

## Comentario a los arts. 1701 a 1707 del proyecto de Código Civil

Carlos Alberto Fossaceca (h)

### **Dominio fiduciario**

El Proyecto de Código Civil de 2012 presenta como novedad reglamentar el dominio fiduciario en un título propio y autónomo, superando la normativa aislada y las dudas doctrinales que se habían originado en el modelo de Vélez Sarsfield. Se destaca su ubicación dentro del Libro Tercero, que versa sobre las obligaciones y los contratos, desplazándolo de su ámbito propicio: los derechos reales, que se encuentran disciplinados en el Libro Cuarto. Más aun, cuando éste contiene un título para el dominio imperfecto, a cuyo género pertenece. Lo define de la siguiente manera en el artículo 1701: Dominio fiduciario. Definición. Dominio fiduciario es el que se adquiere con razón de un fideicomiso constituido por contrato o por testamento; y está sometido a durar solamente hasta la extinción del fideicomiso, con el efecto de entregar la cosa a quien corresponda según el contrato, el testamento o la ley.

Se determina el principio de irretroactividad de los actos a título oneroso y que se ajusten a la finalidad del fideicomiso y a las pautas que lo rigen. El tercero podrá enervar las acciones que se entablan contra él en virtud de tales negocios si acredita, además, su buena fe.

Posibilidad sobresaliente estriba en acordar cláusulas que limiten las facultades del fiduciario siendo inoponibles a los terceros interesados de buena fe, no obstante su inscripción en los registros pertinentes. Devienen una excepción al régimen previsto en el dominio, que ha optado por la oponibilidad de las citadas cláusulas.

*A. CONSOLIDACION DEL REGIMEN DE DOMINIO FIDUCIARIO:* se robustece el mentado instituto al poseer un plexo normativo propio. Desaparece la orfandad legislativa que caracterizó al modelo de Vélez que condujo a los autores a discutir sobre la aplicabilidad del instituto (Lafaille) o su inutilidad por la operatividad de otras instituciones (Salvat, a través del mandato oculto o la simulación por interposición de persona) o por estar implícitamente prohibido (Segovia).

Sigue el sendero señalado por las IX Jornadas de Derecho Civil de 1983 celebradas en Mar del Plata en las cuales se declaró: “El dominio fiduciario no sólo está permitido y definido por el Código Civil Argentino, sino que existen directivas legales suficientes para poder aplicarlo”.

*B. RÉGIMEN UNITARIO:* se predica un solo conjunto de normas. Se ha postulado la tesis que el actual ordenamiento civil admite la dualidad en materia normativa (Vazquez, Lopez de Zavalia): el de la ley 24.441 y la del articulado del Código Civil. Verbigracia, se aceptaría el usufructo en el primero, no cabría en el segundo; no siendo del todo compartido por el espectro doctrinario (Mariani de Vidal, Puerta de Chacón)

*C. UBICACIÓN LEGISLATIVA:* Se innova al emplazarlo en el Libro Tercero que disciplina las obligaciones y los contratos; se lo coloca en el Capítulo 31 a continuación del contrato de fideicomiso y el título V cuyo acápite es “De otras fuentes de las obligaciones”.

El proyecto del 98 se limitaba a consignar al dominio fiduciario como una especie del dominio imperfecto, remitiendo a la normativa del contrato de fideicomiso. No le instauraba una sección especial como ha optado el actual proyecto.

Resulta más adecuada la técnica legislativa del código vigente de imponer sus normas en el Libro de Derechos Reales, correspondiente al área de dominio imperfecto.

*D. ESPECIE:* Su diferencia específica le hace pertenecer al género de dominio imperfecto por afectar la nota de perpetuidad (artículo 1942). Ello explica la remisión efectuada por el artículo 1702 el que dice: Normas aplicables. Son aplicables al dominio fiduciario las normas que rigen los derechos reales en general y, en particular, el dominio, previstas en los Títulos I y III del Libro Cuarto de este Código. El anteproyecto empleaba la numeración romana “IV”), Título III, que disciplina este último.- El artículo 1964 lo menciona como hipótesis de dominio imperfecto.

