

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

*FIDEICOMISO. CARACTERÍSTICAS Y APLICACIÓN PRÁCTICA EN LOS  
SISTEMAS DE AHORRO Y PRÉSTAMO (\*) (34)*

LUIS CORREA LARGUÍA

**SUMARIO**

I. Introducción. II. El fideicomiso romano. Fiducia. Negocios fiduciarios. El

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

trust del derecho anglosajón. Breve reseña histórica. 1. El fideicomisum. 2. Fiducia. Negocios fiduciarios. 3. El trust del derecho anglosajón. 4. El fideicomiso o dominio fiduciario en el Código Civil argentino. 5. Aplicación efectiva. 6. Nuevas ventajas. 7. Aplicación de la ley 13512 de propiedad horizontal. 8. Modalidades. 9. Conclusiones.

## **I. INTRODUCCIÓN**

El tema del fideicomiso, tal como lo propone la agenda de esta Convención, persigue el propósito de examinar sus características, desarrollo y proyecciones de esta institución jurídica que ya se encuentra incorporada en los ordenamientos legislativos de diversos países hispanoamericanos, de base romanizada, y que en su evolución moderna ha sido modelado sobre los lineamientos del trust del derecho anglosajón. El examen de esta figura apunta pues a lograr su aplicación práctica en los sistemas de ahorro y préstamo para la vivienda.

El déficit agudo de la falta de viviendas, especialmente las destinadas a las clases sociales de recursos económicos limitados, y sus connotaciones de índole política, social y económica que todo ello comporta, ha suscitado la preocupación constante de las autoridades gubernamentales y de las entidades profesionales e instituciones de los distintos países que integran la Unión Interamericana de Ahorro y Préstamo para la Vivienda en procura de hallar metas que canalicen soluciones factibles para obviar el problema señalado.

En tal sentido, el Instituto Jurídico de la Unión Interamericana de Ahorro y Préstamo para la Vivienda, teniendo en mira ese objetivo fundamental, es que ha propuesto el tratamiento del fideicomiso como una aportación susceptible de ser aplicada con provecho en los sistemas de ahorro y préstamo para la vivienda, a la par de señalar de tal modo a los poderes públicos, las entidades financieras, los grupos empresarios y a los sectores vinculados al estudio y desarrollo de sus matices jurídicos y económicos una herramienta de aplicación práctica.

Adquiere en estos momentos especial significación el tratamiento del tema, por cuanto este organismo ha convocado a la XX Conferencia Interamericana de la especialidad, que tendrá lugar en Lima, Perú, los días 19 a 23 de abril de 1982, al conmemorarse - según los términos de la convocatoria - los primeros veinte años de las actividades de los sistemas de ahorro y préstamo en América Latina, lo que asimismo coincide con los 150 años de funcionamiento del sistema en los Estados Unidos.

Se agrega, asimismo, que estas circunstancias se unen a los hechos que últimamente han afectado a los sistemas de financiamiento habitacional y que los han conducido a enfrentar situaciones críticas.

## **II. EL FIDEICOMISO ROMANO. FIDUCIA. NEGOCIOS FIDUCIARIOS. EL TRUST DEL DERECHO ANGLOSAJÓN. BREVE RESEÑA HISTÓRICA**

Decíamos al comienzo que diversos países americanos cuyas instituciones

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

jurídicas provienen del Derecho romano, habían incorporado el fideicomiso a sus ordenamientos legales inspirándose las respectivas leyes, en variadas formas, en los principios del trust del derecho anglosajón.

El trecho recorrido en tierra americana, donde sus instituciones son regidas por el derecho continental, la adopción del fideicomiso conforme a los moldes referidos, implica reconocer en la actualidad que este instituto en razón del interés que ha despertado por la versatilidad de sus múltiples aplicaciones, ya ha tenido una difusión bastante amplia en distintos foros de Latinoamérica a través de cursos especializados, congresos, mesas redondas y aportes doctrinarios de estudiosos del tema.

Esta circunstancia nos exime en cierto modo, en obsequio a la brevedad, de una detallada reseña histórica desde sus remotos orígenes hasta nuestros días, por lo cual haremos un relato sucinto de su evolución

Por medio de dichas fuentes se han hecho conocer, pues, en el ámbito hispanoamericano, la naturaleza jurídica de esta figura, los sujetos intervinientes en la formulación de la relación fiduciaria, el carácter y alcances de la propiedad fiduciaria y del rol que les cabe desempeñar a las partes intervinientes, es decir al fiduciante o fideicomitente, al fiduciario y al fideicomisario o beneficiario.

### **1. El fideicomisum**

A manera, pues, de resumen, podríamos intentar una síntesis de la evolución histórica de este instituto, diciendo que el basamento del fideicomiso romano descansa sobre los principios morales de la buena fe y la confianza. En su raíz latina, fideicomisum proviene de fides, que significa fe, y de comissus, que significa comisión, encargo.

El fideicomiso nació, entonces, con los atributos de una comisión de confianza.

En sus orígenes fue el recurso empleado por el testador para eludir las numerosas limitaciones e incapacidades que para heredar establecía el Derecho romano, de manera tal que para lograr su propósito, el testador debía valerse de un medio indirecto; es decir, instituir heredero a una persona de su confianza, capaz para recibir una herencia o legado, para que éste, a su vez, como heredero fiduciario y apelando a su buena fe y recta conciencia, una vez fallecido el testador, hiciera entrega de la herencia o del legado a quien aquél le había indicado en vida habría de ser el beneficiario.

