salvo un caso especial no podrá exceder de 30 años.

Esto indica que desde su propia constitución se tendrá una idea de cuando finaliza (salvo el caso especial de que exista/n beneficiario/s incapaz/ces o con capacidad restringida).

El vencimiento del fideicomiso es un aspecto al que no se le ha dado la importancia que debe tener. Como en toda liquidación pueden existir relaciones jurídicas pendientes, tanto entre quienes son partes, como con los terceros, de allí la necesidad de que la norma contemple en forma específica esta situación.

Así por ejemplo el solo hecho de la extinción no transforma al fideicomisario en propietario de los bienes remanentes, tendrán que mediar determinados actos que lleven al logro de este objetivo, como el cumplir con las formalidades que el/los bien/es exijan.

⁷ EDUARDO M. FAVIER DUBOIS (h) “Panorama del Derecho Comercial en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación” artículo insertado en “Código Civil y Comercial de la Nación Ed Errepar (ERREIUS), Bs As 2014 pag. 59.

12.2.- Causales de extinción del fideicomiso.

Si bien pueden coincidir, se hace necesario distinguir las causales de extinción de la “propiedad fiduciaria” de aquellas relacionadas con el contrato de fideicomiso, ya que en el primer caso se produce un traspaso de bienes a otro fiduciario, sin que este hecho conlleve a la finalización del contrato. Esto obliga a distinguir la extinción del fideicomiso del cese del fiduciario.

En lo que se refiere a las causales de extinción del contrato, es decir aquellas que hacen desaparecer la figura del fideicomiso, las mismas provienen de distintas fuentes, por lo que las analizaremos dividiéndolas según su origen en: a) Las establecidas en la propia norma, y b) las mencionadas por la doctrina.

Veamos entonces:

12.3- Causales estipuladas en la norma.

Para el análisis partiremos de lo establecido en el artículo **1697** del “Nuevo Código” que establece:

- | |
|---|
| <ul style="list-style-type: none">a) Cumplimiento del plazo o la condición a que se ha sometido o el vencimiento del plazo máximo legalb) La revocación del fiduciante, si se ha reservado expresamente esa facultad, la revocación no tienen efecto retroactivo; <i>la revocación es ineficaz en los fideicomisos financieros después de haberse iniciado la oferta pública de los certificados de participación o de los títulos de deuda.</i>c) Cualquier otra causal prevista en el contrato. |
|---|

A su vez **último párrafo del 1687** contemplan la insuficiencia de los bienes fideicomitados como causal de la liquidación del fideicomiso

Veamos entonces:

12.3.1.- Cumplimiento del plazo o de la condición.

Plazo.

Como hemos visto tanto la ley 24.441 como el “Nuevo Código” marcan el límite temporal de existencia del fideicomiso. El primer párrafo del artículo **1668** del “Nuevo Código dice:

El fideicomiso no puede durar más de treinta años después de la celebración del contrato, excepto que el beneficiario sea una persona incapaz o con capacidad restringida, caso en el que puede durar hasta el cese de la incapacidad o de la restricción a su capacidad, o su muerte.
--

Se mantiene el plazo máximo de duración en treinta años, con la salvedad de que si el beneficiario es un incapaz o se le ha imputado capacidad restringida el contrato durará hasta que este logre la plena capacidad o se produzca su fallecimiento, supuesto en el que el fideicomiso puede superar el máximo legal.

Pese a que no estamos frente a una norma de orden público, sino imperativa, se trata de un plazo máximo inmodificable por las partes

Si bien parece amplio, la norma en este aspecto no ha hecho más que seguir, en líneas generales, a la legislación comparada, en las que se han dispuesto plazos de entre 20 y 30 años, salvo el sistema Chileno que lo limita a 5 años.

Teniendo en cuenta que se trata de un plazo máximo, el que puede ser acotado por las partes, consideramos al mismo como adecuado ya que permite un mejor tratamiento del fideicomiso.

Un tema discutido en la doctrina se encaminaba a analizar la situación del aquel fideicomiso en el que se pactase un plazo mayor. Al respecto el segundo párrafo del artículo **1668** del nuevo Código establece que *si se pacta un plazo superior se reduce al tiempo máximo previsto*.

