

**Voces:** DOMINIO FIDUCIARIO ~ FIDEICOMISO ~ FIDUCIARIO ~ CODIGO CIVIL ~ TERCEROS ~ RESTITUCION DE LA COSA ~ RESTITUCION DE BIENES ~ CONDICION RESOLUTORIA ~ DOMINIO IMPERFECTO ~ ACTO DE DISPOSICION ~ CONSENTIMIENTO ~ FIDEICOMISARIO ~ BENEFICIARIO ~ ADQUIRENTE ~ INTERPRETACION DE LA LEY

**Título:** Pluralidad de regímenes del dominio fiduciario

**Autores:** Alterini, Jorge Horacio Alterini, Ignacio Ezequiel

**Publicado en:** La Ley 2010-C, 1147

1. Controversia sobre la existencia del dominio fiduciario en el Código de Vélez. 2. Aproximación conceptual. 3. Las facultades del dueño fiduciario en el Código de Vélez. 4. Estructura y dinámica del dominio fiduciario en el Código Civil según la redacción de Vélez. 5. Valoración de las implicancias del agregado de la ley 24.441 al art. 2670 del Código Civil. 6. Cuestión de la unidad o pluralidad de regímenes del dominio fiduciario. 7. Nuestra defensa del sistema dual. 8. El dominio fiduciario moldeado por la ley 24.441. a) Noción. b) Objeto. c) Sujetos. d) Naturaleza jurídica. e) Caracteres. f) Sujeción a plazo o condición resolutorios. g) Fuentes. h) El patrimonio separado del fiduciario por su afectación al fideicomiso. i) Facultades de disposición del dueño fiduciario. j) Tutela del dominio fiduciario.

**Abstract:** Los autores procuran demostrar la coexistencia en el derecho argentino del clásico dominio fiduciario del Código Civil, con las bases que se infieren de la redacción de Vélez Sarsfield y ciertas implicancias de la ley 24.441, y el regulado con la tipicidad que le confirió dicha ley. Se particularizan en la exposición de los diversos rasgos sustantivos y dinámicos de cada uno de esos sistemas, entre los que lucen como diferencias más resaltables la ausencia en el dominio fiduciario del Código Civil de la figura del beneficiario como personaje distinto del fideicomisario y la articulación del patrimonio separado, que son, entre otras, notas arquetípicas del dominio fiduciario configurado por la ley 24.441.

### 1. Controversia sobre la existencia del dominio fiduciario en el Código de Vélez

Algunos autores han sostenido que esta figura era imposible en el Código Civil argentino según la redacción de Vélez Sarsfield, pues habría estado prohibido todo tipo de fideicomiso, aun singular; en ese sentido Segovia (1) invocó los arts. 3724, 3731, 3732 inc. 1°.

Para Salvat el dominio fiduciario no pudo tener aplicación ni siquiera en el terreno de los actos jurídicos entre vivos, pues “...estas situaciones caen, o bien en el caso del mandato, si el acto se realiza a plena luz del día, diríamos así, es decir, si claramente se establece que el adquirente realiza la adquisición para un tercero; o bien en el de la simulación por interposición de persona, si se hace ocultamente (arg. art. 955) ...” (2).

Otros (3) se pronunciaron en favor de la existencia del instituto, que Lafaille (4) defendiera con entusiasmo.

Oportunamente nos hemos inclinado decididamente por su existencia jurídica, dado que el art. 2661 alude a él y el art. 2662 ya lo caracterizaba y aun el art. 2841 lo presuponía. La prohibición de los fideicomisos universales por el art. 3724 no debía invocarse para impedir los fideicomisos singulares. (5)

Es clara la recepción del dominio fiduciario por la fuente de Vélez en este tema, el Esbozo de Freitas (arts. 4300, 4314 y 4315). Según el art. 4314 del Esbozo, paralelo del art. 2662 originario: “Dominio fiduciario (arts. 3850, n° 3, y 4300) o fideicomiso singular (arts. 2131 y 2146), es el subordinado a durar solamente hasta el cumplimiento de una condición resolutoria (arts. 567 y 574), o hasta el vencimiento de un plazo resolutorio (art. 635), para el efecto de la restitución de la cosa a un tercero”. Esa norma remite en cuanto al concepto de fideicomiso singular a los arts. 2131 y 2146; para el primero, la donación puede ser hecha “con sustitución directa o sustitución fideicomisaria”, y el art. 2146, expresa: “Donación con sustitución fideicomisaria, es la que se hace con el cargo de restituir el donatario a un tercero los bienes donados, cumplida que sea una condición, o después del vencimiento de un plazo”. El art. 4315 afirma: “la adquisición del dominio fiduciario, y su extinción, con todos sus efectos, serán juzgados por las disposiciones ya indicadas en el art. 2147, sin diferencia de ser constituido el fideicomiso por actos entre vivos, o por disposición de última voluntad”. El art. 2147, referido en el artículo precedente, norma: “Las donaciones hechas con sustitución serán regladas, en todo lo que fuere aplicable, por lo que se dispusiese respecto de la sustitución de los herederos y legatarios. Las donaciones fideicomisarias son prohibidas en los mismos casos en que fueren prohibidos los demás fideicomisos”.

Según Legón (6) y Mariani de Vidal (7) los únicos fideicomisos permitidos eran los particulares constituidos por actos entre vivos, pues sostuvieron no sólo la prohibición de los universales, sino también de los establecidos por un acto de última voluntad (el primer autor invocó los arts. 3724, 3731 y 1803, la segunda el art. 3724); Legón agregó la necesidad del título oneroso.

A ese tipo de argumentaciones, contestó contundentemente Bibiloni (8) que había fideicomiso singular tanto por disposición de última voluntad, como por donación entre vivos, que fideicomiso singular no quería decir

sustitución fideicomisaria y que el art. 2662 establecía una sustitución vulgar, modal.

Para respaldar esa opinión, Bibiloni (9) transcribió reflexiones de Aubry y Rau, que reproduciremos a continuación por su particular claridad. “ Se entiende en general por fideicomiso, la disposición por la que al gratificar a una persona, se le encarga de restituir el objeto dado o legado a un tercero que se gratifica en segundo término. El cargo de restituir puede ser impuesto al donatario o legatario, sea pura y simplemente, o con indicación de un término cierto, sea bajo una condición suspensiva, o con indicación de un término incierto. En el primer caso, la disposición constituye lo que en derecho romano se llamaba un fideicomiso puro y simple. En el segundo, constituye un fideicomiso condicional. Cuando el cargo de restituir a la persona gratificada en segundo término es aplazado a la muerte de la persona gratificada en primer término, la disposición constituye lo que se llama, en derecho francés, más especialmente, una sustitución fideicomisaria, o simplemente una sustitución. Resulta de ahí que todo fideicomiso condicional, en el sentido del derecho romano, no constituye necesariamente una sustitución fideicomisaria en el sentido del derecho francés (...) Los fideicomisos puros y simples, y aun los fideicomisos condicionales o a término, en los cuales el cargo de restituir no es trasladado a la muerte del gravado, son igualmente autorizados como no constituyendo otra cosa que simples disposiciones modales” .

En el marco doctrinario la tesis negativa, en sus distintos matices, quedó superada por la declaración que realizaran las IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 1983, celebradas en Mar del Plata, cuya presidencia ejercitara Jorge Horacio Alterini: “ 6) El dominio fiduciario no sólo está permitido y definido por el Código Civil argentino, sino que existen directivas legales suficientes para poder aplicarlo” .

## **2. Aproximación conceptual**

Al igual que el dominio revocable el dominio fiduciario está subordinado a una condición resolutoria o a un plazo resolutorio, pero mientras en el revocable ante esos eventos se debe restituir la cosa al dueño revocante, aquí la restitución debía hacerse a un tercero.

Aunque Lafaille (10) y Legón (11) cuestionaron el empleo de la expresión “ restituir la cosa a un tercero” , pues les parecía más ajustada la idea de “ entregar” a un tercero, en verdad la terminología legal adoptada por Vélez en seguimiento de Freitas (art. 4314 del Esbozo), no debía despertar ningún equívoco.