Empero, como queda dicho, el cumplimiento cabal de tal encargo por parte del heredero aparente sólo quedaba librado a su correcto proceder, no existiendo, al menos al principio, norma legal alguna que hiciera coercitivo el cumplimiento del fideicomiso por parte del fiduciario, quien fuera de la valla moral de su conciencia, podía disponer para sí impunemente de los bienes fideicomitados.

Se hizo necesario, ante los abusos de confianza, arbitrar las medidas de protección necesarias para obligar al heredero fiduciario a restituir los bienes recibidos al verdadero destinatario de los mismos, disponiéndose en tal sentido en época del emperador Augusto, que los cónsules vigilaran

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

el cumplimiento de los fideicomisos, creándose luego el cargo de pretor fideicomisario, invistiéndose a dicho funcionario de facultades para obligar al heredero aparente a dar cumplimiento a lo oportunamente dispuesto por el testador.

Cuando el Derecho romano empieza a tener su influencia en Europa a partir de la Edad Media, y es receptado en los ordenamientos jurídicos del continente, puede advertirse cómo fue desnaturalizada la función primigenia de esta figura.

Durante el régimen feudal, el fideicomiso fue transformado en el nocivo sistema de las sustituciones fideicomisarias, provocando, al igual que el mayorazgo, el estancamiento de la propiedad inmobiliaria en poder de las familias aristocráticas o de ciertas instituciones llamadas "de manos muertas", estableciéndose un orden de sucesión por tiempo indefinido, de resultados totalmente antieconómicos, creando así un régimen de vinculación a perpetuidad de la propiedad raíz, en un número determinado de personas, segregando de tal modo a cuantiosos bienes del tráfico comercial y del intercambio económico.

En las sustituciones fideicomisarias, el testador, a fin de que permanecieran los bienes en la misma familia o en entidades o personas jurídicas determinadas, al instituir heredero, éste quedaba consagrado en el doble carácter de fiduciario y de fideicomisario, de tal modo que al transmitirle los bienes en propiedad por el término de la vida del heredero, éste los recibía, pero gravados con la obligación de restituirlos a una serie de herederos sucesivos por varias generaciones, según las instrucciones del testador.

Este estado de cosas, y con el advenimiento de la Revolución Francesa y el movimiento liberal de sus postulados, produjo la supresión de las sustituciones fideicomisarias, y si bien a la llegada de Napoleón al poder fueron restablecidos tales derechos para los testadores, para hacer posible perpetuar en poder de determinadas familias una masa considerable de bienes, la institución fue definitivamente abolida por Francia en 1849, sirviendo de ejemplo a los demás países con legislaciones de fondo inspiradas en el Código Civil francés.

Asimismo, el Código Civil de la República Argentina, en sus artículos 3711 y 3730, tiene por nula la sustitución fideicomisaria.

## **2. Fiducia. Negocios fiduciarios**

Mientras el fideicomisum tenía su ámbito de aplicación referido a la disposición de bienes mortis causa por testamento, la fiducia, y sus vocablos derivados, el pactum fiduciae y los negocios fiduciarios, estaban reservados para actos entre vivos, siempre a causa del rígido formalismo del Derecho romano que los interesados intentaban eludir. Así surgieron los negocios fiduciarios denominados pactum cum amico, y el pactum cum creditore, también sobre la base o factor psicológico de la confianza que el transmitente dispensa al adquirente.

En el Derecho moderno vemos que los negocios fiduciarios se apoyan en estos mismos principios elusivos, a los que cabe agregar en los actos jurídicos de carácter patrimonial el numerus clausus de los derechos reales,

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

que descarta la creación de otros nuevos por la voluntad de las partes, las leyes impositivas y las lagunas de la legislación, o sea lo que se ha dado en llamar el dinamismo de los hechos frente a la estática del Derecho positivo vigente, encasillando a las relaciones humanas en marcos normativos y jurídicos que no responden a sus requerimientos actuales.

La confianza entre el transmitente y el adquirente, es decir, entre fiduciante y fiduciario, en este tipo de negocios, fluye de la faz operativa de la relación fiduciaria que consiste en la circunstancia de confluir dos contratos independientes que producen un doble efecto: uno de carácter real, de transmisión plena del dominio de un bien efectuada por el fiduciante al fiduciario con eficacia erga omnes, y el otro contrato de carácter meramente obligacional, es decir, exclusivamente personal, mediante el cual el fiduciario se compromete a su vez a cumplimentar al fiduciante lo convenido en el pacto de fiducia.

En otras palabras: el fiduciante transmite al fiduciario la propiedad de una cosa o de un crédito en forma definitiva, pasando el fiduciario a ser el dueño con todas las prerrogativas que supone la titularidad del dominio aun ante el propio fiduciante y sobre todo ante los terceros, dada la calidad erga omnes de su derecho. El fiduciante o transmitente, en cambio, si bien resulta acreedor del fiduciario en virtud de los términos del pacto de fiducia celebrado concomitantemente con la mencionada traslación del dominio de la cosa o del crédito, la obligación del fiduciario de atenerse a las cláusulas del pacto es res inter alios acta y, por tanto, de carácter personal y no real.

