

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

EL FIDEICOMISO. UNA ALTERNATIVA DE DESARROLLO PARA LOS SISTEMAS DE AHORRO Y PRÉSTAMO(*) (259)

LUIS CORREA LARGUÍA

SUMARIO

I. Introducción. II. El fideicomiso en América Latina. III. Proyecciones del fideicomiso en México. IV. La estrategia elaborada en México mediante el fideicomiso Y. El fideicomiso en la República Argentina. Conclusión.

En ocasión de celebrarse la V Convención del Instituto Jurídico de la Unión Interamericana de Ahorro y Préstamo para la Vivienda, en la ciudad de Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, los días 16 y 17 de abril de 1982, el punto IV del temario incluía el tratamiento del fideicomiso, el examen de sus características y de su aplicación a los sistemas de ahorro y préstamo.

El análisis del instituto despertó, como era de suponer, el interés que suscita todo aporte en el que se va advirtiendo, a medida que se avanza en su desarrollo, el género de posibilidades que encierra, tanto en el campo económico y financiero cuanto en el ámbito inmobiliario, y, precisando más aún, en las operativas que componen el espectro que abarcan en sus distintos planes las entidades de ahorro y préstamo para la vivienda.

Como corolario, es bien elocuente y habla por sí solo el acuerdo plenario adoptado en torno de este tema, al culminar las exposiciones, a saber:

1. Que el fideicomiso es un negocio jurídico que, por su versatilidad y flexibilidad, es aplicable al cumplimiento de los fines de los sistemas de ahorro y préstamo, y, por lo tanto, representa una herramienta sumamente útil para el desarrollo de las entidades referidas.
2. Que se promueva la regulación legal del fideicomiso en aquellos países que aún no cuentan con este tipo de instrumento, considerando como idóneas a las entidades de ahorro y préstamo para actuar en calidad de fiduciarias.
3. Propender que en las legislaciones tributarias de los distintos países de la Unión Interamericana no se grave impositivamente el dominio fiduciario cuando este contemplado en planes de vivienda económica.

I INTRODUCCIÓN

En oportunidad del evento mencionado en la parte introductoria de nuestra ponencia(1)(260), dijimos: "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

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

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 - expresamos -, 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.

II. EL FIDEICOMISO EN AMÉRICA LATINA

En orden a los antecedentes expuestos y en momentos de la grave crisis económica por que atraviesan la mayoría de los países de Hispanoamérica, en que parecen tambalear todos los sistemas económico y financieros tenidos por eficientes y aptos hasta el presente, y peligrar por ende, las más previsoras medidas para respaldar a los sistema de ahorro y préstamo, que han cumplido desde su inicio una extraordinaria labor en su cometido específico, es necesario arbitrar las soluciones que la emergencia reclama. Pensamos, en consecuencia, que están dadas las instancias necesarias para aplicar el fideicomiso como un ingrediente de suma importancia a las pautas operativas, para dar cima a la elaboración de las estrategias que pide el temario a fin de lograr de tal modo los amplios fines que éste menciona.

Ponemos el acento al propiciar la utilización del fideicomiso en punto a los requerimientos propios del campo de actividades de las sociedades de ahorro y préstamo, por cuanto, como ya tuvimos ocasión de consignarlo en nuestra elaboración anterior(2)(261), son muchos los países americanos cuyas instituciones jurídicas, provenientes 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 trayecto 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, va ha tenido una difusión bastante amplia en distintos foros de América Latina, a través de cursos especializados. congresos, mesas redondas y aportes doctrinarios de estudiosos del tema.

Por medio de dichas fuentes, se ha 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 el rol que les cabe desempeñar a las partes intervinientes es decir, al fiduciante o fideicomitente, al fiduciario y al

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

fideicomisario o beneficiario.