Quien transmitía el dominio se denominaba “ fideicomitente” o “ constituyente del fideicomiso” , quien adquiría el dominio en las condiciones del art. 2662 originario era calificado como dueño “ fiduciario” y el beneficiario final de esta modalidad, o sea quien la recibía del “ fiduciario” ante el cumplimiento de la condición o del plazo resolutorios, era el “ fideicomisario” .

## **3. Las facultades del dueño fiduciario en el Código de Vélez**

En general la doctrina invocó el art. 2841 para prohibirle al fiduciario la constitución de usufructos (12) y por extensión de usos, habitaciones — art. 2949— y servidumbres — art. 2979— y razonó que si no cabía el usufructo; con mayor razón todavía al fiduciario le estaría prohibido enajenar la cosa. Sin embargo, algunos invocaron el art. 3125 admitiendo la constitución de hipoteca. (13) Borda (14) reconocía otros derechos reales. Legón (15) aplicaba estrictamente el art. 2841 para el caso del usufructo.

Lafaille de manera enfática hasta sostuvo directamente que al fiduciario “ no le es permitido disponer de la cosa, puesto que la recibe con un destino prefijado” , (16) sin acudir a la aplicación a fortiori del art. 2841.

En verdad, de no haber existido la norma prohibitiva del art. 2841, no se hubiera siquiera dudado de la posibilidad de aplicar expansivamente con facilidad la norma del art. 2670, que en el dominio revocable permitía los actos de disposición sobre cosas inmuebles, pero que contemplaba su extinción retroactiva de producirse la revocación.

Si hubiera triunfado la tesis de Lafaille tendiente a impedir al propietario los actos dispositivos y no se hubiera limitado la interpretación a exponerlos a una eventual extinción retroactiva, no se hubiera podido comprender por qué se efectuó un tratamiento disímil para la hipoteca o hasta para otros derechos reales, pues el art. 3125 era correlativo del art. 2670, ni tampoco por qué se vacilara en hacer primar sobre este último al art. 2841.

Señaló Argañarás (17) que si pendiente el plazo o la condición fallecía el fideicomisario y hubiese sido cierto que la condición resolutoria no podría cumplirse (arg. art. 554), debía interpretarse que el dominio fiduciario se convertía en dominio liso y llano en cabeza del fiduciario, salvo que en el acto constitutivo del fideicomiso se hubiera dispuesto lo contrario.

## **4. Estructura y dinámica del dominio fiduciario en el Código Civil según la redacción de Vélez**

Como lo anticipáramos, las IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, a través de la Comisión N° 4 sobre “

Régimen jurídico del dominio imperfecto y en especial del dominio fiduciario” , efectivamente captaron las directivas legales suficientes para aplicar el dominio fiduciario: “ 16) Debe distinguirse el dominio fiduciario de los negocios fiduciarios en general, pues en estos últimos el pacto de fiducia sólo tiene alcances obligacionales sin trascendencia real. 17) La tipicidad del dominio fiduciario en el Código Civil argentino impide que coincidan total o parcialmente las calidades de fideicomitente (constituyente), de fiduciario (titular del dominio imperfecto) y de fideicomisario (beneficiario final). 18) El dominio fiduciario puede estar subordinado únicamente a condiciones resolutorias (explícitas) o a plazos resolutorios explícitos. 19) El dominio fiduciario puede recaer sobre cosas muebles o inmuebles. 20) El dominio fiduciario únicamente puede constituirse por voluntad de los particulares expresada en actos entre vivos a título oneroso o gratuito o en disposiciones de última voluntad. 21) En ningún caso están permitidas las sustituciones fideicomisarias. 22) El dueño fiduciario tiene las facultades materiales y jurídicas propias del dueño, salvo la prohibición de constituir usufructos o acaso usos y habitaciones, pero el ejercicio de esas facultades queda expuesto a los efectos de la revocación — arg. arts. 2670 a 2672 del Código Civil— . 23) En materia de cosas inmuebles sólo es exigible la exteriorización registral de la existencia del dominio fiduciario, de su extinción, o de la aceptación del fideicomisario, con respecto a los terceros interesados de buena fe. Carecen de buena fe quienes conocían o debían conocer la realidad extrarregistral por los necesarios estudios de títulos que deben remontarse a un plazo no menor al de veinte años de la prescripción adquisitiva larga. Para proceder a la publicidad registral de la extinción del dominio fiduciario o de la aceptación del fideicomisario, es menester que esas situaciones jurídicas consten en algún documento inscribible. 24) En materia de cosas muebles no registrables la imperfección del dominio fiduciario es inoponible a los terceros interesados de buena fe; de tratarse de subadquirentes se requiere además que la adquisición haya sido a título oneroso (arg. arts. 2671, 2767 y 2778 del C.C.). 25) El fideicomisario está legitimado para la promoción de acciones reales. 26º) La adquisición del dominio por el fideicomisario se configura a través de su aceptación acompañada por la tradición traslativa del dominio” .

El alcance de las proposiciones del simposio es suficientemente claro, por lo que nos limitaremos a unas breves puntualizaciones.

La distinción que realizaron las Jornadas en el punto 16 entre los negocios fiduciarios en general y el dominio fiduciario, obedece a las ideas clarificadoras que aportara Guastavino: “ ...En el negocio fiduciario, en efecto, el fiduciante transmite al fiduciario el dominio simple y pleno, sin restricciones de carácter ‘ real’ , pues las limitaciones que surgen del pacto obligatorio paralelo son de carácter creditorio o ‘ personal’ (...) El art. 2662 del Código Civil (...) Consagra la posibilidad de un negocio de fiducia legal (...) Constituido un dominio fiduciario conforme al art. 2662, el fiduciante estaría tutelado frente al fiduciario con acciones reales, no existiendo la posibilidad de peligro que caracteriza a los negocios fiduciarios estrictos. El pactum fiduciae al ser elevado en esta figura legal a la categoría de condición resolutoria inserta en el título mismo de la adquisición eliminaría la situación de peligro para el fiduciante, en los casos en que dicha condición resolutoria pudiera oponerse, una vez cumplida, a los terceros que recibieron los bienes del fiduciario” . (18)

El sustento de las acciones reales promovidas por el fideicomisario, puede encontrarse, mutatis mutandis, en el art. 2670 del Código Civil (arg. “ ...el antiguo propietario está autorizado a tomar el inmueble...” ).

### **5. Valoración de las implicancias del agregado de la ley 24.441 al art. 2670 del Código Civil**

El texto íntegro del art. 2670 es el que se transcribirá, con la prevención de que el último párrafo fue el agregado por la ley 24.441 (Adla, LV-A, 296): “ 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” .

La remisión a “ lo previsto en la legislación especial” , impone dirigir la mirada a la ley 24.441, concretamente a su art. 17: “ El fiduciario podrá disponer o gravar los bienes fideicomitidos 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” .

La correlación de los preceptos indicados, permite inferir distintas conclusiones que expondremos a la manera de síntesis: a) los actos de disposición del fiduciario ajustados a los fines del fideicomiso son válidos y no están expuestos a la resolución; b) los actos de disposición notoriamente extraños a los fines del fideicomiso son resolubles; c) los actos de disposición del fiduciario ajustados a los fines del fideicomiso en los que se pactó la necesidad de la aquiescencia del fiduciante o del beneficiario, y se la satisfizo, son válidos y no están expuestos a la resolución; d) los actos de disposición del fiduciario ajustados a los fines del fideicomiso, si se pactó la necesidad de la aquiescencia del fiduciante o del beneficiario, y no se la obtuvo, son resolubles.

### **6. Cuestión de la unidad o pluralidad de regímenes del dominio fiduciario**

A la regulación del dominio fiduciario por Vélez Sarsfield, sobre cuya efectiva existencia, requisitos, pautas sobre el régimen y, concretamente, acerca de su estructura y dinámica, ya nos ocupamos, le sucedió la ley 24.441 de “Financiamiento de la vivienda y la construcción”.