Otro tema que había dado lugar a alguna discusión doctrinaria es el relacionado con aquella situación en la que no se ha pactado plazo alguno. En este caso *el fideicomiso no llega a existir*, pensemos que con el “Nuevo Código” el contrato tiene que ser inscripto, por lo que seguramente no se logrará este objetivo al faltarle una cláusula esencial.

Otro tema conflictivo se da con relación a cuando comienza el cómputo del plazo. La norma establece que será desde *la celebración del contrato*. Si bien se ha querido plantear cierta duda sobre si se debe tomar la fecha de celebración del contrato o en realidad la de transferencia de los bienes, no tenemos duda que se debe considerar la primera de las pautas. En lo que se refiere a su prolongación la ley menciona al “incapaz”, incorporando el “Nuevo Código” a la capacidad restringida, sin efectuar ningún tipo de aclaración. Entendemos que no es prudente hacer distinciones donde la ley no las hace, por lo que considero que la norma se aplica cualquiera fuese la incapacidad, aún en el supuesto incapacidad absoluta.

El “Nuevo Código”, siguiendo los lineamientos de la ley 24.441 se refiere al beneficiario, es decir lo hacen en singular, de lo que se infiere que es suficiente con que uno solo sea incapaz para que se aplique esta disposición.

Se ha querido ver un error de redacción de la norma cuando dice *salvo que el beneficiario fuese incapaz*. Entendemos que no existe error alguno ya que sería ilógico que se hubiese pensado que la norma se aplica solo en los fideicomisos con un solo beneficiario.

Entiendo que el plazo no podrá extenderse frente a un inhabilitado ya que no se esta con la presencia de un incapaz en los términos del “Nuevo Código”, siempre y cuando este inhabilitado no llegue al extremo de convertirse en un sujeto con capacidad restringida.

Ahora bien, entendemos que si dentro de la nómina de actos que el Juez le permite realizar se encuentra la constitución de un fideicomiso podrán hacerlo, pero sin que exista un plazo especial.

La norma se refiere a la incapacidad del beneficiario, que opción queda con relación al fideicomisario? Puede extenderse la excepción a esta figura?

Al respecto, en la doctrina no existe unanimidad de criterio. Mayoritariamente se opina que la ley solo se refiere al beneficiario, por lo que no interesa la condición del fideicomisario, conclusión que compartimos, más aún luego de la sanción del “Nuevo Código” que le da a este último una mayor preponderancia.

Cabe acotar que la extensión en la duración del fideicomiso por un plazo mayor a los 30 años en el supuesto de que exista/n beneficiario/s incapaces es facultativa, por lo que bien, aún dándose este supuesto, se puede pactar un plazo inferior.

Condición.

Consideramos necesario acotar que la extinción del fideicomiso puede quedar supeditada al cumplimiento tanto de una condición resolutoria como de una *suspensiva*.⁸ Esta última se da cuando dentro de cierto plazo no ocurre el hecho previsto, lo que provoca el fin del contrato.

En la condición resolutoria, a diferencia de la anterior, la extinción se produce cuando ocurre el hecho indicado.

En la primera el hecho no debe acontecer dentro del plazo fijado, mientras que en la segunda la ocurrencia del hecho provoca el cese del contrato de fideicomiso.

La normativa nada dice que situación se da cuando la condición no llegue a concretarse, sin que sobre el tema, exista previsión alguna en el contrato.

Teniendo en cuenta que al fiduciario le está vedado adquirir los bienes fideicomitidos, parte de la doctrina sostiene que, en estos casos, el fiduciante es el que debe decidir el destino de los mismos, conclusión con la que coincidimos.

12.3.2.- La revocación.

Cuando se constituye un fideicomiso el fiduciante realiza un acto de disposición, el que en realidad es considerado como irreversible.

Este principio tiende a robustecer al fideicomiso debido a la reflexión previa que surge del fiduciante y a la estabilidad de las relaciones que este crea – por propia voluntad – con los beneficiarios. Este principio deriva del de buena fe en los negocios, conforme al cual las obligaciones de un contrato son asumidas para cumplirlas.⁹

El inc b) del artículo 1697 del “Nuevo Código” dice:

El fideicomiso se extinguirá por:.... b) la revocación del fiduciante si así se hubiere reservado expresamente esa facultad; la revocación no tiene efectos retroactivos; la revocación es ineficaz en los fideicomisos financieros después de haber iniciado la oferta pública de los certificados de participación o de los títulos de deuda.