Tal como lo ha declarado las IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 1983 realizadas en Mar del Plata: “Los únicos supuestos de dominios imperfectos en el Código Civil Argentino son el dominio desmembrado, el dominio revocable y el dominio fiduciario”.

*E. DIFERENCIA CON EL DOMINIO REVOCABLE:* ambos repercuten en el atributo “perpetuo” del dominio. Su diferencia estriba en que el fiduciario se constituye para cumplimentar una finalidad específica, mientras que el resolutorio se encuentra sujeto a condición o plazo resolutorio.

En este último, el titular del dominio perfecto resultará ser el anterior propietario. No necesariamente el fideicomisario será el fiduciante; pudiendo transferirse la propiedad, además del citado, al “beneficiario o a una persona distinta a ellos” (art. 1672).

El principio que impera en el dominio revocable consiste en la retroactividad, a menos que de una cláusula en el título de adquisición o disposición de ley se haya acordado o instaurado lo contrario. No cabe extender igual solución al acto a título oneroso que haya concertado el fiduciario con un tercero de buena fe y que se ajuste al fin del fideicomiso y a las pautas contractuales que lo rijan estableciendo el artículo 1705: Irretroactividad. La extinción del dominio fiduciario no tiene efecto retroactivo respecto de los actos realizados por el fiduciario, excepto que no se ajusten a los fines del fideicomiso y a las disposiciones contractuales pactadas, y que el tercer adquirente carezca de buena fe y título oneroso.

*F. DIFERENCIA CON EL DOMINIO DESMEMBRADO:* Éste se relaciona con la característica de absolutez, implícita en la definición de dominio (art. 1941). Una o varias facultades del mentado derecho real, que denota su elasticidad, se transfieren a otra persona en aras de su goce o disminuyen la potestad de disponibilidad en garantía de un crédito.- Como ya se ha dicho, el dominio fiduciario repercute sobre la cualidad perpetua.

*G. DIFERENCIA CON LOS NEGOCIOS FIDUCIARIOS EN GENERAL:* El instituto en análisis engendra un derecho real mientras que los otros “sólo tienen alcances obligacionales sin trascendencia real”, (Conclusión 16 de la Comisión 4 de las IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 1983 realizadas en Mar del Plata).

En otras palabras, se transmite a través del negocio fiduciario un dominio simple y pleno, pues las restricciones o limitaciones que se pacten son de índole personal (Guastavino).

*H. DEFINICION:* Reproduce en forma casi textual el artículo 2662 del Código Civil (se ha modificado “el que se adquiere en razón de un fideicomiso” por “el que se adquiere con razón de un fideicomiso”). Se ha omitido en esta oportunidad hacer expresa mención de los sujetos involucrados, defecto que cabe atribuir al ordenamiento actual (Alterini, J.H.).

No debe ser confundido con el concepto de propiedad fiduciaria, patrimonio especial de afectación, que hace referencia a los bienes que integran el fideicomiso.

*I. SUJETO:* Puede ser una persona humana o jurídica; tal es como describe el art. 1673 al fiduciario, titular del dominio en ponderación.

Presenta la novedad de permitir que el fiduciario sea el beneficiario, cuestión debatida por la doctrina al indagar el actual ordenamiento jurídico. Determina el artículo 1673 que en este supuesto debe “evitarse cualquier conflicto de intereses y obrar privilegiando los de los restantes sujetos intervinientes en el contrato” (Su antecedente, el Proyecto del 98, lo preveía en forma más acotada en su artículo 1466 para el fideicomiso de garantía y siempre que se tratase de una entidad financiera).

Se aparta en este punto de la XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil que declararon al respecto: “Aun cuando en supuestos excepcionales la autonomía de la voluntad pueda prever las coincidencias de las calidades de fiduciario y de beneficiario, así en el caso que su renumeración sea establecida como un porcentaje de los beneficios, el fiduciario nunca puede ser el único beneficiario y como tal exclusivo”.