Luego de la vigencia de la ley 24.441 se plantearon en la doctrina posturas diferentes con relación a la subsistencia del régimen del dominio fiduciario del Código Civil, o su derogación por dicha ley para engendrar un régimen único básicamente integrado por la ley 24.441 y complementado por normas residuales del Código Civil.

a) Criterio del sistema único.- Se invocan distintas normas de la ley 24.441, de las que se infiere la abrogación del régimen del dominio fiduciario conformado por el Código Civil. Así, el art. 73 reza: “Sustitúyese el artículo 2662 del Código Civil por el siguiente...”, o sea que cambia la definición del dominio fiduciario. El art. 74 establece: “Agrégase, como segundo párrafo del artículo 2670 del Código Civil, el siguiente...”, agregado que importó incidir en los alcances de los efectos de retroactivos de la extinción del dominio fiduciario. También aduce lo dispuesto por el art. 97: “Déjase sin efecto toda norma legal que se oponga al contenido de la presente ley”.

Con el mismo objetivo, se ha dicho: “...me parece más valioso concluir en que la ley 24.441 ha derogado las normas que en el Código de Vélez disponían sobre el dominio fiduciario, no sólo por el argumento que cabría extraer de sus arts. 73, 74 y 97, sino porque no percibo la utilidad de inclinarse por la conservación de un instituto que poca o ninguna aplicación había recibido hasta ahora y porque creo que la duplicidad de figuras generará confusiones en los contratantes y en abogados y jueces, que se verían obligados – sin motivo práctico que lo justifique- a extremar el cuidado en la redacción (los dos primeros) y en la interpretación (todos ellos) si en el acto fuente de la propiedad fideicomisaria no se estableciera con claridad a cuál de ambas figuras entendieron someterse las partes especialmente si se entiende que la ley 24.441 reserva un ancho campo al juego de la autonomía de la voluntad” .<sup>(19)</sup>

También, se ha argüido directamente con que la unidad del régimen satisfaría la seguridad jurídica e invocado que si el legislador al emplear en el art. 73 el vocablo “sustitúyese” no hubiera descartado la pervivencia del sistema clásico, habría hecho la salvedad que previó en el art. 52 en materia de ejecución de hipotecas, al decir que “podrán ejecutarse conforme las reglas siguientes”, o sea por vía extrajudicial, las hipotecas que allí se indican, para de ese modo dejar vivo el sistema de ejecución judicial.<sup>(20)</sup>

Puerta de Chacón, quien dice coincidir con López de Zavalia “...en el sentido de que el legislador de la ley 24.441 ha adoptado un concepto tan amplio y flexible...”, niega “...la existencia de una dualidad de régimen (...) existe un único régimen, cuya elasticidad permite comprender al dominio fiduciario pensado por Vélez (...) hoy conviven en nuestro derecho tanto el dominio fiduciario concebido originariamente en el C. Civil, como el dominio fiduciario pensado por la ley 24.441. Y es factible constituir, sin alterar el orden público de los derechos reales, un dominio fiduciario que no implica necesariamente la gestión de un patrimonio ajeno. Observamos que el régimen especial del fideicomiso está impregnado de normas que disponen ‘salvo estipulación en contrario’. Las obligaciones que se imponen al fiduciario (art. 6); el reembolso de gastos y su retribución (art. 8); la facultad del fiduciario de disponer o gravar los bienes fideicomitados cuando lo requieran los fines del fideicomiso (art. 17); la subrogación real de los bienes fideicomitados (art. 13); las causales de extinción del fideicomiso (art. 25)” .<sup>(21)</sup>

La corriente de opinión descripta tuvo eco en las XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 1997, reunidas en Buenos Aires, a través del Despacho A de la Comisión “Fideicomiso y letras hipotecarias” : <sup>(22)</sup>“De la ley 24.441 y de las normas del Código Civil, surge un solo régimen de dominio fiduciario” (Flah, Papaño, De Hoz, Kiper, Radkivich, Puerta de Chacón, Pujol de Zizzias, Estevez, Bono, Silvestre, Cura Grassi, Salas, Dillon, Casajous, Bittar).

b) Criterio del sistema dual.- Advierte López de Zavalia, que: “La ley 24.441, con relación al fideicomiso, tiene dos órdenes de artículos. Por un lado, están los arts. 1 a 26 inclusive, que funcionan como legislación especial, estableciendo la regulación del ‘nuevo’ fideicomiso con ingredientes anglosajones (trust); por el otro, están los arts. 73 y 74, el primero de los cuales sustituye el art. 2662 del Código Civil, en tanto que el segundo agrega un párrafo al art. 2670 del mismo. Mención aparte merece el art. 97 que abarca toda la normativa de la ley, la que no se reduce, por cierto, a legislar sobre fideicomiso (...) a) El legislador que emplea el ‘sustitúyese’ manifiesta una pretensión de convivencia entre lo sustituyente y lo que queda no sustituido, pues de otro modo no habría verdadera sustitución, al no ocuparse la posesión normativa de convivencia que tenía el texto sustituido. b) De similar entidad es el ‘agregase’ que no lleva en sí insita ninguna supresión, sino el añadir una norma que entra a conjugarse con otras, por hipótesis no derogadas (...) La letra del nuevo art. 2662 es suficientemente elástica como para dar cabida a los dos dominios fiduciarios, cada uno con sus reglas propias (...) Es verdad que el art. 97 de la ley 24.441 dispone: ‘Déjase sin efecto toda norma legal que se oponga al contenido de la presente ley’ (...) estamos ante dos regulaciones del dominio modal, que no entran en

oposición, pues cada una funciona en un área distinta (...) si no se acepta la subsistencia del viejo dominio fiduciario de Vélez, quedan sin explicación numerosos textos del Código que han quedado intocados y se produce una incoherencia dentro del sistema (...) Los arts. 3723/4 y 3731/2 permanecen intocados. Está prohibido un fideicomiso que tenga como plazo incierto el día del fallecimiento del dueño fiduciario (...) Esos textos resultan inaplicables al fideicomiso de la ley 24.441, por esfuerzos que se hagan. Lejos de prohibirse la sustitución de fiduciario para el caso de fallecimiento de este, el art. 10 prevé el reemplazo del mismo” . (23)

También se pronuncia por la dualidad Gabriela Vázquez y con extensa argumentación. Así expresa, entre otras razones: “ Las realidades que regulara Vélez y las que regula la ley 24.441 son distintas. El Código de Vélez no reflejó el trust anglosajón como sí lo hace la ley 24.441 (...) basta con que la institución sea de utilidad a un sector pequeño de la población para que se justifique su subsistencia o incorporación (...) El art. 97 ley 24.441 sólo dispone la derogación de las normas legales que se opongan a su contenido. El régimen de dominio fiduciario elaborado entorno a los arts. 2507, 2661, 2662, 2670 y 2841 Cód. Civil, sustancialmente distinto al de la ley 24.441, en nada se opone al régimen de la ley 24.441 en lo que al instituto que crea respecta. Pensamos que pueden convivir pacíficamente” . (24)

La línea de pensamiento que nos ocupa, tuvo resonancia a través del Despacho B de las citadas Jornadas Nacionales: “ Junto al dominio fiduciario diseñado por la ley 24.441 subsiste paralelamente el dominio fiduciario del Código Civil de Vélez Sarsfield. Entre otras razones, porque este último régimen es extraño a la regla de ‘ patrimonio separado ’ del art. 14 ley 24.441 - y el fiduciario conserva la totalidad de las facultades propias del dominio aunque expuestas, en principio, a la resolución retroactiva” (Benedetti, Ruda Bart, Orelle, J. H. Alterini, Andorno, Franchini, Angelani, Leiva Fernández, Ruiz de Erenchun, Corna, Arraga Penido, Vázquez).

## 7. Nuestra defensa del sistema dual

Ante todo adherimos a las argumentaciones reproducidas de López de Zavalía para explicar el recto sentido del empleo por la ley de las expresiones “ sustitúyase ” y “ agréguese ” . Igualmente, es persuasiva su conclusión acerca de la comprensión del art. 97 de la ley 24.441, que lo lleva a afirmar que no tuvo virtualidad derogatoria del sistema de dominio fiduciario contenido en Código Civil en vigor. Asimismo, es convincente lo que arguye sobre que artículos básicos redactados por Vélez que inciden directamente en la cuestión han permanecido intocados por la irrupción legislativa posterior.