Es muy importante considerar la desigualdad de los derechos que pueden esgrimir el fiduciante y el fiduciario para así destacar una vez más la importancia del factor "confianza" que reside como rasgo distintivo en la operatoria de los negocios fiduciarios, por la situación de peligro en que se encuentra el fiduciante por la diferencia de tutelas otorgadas a ambas partes, dado que puede engendrar la denominada "potestad del abuso".

En efecto, se advierte que el fiduciario se halla investido de una potestad total para disponer de los bienes fideicomitidos ante los terceros, ya sea en forma abusiva o violando en otra forma más grave lo estipulado con el fiduciante, pudiendo de tal manera dichos terceros, ignorantes del pacto de confianza existente, celebrar con plena eficacia legal aun en la esfera de los derechos reales toda clase de negocios. Al fiduciante sólo le quedará intentar en estos casos la acción personal contra el fiduciario de resarcimiento de los daños y perjuicios que le hubiera ocasionado el fraude del mismo.

En apretada síntesis, a manera de colofón, diremos entonces que el fideicomiso como institución del Derecho romano, al recibir carta de ciudadanía en la legislación de los países de derecho continental, se desarrolló históricamente como consecuencia de la incorporación de esas dos vertientes originarias que emanaban de la figura del fideicomiso, vale decir: el recurso indirecto utilizado por los testadores para instituir heredero por testamento mortis causa, y los negocios fiduciarios por actos entre vivos.

Si bien perduró en Europa el fideicomiso clásico, no fue tolerado en cambio

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

en las sustituciones fideicomisarias, quedando al respecto proscripto prácticamente de todas las legislaciones del continente, comenzando por el Código de Napoleón, cuyo artículo 896 expresa que: "Están prohibidas las sustituciones. Será nula toda disposición por la cual el donatario, el heredero instituido o el legatario quedan encargados de conservar y restituir a un tercero".

En lo que respecta a los negocios fiduciarios, en cambio, han perdurado en su estructura y en su dinámica de aplicación, con la salvedad, no obstante, de que en el negocio fiduciario "puro", es decir, el no tipificado en alguno de los moldes jurídicos, subsiste la situación de peligro para el fiduciante por la potestad del abuso del fiduciario; mientras que en los negocios fiduciarios "impuros" ese rigor se atempera al ser tipificados dichos negocios porque comporta en alguna medida introducir dispositivos de protección, no sólo de los derechos del fiduciante, sino también de los del beneficiario, creándose mecanismos de contralor y de tutela a la par que de sanción por las transgresiones en que pudiera incurrir el fiduciario.

### **3. El trust del derecho anglosajón**

La figura del negocio fiduciario de origen romano como análoga a la figura del trust ha sido destacada, entre otros juristas, por Ascarelli, aunque evidentemente existen diferencias.

Como el fideicomiso romano, los orígenes del trust, como institución jurídica, reconocen una antigüedad que lo ubican en la Edad Media. Se desarrolló en Inglaterra como relación fiduciaria que comprendía diversos negocios jurídicos como el depósito, el albaceazgo, la tutela, el mandato. También en sentido más estricto el trust fue la relación fiduciaria que debe su origen como consecuencia del desarrollo institucional a que dio lugar la separación entre tribunales de derecho estricto (common law) y tribunales de equidad (equity).

Rodolfo Batiza (1)(35) dice al respecto, citando a Francis Bacon, que "como institución jurídica, el trust ha tenido una historia varias veces secular, que quizá se remonte al siglo XIII, cuando se cree que aparecieron en ese país, los primeros usos (uses), transmisiones de tierras en favor de prestanombres (feoffees to uses), con las cuales buscábase obtener determinados propósitos, como el de evitar la exacción de ciertos tribunales feudales y la aplicación de las leyes de manos muertas. Esas finalidades, sin duda, fueron las que provocaron el juicio de que el origen de los usos se encuentra en una intención ilícita y codiciosa, que el trust es igual al uso, que tuvo los mismos padres: el fraude y el temor; y la misma nodriza: un tribunal de conciencia".

Las denominadas "leyes de manos muertas" tenían prohibidas las donaciones de bienes raíces a los conventos e iglesias. En procura de eludir tales restricciones, el clero inglés utilizó el mismo método indirecto que en el caso del fideicomiso romano, y así ideó que las donaciones se hicieran en favor de una persona de su confianza, pero el beneficiario sería una iglesia o institución religiosa determinada.

También se utilizó este sistema por parte de los testadores, que por

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

rivalidades políticas o razones de guerra se veían precisados a instituir heredero a un tercero de su confianza para poner en resguardo los bienes destinados a sus hijos pero en peligro de ser confiscados.

Exactamente igual que en Roma, se trataba de un encargo de confianza librado a la buena fe y recta conciencia del fiduciario, para el cual no existía sanción alguna en caso de fraude.

El trust implica un desdoblamiento del derecho de propiedad, atribuyéndole al fiduciario la propiedad legal, en tanto que al fideicomisario o beneficiario la propiedad en equidad.

Esta característica es precisamente la que más dificultades ha creado a los juristas formados en las disciplinas del Derecho continental para la adaptación del trust a los sistemas romanistas, por medio de la figura del fideicomiso.