Aun a riesgo de no mencionar en su totalidad a los países con legislaciones de tipo románico que han asimilado a sus respectivos ordenamientos los conceptos de la filosofía jurídica angloamericana, incorporando la institución del trust, claro está, en una versión adaptada a los esquemas generales de los respectivos Códigos Civiles y Comerciales, para mantener, dentro de lo posible, la armonía de conjunto de tales cuerpos legales, podemos citar a Bolivia, Brasil, Colombia, México, Puerto Rico, Panamá, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Perú, y la provincia de Quebec, en Canadá; el Japón y el principado de Liechtenstein.

En lo que respecta a los países de América Latina, cabe recordar que el introductor de los principios doctrinarios del fideicomiso, que ha cautivado a varios juristas, es el doctor Ricardo Alfaro, quien inicio la corriente legislativa luego extendida, como se ha visto, a otros países, ideando el texto del proyecto para Panamá, en 1925.

Los trabajos de Alfaro sirvieron en gran medida para la introducción del fideicomiso en México, en el año 1926, que culminó, finalmente, en el caso de este último país, con la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, del año 1932, y la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, del año 1941.

III. PROYECCIONES DEL FIDEICOMISO EN MÉXICO

Ha sido México, sin duda, el país donde han tenido amplio desarrollo las formas modernas del fideicomiso, a punto tal que ya es indiscutible la supremacía alcanzada por los resultados logrados y ha adquirido 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 fructífera en el tráfico jurídico mexicano, aprovechando, como ha dicho Rodríguez Azuero⁽³⁾(262), la afortunada labor de adaptación de esta figura anglosajona a un sistema inspirado en el derecho continental europeo.

En apretada síntesis, para resumir en breves trazos la semblanza moderna del fideicomiso, que tan exitosamente se ha desenvuelto en México, donde la visión de la figura del trust se va desdibujando en sus contornos primitivos, y que ya no es la del fideicomiso inglés ni la de la fiducia romana, para surgir un nuevo instituto de factura vernácula, nutrido de sus propias tradiciones jurídicas, podríamos ensayar un enfoque conceptual y decir que es, en cierta manera, un producto residual del clásico negocio fiduciario.

Las citadas leyes de 1932 y 1941 han tipificado el negocio y han regulado sus efectos. En primer lugar, el factor de la confianza y buena fe, rasgos distintivos de la fiducia pura, ya no juegan el rol fundamental entre el transmitente y el adquirente, o sea, entre el fiduciante y el fiduciario, como resultado de la faz operativa de la relación fiduciaria.

Tal aspecto consistía, como se recordará, en la circunstancia de confluir dos contratos independientes productores de un doble efecto: uno, de carácter real de transmisión plena del dominio de un bien; efectuada por el fiduciante

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

al fiduciario, con eficacia erga omnes; y el otro, contrato de carácter meramente obligacional, es decir, exclusivamente personal, mediante el cual el fiduciario se comprometía a cumplimentar al fiduciante lo convenido en el pacto de fiducia. Quedaba puesta de resalto la desigualdad de derechos que podían esgrimir el fiduciante y el fiduciario, aparentemente equilibrada por el principio de la moral, de la buena fe y la confianza, pero que, en la realidad, no constituía un respaldo verdadero a la situación de peligro frente a la denominada potestad del abuso por parte del fiduciario infiel. Esa posibilidad de abuso se hace ahora sumamente difícil haciendo responsable la ley a la institución fiduciaria de las pérdidas o menoscabos que los bienes sufran por su culpa.

En segundo lugar, el rol del fiduciario ya no recae en personas individuales, sino que la ley establece que sólo pueden ser fiduciarias las instituciones expresamente autorizadas para ello conforme a la ley general de instituciones de crédito. En cuanto a la naturaleza jurídica del fideicomiso y la situación del propietario fiduciario, se crea un patrimonio autónomo, con las notas características consagradas en la ley, a saber:

