

**Tema II “El notario como garante de los derechos de las personas. Reflexiones sobre los beneficios de la función notarial en el ámbito de las personas como entes sujetos de derechos y obligaciones”**

# **FIDEICOMISO DE ADMINISTRACIÓN EN MIRAS DE MEJORAR LA CALIDAD DE VIDA**

**Not. LUCERO ESEVERRI, Roberto A.**

**Not. POZZI, Héctor Ricardo**

---

**INSTITUTO DE DERECHO E INTEGRACION**  
**COLEGIO DE ESCRIBANOS DE LA PROVINCIA DE SANTA FE**  
**2da CIRCUNSCRIPCION**  
**REPÚBLICA ARGENTINA**

## **Ponencias**

- El fideicomiso entendido como módulo contractual de tipo abierto, es un importante instrumento para dar respuesta plena a interrogantes que plantea una realidad que a todas luces se nos presenta más dinámica tanto en lo personal, cuanto en lo social, como en lo económico.
- Los notarios somos intérpretes necesarios de la voluntad de nuestros requirentes. Apoyados en los pilares de capacitación y asesoramiento debemos dotar a éstos de un instrumento válido, seguro y eficaz.

**SUMARIO:** I – Introducción: Globalización y postmodernidad. II- Breve Reseña Histórica. III- El Fideicomiso en el Derecho argentino. IV- Fideicomiso de administración en miras de mejorar la calidad de vida. V – Conclusiones: El Rol del notario en la modernidad.

### **I – Introducción: Globalización y post-modernidad**

Una sociedad cada vez más acelerada, realidades de vida en permanente cambio, instituciones que pierden peso específico, otras que pugnan por su reconocimiento, la búsqueda de comprensión y respuesta para nuevas necesidades, el menor protagonismo de la familia como gran contenedora de las distintas problemáticas, la insuficiencia del estado para dar respuesta a las problemáticas del individuo, sobre todo en lo que por habitualidad de estado cumplía el grupo familiar, son realidades que surgen todos los días.

Al decir de Teresa de Calcuta el mal del Siglo XXI no es la pobreza, es la soledad. Si algo hay que reconocer es que no hay, hoy por hoy, un modelo de construcción social alternativo al que dominó por siglos, cual es, con sus falencias e imperfecciones, la familia.

Por eso al resaltarse un modelo donde predomina la individualidad, hay un declinamiento de lo social, de lo colectivo, de lo tribal, del clan que sostenía y cuidaba de todos sus miembros, que necesariamente son vulnerables.

Esa es una de las grandes problemáticas que enfrentamos cotidianamente en nuestras notarías, las personas que llegan a edad madura en gran parte tienen este interrogante: ¿quien se hará cargo de mí?

Y nadie se piense exento de esta problemática porque en algún punto las realidades de la globalización, logra lo impensado, que nuestro hijo que antes era probable que se casara con un vecino o compañero de estudio, conoció a un Ruso y

decidió que su vida sería plena si viviera en Escandinavia y con él se van nuestros afectos y también nuestras cercanías, nuestro refugio y quedamos definitivamente solos.

Estas nuevas problemáticas con mayor o menor complejidad hacen que el notario deba encontrar los instrumentos que posibiliten una adecuada respuesta a las solicitudes de su requirente, muchas veces saliéndose de los esquemas habituales e intentando nuevas alternativas.

Y en definitiva, esta es la causa fuente de la implementación de nuevas herramientas que se ajusten a las necesidades de nuestros requirentes. El fideicomiso, se presenta como una posible solución para quienes no puedan valerse físicamente para gestionar sus bienes por si mismos, o aquellos que buscan un instrumento de autoprotección en prevención de una eventual discapacidad.

Instrumentos tendientes a brindarle la mejor protección a sus bienes y el direccionamiento de sus afectos y fundamentalmente el respeto a sus soberanas decisiones, son los que proponemos a través de este trabajo.

## **II - Breve Reseña Histórica**

El Código Civil Argentino contemplaba muy colateralmente al dominio fiduciario, en un solo artículo, el 2662 que se limitaba a conceptualizarlo: *“Dominio fiduciario es el que se adquiere en razón de un fideicomiso constituido por contrato o por testamento y está sometido a durar solamente hasta la extinción del fideicomiso, para el efecto de entregar la cosa a quien corresponda según el contrato, el testamento o la ley”*.

Al no tener definición de los actores del contrato, ni demarcar el contrato base del acuerdo para la transmisión del dominio fiduciario, la doctrina de entonces se dividía: Mayoritariamente se volcaba por negarle trascendencia, por ello, autores

como SALVAT<sup>1</sup> y CÁMARA<sup>2</sup> sostenían el poco interés práctico del fideicomiso identificando la figura, bien con el mandato o bien con la simulación.

En tanto que otros como LAFAILLE<sup>3</sup> y BIBILONI<sup>4</sup>, sostenían que la existencia de ese sólo artículo bastaba por sí solo para fundamentar la existencia del dominio fiduciario.- GATTI por su parte sostenía que si bien el artículo existía, no alcanzaba para tipificarlo y por lo tanto no podía considerarlo dentro del número *clausus*.