La norma aclara que la misma no tendrá efecto retroactivo, lo que hace suponer que todos los actos anteriores gozan de eficacia, cuestión a la que no se le puede dar otra solución.

Consideramos oportuno destacar que si los actos anteriores fuesen ejecutados de mala fe o en contradicción a los intereses del fideicomiso, pueden utilizarse las vías procesales que posibiliten su anulación. (fraude, simulación etc.).

Estamos en presencia de otro punto de suma importancia a tener en muy en cuenta cuando confeccionamos un contrato de fideicomiso.

Sin duda alguna el contrato de fideicomiso implica un acuerdo de partes que se concreta con la irrevocabilidad implícita. Es cierto que la ley prevé el supuesto de que esta posibilidad se reserve en el contrato, pero cuál será su real efecto? Acaso no le quita credibilidad? El tercero contrataría con un fideicomiso que puede ser revocado en cualquier momento, un disparate.

⁸ Cámara Comercial Sala C 26/3/1999

⁹ JORGE ROBERTO HAYZUS “Fideicomiso” 2da edición actualizada Ed Astrea de Alfredo y Ricardo Deplama Bs As 2004 pag 130

Si se quiere ver en esta cláusula una protección frente al fiduciario, ya que este no merece toda la confianza, estamos frente a otro disparate, el fideicomiso se basa en la confianza, se entiende esto o con seguridad se distorsionará el contrato.

En todo caso existe la posibilidad de prever el cambio del fiduciario cuando se de justa causa o en su caso de posibilitar la revocación de su mandato, lo que no implica la del fideicomiso.

Lo antedicho se refleja indirectamente en la misma norma cuando prohíbe esta situación en el supuesto de fideicomisos financieros que hayan emitidos certificados, situación mas que lógica, ya que evita las situaciones disparatadas que podrían llegar a producirse, las que en algunas situaciones se pueden replicar en fideicomisos ordinarios.

Resumiendo la posibilidad de darle al fiduciante la facultad de revocar el fideicomiso existe, pero consideramos totalmente inapropiada su inclusión.

12.3.3.- Cualquier otra causal prevista en el contrato.

Teniendo en cuenta la libertad de contratación las normas han previsto que se impongan en el contrato otras causales distintas a las nominadas en la ley. Repetimos resulta imprescindible que se encuentren previstas en forma expresa en el contrato.

Dada la permisión legal que pone en funcionamiento la autonomía individual encontramos un gran abanico de posibilidades extintivas.

Tengamos en cuenta que es imposible prever todas las causales que pueden sobrevenir, más aún, cuando algunas de ellas ni siquiera existen en el momento de constitución del fideicomiso. Esto obliga a tener máxima precaución en el momento de redacción del contrato.

La ley ha omitido tener en cuenta la creación del fideicomiso testamentario ya que en este caso se extinguirá cuando opere alguna causal prevista en el testamento que origine el fideicomiso. Esta situación no se da con la sanción del “Nuevo Código” ya que lo trata como un fideicomiso ordinario, sin que sea necesaria alguna de las formas testamentarias.

Podemos mencionar entre las previsiones contractuales de extinción la renuncia del fiduciario, la imposibilidad de cumplimiento de la condición, etc.

12.3.4.- Insuficiencia de los bienes fideicomitidos.

El artículo 16 de la ley 24.441 y el tercer párrafo del artículo **1687** del “Nuevo Código” establecen que ante la insuficiencia de los bienes fideicomitidos para atender las obligaciones, así como la falta de otros recursos provistos por el fiduciante o el beneficiario, según las previsiones contractuales, procederá la liquidación del fideicomiso.

Entiendo que incluir al beneficiario dentro de los sujetos a los que se les puede exigir contractualmente que aporte en el supuesto de insuficiencia de fondos para que el fideicomiso cumpla con su finalidad es un grave error de la norma, perdiéndose la oportunidad de corregirla.

El beneficiario nada tiene que aportar, el fideicomiso no puede ser asimilado a una sociedad, entonces no se está distorsionando esta figura?

Entiendo que de no existir previsión alguna en el contrato no se podrá exigirle al fiduciante aporte alguno, aún cuando sea decidido por una asamblea o reunión de los mismos. Quiero

aclarar que no toda la doctrina opina lo mismo, de allí la importancia que adquiere una cláusula de este tenor en el contrato.