Les resulta de difícil comprensión ese dualismo, puesto que la noción conceptual del derecho de propiedad en los países de legislación romanista es de carácter absoluto, o sea que no admite este derecho sino como el dominio único y exclusivo de una persona sobre una cosa determinada o la copropiedad de partes ideales o perfectamente delimitadas y proporcionadas de varias personas sobre esa misma cosa, pero nunca ese desdoblamiento de la misma cosa en dos propietarios distintos, como sucede en el instituto del trust.

Conforme con las disposiciones que regulan el derecho estricto (common law) no existe para éste más que una sola calidad de propietario y en ese orden de principios sólo lo era el propietario legal.

Para el derecho de equidad (equitable right), o simplemente equity en cambio, se le reconocía al fideicomisario o beneficiario la propiedad en equidad.

Para situarnos más cerca de la dinámica del trust, diremos que las partes integrantes de la relación fiduciaria son tres:

El settlor es el constituyente del trust, o sea aquel que por una declaración de voluntad unilateral transmite en confianza a otra persona, llamada trustee el dominio de determinados bienes (muebles, inmuebles, créditos, etc.) que integran su patrimonio, para que proceda con ellos en la forma que le ha sido prescrita, y en favor de otra persona llamada cestui que trust.

Constituido el trust con los sujetos indicados, la persona del settlor más bien desaparece para ponerse entonces el acento en las figuras del trustee y del cestui que trust.

Vemos, como ya hemos dicho, que el trust, al igual que el negocio fiduciario, se desenvuelve en torno de la confianza que dispensa el constituyente o settlor en la persona del trustee o fiduciario, de que éste dará cima en la forma convenida, al destino de los bienes en favor del cestui que trust (fideicomisario, beneficiario). Recordemos que estos tres sujetos, en el instituto del trust, corresponden exactamente en el caso de los negocios fiduciarios y en el orden señalado, al fideicomitente, al fiduciario y al beneficiario.

En la misma forma como ya ha sido explicada, y para corregir la deslealtad y los fraudes de los fiduciarios, fue necesario el dictado de disposiciones

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

obligatorias en Roma junto con el accionar de los cónsules y del pretor fideicomisario; en Inglaterra, al evolucionar el trust, se consumaron los mismos males, dando lugar a la creación del Tribunal de la Cancillería, y en el cual el Lord Canciller representaba al Rey, quien se reservaba, como monarca, una facultad jurisdiccional paralela con los tribunales de Derecho estricto.

Para el Tribunal de la Cancillería, las obligaciones de confianza provenientes del trust daban nacimiento a un derecho de carácter equitativo (equity), que en forma compulsiva obligaba a la persona del fiduciario (trustee) a dar cabal cumplimiento al encargo efectuado en confianza, en provecho del fideicomisario (cestui que trust), a quien dicho Tribunal le atribuía por la equity la propiedad en equidad, sancionando los fraudes con penas de prisión y confiscación de sus propios bienes.

En cambio, para los tribunales que aplicaban el Derecho estricto (common law), al plantearseles las demandas de los fideicomisarios contra los fiduciarios por los abusos o fraudes cometidos en perjuicio de los bienes cuya titularidad les había sido transmitida en confianza por el settlor (fideicomitente), rechazaban dichas demandas puesto que para el common law el titular de los bienes era el que ostentaba la propiedad legal, que no era otro que aquel que figuraba designado por el constituyente o settlor, como trustee o fiduciario, y a cuyo nombre había transmitido la titularidad de los bienes objeto del trust.

Los bienes transmitidos en trust formaban un patrimonio que estaba afectado al cumplimiento de este instituto, de manera tal que en caso de quiebra del fiduciario o trustee, dichos bienes no entraban a formar parte de la masa concursal de éste, porque estaban "afectados" al fin dispuesto por el constituyente del trust, haciéndole posible de tal modo que el destinatario (cestui que trust), estuviera protegido de ese riesgo y le permitiera acceder en plenitud a los bienes que componían tal patrimonio.

Expuesta a grandes rasgos la semblanza del trust del Derecho anglosajón, se ha podido palpar con el correr del tiempo que este instituto ha permitido, por su versatilidad y flexibilidad, emplearlo para emprender negocios u operaciones para los más diversos fines, con la sola limitación de no estar prohibidos por las leyes o ser contrarios al orden público.

Valorando de tal modo sus numerosas ventajas por la simplicidad de los medios empleados en su operatoria, especialmente cuando por la naturaleza de los emprendimientos sea menester la intervención de un fiduciario revestido de los atributos de confianza, solvencia y capacidad para asegurar resultados óptimos al negocio, y represente su función una garantía de éxito, todo ello ha despertado el interés de varios juristas de América Latina por introducir esta figura del Derecho anglosajón en los ordenamientos legislativos de raíz romanista que caracterizan el Derecho positivo de los países que la integran, partiendo para adoptarla del fideicomiso de origen romano. Empero, tomando el modelo en su moderna transformación que, por efecto del constante perfeccionamiento, le imprimió el trust; así ha podido decir Guillermo Michelson que el fideicomiso, cuya raíz ideológica fue elaborada por los juristas romanos, sufrió distintas



**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

adecuaciones en el Derecho anglosajón, y así modernizado, obtuvo ciudadanía en casi todos los países latinoamericanos.