Coincidimos con Vázquez con relación a que las raíces sobre las que se levantan los dos dominios fiduciarios convivientes obedecen a dos realidades histórico-jurídicas distintas, y en que un uso limitado de una institución no debe esgrimirse para propiciar su derogación sin sustento normativo suficiente, máxime si como lo señala la autora, los institutos convivientes están lejos de tener caracteres jurídicos que se contrapongan entre sí.

Debemos formular algunas reflexiones acerca de lo que predica López de Zavalía como mentor dualista, sobre la idea de la elasticidad de la definición del nuevo art. 2662, para abrazar dos regímenes distintos de dominio fiduciario, el del Código Civil según los textos vigentes y el de la ley especial 24.441; elasticidad que Puerta de Chacón arrima en favor de su visión unitarista.

Una de las improntas más características de la ley 24.441 fue la introducción de una nueva posición jurídica, la del beneficiario como personaje jurídico distinto del fideicomisario.

Esa figura no es recogida por la definición de dominio fiduciario que vierte el vigente art. 2662 del Cód. Civ.: “ Dominio fiduciario es el que se adquiere con razón de un fideicomiso constituido por contrato o por testamento, y está sometido a durar solamente hasta la extinción del fideicomiso, para el efecto de entregar la cosa a quien corresponda según el contrato, el testamento o la ley ” .

Bajo el régimen el régimen de dominio fiduciario según la redacción originaria de Vélez Sarsfield, más allá de algunas disonancias parciales sobre sus alcances, existía un sólido consenso con respecto a que las posiciones jurídicas eran tres: fideicomitente o fiduciante (constituyente), fiduciario (titular del dominio imperfecto) y fideicomisario (beneficiario final) — Ver apartado 2— .

En el texto del art. 2662 que ahora rige, si bien no se prohíbe explícitamente la presencia de un beneficiario como distinto del fideicomisario, no se lo adiciona al catálogo clásico de sujetos. El silencio legal en la estructura estatutaria del derecho real, a la que pertenece la determinación de los sujetos, (25) implica que lo omitido está vedado, o sea que se lo prohíbe.

Si despertara persuasión la idea de que la ley 24.441 quiso, efectivamente, aportar una definición omnicompreensiva del dominio fiduciario, se llegaría a la indeseada consecuencia de que ella sería connaturalmente inadecuada para el dominio fiduciario de la ley 24.441.

Con respecto al tema de la utilidad o no de la subsistencia de un instituto, creemos que esa óptica desvía el análisis de los ejes que deben condicionarlo. La derogación o no de una norma responde a una ponderación técnico-jurídica, donde la utilidad de la conclusión en la praxis es sólo un débil argumento final que únicamente debería traerse a escena ante el convencimiento de que no es posible armonizar textos por tenerlos como irremisiblemente incompatibles.

Es clave la opinión que se adopte sobre la real incidencia del art. 97 de la 24.441 en la suerte del régimen del Código Civil ceñido a sus textos ahora vigentes.

No es compatible asentar la unidad del régimen en el principio de la seguridad jurídica, para aventar las posibles dudas de quienes operen con la figura del fideicomiso, como lo postula Kiper. Creemos que mucho más grave para la seguridad jurídica que las dubitaciones de los operadores sobre el régimen aplicable al fideicomiso respectivo, sería aceptar con violencia para la juridicidad que por meras razones de conveniencia se concluyera en la inexistencia de un régimen propio del Código Civil, con las reformas en vigor, cuando no media derogación expresa y quien postula ese aserto niega la derogación tácita en el caso e incluso que sea factible cualquier derogación de ese tipo en el derecho argentino. (26)

En la mejor concepción de la técnica legislativa, la derogación tácita es calificada como una manifestación que debe evitarse de la derogación genérica o innominada. No se olvide que la pretensión del art. 97 de la ley 24.441 fue la derogación de toda “ norma ” que se le opusiere, por lo que en esa anarquía es estrictamente aplicable la fuerte prevención con una disposición de ese tipo, ya que: “ Tan genérica es, que ni siquiera se permite afirmar la categoría de normas que deroga, si son leyes, decretos, resoluciones...” . (27)

Con respecto a la supuesta eficacia derogatoria tácita del art. 97, que descartamos de plano, nos iluminan las palabras de Llambías, a las que se suma Rivera, (28) quien formulara las siguientes reflexiones, difícilmente rebatibles: “ Para que tenga lugar la derogación tácita de la ley anterior, la incompatibilidad de ésta con la nueva ley ha de ser absoluta. Pues basándose tal derogación en una interpretación de la omisa voluntad legislativa expresada en la nueva norma, basta que quede alguna posibilidad de conciliar ambos regímenes legales...” . (29)

Es evidente, que no sólo existe “ alguna posibilidad ”, sino muchas, de afirmar la coexistencia del sistema del Código Civil, matizado con la sustitución derogatoria del viejo art. 2662 — y no del sistema del Código Civil— y el agregado al art. 2670 limitativo de los efectos retroactivos de la resolución del dominio fiduciario.

Con objetividad científica Highton, califica al dualismo como “ criterio respetable ” y aclara que: “ Si bien no compartimos esta tesis, la normativa registral deja a salvo la posibilidad de la interpretación y tiene en cuenta esta doctrina, ya que al inscribir un título deja en claro que el dominio fiduciario del que se toma razón es el contenido en la ley 24.441 ” . (30)

Un primer acercamiento al tema muestra con claridad la debilidad del sostén del art. 97 de la ley 24.441. No se trata de una norma exclusiva para el régimen del fideicomiso, sino de una equívoca referencia general que alcanzaría a los múltiples temas comprendidos en esa ley ómnibus (fideicomiso, leasing — cuya regulación fue luego derogada por la ley 25.248— , letras hipotecarias, créditos hipotecarios para la vivienda, régimen especial para la ejecución de hipotecas, reformas al Código Civil, modificación al régimen de corretaje, modificación al régimen registral, modificación al Código Penal, modificación a leyes impositivas y desregulación de aspectos vinculados a la construcción en el ámbito de la Capital Federal).

La doctrina parece haber silenciado la que en nuestra tesis es la matriz menos controvertible de la postura que desecha la derogación del dominio fiduciario del Código Civil por el art. 97 de la ley 24.441.

Ni el más entusiasta sostenedor de la orientación unificadora podría proclamar sin ninguna vacilación que por una u otra vía el régimen original del Código Civil fue derogado y si no puede afirmarse sin duda alguna la abrogación de ese régimen, es ineludible concluir, ahora sí, de manera contundente, que el criterio derogatorio no debería ser exitoso.

El sugestivo silencio doctrinario al que aludiéramos es no haber advertido, o al menos no expresarlo, que en tanto persista un ápice de duda sobre la vigencia de un acto jurídico -y la ley lo es-, por mínima que sea, hay que inclinarse con certeza por la perdurabilidad de la legislación.

Es por todos conocido el fundamental principio general del Derecho de la conservación de los actos jurídicos. (31)

No debería argumentarse que la ley 24.441 regula situaciones en las que permite la convivencia del sistema anterior y del nuevo, sujeta a la opción de los contratantes, como el actual y optativo sistema de ejecución hipotecaria extrajudicial (arts. 52 y ss.), e inferir de ello que si la ley “ hubiese querido la misma alternativa para el dominio fiduciario, lo hubiera aclarado con la misma certeza con que lo hizo para la ejecución hipotecaria ” . (32). Esta reflexión no le adiciona ningún sustento sólido a la tesis unitaria.

Aseverar que al no adoptarse expresamente el criterio de la opción, se descartaría que se pudiera elegir uno u otro sistema, es una inferencia de valor tan relativo, como si para sustentar el dualismo se adujera que en tanto la ley 24.441 incluye varias derogaciones o supresiones expresas (así los arts. 88, 91, 92, 93, 95, 96), al no haberlas con respecto al dominio fiduciario del Código Civil, éste subsistiría por ese solo silencio.

Es claramente rebatible el inteligente razonamiento de Puerta Chacón, que como vimos consiste en restar significación distintiva entre el régimen del Código Civil y el de la ley 24.441, a uno de los sustentos más claros de la tesis dualista, el que niega que en el marco del primero de los sistemas pueda sostenerse el patrimonio separado del fiduciario. No puede trasladarse al sistema del Código Civil, por vía de la supuesta autonomía de la voluntad, el rasgo más característico del nuevo dominio fiduciario, o sea la separación de patrimonios que implanta el art. 14 de la ley 24.441 sólo para el sistema enmarcado por ella.