1. Los bienes dados en fideicomiso deben mantenerse separados del resto del patrimonio del fiduciario de manera tal que no puedan confundirse. Dichos bienes fideicometidos se consideran afectos al fin al que se destinan, con lo cual, aparte de las facultades de disposición que pueda ejercitar el fiduciario que quedan sumamente limitadas, el dominio es, por lo tanto, de carácter imperfecto.
2. Los bienes integrantes del acervo del patrimonio autónomo, o lo que es igual, de ese "patrimonio de afectación" destinado a un fin determinado conforme a las reglas del contrato en el momento de su constitución, quedan excluidos de responder a los acreedores del fiduciario, quedando, en consecuencia, a cubierto de toda acción que pudiera intentarse destinada a hacer ingresar los bienes fideicometidos a la masa concursal del fiduciario.
3. Ello también comporta igual tratamiento con respecto a los bienes ingresados por el fiduciante en fideicomiso en relación con los acreedores de éste, salvo que estuvieran gravados con obligaciones constituidas con anterioridad, puesto que la ley consagra que el fideicomiso constituido en fraude a terceros podrá en todo tiempo ser atacado de nulidad por los interesados.

IV. LA ESTRATEGIA ELABORADA EN MÉXICO MEDIANTE EL FIDEICOMISO

La reseña formulada en los apartados anteriores ha tendido a presentar la actual evolución del fideicomiso en su faz moderna, en la que es de toda evidencia la postura de líder que ostenta México con respecto a los demás países de América Latina.

Atento a los extraordinarios resultados alcanzados luego de medio siglo de implantación de la figura en dicho país, no podemos menos de exhibirlo como modelo para las legislaciones de los demás países, y para aquellos que aún no cuentan en sus ordenamientos legislativos con un instituto de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

tanto mérito operativo, constituye un verdadero acicate para incorporarlo al derecho positivo vigente.

En tal sentido consideramos de interés reproducir los conceptos expuestos en la Memoria del Seminario Latinoamericano sobre Fideicomiso realizado en México los días 9 y 10 de marzo de 1978, con el auspicio de la Federación Latinoamericana de Bancos:

"Estábamos seguros que la institución fiduciaria por sus múltiples facetas y posibilidades, por su campo inagotable de aplicaciones y experiencias, sería un tema del más alto interés para nuestros amigos banqueros de América Latina. En efecto, por tratarse de uno de los campos de servicio que consideramos fundamentales en la banca, el fideicomiso representa un interesante camino de respuesta a la satisfacción de necesidades, tanto de individuos como de instituciones y empresas que, adecuadamente utilizado, puede traducirse en una contribución positiva y efectiva por parte de la banca dentro del fortalecimiento económico y social de nuestros respectivos países.

A través de profundas exposiciones de los conferencistas, complementadas por acertadas y oportunas intervenciones de los integrantes del auditorio, se han analizado en esta ocasión los diversos aspectos inherentes a la naturaleza del fideicomiso: desde su definición y antecedentes hasta su filosofía y estructura jurídica. pasando por sus aplicaciones en el amplio campo de las actividades humanas.

Se ha hablado del "alma" y del "cuerpo" de la institución fiduciaria y de aquellas características esenciales que le son propias y que, al proyectarse en el ejercicio práctico de sus funciones, convierten al fideicomiso en el paradigma de virtudes señaladas en este seminario: la seguridad y la fidelidad; la imparcialidad y la confidencialidad; la honestidad y la permanencia. En resumen: la confianza y la experiencia que garantizan la función básica de una institución fiduciaria: administrar con profesionalismo. Ha sido, pues, este fin último, el que nos ha llevado a la realización de este seminario, durante el cual esperamos se haya podido dar cumplimiento a los objetivos que nos impulsaron a su celebración. Por un lado, la importancia del tema elegido. Por otro, la necesidad de un nuevo intercambio de experiencias, de ideas y de oportunidades de desarrollo en nuestros respectivos mercados, de un grupo de servicios de naturaleza esencialmente dinámica, acordes a las necesidades de los tiempos que nos ha tocado vivir".

Pensamos que los conceptos vertidos en la Memoria del Seminario Latinoamericano sobre Fideicomiso son susceptibles de aplicación en un todo a la operativa de las sociedades de ahorro y préstamo para la vivienda, como la mejor estrategia por desarrollar para darles el impulso y el vigor que reclama la coyuntura socioeconómica de la hora presente.