Lo cierto es que, sea por lo exiguo del articulado, sea por resultar extraño considerar la existencia de un patrimonio separado de la persona, el fideicomiso no tuvo desarrollo dentro del régimen contractual argentino.

Con el dictado de la Ley 24.441, el fideicomiso comienza a tomar cuerpo dentro del marco contractual argentino y se va afianzando como figura importante en el mundo económico nacional.-

### **III - El Fideicomiso en el Derecho argentino**

La sanción de un régimen legal que le es propio, le dio al contrato de fideicomiso las características de un contrato nominado (típico) con derechos y obligaciones para cada uno de los actores.

Mientras que en lo referido al dominio fiduciario solamente modificó el artículo 2662<sup>5</sup> y le agrega al 2670<sup>6</sup> la inamovilidad de los actos dispositivos efectuados por el fiduciario.

---

<sup>1</sup> SALVAT, Raymundo L, *Derechos Reales*, Tomo II, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1952, pp. 423-424.

<sup>2</sup> CAMARA, Héctor, *Simulación en los actos jurídicos*, Buenos Aires, Depalma, 1944, p. 72.

<sup>3</sup> LAFAILLE, Héctor, *Tratado de los Derechos Reales*, Tomo IV, Vol. II, Buenos Aires, Compañía Argentina de Editores S.R.L., 1944, p.141.

<sup>4</sup> Anteproyecto de Reforma del Código Civil 1930 Tº III p. 86 Nota al art. 2383.

<sup>5</sup> Artículo 2662 del Código Civil argentino: "*Dominio fiduciario es el que se adquiere en razón de un fideicomiso constituido por contrato o por testamento, y está sometido a durar solamente hasta la extinción del fideicomiso, para el efecto de entregar la cosa a quien corresponda según el contrato, el testamento o la ley*".

<sup>6</sup> Artículo 2670 del Código Civil argentino: "*Revocándose el dominio con efecto retroactivo, el antiguo propietario, está autorizado a tomar el inmueble libre de todas las cargas, servidumbres o hipotecas con que lo hubiese gravado el propietario desposeído o el tercer poseedor; pero está obligado a respetar los actos administrativos del propietario desposeído, como los alquileres o arrendamientos que hubiese hecho. Quedan a salvo los actos de disposición realizados por el fiduciario de conformidad con lo previsto en la legislación especial*".

Solamente por desconocer las modalidades de otros países y enmarcar las propias apuntamos algunos caracteres del fideicomiso en nuestro país:

Las partes en el contrato fiduciario son Fiduciante (el que transmite los bienes), Fiduciario (el que los recibe y cumple con la manda fiduciaria), Beneficiario (quien recibe los resultados de la gestión del fideicomiso) y Fideicomisario (o Beneficiario residual, el que recibe el remanente al momento de liquidarse el fideicomiso).- El Fiduciante podrá ser asimismo beneficiario y/o fideicomisario, debiendo siempre el fiduciario ser una persona distinta a estas tres.

Como características del contrato anotamos que es: consensual, bilateral, y formal (en cuanto tiene forma impuesta).

*El artículo 11 de la Ley 24.441 establece: “sobre los bienes fideicomitidos se constituye una propiedad fiduciaria que se rige por lo dispuesto en el título VII del libro III del Código Civil y las disposiciones de la presente ley cuando se trate de cosas, o las que correspondieren a la naturaleza de los bienes cuando éstos no sean cosas”.*

La utilización del término “propiedad fiduciaria” en lugar de “dominio fiduciario”, tal como lo establecía el anteproyecto, es un cambio trascendente, que como señala ORELLE, “la expresión propiedad en el vocabulario técnico de los derechos reales, tiene una connotación más amplia que dominio, pues abarca no sólo las cosas, sino toda clase de derechos”<sup>7</sup>.

La creación de un patrimonio de afectación que quedaba al resguardo de la agresión patrimonial del fiduciante y del fiduciario, respondiendo sólo por deudas propias le aporta el condimento de seguridad que **es su característica principal**. Así, el artículo 14 establece: “Los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario y fiduciante...”. El artículo 15 continúa diciendo: “Los bienes fideicomitidos quedarán exentos de la acción singular o

*colectiva de los acreedores del fiduciario. Tampoco podrán agredir los bienes fideicomitidos los acreedores del fiduciante, quedando a salvo la acción de fraude. Los acreedores del beneficiario podrán ejercer sus derechos sobre los frutos de los bienes fideicomitidos y subrogarse en sus derechos”.*

La ley establece además, un procedimiento extra-concursal para el cumplimiento de las obligaciones del propio fideicomiso, en caso de no satisfacer los bienes fideicomitidos las obligaciones que su ejecución demande, aclarando que ello no dará lugar a la declaración de quiebra, estableciendo su artículo 16: *“Los bienes del fiduciario no responderán por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, las que solo serán satisfechas con los bienes fideicomitidos. La insuficiencia de los bienes fideicomitidos no dará lugar a la declaración de su quiebra. En tal supuesto y a falta de otros recursos provistos por el fiduciante o el beneficiario según previsiones contractuales, procederá a su liquidación, la que estará a cargo del fiduciario, quien deberá enajenar los bienes que lo integren y entregará el producido a los acreedores conforme al orden de privilegios previstos por la quiebra”.*

Acude en su promoción además, la vastedad de modalidades, que hace decir a KIPER y LISOPRAWSKI *“El amplio margen de libre contratación que anima esta materia hace prácticamente imposible enunciar la variedad de combinaciones en las cuales el fideicomiso puede intervenir, es decir, aquellos negocios en que la propiedad fiduciaria es el medio elegido para lograr la finalidad perseguida”*<sup>8</sup>.