*J. CONDOMINIO:* Aunque no se mencione la posibilidad de cotitularidad en el Capítulo 31 del proyecto, cabe admitir tal contingencia. El artículo 1674 contempla la posibilidad de designación de más de un fiduciario y el propio art. 1688 hace referencia a que si nombran a varios de ellos “se configura un condominio”.

*K. OBJETO:* Son aquéllos en los cuales puede recaer el fideicomiso: “todos los bienes que se encuentren en el comercio, incluso universalidades, pero no pueden serlos las herencias futuras” (art. 1670), compartiendo similar tesitura del art. 7 de la Ley N° 24.441.

Se encuentra en concordancia, de acuerdo a las posturas legislativas modernas, con el art. 1883. Se permite en el proyecto recientemente presentado constituir derechos reales sobre una cosa, ya sea sobre su totalidad, ya sea en una parte material de ella, por el todo o una parte indivisa, como en los bienes, en aquellas hipótesis taxativamente señaladas por la ley.

Extiende el dominio a los frutos y productos de los bienes fideicomitidos y de aquéllos que se intercambien por éstos. También, adquiere los bienes que se subroguen con los del fideicomiso.

*H. PROPIEDAD FIDUCIARIA:* De acuerdo con el art. 1685 presenta la particularidad de constituir un patrimonio separado del de los sujetos involucrados (continuando las pautas del art. 14 de la Ley N° 24.441).

No cabe, en principio, que resulte objeto de agresión por parte de los acreedores del fiduciante y fiduciario. Los del beneficiario y del fideicomisario pueden subrogarse en los derechos de su autor.

*I. CAUSA:* Puede originarse por actos jurídicos ya sea inter vivos, contratos, ya sea mortis causa, testamento (precisamente la Sección 8ª disciplina el fideicomiso testamentario). Cabe que la propia ley actué como fuente del ponderado derecho real.

Si la fuente estriba en el contrato, será necesario realizar la tradición y, eventualmente, la inscripción registral, si tal es el requerimiento del modo suficiente.

En las sucesiones testamentarias, la investidura resultará de la declaración de validez formal del testamento (art. 2338, segundo párrafo).

*J. PLAZO:* Su vigencia se encuentra limitado en el tiempo. El período de tiempo que ha elegido el legislador como máximo es el de treinta años, de acuerdo al art. 1668; se ha conservado el del actual plexo normativo (art. 4, inc. c, de la Ley N° 24.441).- Si se estipula un lapso mayor, se lo reduce a esta último. Se exceptúa el supuesto que el beneficiario sea un incapaz, en tal hipótesis puede prolongarse hasta el cese de ella o su muerte.

Otra excepción no contemplada por el articulado en análisis radica en el fideicomiso forestal, cuya vigencia puede abarcar un plazo de cincuenta años (art. 8 de la Ley N° 25.080).- El art. 3 del proyecto aprobatorio no deroga la mentada normativa que intenta atraer inversiones a efectuarse en nuevos emprendimientos forestales y en ampliar los bosques ya existentes.

**K. FACULTADES DEL FIDUCIARIO:** El art. 1704 establece. Facultades. El titular del dominio fiduciario tiene las facultades del dueño perfecto, en tanto los actos jurídicos que realiza se ajusten al fin del fideicomiso y a las disposiciones contractuales pactadas.

En consecuencia podrá realizar actos de administración y disposición (material o jurídica) de los bienes fideicomitidos (artículo 1688, que coincide en casi su totalidad con el art. 17 de la Ley N° 24.441). La facultad de “gravar” es redundante por estar implícita en la potestad de disposición.