Al jurista panameño doctor Ricardo Alfaro le cabe el mérito de haber iniciado en América Latina la corriente de opinión favorable a la adaptación del trust anglosajón a nuestra legislación de base romanizada, elaborando un proyecto inspirado en los lineamientos del trust, al que denominó "fideicomiso", empero despojado de las especiales modalidades del Derecho anglosajón, y que presentó a la Tercera Conferencia Científica Panamericana, celebrada en Lima, Perú, en 1924.

La elaboración del doctor Alfaro tuvo amplia adhesión, y fue reflejada en diversas legislaciones de varios países latinoamericanos que recogieron esta versión modernizada del instituto del fideicomiso, entre ellos México, El Salvador, Panamá, Venezuela y Colombia.

Es en México donde posiblemente el fideicomiso en su nueva acepción como similar al instituto del trust ha tenido mayor desarrollo, y se ha extendido adquiriendo perfiles de tal importancia que puede sostenerse que el porvenir del fideicomiso en América Latina tiene un punto de referencia casi obligado, y es el recurrir al caudal de experiencia recogido en más de cincuenta años de aplicación fructuosa en el tráfico jurídico mexicano.

Podemos decir, al pasar, que los antecedentes del fideicomiso en México arrancan del "Proyecto Limantour", de 1905; del proyecto del licenciado Jorge Vera Estañol, de 1926; y, asimismo, del erudito trabajo ya citado del jurista panameño doctor Ricardo Alfaro. Con dichos antecedentes fue elaborándose más tarde la "Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito", en vigor desde el 15 de setiembre de 1932, y la "Ley de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares", del año 1941.

Así, el artículo 346 de la ley 1932, y actual artículo 838 del Código de Comercio mexicano, expresa: "En virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria".

Anotemos sus rasgos más salientes: el fideicomiso es un negocio típico previsto en la ley, y si bien está limitado el derecho de propiedad, cabe observar en cambio que la potestad del abuso, característica de los negocios fiduciarios puros, prácticamente no existe, en razón de los dispositivos de tutela y protección que prevé.

Los bienes que constituyen el fideicomiso se encuentran separados del resto de los otros que integran el caudal del fideicomitente, formando, diríamos, un "patrimonio autónomo de afectación", y este patrimonio especial se halla excluido también de la garantía general con que deben responder en caso de falencia del fiduciario o del fiduciante con los bienes de cada uno como prenda común de sus acreedores respectivos, salvo que se tratara de obligaciones contraídas con anterioridad a la constitución del fideicomiso.

Sólo pueden ser fiduciarias las instituciones expresamente autorizadas para ello conforme a la Ley General de Instituciones de Crédito.

Transcurrido más de medio siglo de aplicación del fideicomiso en México, es un lapso apreciable en el desenvolvimiento de una institución como lo es

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

la figura del fideicomiso, para poder apreciar sus méritos y juzgar si ha sido útil su incorporación al Derecho positivo.

El fideicomiso ha permitido llevar a feliz término y desarrollarse con toda amplitud proyectos de dimensiones muy vastas, que abarcan desde operaciones inmobiliarias, las construcciones de barrios de viviendas, para atender los aspectos del crédito que permiten financiar su adquisición, al igual que los casos de complejos turísticos, incluso los de playas y fronteras, obviando la prohibición de adquisición de bienes en tales lugares por parte de extranjeros; todo ello factible a partir de la propiedad fiduciaria. Existen igualmente fideicomisos con base de pólizas de seguros, y también importantes emprendimientos en materia de complejos industriales y habitacionales.

Digamos, para terminar, que el ejemplo que ofrece México con el desarrollo espectacular que ha logrado con el fideicomiso es una invitación a modernizar las instituciones de países que, como la República Argentina, carecen de un ordenamiento regulatorio en el Código Civil de los negocios fiduciarios, que bien podría haber sido el primer eslabón para desembocar en una ley de fideicomiso con los moldes de la figura del trust y la rica experiencia de México en esta materia.

#### **4. El fideicomiso o dominio fiduciario en el Código Civil argentino**

En una mesa redonda sobre el tema del fideicomiso inmobiliario, celebrada en el Colegio de Escribanos de la ciudad de Buenos Aires en mayo de 1978, el suscrito, refiriéndose a la influencia del derecho angloamericano en los países de América Latina, preguntaba: "¿Es por ventura casual que aquellos que son fronterizos o de cercana vecindad con los Estados Unidos, son los que hayan adoptado en sus legislaciones este tipo de fideicomiso, contrastando en cambio con el panorama que ofrece nuestro país, donde los aspectos doctrinarios y prácticos del negocio fiduciario han sido muy poco tratados y desarrollados, y menos aun en materia de fideicomiso?" Y agregaba más adelante: "Pienso que este retardo en adoptar la figura en la legislación argentina se debe a la falta de interés por parte de los juristas, de la que tampoco se han hecho eco los trabajos de investigación. Es entonces que nos encontramos que hoy, así, repentinamente, no tenemos una base vernácula para promocionar el fideicomiso".

Estas palabras sirven para hacer conocer el actual panorama de nuestro país en materia de fideicomiso, aunque es forzoso reconocer que en el ámbito bancario y en el notarial ha tenido lugar en los últimos años un intenso movimiento en torno de la promoción del fideicomiso a través de simposios, congresos y publicaciones en revistas especializadas de los bancos y los Colegios notariales, así como también mediante la concurrencia de delegados a reuniones internacionales sobre el tema.