A punto tal que algunos autores<sup>9</sup> descreen de las clasificaciones de fideicomiso toda vez que ninguna modalidad se presenta habitualmente en forma pura y otros autores<sup>10</sup> coinciden en sostener que las clasificaciones en todo caso lo son al mero efecto del análisis didáctico.-

---

<sup>7</sup> Vid. ORELLE, José María Rodolfo et al., *Financiamiento de la vivienda y la construcción – ley 24.441*, tomo I, segunda parte: “Fideicomiso: contractual y financiero”, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1995, p. 85.

<sup>8</sup> Vid. KIPER, Claudio M. y LISOPRAWSKY, Silvio V., *Tratado de Fideicomiso*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 2da edición, 2004, p. 197.

<sup>9</sup> Vid. ZEPEDA, Jorge A., *Perspectiva del Fideicomiso en Cuaderno 10 de la Biblioteca de Felaban*, Kelly, Bogota, 1981, p.62, cit. pos KIPER, Claudio M. y LISOPRAWSKY, Silvio V., op. cit. p. 197.

<sup>10</sup> Vid. KIPER, Claudio M. y LISOPRAWSKY, Silvio V., op. cit., p.197.

#### **IV - Fideicomiso de administración en miras de mejorar la calidad de vida**

El notario, el cumplimiento de su función profesional de consejero-asesor y recordando que cada persona es única e irrepetible, como así también los son las particularidades propias de cada caso, podrá brindar a través del contrato de Fideicomiso el contenido y forma adecuados para dotar del marco jurídico necesario a la voluntad del requirente.

De este modo, el Fideicomiso de Administración podrá darse de modo puro y simple, previendo que sus efectos comiencen desde el momento de su otorgamiento o bien condicionándolo a hechos o plazos ciertos o inciertos.

##### **A) - La figura del Fideicomiso y el derecho de Autoprotección**

El fiduciante en previsión de su eventual discapacidad, designará un fiduciario quien al cumplirse la condición suspensiva de la declaración de discapacidad del otorgante ejercerá su función dando cumplimiento a la manda fiduciaria. Finalmente designará un fideicomisario como destinatario final de los bienes, pudiendo serlo el mismo fiduciante/beneficiario en caso de extinción del contrato por recuperación de la capacidad.

Respecto a la declaración de discapacidad, parte de la doctrina<sup>11</sup> entiende que no es necesaria la declaración judicial de incapacidad o inhabilitación, sino tan solo que se den los supuestos objetivos planteados en el contrato para que se cumpla de este modo la condición que lo active. *Vgr.* Dictámenes médicos, el consentimiento de un determinado consejo de familia. A *contrario sensu* las Escribanas ETCHEVERRY, FISCHBARG y ROCCHI, consideran que “en orden de no violentar el orden público, y procurando brindar seguridad al propio incapaz, para la

administración y disposición de sus bienes, en primer lugar será necesario obtener la declaración judicial de incapacidad<sup>12</sup>". En la mayoría de las provincias argentinas, la insania o inhabilitación tramitan mediante Juicio Sumario<sup>13</sup>, por cuanto el proceso demandará aproximadamente cinco meses, sin perjuicio que en el primer decreto se designará un curador provisorio, evitando de este modo que la persona y los bienes del discapaz se vean desprotegidos.

En lo atinente al plazo de vigencia del contrato de fideicomiso, el artículo 4 inc. c) de la ley 24.441 establece para éste un plazo máximo de treinta años desde su constitución, presentando una excepción en miras de la protección de las personas con discapacidad, donde el plazo o condición a que se sujeta el dominio fiduciario estará determinado por su muerte o cese de su incapacidad. Entendemos que esta ampliación del plazo máximo sólo se aplicará para los supuestos de declaración judicial de "incapacidad" o "inhabilitación".

Según lo disponen el artículo 7 de la ley 24.441 el fiduciario está sujeto a un estricto control de gestión: *"El contrato no podrá dispensar al fiduciario de la obligación de rendir cuentas, la que podrá ser solicitada por el beneficiario conforme las previsiones contractuales, ni de la culpa o dolo en que pudieren incurrir él o sus dependientes, ni de la prohibición de adquirir para sí los bienes fideicomitados. En todos los casos los fiduciarios deberán rendir cuentas a los beneficiarios con una periodicidad no mayor a un año"*. Asimismo el artículo 18 establece que el juez podrá autorizar al fiduciante o al beneficiario a ejercer todas las acciones que correspondan para la defensa de los bienes fideicomitados, en sustitución del fiduciario, cuando este no lo hiciera sin motivo suficiente.

Sin perjuicio del derecho de toda persona con discapacidad de ejercer plenamente sus derechos, conforme lo dispone el artículo 12 de la "Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad", ratificada por nuestro país mediante la

---

<sup>11</sup> Vid. BRANDI TAIANA, Maritel M., "Incapacidad" en *Revista Notarial*, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, Año 112, N° 954, La Plata, 2006, p. 503.