No se nos oculta que, paralelamente con los grandes resultados obtenidos en las políticas de alternativas tan variadas en que ha sido factible emplear este negocio fiduciario, la importación de la figura extranjera del trust del derecho anglosajón para adaptarla á las legislaciones de base romanizada - al punto de hablarse de una imitación extralógica del trust - ha suscitado

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

controversias entre los juristas continentales y retraído en tal sentido el interés por su incorporación en otros países, entre los que se cuenta la República Argentina. Coincidimos con Carregal(4)(263) en orden a lo expuesto, cuando sostiene:

"[...] podemos señalar que en algunos de los sistemas legislativos mencionados queda sin dilucidarse el carácter de la transmisión fiduciaria de bienes y la naturaleza del derecho que sobre los mismos adquiere el fiduciario (por e.;, Ley Venezolana de Fideicomisos de 1965, art. 1°; Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de México, dictada en 1932, art. 346) o bien se limita el destino de los bienes objeto del fideicomiso, los cuales para el Código de Comercio salvadoreño (art. 1233) se entregan en propiedad al fiduciario para que con ellos cumpla con el encargo recibido, consistente en transmitir al fideicomisario (beneficiario) el usufructo, uso o habitación total o parcial sobre los mismos. Las dudas sobre la naturaleza jurídica del título que el fiduciario ejerce sobre los bienes, las limitaciones introducidas por leyes dictadas sin una previa experiencia sobre la materia a legislar, las contradicciones que a menudo se producen respecto de otras normas vigentes del ordenamiento jurídico, y el peso de sistemas tributarios que no siempre contemplan con la razonabilidad deseada el tratamiento impositivo de las transacciones fiduciarias, han determinado que esta figura no haya alcanzado toda su expansión en los países iberoamericanos, con la excepción de México, ya apuntada.

En nuestro país la experiencia ha sido casi nula, pese a que no existen escollos insalvables en nuestra legislación para ponerlo en práctica de inmediato, y pese a que la ley de entidades financieras 18061, dictada en 1969, ya preveía la posibilidad de que los bancos de inversión y las compañías financieras pudieran ejecutar encargos fiduciarios. La ley 21526, que la sustituyó, mantiene esa posibilidad.

Es de desear que un mejor conocimiento de esta figura jurídica y la percepción de la enorme gama de posibilidades prácticas que presenta permitan el desarrollo en nuestro medio de negocios serios, al servicio de la comunidad".

V. EL FIDEICOMISO EN LA REPÚBLICA ARGENTINA

I. Tocante a lo dicho por Carregal en lo atinente a la escasa aplicación de esta figura en 103 negocios fiduciarios de nuestro medio, tuvimos ocasión de ocuparnos del tema(5)(264) y, a la vez, señalar la carencia, en nuestro país, de una ley semejante en sus lineamientos generales a las de los demás de América Latina.

Destacábamos, en cambio, la intensa labor del notariado argentino en pro de la concreción de esa sentida necesidad como un aporte moderno a las disciplinas del derecho económico y financiero, puntualizando que:

"El notariado ha tenido ocasión de expresar su opinión favorable con relación al fideicomiso inmobiliario. En la Quinta Reunión Jurídico Notarial celebrada en Rosario los días 20 a 22 de julio de 1972, entre cuyos temas

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

figuró el tratamiento del fideicomiso. Allí se pronunció en la respectiva ponencia estableciendo, entre otros aspectos, que el fideicomiso es una figura apta para la concreción de determinados actos jurídicos que demanda la actividad negocial en general y el creciente tráfico inmobiliario, en particular. Se decidió, asimismo, en el sentido de que sería eficaz como uno de los sistemas para eliminar los problemas que crea el estado prehorizontal.