Una de las aportaciones de mayor aliento llevadas a cabo en nuestro país, para la incorporación del fideicomiso sobre la base del trust del Derecho anglosajón y los modelos de la ley panameña del distinguido jurista doctor Ricardo Alfaro (2)(36), es el proyecto de Ley de Fideicomisos, elaborado en 1967 sobre la base del anteproyecto del doctor Guillermo Michelson, por la subcomisión de contratos, integrante de la Comisión de Reformas a la

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

Legislación Comercial del entonces Ministerio de Educación y Justicia de la Nación. El proyecto en cuestión fue sometido a la sazón a una amplia consulta de organismos e instituciones de diversos sectores gubernamentales, técnicos, universitarios, bancarios, empresarios y científicos. En la exposición de motivos del proyecto definitivo elevado a la Secretaría de Estado de Justicia el 8 de agosto de 1969, con la firma de sus autores, los doctores Carlos Alberto Zannoni, Héctor Alegría, Gervasio R. Colombres, Carlos C. Malagarriga, Guillermo Michelson, Francisco Quintana Ferreyra, Héctor Cámara y Rodolfo O. Fontanarrosa, se expresa que en la redacción del ordenamiento proyectado - en el que está comprendido el fideicomiso mobiliario y el inmobiliario -, la subcomisión había tenido en cuenta las opiniones, críticas y sugerencias formuladas por los organismos e instituciones consultados, entre otras consideraciones, que son propósitos fundamentales del proyecto elaborado resolver dos problemas de capital importancia para el progreso y economía del país, a saber: el primero, posibilitar la introducción de equipos para contribuir al desarrollo de los planes energéticos, viales, industriales, etcétera. Es decir, hace referencia a los dispositivos que son materia propia del fideicomiso mobiliario, que no interesa a los fines de este trabajo analizar aquí, señalándose, no obstante, al pasar, que el fideicomiso mobiliario previsto en el proyecto se asemeja a la locación de bienes de capital que actualmente realizan las entidades financieras y que en los usos y prácticas comerciales se denomina leasing.

El segundo problema que trata el proyecto, para cuya solución auspicia el fideicomiso inmobiliario, persigue los fines específicos declarados en la propia exposición de motivos, y que son los siguientes: "garantizar el cumplimiento de los planes de construcción de viviendas - ya sea de barrios, o para ser sometidos al régimen de propiedad horizontal - evitando las frustraciones dañosas tan frecuentemente denotadas, que desalientan a inversores y adquirentes y retardan las urgentes soluciones que el déficit habitacional reclama". La operativa del proyecto propende al desarrollo de planes relativos a la construcción de viviendas y a conferir la protección y seguridad necesarias a sus adquirentes, valiéndose para ello del instituto del fideicomiso, que de acuerdo con el artículo primero del proyecto consiste en la transmisión del dominio de determinados bienes a un fiduciario para que proceda respecto de ellos conforme lo dispone el contrato respectivo celebrado con el constituyente. Es decir, que puede tratarse de un terreno cuyo dominio se transfiere con el encargo de levantar en él un edificio para viviendas. El art. 9º establece que sólo pueden ser fiduciarios los bancos establecidos en la República y las entidades expresamente autorizadas por la ley, agregándose que, en materia de inmuebles, pueden también actuar como fiduciarios los entes oficiales de promoción de la vivienda que actúen en el orden nacional, provincial o municipal. En la época de preparación de este proyecto de ley tenía vigencia la ley 18061 de Entidades Financieras, hoy derogada y reemplazada por la ley 21526, entendiéndose que esta última ha ampliado implícitamente a las sociedades de ahorro y préstamo para la vivienda u

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

otros inmuebles las facultades para recibir encargos fiduciarios que pueden desempeñar los bancos de inversión, las compañías financieras y los bancos comerciales, toda vez que por el inciso g) del art. 25 pueden cumplir comisiones conexas con sus operaciones, y el fideicomiso es precisamente una comisión de confianza.

Aquí cabría incluir, al procederse a la actualización del proyecto, a otros organismos y entidades particulares con igual aptitud dentro de su esfera para recibir encargos fiduciarios, tales como las cooperativas, asociaciones profesionales, gremios, mutualidades y otras agrupaciones de carácter benéfico o social. De igual modo que a las empresas especializadas en la construcción y comercialización de viviendas previa acreditación ante la autoridad administrativa competente, de solvencia e idoneidad.

El mecanismo desarrollado por la ley, a la par que limita la selección del fiduciario a entidades u organismos cuyo nivel económico y capacidad técnica los señala con mejores aptitudes para el cumplimiento de las delicadas funciones que la misma le asigna, persigue evidentemente el propósito de generar la seguridad y confianza necesarias, tanto como fin primordial de su eficacia, cuanto como instrumento legal, y fluye de la lectura de los artículos del proyecto. Así se crea un patrimonio de afectación (artículo 2°), explicándose en la exposición de motivos con obvia referencia a este artículo, que "los bienes así transmitidos forman un patrimonio fiduciario que no se confunde con el patrimonio propio del fiduciario". Precisando seguidamente: "Tales bienes quedan afectados exclusivamente al cumplimiento de las obligaciones que derivan del fideicomiso constituido o de gravámenes que se registraren al tiempo de su constitución". Atento entonces a que el dominio fiduciario recaería, como ya se ha dicho, en aquellas entidades seleccionadas por la misma ley, cuya corrección de procedimientos y capacidad económica para encarar la construcción de viviendas con la finalidad perseguida no puede ofrecer lugar a dudas, sin perjuicio de ampliar el número de entidades fiduciarias en la forma propuesta, cabe concluir que su implantación habrá de significar un avance promisorio en la solución del problema habitacional.