<sup>12</sup> Vid. ETCHEVERRY, Soledad; FISCHBARG, Lucía y ROCCHI, Verónica, "Actos de autoprotección: previsión para la incapacidad" en *IX Jornada del Notariado Novel del Cono Sur*, Punta del Este, 2007, p. 262.

<sup>13</sup> Vgr. art. 682 y ss. del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe.

sanción de la ley 26.378, puede resultar positivo designar una persona ejercite los derechos que conceden al fiduciante y beneficiario los artículos 7 y 18 de la ley 24.441, quien ejercería este derecho a favor de la persona con discapacidad. Sin bien consideramos que la naturaleza misma del curador otorgaría dicha facultad de pleno derecho, se podría nombrar en el contrato a una persona distinta, con conocimiento más específicos sobre el tema puntual que motivó la autodeterminación que generó la manda fiduciaria (vgr. contador , arquitecto, psicólogo), para ejercer el control de los actos del fiduciario.

Asimismo, parte de la doctrina entiende que: “no necesariamente el curador del incapaz debe ser una persona diferente del fiduciario, ya que podrá el mismo sujeto desarrollar ambos roles, los que lejos de excluirse se complementan.”<sup>14</sup> No compartimos esta teoría ya que consideramos que al confluir ambos roles en una misma persona habría conflicto de intereses y no se ejercería el control necesario sobre los actos del fiduciario, vulnerándose así la esencia del instituto y las debidas garantías.

El Art 4 inc a) de la Ley 24.441 establece que “*el contrato también deberá contener: a) La individualización de los bienes objeto del contrato. En caso de no resultar posible tal individualización a la fecha de la celebración del fideicomiso, constará la descripción de los requisitos y características que deberán reunir los bienes;...*” De la interpretación del mencionado artículo, se deduce que los bienes que integren el patrimonio fiduciario deberán estar determinados o ser determinables. En virtud de lo expuesto y sin perjuicio de reconocer que parte de la doctrina entiende que la propiedad fiduciaria no puede constituirse sobre una universalidad, coincidimos con Fernando LÓPEZ DE ZAVALÍA cuando acepta la existencia de fideicomisos universales: “no hay dominio sobre la universalidad, pero hay dominio sobre las cosas comprendidas en ella que estuvieran sujetas a tal derecho en cabeza del causante”<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> Vid. CLUSELLAS, Eduardo G. y ORMAECHEA, Carolina, *Contratos con garantía fiduciaria*, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2003, p. 343.

En cuanto a la transferencia de los bienes al patrimonio fiduciario, gran parte de la doctrina interpreta que la trasmisión de la propiedad fiduciaria operaría automáticamente como adquisición originaria; sin embargo y reiterando mi posición en contrario, resulta conveniente el otorgamiento de un poder especial irrevocable, sujeto también a la misma condición suspensiva que la trasmisión de los bienes, que posibilite la efectiva concreción de tal fin<sup>16</sup>.

Definidas las partes, analizaremos la manda fiduciaria. La misma podrá ser de lo más variada considerando la ductilidad de la figura, si bien básicamente consistirá en administrar y disponer de los bienes con el objeto de servirse de su producido y de sus rentas para la asistencia y sustento del discapaz, con el alcance y las facultades que así disponga el fiduciante. A la hora de determinar la extensión del objeto del contrato, será de vital importancia el asesoramiento del notario y su capacidad de interpretación de la voluntad concreta del requirente a efectos de poder cumplir con el fin que llevó a éste al otorgamiento del acto. (*Vgr.* Libre disposición por parte del fiduciario o necesidad de conformidad del curador.)

Finalmente resulta interesante prever, dentro del contrato, la posibilidad de revocación del fideicomiso por parte del fiduciante<sup>17</sup>. Este derecho consideramos puede ejercerlo el mismo fiduciante o bien delegarlo en una tercera persona de su confianza.

De este modo el Contrato de Fideicomiso aparece como una importante herramienta para la administración del patrimonio en caso de una eventual y futura discapacidad, pudiendo dejar en manos de personas idóneas el ejercicio de esa administración, sin perjuicio de poder delegar el derecho de contralor a personas de confianza.

---

<sup>15</sup> Vid. LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J, *Teoría de los Contratos*, Tomo 5, Parte Especial, Buenos Aires, Zavallía Editor, 1995, pp. 795-796.

<sup>16</sup> Conclusión a que arribáramos en "Fideicomiso para la Construcción de un Edificio" AA.VV. *Instituto de Derecho Notarial*, Cuaderno N° 2, Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe – 2° Circunscripción. Rosario, 2006. pp. 34-35. y BRANDI TAIANA, Maritel M., "La titularidad fiduciaria en el derecho español y en el derecho argentino" en *Revista Notarial*, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, Año 110, N° 949, La Plata, 2004, p. 711.

<sup>17</sup> Vid. artículo 25 inc. b) de la ley 24.441.

## **B) - Fideicomiso de administración y transferencia de bienes al fallecimiento del fiduciante-beneficiario.**

Quizá lo primero que es dable aclarar es que el fideicomiso a tratar no es un fideicomiso testamentario; ya que en este supuesto el fideicomiso tendría como fuente generadora un testamento y todos los derechos y las cargas serían exigibles a partir del fallecimiento del testador.