A modo de síntesis, se puede enumerar diversas clases de actos:

- **ACTOS QUE SE ADECUEN A LA FINALIDAD DEL FIDEICOMISO Y SE AJUSTEN A LAS DISPOSICIONES CONVENCIONALES PACTADAS:** serán estimados válidos y eficaces.- Podrán ser ejercidos en la medida “del dueño perfecto” como reza el artículo 1704 (concuera con las manifestaciones de las XVI Jornadas de Derecho Civil y con la adición hecha al artículo 2671 por la ley 24.441: “Quedan a salvo los actos de disposición realizados por el fiduciario de conformidad con lo previsto en la legislación especial”).

- **ACTOS DISPOSITIVOS EXTRAÑOS A LA FINALIDAD DEL FIDEICOMISO:** Los mismos serán pasibles de resolución. En principio, no es menester la aquiescencia (el artículo 1688 emplea el vocablo “consentimiento”) del fiduciante, beneficiario o fideicomisario, a menos que se haya concertado lo contrario.

**L. RÉGIMEN SUPLETORIO:** Se aplican en forma supletoria el plexo normativo de los derechos reales, es decir, el conjunto de normas pertenecientes al Libro Cuarto, y en forma especial, las reglas de las disposiciones generales y del dominio imperfecto.

**LL. MENCION DE LAS LIMITACIONES DE LA FACULTAD DEL PROPIETARIO.** En el art. 1703 que establece: Excepciones a la normativa general. El dominio fiduciario hace excepción a la normativa general del dominio y, en particular, del dominio imperfecto en cuanto es posible incluir en el contrato de fideicomiso las limitaciones a las facultades del propietario contenidas en las disposiciones del Capítulo 30 y del presente Capítulo.

Tal regla de derecho prevé como excepción a la remisión efectuada por el art. 1702 las limitaciones que se puedan acordar sobre las potestades de disposición del dueño fiduciario.

El art. 1688 permite tales cláusulas, inclusive la de prohibición de enajenar. Deben ser inscriptas en los registros correspondientes si la calidad de los bienes lo torna necesario. Aclara que “tales normas no son oponibles a terceros interesados de buena fe”.

Deviene una excepción al régimen general de dominio. El artículo 1972 autoriza convenir el pacto de inenajenabilidad a persona determinada, prohibiendo concertar una cláusula de índole general. En el dominio perfecto, ellas son oponibles a los terceros interesados de buena fe.

Ha sido recepcionado en este punto el Despacho B emitido en forma minoritaria en las XVI Jornadas de Derecho Civil: “Los pactos en contrario que privan al fiduciario de las facultades de disposición (sentido amplio) sólo tienen efectos personales conforme lo establece el art.2612 CC” (suscripto por Papaño, Orelles, Salas, Cura Grassi, Kiper, Casajous, Dillon). La mayoría, contrariamente, había concordado que: “Los pactos en contrario que privan al fiduciario de las facultades de disposición (sentido amplio) tienen efectos reales o que sean oponibles a los terceros interesados que conocían o debían conocer la existencia de aquéllas. En consecuencia, el art.17 ley 24.441 es una excepción al principio consagrado por el art.2612 CC” (suscripto por Benedetti, Angelani, Franchini, Arraga Penido, Ruiz de Erenchun, Ruda Bart, Puerta de Chacón, Pujol de Zizzias, Radkievich, Vázquez, Corna, Silvestre, Leiva Fernández, Andorno, De Hoz, Flah, J.H.Alterini).

#### **M. EXTINCIÓN:**

**M.1. CAUSALES:** Puede ocurrir por: a.-) El cumplimiento del plazo o de la condición a los cuales se encuentre sujeto.- b.-) Vencimiento del plazo máximo. c.-) Revocación realizada por el fiduciante si se ha reservado expresamente tal facultad.- d.-) Muerte del beneficiario en la hipótesis de habérsela estipulado como causal resolutoria. El art. 1697 reproduce el art. 25 de la Ley N° 24.441, agregando en su inciso b: “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 cuenta”.

**M.2. IRRETROACTIVIDAD:** El principio consagrado estriba en la carencia de efectos retroactivos con respecto a los actos que concierte el fiduciario (art. 1705).