### **5. Una aplicación efectiva**

Existe ya un precedente de aplicación de este instituto valiéndose para ello del fideicomiso convencional, cuyo dominio fiduciario se halla regulado por el art. 2662 del Código Civil que dice así: "Dominio fiduciario es el que se adquiere en un fideicomiso singular, subordinado a durar solamente hasta el cumplimiento de una condición resolutive, o hasta el vencimiento de un plazo resolutorio, para el efecto de restituir la cosa a un tercero".

En tal sentido, y con dicho antecedente legal, la Dirección General de Préstamos Personales y con Garantía Real, conforme asimismo a la resolución del 23 de setiembre de 1958, que estableció normas para operaciones colectivas destinadas a la compra de terrenos y/o construcción de edificios de departamentos sujetos a la ley de Propiedad Horizontal N° 13512, o de barrios de viviendas individuales, puso en práctica los dispositivos del fideicomiso.

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

Dicha Dirección General asumía las funciones de entidad fiduciaria durante la riesgosa etapa de la prehorizontalidad, es decir, el lapso que media durante toda la construcción del edificio y la entrega de los departamentos en propiedad horizontal a los interesados.

El método empleado tuvo suficiente operatividad a través de la construcción de edificios y de la adjudicación de sus unidades a los respectivos adquirentes, y a su vez prestatarios de los créditos hipotecarios resultantes de la división del préstamo global, gestionado para realizar la operación colectiva.

Si bien este plan fue dejado sin efecto en el año 1963 argumentándose para ello en el resultado negativo del sistema, es de tener presente que no se debió a fallas en la configuración jurídica o carencia de aptitud de la figura del fideicomiso convencional para cumplir las etapas del proceso, sino por haber excedido el cúmulo de solicitudes la capacidad financiera de dicha Dirección General. Estos antecedentes obran en el Banco Hipotecario Nacional, actual sucesor de la entidad nombrada por disposición de la ley 19192.

Hasta tanto llegue a tener recepción normativa en nuestro derecho positivo el fideicomiso estructurado conforme a las bases del proyecto aludido para ser posible su aplicación en orden primordial dada la urgencia que reviste el problema, a las distintas fases de la operativa inmobiliaria que puedan desembocar en planes para la construcción de viviendas en todos los niveles y categorías, es oportuno destacar que no obstante - como también lo señala el proyecto - las escasas y aisladas disposiciones del Derecho nacional, insuficientes de suyo para basar una teoría general referida a este instituto, y que por lo tanto fundamentan las razones esgrimidas para propiciar su regulación legal, que tales premisas no empecen la idoneidad de esta figura para recurrir a ella en la actualidad con iguales fines prácticos que los alcanzados con los del precedente que se ha enunciado.

Es así como han tenido en la plaza inmobiliaria su faz de aplicación contratos de fideicomiso con expresa remisión a los términos del artículo 2662 del Código Civil con el objeto precisamente de llevar a cabo la construcción de edificios para su posterior división por el régimen de la propiedad horizontal, con reserva de unidades para el fiduciante o aportante del terreno, y la venta a terceros del remanente del edificio. Han actuado en carácter de fiduciarios los bancos o las entidades financieras, que de acuerdo con la ley anterior - 18061 - y la que ahora la reemplaza - 21526 - dictadas para regir a dichos organismos, pueden aceptar encargos fiduciarios.

Al hacer referencia a los bancos y entidades financieras como uno de los sujetos intervinientes asumiendo el rol señalado en la relación jurídica apuntada, es decir en el negocio de fiducia legal como el que resulta de su encuadramiento dentro de la órbita de influencia del artículo 2662 del Código Civil, la mención es sólo genérica. Tiene más bien el alcance de un mero ejemplo sin atribuirle contornos que puedan significar limitación o enunciación taxativa de los posibles sujetos con aptitudes para desempeñarse como fiduciarios. Se ha aludido a los organismos

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

comprendidos en el régimen de dichas leyes, ponderando en tal sentido la sensación de seguridad y confianza que despiertan la intervención de los mismos en todo tipo de negocios u operaciones y especialmente en los inmobiliarios, cuya actuación, además, está permanentemente fiscalizada por el Banco Central, o sea otra faceta adicional de indudable gravitación en el ánimo de los contratantes que en definitiva genera tranquilidad, más aún cuando se trata de la adquisición de la vivienda.

La salvedad expuesta en cuanto a la mentada selección de ese tipo especial de fiduciario, es sin perjuicio de admitir, como acaba de sostenerse, la inclusión para desempeñar el mismo rol de cualquier persona física o jurídica, puesto que en nuestro Código Civil la capacidad es la regla y la incapacidad la excepción.