Estamos si, hablando de un fideicomiso que comienza a partir de la constitución del mismo para la administración de los bienes, o bien de un grupo de bienes de una persona y tiene como complemento un testamento para direccionar el remanente de los beneficios a los herederos/legatarios testamentarios. (determinación del fideicomisario).

Nos encontramos frente a dos etapas, una primera, donde el fiduciante-beneficiario es el destinatario de los frutos civiles del fideicomiso y una segunda, donde los destinatarios del remanente de los beneficios son los fideicomisarios (herederos/legatarios testamentarios).

La posibilidad de emplear el contrato de Fideicomiso como un elemento que ayude a administrar el patrimonio de una persona que aunque capaz, no cuente ya con la posibilidad de movilizarse para gestionar su propio patrimonio, conforma una alternativa válida y eficaz.

Aumenta su potencial, la certeza de que ese patrimonio se preserve evitando la agresión de terceros y a la vez la oportunidad de transferir el dominio fiduciario a los herederos testamentarios del Fiduciante.

En cuanto a la designación de los fideicomisarios mediante un testamento, entendemos que no se podría integrar este último al contrato de fideicomiso por la diversidad de fines y formalidades de ambos actos, no resulta conveniente la integración de ambos documentos, si bien en el fideicomiso se puede determinar la

identidad de los actuales herederos testamentarios y eventuales fideicomisarios. Sujeto a un documento autónomo, facilita y respeta la privacidad de la determinación del Fiduciante.

Que por otra parte las formalidades necesarias para un testamento con los testigos de rigor, disposiciones que no atañen únicamente a lo económico, la posibilidad incluso del reconocimiento de herederos, o la dispensa de alguna causal de ingratitud, que son actos que pertenecen al fuero íntimo de la persona deben ser contenidos en otro documento, que a la vez el testador pueda el día de mañana anular sin necesidad de exponerlos en el contrato que a todas luces va a circular en caso del requerimiento de un tercero.

El art. 1790 del Código Civil prevé: *Si alguno prometiere bienes gratuitamente, con la condición de no producir efectos la promesa sino después de su fallecimiento, tal declaración de voluntad será nula como contrato, y valdrá sólo como testamento, si está hecha con las formalidades de estos actos jurídicos.*

Al dotar al testamento de autonomía y correlacionarlo con el fideicomiso de administración ponemos claridad en la negociación, el testamento acto autónomo da derecho a reclamar los beneficios residuales del fideicomiso.

Por otra parte la posibilidad de mutar los herederos y a su vez a los fideicomisarios es coincidente en ambos institutos: Así el art. 3824 del Código Civil establece: *“El testamento es revocable a voluntad del testador hasta su muerte. Toda renuncia o restricción a éste derecho es de ningún efecto. El testamento no confiere a los instituidos ningún derecho actual”.*

Y el artículo 3724 determina que: *“El testador puede subrogar alguno al heredero nombrado en el testamento, para cuando este heredero no quiera o no pueda aceptar la herencia. Sólo esta clase de sustitución es permitida en los testamentos”.*

En realidad nuestra ley no define al fideicomisario, lo subsume en la persona del

beneficiario; ¿que es el fideicomisario sino un beneficiario residual?

Por eso el artículo 2º dice: *“El contrato deberá individualizar al beneficiario, quien podrá ser una persona física o jurídica, que puede o no existir al tiempo del otorgamiento del contrato; en este último caso deberán constar los datos que permitan su individualización futura. Podrá designarse más de un beneficiario, los que salvo disposición en contrario se beneficiarán por igual, también podrán designarse beneficiarios sustitutos para el caso de no aceptación, renuncia, o muerte. Si ningún beneficiario aceptare, todos renunciaren o no llegaren a existir, se entenderá que el beneficiario es el fideicomisario. Si tampoco el fideicomisario llegara a existir, renunciare o no aceptare, el beneficiario será el fiduciante”*.

Queda claro entonces que si el fideicomisario puede ser persona determinada o determinable, pudiendo incluso no existir al momento del otorgamiento del pacto de fiducia, el fiduciante en tanto no se cumpla la condición que lo habilitaría al goce del beneficio (en este caso el fallecimiento del fiduciante-beneficiario) puede sustituirlo hasta el último momento, queda aún mas claro cuando se manifiesta que el fideicomisario no es nombrado y se remite a su nombramiento por vía testamentaria.

En todo caso, como la condición del ejercicio de sus derechos estaría supeditado al deceso del fiduciante beneficiario, el derecho del mismo se encontraría aplazado hasta tanto ocurra dicha circunstancia.

Ninguna duda hay que el contrato no debe colisionar con la legislación de fondo, por lo tanto es necesario respetar la legítima, de manera tal que el testamento cede ante el heredero legitimario.

También hay que tener presente las incapacidades para suceder en testamentos, como el caso de tutores, sacerdotes y sus parientes hasta el cuarto grado que hubieren atendido al causante en la última enfermedad y las iglesias, parroquias y comunidades a las cuales pertenecieran, el escribano, los testigos y los supuestos que prevé la ley de captación de la voluntad del testador, el cuidado en las formas.