No nos convence que pueda extraerse que el art. 14 mencionado no es de orden público para el dominio fiduciario por la mera presencia de otros preceptos en la ley 24.441 en los que explícitamente se admite la validez del pacto en contrario. Si bien podría hacerse mérito simplemente de que el art. 14 no reconoce la posibilidad del pacto en contrario, no es necesario acudir a esa hermenéutica, pues no nos parece dudoso que la adopción del patrimonio separado por la ley 24.441 importa una disposición de orden público, ya que es atinente a la estructura del dominio fiduciario, expresada aquí en orden a su esencia o contenido.

Es sabido que el esqueleto de todo derecho real hace a su perfil estatutario y no meramente reglamentario, y que por tanto es ajeno al juego de la autonomía de la voluntad, que sólo tendrá fuerza jurígena en los casos excepcionales en los que su gravitación es aceptada por la ley de manera inequívoca. El patrimonio separado es notoriamente antitético con el régimen de orden público propio de la modalidad del dominio fiduciario que en términos escuetos legislara Vélez Sarsfield, que se integrara con normas afines del Código Civil y que muy parcialmente matizara la ley 24.441.

A todo lo dicho, y no obstante que la doctrina no ha puesto el acento en este aspecto, debe sumarse y con jerarquía argumental destacada para asentar la concepción dualista, la existencia de distintos regímenes del dominio fiduciario del Código Civil y en el de la ley 24.441 con respecto a la naturaleza de las ineficacias y a su gravitación frente a los terceros de los actos de disposición realizados por el fiduciario. (33)

## **8. El dominio fiduciario moldeado por la ley 24.441**

a) Noción.- Nos parece sustancialmente impropia la definición del art. 2662 del Código Civil para caracterizar al dominio fiduciario de la ley 24.441, pues nada dice y de allí prohíbe la figura específica del beneficiario, que es uno de sus pilares.

Integrando el art. 2662 del Código Civil con el art. 1º de la ley 24.441, se puede construir la siguiente noción introductoria: “ Habrá dominio fiduciario cuando una persona (fiduciante), en razón de un fideicomiso cuya fuente es un contrato o un testamento, transmita el dominio de cosas determinadas a otra (fiduciario), quien se obliga a ejercerlo en beneficio de quien se designe en el contrato (beneficiario), y a transmitirlo a la extinción del fideicomiso al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario (destinatario final)” .

b) Objeto.- El dominio fiduciario recae sobre cosas (arg. art. 11 de la ley 24.441).

c) Sujetos.- Las personas humanas o jurídicas que se hacen presentes en el entramado del dominio fiduciario, conforme a la habilitación genérica del art. 5º de la ley, son a tenor del art. 1º: el fiduciante, el fiduciario, el beneficiario y el fideicomisario, que desempeñan los distintos roles enunciados en la noción del dominio fiduciario.

La figura del fiduciante o constituyente del fideicomiso puede coincidir con la del beneficiario y la del fideicomisario (arg. art. 2º, tercer párrafo). Fiduciante y fiduciario no pueden ser la misma persona (arg. art. 1º: “ Habrá fideicomiso cuando una persona (fiduciante) transmita la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (fiduciario)...” ).

En principio el fiduciario no puede corresponderse con el beneficiario. Se ha dicho al respecto: “ El tema es muy polémico; es cierto que no existe una norma expresa, en la ley 24.441, que vede al fiduciario ser beneficiario; pero no lo es menos que el diseño legal de la operación fideicomisaria parece orientarse a excluir esa posibilidad. Efectivamente, el art. 1º de la ley 24.441 alude a una propiedad que se ejerce en beneficio de una persona distinta del fiduciario, carácter éste que sería de su esencia. La ajenidad respecto de los intereses del acreedor que, en principio, caracteriza al ‘ fiduciario ’ como distinto de aquél, garantiza en principio imparcialidad. En consecuencia, se alejan los inconvenientes que, por conflicto de intereses, pueden generarse en el caso de incumplimiento de la obligación y realización del bien fideicomitado. No puede soslayarse que, como regla, el derecho positivo repudia a los actos celebrados en presencia de intereses contrapuestos, básicamente al regular el instituto de la representación. La oscuridad normativa en este aspecto es superada en el Proyecto de Código Civil de 1998, cuyo art. 1466, titulado ‘ Fideicomiso en garantía. Entidad financiera ’ ,

expresa: ‘ Si el fiduciario es una entidad financiera, puede ser también beneficiaria. En este caso, puede aplicar al pago de los créditos garantizados las sumas de dinero que ingresen al patrimonio fiduciario, incluso por cobro judicial o extrajudicial de los créditos o derechos fideicomitidos. Respecto de otros bienes, para ser aplicados a la garantía deben seguirse los procedimientos previstos por los artículos referidos a la ejecución extrajudicial de la hipoteca y de la prenda con desplazamiento, salvo conformidad expresa del fiduciante contemporáneamente a la aplicación o adjudicación’ . Si bien se mira, el Proyecto de Código Civil de 1998 admite sólo tal coincidencia cuando la fiduciaria es una entidad financiera y acota las facultades de realización extrajudicial de la garantía cuando coinciden ambos roles” . (34)

En la misma línea de ideas restrictiva, las XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil declararon: “ Aun cuando en supuestos excepcionales la autonomía de la voluntad pueda prever la coincidencia de las calidades de fiduciario y de beneficiario, así en el caso de que su remuneración sea establecida como un porcentaje de los beneficios, el fiduciario nunca puede ser el único beneficiario y como tal exclusivo” . (35)

La salvedad final que efectuaron las Jornadas armoniza con la pauta del art. 1892 del Código Civil que admite que el mandato pueda tener por objeto negocios “ del interés común del mandante y mandatario (...) pero no en interés exclusivo del mandatario” .

Con respecto a la alternativa de que el emplazamiento del fiduciario se superponga con el del fideicomisario, el mensaje legal es impeditivo, tal como se desprende del art. 7º: “ El contrato no podrá dispensar al fiduciario (...) de la prohibición de adquirir para sí los bienes fideicomitidos” ; lo que implica que tal prohibición es imperativa.

d) Naturaleza jurídica.- Es un supuesto de dominio imperfecto tal cual lo establece inequívocamente el art. 2661 del Código Civil, que lo enuncia allí junto con el dominio desmembrado y el dominio revocable.

e) Caracteres.- I. Es absoluto, entendiendo a la absolutez en el marco del contenido del derecho de dominio y advirtiendo que aunque las facultades de disposición del fiduciario sean menores que la del titular del dominio perfecto, muestran que inclusive en esa expresión dominial tal instituto es el de contenido más extenso: derechos de usar, gozar y de disponer, pero con las cortapisas derivadas del art. 17 de la ley 24.441 para las facultades de disposición jurídica y material. (36) II. Es exclusivo porque hay un solo titular: el dueño fiduciario. III. Es perpetuo en sentido estricto, dado que tampoco este dominio se extingue por el no uso, con el alcance delineado por el art. 2510, ya que “ subsiste independiente del ejercicio que se pueda hacer de él” . Un dominio sujeto a plazo o condición resolutorios es igualmente perpetuo con sujeción a la clara directiva legal del artículo mencionado; volvemos a insistir, porque no se extingue por el desuso.

f) Sujeción a plazo o condición resolutorios.- Como se infiere de lo que puntualiza el art. 1º de la ley, el dominio fiduciario se extingue con el advenimiento del plazo o condición resolutorios. (37).

Los arts. 25 y 26 de la ley rezan: “ Art. 25: El fideicomiso se extinguirá por: a) El cumplimiento del plazo o la condición a que se hubiere sometido o el vencimiento del plazo máximo legal; b) La revocación del fiduciante si se hubiere reservado expresamente esa facultad; la revocación no tendrá efecto retroactivo; c) Cualquier otra causal prevista en el contrato. Art. 26: 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” .