También en oportunidad de celebrarse en el país el XII Congreso Internacional del Notariado Latino, del 1º al 9 de octubre de 1973, al que asistieron representantes de 33 países, en el tratamiento del tema "La propiedad inmobiliaria urbana en el mundo actual. Objeto, garantía y límites", al proponer la adopción de nuevas formas contractuales atípicas para atender a las necesidades sociales relativas a la vivienda, entre las figuras dignas de estudio se pronunció por el fideicomiso. Y, más recientemente, en el XIV Congreso Internacional del Notariado Latino, celebrado en Guatemala del 5 al 13 de noviembre de 1977, en torno del tema IV, "Régimen de contratación bancaria y la participación del notariado en el mismo", el trabajo de la delegación argentina incluía el tratamiento del fideicomiso, con especial referencia al proyecto del doctor Guillermo Michelson. Y, finalmente, en la VII Convención Notarial del Colegio de Escribanos, celebrada los días 11 a 13 de mayo del corriente año (1978), se volvió a tratar la conveniencia del fideicomiso inmobiliario en una mesa redonda con intervención de los doctores Edgardo Marcelo Alberti, José María López Olaciregui, Jorge Mosset Iturraspe, Miguel N. Falbo y José M. R. Orelle, actuando como coordinador el autor de este trabajo.

Cabe acotar, asimismo, que, en el ámbito bancario, este instituto ha sido objeto de una atención particular. Merece destacarse, en este aspecto que el tema fue tratado en el Primer Congreso de Abogados del Banco de la Nación Argentina, celebrado del 24 al 28 de octubre de 1977; y entre el 9 y 10 de marzo último (1978) tuvo lugar en México un Seminario Latinoamericano sobre fideicomiso, al que concurrió un grupo de representantes de numerosos bancos de nuestro país, prueba evidente del creciente interés que despierta el estudio de la figura, que guarda semejanza con el trust del derecho anglosajón y que en los países regidos por el common - law ha permitido adaptarlo por su versatilidad a una serie de operaciones jurídico - económicas de los mas variados aspectos.

II. Con respecto a las opiniones expuestas en la mesa redonda de fecha 12 de mayo de 1978(6)(265) a que se ha hecho referencia más arriba, el doctor López Olaciregui, en el curso de su exposición, luego de destacar el carácter imperfecto del dominio fiduciario, se mostró partidario de la concertación de negocios fiduciarios, y que la posibilidad de tales negocios, si bien no ha sido regulada específicamente por el Código Civil, cabe dentro del cuadro de libertad asignado a la voluntad privada, y cuenta con el indiscutible respaldo convalidatorio que surge del artículo 2662 que configura, como instituto válido en nuestro derecho, el dominio fiduciario instituido en un fideicomiso singular. Agregando, asimismo, que si, para

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

alentar actividades de construcción de viviendas, se considera oportuna una consagración expresa del tipo jurídico "negocio fiduciario", la reglamentación correspondiente debe ser insertada muy claramente en los cuadros del Código Civil, porque, de lo contrario, se incurre en el riesgo de despedazar las estructuras básicas del derecho privado fundamental. La reglamentación del "negocio fiduciario" no requiere reforma del Código, sino su ampliación. La ampliación debe ser breve, concisa y enfocada con criterio de técnica jurídica civil. Pueden quedar para normas complementarias otros aspectos secundarios y contingentes relativos a aspectos financieros o económicos del funcionamiento del instituto.