Eventualmente surge la posibilidad de proteger a algún menor o incapaz con beneficios que permita la ley o sujetar la propiedad de los inmuebles a indivisión por todo el plazo que otorga el artículo 2613 del Código Civil argentino.

En el supuesto que por revocación del testamento el fiduciante falleciera intestado, se entenderá que los fideicomisarios son aquellos a quienes la ley declare que vengan a sucederlo, entendiendo que en este supuesto la determinación es legal, los sujetos están, faltando que la ley y el juez declaren quienes son.

A los efectos de la transferencia final de los bienes por el fiduciario a los fideicomisarios, y en miras de direccionar ésta a la persona correcta, el fiduciario deberá tramitar la Declaratoria de Herederos, para que se determine si el testamento se mantiene vigente o ha mutado.

Una vez obtenida la declaratoria de herederos, el fiduciario, previo saldar las deudas generadas por el fideicomiso, transferirá el remanente a los fideicomisarios a título de rendición de cuentas.

Importante es destacar el menor costo en la sucesión, ya que los mayores costos impositivos y por regulación de honorarios profesionales se devengan de la denuncia de bienes y en este supuesto no hay denuncia a efectuar, ya que éstos no integran la masa de bienes relictos, sino que están dentro del fideicomiso.

Téngase presente que, como se expresara, la declaratoria de herederos se obtiene al sólo efecto de la declaración de certeza de quienes son herederos, a efectos de poner en posesión de los bienes a éstos y finalmente efectuar la transferencia de bienes y derechos a título de rendición de cuentas.

En cuanto a las personas habilitadas para abrir la declaratoria, entendemos que son parte legítima para hacerlo los herederos, acreedores y legatarios<sup>18</sup>. Asimismo

---

<sup>18</sup> Vid. Artículo 584 del Código de Procedimientos Civiles y Comerciales de la Provincia de Santa Fe.

consideramos que el fiduciario estaría habilitado para instar ésta ya que la puede promover en su calidad de acreedor de los herederos. Entendemos que el fiduciario es acreedor de los herederos, ya que tiene derecho a percibir los honorarios adeudados por su administración, en caso de corresponder; siendo asimismo acreedor del derecho a liberarse de la administración impuesta por la manda fiduciaria.

**C) - Para ambas propuestas reseñamos algunas ventajas:**

**a - Libertad de acción del fiduciario:**

Transfiriendo el dominio al fiduciario tenemos la certeza que tiene el mas amplio manejo de la gestión y no se encontrará limitado en sus facultades.

Sabemos desgraciadamente que los apoderamientos sobre todos los generales, son permanentemente cuestionados por la administración pública y bancos observándolos al más mínimo detalle, lo que no ocurriría en el supuesto planteado porque se dispone de la titularidad de los derechos y no se actúa como representante.

**b - Mayor claridad en la contratación.**

El hecho de contener el fideicomiso los objetivos del contrato y los derechos y obligaciones de las partes, da una mayor transparencia a los actos dispositivos que efectúe el fiduciario y una mayor tranquilidad por parte de los terceros que podrán imponerse de las instrucciones claras del contrato.

También constituye un método de publicidad, tanto registral como cartular, así, el tercero que consulta al registro o efectúa un estudio de títulos se impondrá del alcance de las facultades del fiduciario y la posibilidad de contratar o no con el mismo en resguardo de sus intereses si interpreta que el mismo enajena excediendo sus facultades.

Eventualmente y como es de práctica se puede colocar en el fideicomiso la consulta previa y conformidad del fiduciante para cualquier acto dispositivo de bienes raíces o muebles registrables, como así también para la constitución de gravámenes.

En este sentido, *el artículo 17 de la ley 24441 establece: “El fiduciario podrá disponer o gravar los bienes fideicomitados 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”.*

Hay entonces, en cuanto a la causa, una serie de restricciones a los actos dispositivos del fiduciario:

- 1.- Enajenar para satisfacer los fines del fideicomiso.
- 2.- Consentimiento del fiduciante o beneficiario, si así se estableció en el contrato.
- 3.- Prohibición de constituir usufructo en su favor.<sup>19</sup>
- 4.- La imposibilidad de adquirir para si los bienes del fideicomiso.

La posición del tercero adquirente de bienes registrables que contrata con el fiduciario, sin tener presente la voluntad del fiduciante, no será tan sólida como de aquel que tuvo presente ese requisito, a punto que algunos autores<sup>20</sup> consideran que su adquisición será considerada e mala fe.

Otros autores como ORELLE<sup>21</sup> sostienen que sería un supuesto de nulidad expresa, total, relativa y manifiesta y que el Registro debe inscribir el título viciado provisionalmente por el plazo de 180 días, obviamente al aguardo de la confirmación del acto.

En igual sentido NEIROTTI<sup>22</sup> sostiene que dado que al dominio fiduciario lo causa el

---

<sup>19</sup> Artículo 2841 del Código Civil argentino: *“El propietario fiduciario no puede establecer usufructo sobre los bienes gravados de sustitución”.*

<sup>20</sup> Vid. HIGHTON, Elena, MOSSET ITURRASPE, Jorge, PAOLANTONIO, Martín, RIVERA, Julio, *Reformas al derecho privado Ley 24.441*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1995, pp. 56 y 57.