No impera si éstos no son proporcionales al fin que se tuvo en consideración para la creación del fideicomiso.

**N. POSICIÓN DEL TERCER CONTRATANTE:** Si el acto resulta ser oneroso y acredita una conducta de una persona prudente y diligente (“buena fe”), -clásicos elementos de tutela de la seguridad dinámica -, los negocios realizados no pueden ser enervados. Debe adicionársele la mentada adecuación con el fin.

En caso de no configurarse estas circunstancias, será procedente la declaración de resolución acerca de ellos.

**O. TITULARIDAD DEL DERECHO REAL:** Ocurrida la extinción, se transmite al fideicomisario quién tendrá a su favor un derecho de dominio perfecto.

*P. VOCABLO “READQUISICION”:* El art. 1706 establece: Readquisición del dominio perfecto. Producida la extinción del fideicomiso, el fiduciario de una cosa queda inmediatamente constituido en poseedor a nombre del dueño perfecto. Si la cosa es registrable y el modo suficiente consiste en la inscripción constitutiva, se requiere inscribir la readquisición; si la inscripción no es constitutiva, se requiere a efecto de su oponibilidad.

Tal terminología empleada por esta norma no es correcta debido a que no resulta inexorable que la persona del fideicomisario coincida con la del fiduciante. El mismísimo art. 1672 aclara que el primero de los nombrados “puede ser el fiduciante, el beneficiario, o una persona distinta de ellos”.

*Q. EL FIDUCIARIO, DE POSEEDOR SE TRANSFORMA EN TENEDOR:* Al extinguirse el dominio fiduciario, ocurre una intervención del título. El fiduciario queda inmediatamente constituido en poseedor a nombre del dueño perfecto.

*R. NECESIDAD DE CUMPLIMIENTO DEL MODO SUFICIENTE:* Para transferir el dominio perfecto al fideicomisario se deberá cumplir con la modalidad de transmisión pertinente. Será indispensable en la mayoría de los supuestos practicar la tradición.

Si el modo se cumple a través de la inscripción constitutiva, es menester realizarla para proceder a la citada transferencia. En caso contrario (sistema registral declarativo), sirve para otorgarle al derecho real en cuestión oponibilidad respecto de los terceros interesados; no resultando causal obstativa para su creación.

Debe ser relacionado con el novedoso artículo 1892 perteneciente al Capítulo 2 del Título 1 del Libro Cuarto en donde se define, a diferencia del método elegido por Vélez Sarsfield, título y modo suficiente.

*S. VIRTUALIDAD DE LAS CONSECUENCIAS DE LOS NEGOCIOS CONCERTADOS EN RELACION AL DUEÑO DIRECTO:* Si la resolución resulta ser ex nunc (“hacia el futuro”) los efectos le son oponibles. Caso contrario, ex tunc (“hacia el pasado”), se estima como si ellos nunca hubieran sido concertados (“el dominio libre de todos los actos jurídicos realizados”, artículo 1707 que establece Efectos. Cuando la extinción no es retroactiva son oponibles al dueño perfecto todos los actos realizados por el titular del dominio fiduciario. Si la extinción es retroactiva el dueño perfecto readquiere el dominio libre de todos los actos jurídicos realizados.

Tal directiva no especifica si subsisten los actos de mera administración, como lo aclara el artículo 2670 del Código Civil actual.

*T. INECESARIEDAD DE LOS ARTS. 1076 Y 1077:* Tales reglas de derecho se deducen de los principios consagrados al reglamentar el contrato de fideicomiso, método que hizo suyo el Proyecto del 98.

Su contenido se reproduce en los artículos 1968 y 1969 del Capítulo 3, Título III, Libro Cuarto, que disciplina solamente el dominio revocable dado la metodología de remisión adoptado en el artículo 1964.

Tal repetición evidencia que es más acorde a una adecuada técnica legislativa el tratamiento normativo del dominio fiduciario y revocable en forma conjunta, o por lo menos, dentro del ámbito de un mismo capítulo