Como se apreciará sin esfuerzos, los incisos b y c del art. 25 no introducen una nueva causal, sino que tienen en miras condiciones resolutorias previstas en el acto constitutivo del fideicomiso.

El art. 26, si bien parecería mentar sólo a la extinción del fideicomiso y no a la del dominio fiduciario constituido en virtud de él, apunta a una réplica unida a la extinción de aquél que se proyecta sobre la suerte del dominio fiduciario.

El destacable el supuesto especial del art. 4º, inc. c): “ El plazo o condición a que se sujeta el dominio fiduciario, el que nunca podrá durar más de treinta (30) años desde su constitución, salvo que el beneficiario fuere un incapaz, caso en el que podrá durar hasta su muerte o el cese de su incapacidad” .

g) Fuentes.- No es discutible que tanto el contrato como el testamento pueden alumbrar al dominio fiduciario, y hasta se ha visto en la ley una fuente excepcional. (38)

Cuando la fuente es el contrato el modo es la tradición traslativa del dominio, pues como expresa el art. 3265: “ Todos los derechos que una persona transmite por contrato a otra persona, sólo pasan al adquirente de esos derechos por la tradición, con excepción de lo que se dispone respecto a las sucesiones” . Con este alcance debe entenderse al art. 577: “ Antes de la tradición de la cosa el acreedor no adquiere sobre ella ningún derecho real” . Por tratarse de una tradición traslativa del dominio son aplicables los arts. 2601 a 2603. Tampoco debe necesariamente descartarse la hipotética aplicación de los modos sucedáneos de la tradición: el constituto



posesorio y la traditio brevi manu, si bien esas modalidades en ningún caso podrán obstar a que el fiduciario pueda ejercer su dominio en beneficio de otro que esté legitimado para el supuesto especial (art. 1º) y, por cierto, aquí también subyace la alternativa del fraude (art. 15).

La excepción prevista en art. 3265 “ de lo que se dispone respecto a las sucesiones” , se explica porque en el ámbito de la excepción, el modo de adquirir el dominio por el sucesor del fiduciante constituyente es el previsto en el art. 2524, inc. 6º, pues rigen los arts. 3282, 3417, 3418, y aun el art. 3766 para los legados de cosas determinadas.

Si bien en general la inscripción general cumplirá la función de publicidad meramente declarativa, si rigiera al efecto la inscripción constitutiva ésta hará las veces de modo.

En concordancia con lo expuesto, el art. 12 regla: “ El carácter fiduciario del dominio tendrá efecto frente a terceros desde el momento en que se cumplan las formalidades exigibles de acuerdo a la naturaleza de los bienes respectivos” , mientras que el art. 13 refiere: “ Cuando se trate de bienes registrables, los registros correspondientes deberán tomar razón de la transferencia fiduciaria de la propiedad a nombre del fiduciario. Cuando así resulte del contrato, el fiduciario adquirirá la propiedad fiduciaria de otros bienes que adquiera con los frutos de los bienes fideicomitidos o con el producto de actos de disposición sobre los mismos, dejándose constancia de ello en el acto de adquisición y en los registros pertinentes” .

Cuando el acto constitutivo del fideicomiso es otorgado por un fiduciante que no es dueño de la cosa fideicomitida o adolece de incapacidad, existirá justo título para usucapir, pues el título suficiente supone que el disponente sea capaz y esté legitimado al efecto. (39)

De mediar justo título en favor de un pretendido adquirente que posea de buena fe, se aplicará la usucapión decenal del art. 4010 si se tratara de inmuebles (art. 3999) y la bienal o trienal del art. 4016 bis que ha dado lugar a interpretaciones diversas para cosas muebles robadas o perdidas.

Si el adquirente con justo título ostentara mala fe, su adquisición estará subordinada al transcurso del plazo de la usucapión larga de veinte años (arts. 4015 y 4016).

Como una de las hipótesis conceptuales, acaso simplemente académicas, hasta podría conjeturarse con casos como el de quién poseyera durante veinte años la cosa sobre la que recae el dominio fiduciario, incluso de mala fe, comportándose a la manera del titular fiduciario, y que finalmente adquiriera el dominio fiduciario por esa prescripción adquisitiva.

h) El patrimonio separado del fiduciario por su afectación al fideicomiso.- Las normas liminares que ordenan la cuestión en análisis son: Art. 14: “ Los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario y del fiduciante. La responsabilidad objetiva del fiduciario emergente del artículo 1113 del Código Civil se limita al valor de la cosa fideicomitida cuyo riesgo o vicio fuese causa del daño si el fiduciario no pudo razonablemente haberse asegurado” . Art. 15: “ 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” . Art. 16: “ Los bienes del fiduciario no responderán por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, las que sólo serán satisfechas con los bienes fideicomitidos...” .

Estos preceptos denotan el rasgo más arquetípico del dominio fiduciario de la ley 24.441, la conformación de un patrimonio separado del llamado general del fiduciario, que involucra al dominio fiduciario (o sobre cosas). Bien dice Martorell, que: “ La ley no lo caracteriza como patrimonio autónomo, sino separado. Probablemente con ello el legislador ha querido dejar claro que no obstante el tratamiento especial que brinde al contenido del patrimonio fiduciario, tienen titular o propietario: el fiduciario” . (40)

Ni los acreedores del fiduciario ni los del fiduciante, pueden agredir los bienes fideicomitidos, mientras los acreedores del beneficiario deberán contentarse con “ ejercer sus derechos sobre los frutos de los bienes fideicomitidos y subrogarse en sus derechos” (art. 15). La ley deja abierta la posibilidad de la agresión por los acreedores del fiduciante de mediar fraude, o sea que dichos acreedores podrían ejecutar los bienes fideicomitidos de existir un concierto fraudulento entre el fiduciante y el fiduciario. Entendemos que cuando el art. 15 se refiere a la “ acción de fraude” , no sólo comprende a la acción pauliana del Código Civil (arts. 961 y ss.) sino que también abraza a las ineficacias contempladas en los arts. 118 y 119 de la Ley Concursal 24.522 (Adla, LV-D, 4381). (41)

Paralelamente, el patrimonio del fiduciario, no afectado al fideicomiso, responderá “ por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso” (art. 16).

Sobre la limitación de responsabilidad prevista en el art. 14, reiteramos nuestra aquiescencia con el

pensamiento de la XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil: “ Es cuestionable la modalidad elegida para fijar el límite de responsabilidad que surge de la estricta interpretación literal del art. 14 ley 24.441 - (valor de la cosa fideicomitada cuyo riesgo o vicio fuese causa del daño), pues puede conducir a derivaciones irrazonables e injustas para la víctima. El límite de responsabilidad establecido por el art. 14 ley 24.441 - se aplica sólo cuando el factor de atribución es ‘ objetivo’ . Dicho límite no se extiende a la responsabilidad del ‘ asegurador’ ” .

i) Facultades de disposición del dueño fiduciario.- A tenor del art. 17: “ 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” .

La facultad de disponer debe entenderse que transita por sus dos andariveles: la disposición material y la jurídica.

La regla es que el titular fiduciario cuenta con todas las facultades de disposición material y jurídica necesarias para los fines del fideicomiso, en tanto los actos no sean notoriamente extraños a esas finalidades.

La permisión de “ gravar” es reiterativa y conforma una verdadera tautología, pues la facultad de gravar es uno de los corolarios más certeros del atributo de la disposición jurídica, que abarca la constitución de derechos reales o personales.

El tratamiento de la cuestión de la disposición en las XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, se concretó en esta conclusión general: “ En el régimen de la ley 24.441 la regla es que el fiduciario puede disponer o gravar (disposición en sentido amplio) las cosas fideicomitidas, salvo que dichos actos sean notoriamente extraños a los fines del fideicomiso” .

También, se incluyeron las siguientes matizaciones: Despacho A: “ Los pactos en contrario que privan al fiduciario de las facultades de disposición (sentido amplio) tiene efectos reales o sea que son oponibles a los terceros interesados que conocían o debían conocer la existencia de aquéllos. En consecuencia, el art. 17 ley 24.441 — es una excepción al principio consagrado por el art. 2612 CC.— ” (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). Despacho B: “ 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.” (Papaño, Orelle, Salas, Cura Grassi, Kiper, Casajous, Dillon).