<sup>21</sup> Vid. ORELLE, José M. R., *Compra de Inmuebles por y para terceros*, Buenos Aires, Editorial Abaco, 1977 cit. pos. KIPER, Claudio M. y LISOPRAWISKY, Silvio V., *op. cit.*, p. 245.

<sup>22</sup> NEIROTTI, Julián, *Manual Práctico de Fideicomiso*, Buenos Aires, Nova Tesis, 2006.

pacto de fiducia, en el supuesto de enajenar sin el consentimiento del fiduciario, el tercero adquirente no podría alegar buena fe.

Por otra parte todos los autores señalados son coincidentes que la disposición de bienes en que resultare injustificada y contra los intereses del fideicomiso traería aparejado para el fiduciario responsabilidades personales.

Ni que hablar cuando la transferencia la efectúa el fiduciario en fraude a lo pactado en el fideicomiso, esto es cuando por alguna vía (interpósita persona) pretende apropiarse a través de maniobras fraudulentas de los bienes de la fiduciante en contraposición a la prohibición de adquirir para sí.

Tengamos presente que en el apoderamiento, el apoderado actúa sin otro elemento que el emanado del documento que le otorga la representación, en cuyo caso el mandante no tendrá la opción de oponerse al acto, cosa que sí puede hacer en el fideicomiso cuando está pactado, muy probablemente si su apoderado actúa de mala fe, se impondrá de la transferencia de bienes tardíamente y lo que es aún peor, no podrá ejecutar ninguna acción para el retorno de dicho bien al patrimonio.

### **c - Control de gestión**

El control de la gestión lo realiza el fiduciante quien de conformidad con la magnitud del patrimonio podrá disponer de asesoría contable y jurídica propia (eventualmente efectuar periódicas auditorías), sin perjuicio de poder delegar dicha facultad en terceras personas<sup>23</sup>.

El máximo de plazo para la rendición de cuentas es un año, pero pueden acordarse plazos menores; es más la rendición de cuentas puede no quedar acotada a un balance de sumas y saldos sino requerir una memoria de la gestión, es decir los criterios que dominaron la toma de resoluciones.

---

<sup>23</sup> *Vid. supra* "IV A".

Los beneficios que produzca el patrimonio le pertenecen a la parte Fiduciante-Beneficiaria mientras viva, por lo tanto podrá optar por disponer de las sumas que el patrimonio rinda y recibir el efectivo o las prestaciones según sea su interés.

En caso de disconformidad con la gestión puede revocar el encargo fiduciario y nombrar un reemplazante<sup>24</sup>, o bien revocar el encargo fiduciario dando por extinguido el contrato<sup>25</sup>.

Además, en el supuesto de Fideicomiso de administración y transferencia de bienes al fallecimiento del fiduciante-beneficiario, fallecido el beneficiario, el fiduciario deberá, en una segunda instancia, rendir las cuentas finales de su gestión a los fideicomisarios quienes deberán aprobárselas para dársela por concluida, lo que implica en todos los casos un control exhaustivo de lo gestionado y el resultado económico.

#### **d - La posibilidad de incorporar todo tipo de bienes y derechos**

Todo tipo de bienes, raíces, muebles, derechos, créditos, semovientes, muebles registrables, acciones, retribuciones por concesiones pueden ser parte del fideicomiso, derechos de autor, derechos sobre sepulcros, recuerdos de familia, cartas misivas, derechos posesorios.<sup>26</sup>; pero a la vez se puede excluir aquellos que le resulten imprescindibles o simplemente quiera mantenerlos fuera de la administración fiduciaria.

#### **e - La obligación del fiduciario de cuidar como propios los bienes fideicomitidos**

El fiduciario tiene su cargo las tareas de mantenimiento de los bienes y el deber de

---

<sup>24</sup> Vid. Artículo 9 de la Ley 24.441: "El fiduciario cesará como tal por Remoción judicial por incumplimiento de sus obligaciones, a pedido del fiduciante o a pedido del beneficiario con citación del fiduciante".

<sup>25</sup> Vid. Artículo 25 de la Ley 24.441: "El fideicomiso se extinguirá por: [...] b) La revocación del fiduciante si se hubiere reservado expresamente esa facultad"

<sup>26</sup> Vid. supra III

velar por su conservación y tomar todas las medidas urgentes o necesarias para su cuidado como si fuera propio.

Tiene a la vez amplias facultades para promover todas las acciones judiciales que la administración de los bienes le requiera, sin necesidad de solicitar un apoderamiento en cada caso y la obligación de defender el patrimonio como propio<sup>27</sup>.

Además la responsabilidad del fiduciario está mejor delimitada que la de un mandatario administrador, atento a que la obligación de este último es residual, a menos que haya instrucciones expresas para la realización de cada acto por parte del mandante, sus actos podrían incluso colisionar con otros que ejecute el mismo mandante u otros mandatarios especiales y diluirse su responsabilidad, cosa que no ocurre en el fideicomiso.