12.4.- Otras causales mencionadas por la doctrina.

La doctrina menciona una serie de causales diferenciándolas de las anteriores. Así Jorge Hugo Lascala ¹⁰ analiza las que denomina como causales comunes a los derechos reales o emergentes de principios generales. Algunos de los supuestos conllevan a la insuficiencia de los bienes fideicomitidos.

Describe a) destrucción total de la cosa o bien fideicomitido, b) Extracomercialidad de la cosa c) objeto del fideicomiso inmoral d) Expropiación de la cosa e) Imposibilidad de alcanzar la finalidad prevista f) Pérdida de los bienes g) Derogación legal o declaración judicial h) declaración de nulidad por sentencia firme i) Imposibilidad de sustitución del fiduciario.

13.- El fiduciario y la extinción del fideicomiso.

Resulta evidente que la extinción del fideicomiso se encuentra íntimamente ligada con la actuación del fiduciario. Siguiendo el criterio establecido en el artículo 26 de la ley 24.441 el artículo **1698** del Nuevo Código dice:

Producida la extinción del fideicomiso, el fiduciario estará obligado a entregar los bienes fideicomitidos al fideicomisario o a sus sucesores, otorgando los instrumentos y contribuyendo a las inscripciones registrales que correspondan

Ocurrida la extinción, se le impone al fiduciario la obligación de transferir los bienes, la que se hará efectiva a un tercero, generalmente designado en el contrato.

Tengamos en cuenta que si la persona designada no existiere, no aceptase o renunciare deberá ser reemplazada por el beneficiario y de no existir pasará en última instancia nuevamente a manos de fiduciante.

La extinción se producirán solo a partir de la registración de los bienes, no teniendo efecto alguno la transferencia hasta su total cumplimiento. El hecho de que se extinga el fideicomiso no lo convierte al fideicomisario en automático tenedor de los bienes.

Las normas dicen que los bienes serán entregados al fideicomisario *o a su sucesor*. Que alcances se le debe dar? Ha querido vetar la posibilidad de que se nombren fideicomisarios sustitutos? Entendemos que no, ya que esta situación se encuentra prevista en el “Nuevo Código”, por lo que en realidad se quiere referir al último fideicomisario.

Supongamos que se designe un fideicomisario y para el caso de que este fallezca un suplente, la norma se refiere al *sucesor* de éste último.

Resumiendo este aspecto rige cuando no exista un fideicomisario sustituto.

No se debe descartar para nada la posibilidad de que entre la fecha en la que se extingue el fideicomiso y se transfieran los bienes transcurra un lapso de tiempo, el que puede ser mas o menos prolongado.

He aquí otro aspecto importante a tener en cuenta cuando se redacta el contrato de fideicomiso “la prevenir el procedimiento a seguir ante su extinción”.

¹⁰ JORGE HUGO LASCALA “Práctica del Fideicomiso” Ediciones Astrea 1º reimpresión Bs As 2005 pags. 185 y stes

Tengamos en cuenta que finalizado el fideicomiso, las relaciones jurídicas, relacionadas con el fiduciario y los terceros pueden no desaparecer en forma instantánea. Podemos encontrar acreedores impagos, tributos pendientes de liquidación, cobros a ejecutar, por lo que la ley debió prever una etapa liquidativa que no tuvo en cuenta.

Ante lo planteado cabe preguntarse si la extinción del fideicomiso por cumplimiento del plazo o la condición le quita legitimidad al fiduciario para actuar en tal carácter. El tema no es menor ya que existe jurisprudencia que la niega.

Entendemos que el fiduciario debe actuar como lo haría un liquidador, por lo que es preciso que tome todas las medidas necesarias para la conservación y protección del patrimonio.

Cuidado con el alcance que se le pretenda dar a la continuidad del fiduciario, sus actos deben estar ligados exclusivamente a la transmisión del patrimonio, como a su conservación y mantenimiento mientras dure dicho proceso. Considero que no tiene amplias facultades de administración fuera de los aspectos apuntados.

Hagamos votos para que se llene este vacío legal, caso contrario seguiremos viendo al fiduciario actuar con cierta incertidumbre, ya que por un lado puede ser reputado de actuar fuera de sus facultades y por otro de no actuar se le puede indilgar no cumplir con el comportamiento de un buen hombre de negocios.