Queremos prevenir contra las consecuencias de la adopción del Despacho B. Del art. 17 se extrae que es necesario el consentimiento del fiduciante o del beneficiario si así se lo hubiera pactado, o sea que está prohibida la disposición sin esos consentimientos ante el pacto que los exija. En ese contexto, la disposición importaría un acto prohibido por la ley y como lo preceptúa el art. 18 del Código Civil: “ Los actos prohibidos por las leyes son de ningún valor si la ley no designa otro efecto para el caso de contravención” .

Quiere decir que como la ley no previó los efectos del acto prohibido, ellos serán los propios de los actos inválidos, su nulidad. La situación es muy distinta a la del art. 2612 donde sí se contemplaron los efectos del acto prohibido: “ la enajenación será válida, sin perjuicio de las acciones personales” , o sea los daños y perjuicios generados por la violación de la prohibición. La tesis contraria abre la vía a conductas fraudulentas del fiduciario, de derivaciones imprevisibles.

A guisa de síntesis: a) los actos de disposición del fiduciario ajustados a los fines del fideicomiso son válidos; b) los actos de disposición notoriamente extraños a los fines del fideicomiso están prohibidos y de realizarse son inválidos; c) los actos de disposición del fiduciario ajustados a los fines del fideicomiso si se pactó la necesidad de la aquiescencia del fiduciante o del beneficiario, y se la satisfizo, son válidos; d) los actos de disposición del fiduciario ajustados a los fines del fideicomiso si se pactó la necesidad de la aquiescencia del fiduciante o del beneficiario, y no se la obtuvo, son inválidos.

La simple comparación de la regulación del dominio fiduciario de la ley 24.441 y del subsistente del Código Civil, muestra un contraste de la mayor trascendencia. En el marco de la ley 24.441 en nada incide la circunstancia de que se haya agregado al art. 2670 del Código Civil el mentado párrafo final de esa norma, que se ocupa de la resolución retroactiva del llamado dominio revocable: “ Quedan a salvo los actos de disposición realizados por el fiduciario de conformidad con lo previsto en la legislación especial” .

En el dominio fiduciario de la ley no gravitan las previsiones del Código Civil en materia de dominio revocable.

j) Tutela del dominio fiduciario. El art. 18 prevé: “ El fiduciario se halla legitimado para ejercer todas las acciones que correspondan para la defensa de los bienes fideicomitados, tanto contra terceros como contra el beneficiario. El juez podrá autorizar al fiduciante o al beneficiario a ejercer acciones en sustitución del fiduciario, cuando éste no lo hiciera sin motivo suficiente” .

Las acciones a las que remite implícitamente son las acciones reales, (42) pero también las personales sin efectos persecutorios o con ellos (como las posesorias). (43)

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) SEGOVIA, Lisandro, El Código Civil de la República Argentina con su explicación y crítica bajo la forma de notas, Imprenta de Pablo E. Coni, Buenos Aires, 1881, t. II, en nota 3 al art. 2664 (2662), p. 131.

(2) SALVAT, Raymundo M., Tratado de derecho civil argentino. Derechos reales, 5ª ed., actualizada por Manuel J. Argañarás, Tipográfica Editora Argentina S.A., Buenos Aires, 1962, t. II, núm. 1189, pp. 423 y 424.

(3) BIBILONI, Juan A., Anteproyecto de Reformas al Código Civil argentino, Valerio Abeledo, Editor, Buenos Aires, 1930, t. III, pp. 174 a 177; ARGANARÁS, Manuel J., en SALVAT, Raymundo M., op. cit., en nota 7 al núm. 1188, p. 423; LAQUIS, Manuel A., Derechos reales, Depalma, Buenos Aires, 1984, t. IV, pp. 578 y 579; ORELLE, José M., en ORELLE, José M., ARMELLA, Cristina N. y CAUSSE, Jorge R., Financiamiento de la vivienda y de la construcción. Ley 24.441, Ad-hoc, Buenos Aires, 1995, p. 89. También la jurisprudencia reconoció su existencia: C.N.Com., sala E, 15/04/1988, “ Argentaria, S.A. c. Herrera Automotores, S. A. y otros” , LA LEY, 1989-C, 228.

(4) LAFAILLE, Héctor, Derecho civil. Tratado de los derechos reales, Ediar, Buenos Aires, 1944, Vol. II, núms. 986 y ss., pp. 141 y ss.

(5) ALTERINI, Jorge H., “ Resolución de los contratos y dominio revocable. Con especial referencia a la resolución por incumplimiento y al pago del precio en la transmisión del dominio — arts. 1376 y 3923 del Cód. Civ.— ” , ED, 50-633, en nota 2.

(6) LEGÓN, Fernando, Tratado de los derechos reales en el Código y en la Reforma, Valerio Abeledo Editor, Buenos Aires, 1945, t. VIII, pp. 273 a 278.

(7) MARIANI DE VIDAL, Marina, Derechos reales, 7ª ed., Zavalía, Buenos Aires, 2004, t. II, p. 76.

(8) BIBILONI, Juan A., Anteproyecto de Reformas al Código Civil argentino, Valerio Abeledo Editor, Buenos Aires, 1930, t. III, p. 175.

(9) BIBILONI, op. cit., p. 176.

(10) LAFAILLE, op. cit., núm. 988, p. 143.

(11) LEGÓN, op. cit., p. 277.

(12) Con respecto a la afirmación de López de Zavalía de que: “ Los alcances del texto se limitan a los bienes ‘ gravados de sustitución ’ , es decir, gravados con sustitución fideicomisaria...” (LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J, “ Los dos dominios fiduciarios de nuestro sistema” , JA 1997-III-942, la cita obra en p. 945), conviene recordar que según lo vimos en el punto 1, aparte de la sustitución fideicomisaria existen las llamadas sustitución directa según la terminología de Freitas y la vulgar en el decir de Bibiloni, por lo cual no es convincente asimilar los “ bienes gravados de sustitución” , solamente con los alcanzados con la sustitución fideicomisaria; la prohibición involucra a los bienes gravados con cualquier sustitución.

(13) LAFAILLE, op. cit., núm. 989, p. 144; ORELLE, José M. R., Compra de inmuebles por y para terceros, Ábaco, Buenos Aires, 1977, pp. 83 y 84.

(14) BORDA, Guillermo A., Tratado de derecho civil. Derechos reales, Perrot, Buenos Aires, 1975, t. I, núm. 275, p. 246.

(15) LEGÓN, op. cit., p. 277.

(16) LAFAILLE, op. cit., núm. 989, p. 143.

(17) ARGANARÁS, op. cit., en nota 10 al núm. 1189, pp. 424 y 425.

(18) GUASTAVINO, Elías P., “ Actos fiduciarios” , en Estudios de derecho civil en homenaje a Héctor Lafaille, Depalma, 1968, pp. 365 y ss.; los párrafos citados obran en pp. 390 y 392.

(19) MARIANI DE VIDAL, op. cit., p. 84.

(20) KIPER, Claudio, “ Unidad de régimen para el dominio fiduciario” , JA, 1997-IV-874, particularmente en p. 877.

(21) PUERTA DE CHACÓN, Alicia, “ El dominio fiduciario en la ley 24.441 ¿nuevo derecho real?” , JA, 1998-III-824, los párrafos citados se glosan en las pp. 830 y 831.

(22) Presidentes: Jorge Horacio Alterini y Luis Moisset de Espanés. Coordinadores: Cristina Armella y Pablo María Corna. Secretarías: Gabriela A. Vázquez y Alicia B. Salas. Relatora: Gabriela A. Vázquez.

(23) LÓPEZ DE ZAVALÍA, op. cit., las transcripciones corresponden a las pp. 945 y 946.

(24) VÁZQUEZ, Gabriela A., “Dominio fiduciario: ¿unidad o pluralidad de regímenes?” , JA, 1998-III-843, los párrafos citados obran en las pp. 857, 860 y 861.

(25) Ver ALTERINI, Jorge H., LLAMBÍAS, Jorge J. y ALTERINI, Jorge H., Código Civil Anotado, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1981, t. IV-A, p. 279, en glosa al art. 2502.