#### **f - Económicamente accesible**

En nuestro país, al considerarse la transferencia fiduciaria como una operatoria de resultado neutro<sup>28</sup>, es decir que no lo recibe a título oneroso, ni tampoco a título gratuito y atento la temporalidad del dominio, no se grava fiscalmente y se la excluye del impuesto a la transferencia de inmuebles o ganancias, paga sellos por la retribución que percibe el fiduciario por su labor y por la base valuatoria de los inmuebles que transfiere.

Tampoco es costosa la transferencia para cumplir con la manda de transferir a los herederos ya que se transferirá a título de rendición de cuentas de la gestión y pagará sobre la base valuatoria de los bienes que transfiere y eventualmente por el importe el saldo de la cuenta, si es que se especifica en la escritura.-

---

<sup>27</sup> Artículo 6 de la Ley 24.441: *“El fiduciario deberá cumplir las obligaciones impuestas por la ley o la convención con la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él”.*

<sup>28</sup> Consideramos que la transferencia de la propiedad fiduciaria no es un acto a título oneroso, ni a título gratuito. No la consideramos onerosa ya que no hay contraprestación alguna por parte del Fiduciario al Fiduciante por la transmisión del

## **V – Conclusiones: El Rol del notario en la post-modernidad**

Los acelerados cambios que experimenta la sociedad requieren de una permanente actualización de los operadores del derecho en pos de diseñar una arquitectura jurídica que sirva para satisfacer las necesidades de nuestros requirentes dentro de un marco de seguridad y legalidad.

La introducción de figuras jurídicas que provienen de otras latitudes posibilitan adoptar herramientas más aptas para la solución de problemáticas relacionadas con una visión más integral del hombre, no ya la solución parcial de un problema sino un procedimiento que contemple la totalidad de los problemas a resolver.

Particularmente el fideicomiso entendido como módulo contractual de tipo abierto, es un importante instrumento para dar respuesta plena a interrogantes que plantea una realidad que a todas luces se nos presenta más dinámica tanto en lo personal, cuanto en lo social, como en lo económico.

El respeto a la voluntad soberana del requirente, precisa de los mayores esfuerzos de los operadores del derecho para que cada solución, cualquiera sea la figura a emplear, sea la más adecuada. Para ello resultará imprescindible un intenso compartir con el requirente en aras a desentrañar sus necesidades e inquietudes, respetando sus decisiones, brindando un amplio asesoramiento sobre los instrumentos propuestos y las consecuencias de éstos.

No debemos atarnos a contratos tipo, bien nos dice VALLET DE GOYTISOLO: “El derecho no puede reducirse a geometría dogmática, porque está hecho para adaptarse a las exigencias de la vida”.

La situación de privilegio que tiene el notario en cuanto a proveerlo de un instrumento auténtico, que hace plena fe de las declaraciones que contiene, otorga

fecha cierta y matricidad, es inalterable, perdura en el tiempo, da plena fe de la identidad de los otorgantes, no registra fisuras o futuras observaciones, concede a propios y extraños seguridad en el manejo de los patrimonios de afectación.

En definitiva, están dadas todas las condiciones para que el horizonte profesional se amplíe de modo inusitado en la medida que la capacitación de los colegiados, abra un mayor debate, que propicie la imaginación de nuevos instrumentos contractuales, válidos, seguros y eficaces.

## **Bibliografía**

- AA.VV., “Fideicomiso para la Construcción de un Edificio” *Instituto de Derecho Notarial*, Cuaderno N° 2, Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe – 2° Circunscripción. Rosario, 2006.
- BRANDI TAIANA, Maritel M., “La titularidad fiduciaria en el derecho español y en el derecho argentino” en *Revista Notarial*, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, Año 110, N° 949, La Plata, 2004.
- BRANDI TAIANA, Maritel M., “Incapacidad” en *Revista Notarial*, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, Año 112, N° 954, La Plata, 2006.
- CAMARA, Héctor, *Simulación en los actos jurídicos*, Buenos Aires, Depalma, 1944.
- CLUSELLAS, Eduardo G. y ORMAECHEA, Carolina, *Contratos con garantía fiduciaria*, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2003.
- ETCHEVERRY, Soledad; FISCHBARG, Lucía y ROCCHI, Verónica, “Actos de autoprotección: previsión para la incapacidad” en *IX Jornada del Notariado Novel del Cono Sur*, Punta del Este, 2007.
- HIGHTON, Elena, MOSSET ITURRASPE, Jorge, PAOLANTONIO, Martín, RIVERA, Julio, *Reformas al derecho privado Ley 24.441*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1995.
- KIPER, Claudio M. y LISOPRAWISKY, Silvio V., *Tratado de Fideicomiso*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 2da edición, 2004.
- LAFAILLE, Héctor, *Tratado de los Derechos Reales*, Tomo IV, Vol. II, Buenos Aires, Compañía Argentina de Editores S.R.L., 1944.
- LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J, *Teoría de los Contratos*, Tomo 5, Parte Especial, Zavalía Editor, Buenos Aires, 1995.
- NEIROTTI, Julián, *Manual Práctico de Fideicomiso*, Buenos Aires, Nova Tesis, 2006.
- ORELLE, José María Rodolfo et al., *Financiamiento de la vivienda y la construcción – ley 24.441*, tomo I, segunda parte: “Fideicomiso: contractual y financiero”, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1995.

- SALVAT, Raymundo L, *Derechos Reales*, Tomo II, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1952.