### **6. Nuevas ventajas**

A lo expuesto cabe agregar otras aplicaciones de orden inmobiliario a que podría extenderse la institucionalización del fideicomiso: permitiría a los particulares que deseen construir edificios de departamentos para su venta en propiedad horizontal o a propietarios de terrenos aptos para la construcción de conjuntos de viviendas, transmitir el dominio fiduciario de los solares respectivos a las entidades autorizadas, reservándose los propietarios en cada caso el número de unidades o de viviendas que en su calidad de transmitentes (fideicomitentes) de los inmuebles establecieran como contraprestación en el contrato pertinente con las entidades fiduciarias que estuvieran autorizadas para operar, las cuales podrían entonces dar impulso a sistemas de adquisición organizados y financiados sobre la base del cobro de cuotas parte cuya percepción no implicaría la venta de partes indivisas del inmueble a los interesados aportantes durante la etapa de la construcción, es decir, durante el ciclo de prehorizontalidad, cuando se tratara de edificios de departamentos, sino reconocerles a los aportes carácter de un crédito susceptible de ser negociado por el tenedor en los supuestos de no poder continuar abonando las cuotas, o del simple inversor al que ya no le interesa adquirir una vivienda del inmueble en obra, permitiéndoles desprenderse de sus tenencias con un plus de beneficio, todo ello con intervención y expreso contralor de la entidad fiduciaria.

Otra variante que permite el sistema, mucho más económica en cuanto al monto de los capitales necesarios para afrontarla, sería otorgar la transmisión del dominio fiduciario a las entidades autorizadas por parte de aquellos propietarios de inmuebles de una sola planta, o de baldíos situados en barrios modestos, ya sea para aumentar la capacidad habitacional o para la erección de edificios de un número limitado de departamentos, sin servicios centrales, ascensores, etcétera, que los hagan así más accesibles a las clases menos pudientes, en razón de su costo más moderado. El propietario transmitente recibiría en pago una o más unidades de vivienda cuyo valor, una vez concluida la edificación, tendría que ser lógicamente superior al del inmueble confiado a la entidad autorizada para los fines específicos indicados, la cual, a su vez, negociaría la venta a terceros de las demás unidades con utilidad a su exclusivo beneficio,

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

combinándose inclusive, en caso de pago diferido, con planes de amortización por el sistema de ahorro y préstamo u otras formas de financiación.

### **7. Aplicación de la ley 13512 de propiedad horizontal**

Una vez concluido el edificio, los ex propietarios de los solares (fideicomitentes), así como los titulares definitivos de las cuotas - partes necesarias para lograr el acceso a la propiedad individual de los departamentos correspondientes (beneficiarios o fideicomisarios), recibirían cada uno de la entidad fiduciaria, en propiedad exclusiva, los primeros títulos de contraprestación en los términos del contrato de fiducia, y los cuotapartistas a título de compraventa, las unidades respectivas por el régimen de la propiedad horizontal.

### **8. Modalidades**

La operativa del sistema sugerido, a fin de dotarla de agilidad y fluidez, sin que por ello se resienta el margen de seguridad que deben revestir las operaciones, aconseja según se ha dicho la exclusión de la venta de partes indivisas del inmueble a los cuotapartistas por dos razones: la primera en lo atinente a la seguridad en la etapa de prehorizontalidad, al quedar debidamente resguardada por la imperativa selección que exige la ley de las entidades que pueden desempeñar el rol de fiduciarios, llamadas a recibir el dominio de los bienes raíces confiados a su solvencia y seriedad de procedimientos para cumplir los fines específicos y del fideicomiso, recurso éste que también puede arbitrarse para el fideicomiso constituido bajo los dispositivos del art. 2662 del Código Civil, por las razones que acaban de explicarse; y la segunda, como resultado de la experiencia recogida hasta el presente en materia de operaciones colectivas que podrían resumirse citando los casos más comunes de entorpecimientos que genera el condominio a priori y que por ende quedan obviadas al ostentar la entidad fiduciaria la exclusividad del dominio hasta finalizar la construcción del edificio: a) el fallecimiento de cuotapartistas; b) los casos de divorcio, con la consecuente separación de bienes; c) la quiebra o concurso de consorcistas; d) la insolvencia o morosidad de los mismos, etcétera, permitiéndoles a la entidad fiduciaria adoptar, según la emergencia, rápidas soluciones que estarían previstas y serían de conocimiento previo de los futuros adquirentes para quienes su calidad de cuotapartistas implicaría la aceptación de tales medidas.

### **9. Conclusiones**

Teniendo en cuenta que las leyes de este tipo existen en casi todos los países de América Latina, con excepción de la República Argentina, sería del caso someter el proyecto de ley que glosamos al principio a un nuevo estudio, introduciéndole las modificaciones aconsejables en el lapso transcurrido, con vistas a su sanción legislativa circunscripta a los alcances similares propuestos por sus autores o ampliando su campo de aplicación. Finalmente, cabe agregar que consideramos al fideicomiso de suma

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

utilidad para ser aplicado en los sistemas de ahorro y préstamo para la vivienda, toda vez que en el ejemplo que nos brinda México - donde se han llevado a efecto vastos programas de construcción de viviendas destinadas a las clases menos pudientes - los bancos como entidades fiduciarias reciben los inmuebles en fideicomiso, desarrollan los planes previstos con los fideicomitentes para la construcción de edificios para viviendas, proveen los fondos necesarios para su erección y, luego de concluidos, proceden a la venta de los departamentos, brindando asistencia financiera a los adquirentes mediante la aplicación de distintos planes de reembolso de los créditos acordados para tal fin.