(26) KIPER, op. cit., quien dice: “...no recurriré al art. 97 de la ley 24.441 (...) Sería un argumento muy débil, ya que no puede invocarse la derogación tácita de una ley por otra, cuando esto debe ocurrir en forma expresa” (de la p. 876).

(27) LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., Fundamentos de técnica legislativa, La Ley, Buenos Aires, 1999, p. 226.

(28) RIVERA, Julio César, Instituciones de derecho civil. Parte general, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, t. I, p. 114.

(29) LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, Tratado de derecho civil. Parte general, 16ª Edición, Perrot, Buenos Aires, 1995, t. I, núm. 60, p. 62.

(30) HIGHTON, Elena I., en Código Civil dirigido por Alberto J. Bueres y coordinado por Elena I. Highton, 2da Edición, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, t. V-A, p. 767.

(31) Ver MARÍN PADILLA, María Luisa, El principio general de conservación de los actos y negocios jurídicos, Zaragoza, 1990. Una aplicación concreta de ese principio la hicimos en Teoría general de la ineficacias de ALTERINI, Jorge H., CORNA, Pablo M., ANGELANI, Elsa B. y VÁZQUEZ, Gabriela A., La Ley, Buenos Aires, 2000, p. 60. La doctrina judicial, también ha destacado la gravitación del principio de conservación de los actos jurídicos: “Es preferible optar, ante situaciones de duda, por la regularización de los actos jurídicos (arg. arts. 370, 369 con sus reformas, arg. arts. 100, 17; en el Cód. de Comercio, arg. art. 218, inc. 3º, y como principio general del derecho, el de la validez de los actos jurídicos, arts. 944, 953, y la interpretación del sistema que comienza en el art. 1037 del Cód. Civil...” (C.N.Com., sala A, 31/10/1979, “Haso, Soc. en Com. por Accs.”; LA LEY, 1980-B, 390. Igualmente, se dijo que: “La interpretación del art. 1037 del Cód. Civil respecto a la necesidad de que las nulidades sean expresas, no debe excluir el principio indiscutible que entre la validez y la nulidad del acto debe optarse por la validez” (C.N.Civ., sala B, 14/05/1987, “S. de De La B. R. y otra c. S., C.”, LA LEY, 1987-D, 318 – DJ, 1988-1, 333). Ver también: C.N.Com., sala C, 12/05/1986, “Canale, S. A. c. Comisión Nac. de Valores”, LA LEY, 1986-D, 109 – DJ, 1986-2, 880 - IMP 1986-B, 1659; C.N.Com., sala A, 11/12/1986, “Vistalba, S. A. c. Banco de Galicia y Buenos Aires, S. A. y otro s/nulidad decisiones asamblearias y Yinot, S. A. c. Banco de Galicia y Buenos Aires s/impugnación de asamblea”, LA LEY, 1987-B, 346; C. Apel. Civ. y Com., Corrientes, sala IV, 11/04/2007, “Vallejos, Demetrio c. Silveria Quintana, Norma Beatriz Peláez y Oscar Ramón Cardozo y Omar Daniel Cardozo”, LLLitoral 2007 (agosto), 754.

(32) KIPER, op. cit., p. 877.

(33) Ver el punto 5 “Valoración de las implicancias del agregado de la ley 24.441 al art. 2670 del Código Civil” para el sistema del Código Civil y el 8 “El dominio fiduciario moldeado por la ley 24.441” apartado i) “Facultades de disposición del dueño fiduciario” para el de la ley 24.441. (34) ALTERINI, Jorge H., CORNA, Pablo M., ANGELANI, Elsa B. y VÁZQUEZ, Gabriela A., La hipoteca ante las inoponibilidades en la quiebra. La acción revocatoria concursal, La Ley, Buenos Aires, 2000, p. 46.

(35) Se sostuvo, que: “El fideicomiso en garantía, aunque coincida el fiduciario con el beneficiario principal, es lícito siempre y cuando se lo haya concebido en forma prudente y se haya determinado en forma clara y precisa los procedimientos a seguir en caso de incumplimiento del fiduciante y el destino de los posibles remanentes que pudieren quedar luego de liquidados y satisfecho el crédito, no siendo óbice al respecto la prohibición del fiduciario de adquirir para sí los bienes fideicomitidos del art. 7º de la ley 24.441” (STJ, Santiago del Estero, sala civ. y com., 17/11/2005, “Maud, Elías”, LLNOA, 2006 (abril), 273).

(36) Conf.: KIPER, Claudio M., en Código Civil dirigido por Alberto J. Bueres y coordinado por Elena I. Highton, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2004, t. V-A, p. 738. Comp.: ORELLE, op. cit. en nota 3, p. 142, quien sostiene con relación al fiduciario, “...que más que un propietario, parece emerger de la ley, como un administrador de bienes ajenos. Carece del señorío propio del dominio”.

(37) Kiper advierte que en el dominio fiduciario a diferencia del régimen del dominio revocable, la

condición resolutoria debe ser explícita (op. cit. en nota 36, p. 821).

(38) El art. 10 expresa: “ Producida una causa de cesación del fiduciario, será reemplazado por el sustituto designado en el contrato o de acuerdo al procedimiento previsto por él. Si no lo hubiere o no aceptare, el juez designará como fiduciario a una de las entidades autorizadas de acuerdo a lo previsto en el artículo 19. Los bienes fideicomitidos serán transmitidos al nuevo fiduciario” . El art. 19 señala: “ Fideicomiso financiero es aquel contrato de fideicomiso sujeto a las reglas precedentes, en el cual el fiduciario es una entidad financiera o una sociedad especialmente autorizada por la Comisión Nacional de Valores para actuar como fiduciario financiero, y beneficiario son los titulares de certificados de participación en el dominio fiduciario o de títulos representativos de deuda garantizados con los bienes así transmitidos. Dichos certificados de participación y títulos de deudo serán considerados títulos valores y podrán ser objeto de oferta pública. La Comisión Nacional de Valores será autoridad de aplicación respecto de los fideicomisos financieros, pudiendo dictar normas reglamentarias” . Por el juego de las dos normas citadas se ha dicho: “ Puede visualizarse aquí un caso de transmisión fiduciaria por ministerio de la ley, régimen que no sólo se aplica cuando hay que reemplazar al fiduciario sino cuando éste nunca llegó a serlo por no aceptar su designación testamentaria (art. 3). En tales supuestos, ningún vínculo contractual o de última voluntad mediaba entre el fiduciante y el finalmente designado fiduciario, no obstante lo cual la ley, integrando la laguna, hace que el negocio se concrete. Además, el encargo para las entidades autorizadas parece ser forzoso pues ninguna norma prevé que puedan rechazarlo. Además, sino llegan a existir o renuncian los fideicomisarios o beneficiarios, se entenderá que el beneficiario es el fiduciante (art. 2, párrafo tercero), por lo que se cierra el círculo de tal forma que el fideicomiso deberá ser ejecutado. Evidentemente, la ley tiende a la conservación de acto” (LISOPRAWSKI, Silvio V. y KIPER, Claudio M., Fideicomiso. Dominio fiduciario. Securitización, Depalma, Buenos Aires, 1995, p. 226).

(39) Conf.: VÁZQUEZ, op. cit., p. 851.

(40) MARTORELL, Ernesto E., Tratado de los contratos de empresa, Depalma, Buenos Aires, 1996, t. I, pp. 975 y 976.

(41) ALTERINI, CORNA, ANGELANI, y VÁZQUEZ, op. cit. en nota 34, p. 43.

(42) Se puntualizó, que: “ La entidad fiduciaria de un fideicomiso constituido a fin de garantizar una construcción inmobiliaria esta legitimada para promover la reivindicación de los bienes fideicomitidos que detenta un tercero, sin que sea necesario la mora del fiduciante originante en la cancelación del crédito, pues en su calidad de propietario fiduciario del inmueble posee legitimación para efectuar todos los actos que sean necesarios para defender el patrimonio fideicomitado (C.N.Civ., sala C, 29/08/2008, “ Banco Hipotecario S.A. c. Caffaro, Daniel Luis y otro” , LA LEY, 2009-B, 104, con nota de Adriana N. Abella).

(43) Comp.: ORELLE, op. cit. en nota 3, p. 172.