III. El suscrito, en su función de coordinador, manifestó que el doctor López Olaciregui había dejado señalada la calidad de imperfecto que reviste el dominio fiduciario. Ampliando el concepto, destacó que ése es el rasgo distintivo fundamental que conviene analizar en profundidad. Es decir, de acuerdo con el fideicomiso convencional previsto en el artículo 2662 del Código Civil, el fiduciario adquiere una propiedad que no es plena en virtud de las limitaciones que le imponen los términos del acto constitutivo, ya que no reúne el conjunto de atributos que caracterizan al dominio perfecto. Esas limitaciones deben tener reflejo registral, como verdaderos gravámenes, para conocimiento de los terceros en trance de contratar con el fiduciario o con un interés legítimo en conocer el estado del dominio. Por lo tanto, en el supuesto de quiebra del fiduciario, no puede aplicarse como un dogma el principio general que el patrimonio del deudor es la prenda común de sus acreedores, puesto que el dominio en análisis, atento su calidad de imperfecto, no puede decirse con rigor que integre la universalidad de los bienes que constituyen el patrimonio del fiduciario, susceptible de ser atacado por los acreedores. Entonces, ante la situación de riesgo que comporta la quiebra del fiduciario, salvo que se considerara factible la aplicación de las reglas que contiene la Ley de Concursos sobre los contratos en curso de ejecución, pienso que sería útil propender a la reglamentación, en el Código Civil, del fideicomiso del artículo 2662 dentro de los lineamientos y para los fines que bosqueja el doctor López Olaciregui, a fin de que recibiesen tratamiento normativo los bienes fideicometidos en la hipótesis de falencia del fiduciario, despejándose, de tal modo, la incertidumbre en el fiduciante y los futuros beneficiarios acerca del destino de tal especie de bienes en la emergencia, ante un fallo Judicial que estableciera su ingreso en la masa concursal, en virtud de no existir regla dispositiva aplicable a tales casos.

IV. Aquí nos detenemos para destacar el notable trabajo del escribano Jorge Raúl Causse sobre la situación de insolvencia de los sujetos que participan de un negocio fiduciario inmobiliario, trabajo éste que integra como aporte complementario el nuestro que estamos desarrollando. Su erudita exposición me exime de todo otro comentario, que no será, por cierto, más provechoso que su detenida lectura.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

V. El doctor Mosset Iturraspe, en la citada mesa redonda, luego de historiar la figura del trust en el derecho inglés, su tratamiento distinto frente a la Justicia estricta del common - law, y la otra justicia, la de la equidad, según las circunstancias, pasa a considerar la llegada del trust a América Latina. Tengo para mí, dice, que llega, fundamentalmente por la influencia no tanto inglesa como norteamericana. Pasa por las fronteras de América del Norte y México; este último es un país donde los negocios fiduciarios han adquirido gran vulgarización, según nos dice el distinguido comercialista Cervantes Ahumada, y sirven para una cantidad de supuestos negociales o prácticos. Esto ocurre alrededor de 1932. Sigue luego a países donde también la presencia norteamericana es muy fuerte, como Panamá, en 1941; países que tienen un trato comercial muy fluido, como es el caso de Venezuela y El Salvador, donde se dictan leyes en las que se concreta específicamente esta figura en su rostro latinoamericano. La primera iniciativa - lo saben todos - es de un jurista panameño Alfaro, quien allá, por 1924, en la Primera Conferencia Científica Panamericana de Lima, habló del tema y propuso su incorporación en el derecho positivo. Pero Alfaro hizo un importante esfuerzo para romanizar el fideicomiso y lo definió como una especie de mandato irrevocable.

Tenemos muy presente que el mandato irrevocable del artículo 1977 del Código Civil sólo puede ser aplicado en negocios especiales, limitados en el tiempo y sobre la base de un interés común; pero es siempre revocable cuando media justa causa. Vale decir, que no daría esa amplitud de facultades, ese poder de abuso, al fiduciario.

Luego, la Séptima Conferencia Interamericana de Abogados realizada en Montevideo en 1951, aconsejó la incorporación de este instituto en las leyes de los respectivos países americanos. También en jornadas jurídicas chileno - uruguayas se estudió y analizó en profundidad esta figura.

Hay una importante literatura jurídica sobre el tema, fundamentalmente mexicana. Así, tenemos la obra de Batiza, la de Luis Muñoz, la de Rodríguez y Rodríguez, Cervantes Ahumada y otros, donde el tema es muy bien enfocado. La visión que, por ejemplo, aparece en la ley de Venezuela de 1956, no es la del fideicomiso inglés, ni la de la fiducia romana; las facultades que recibe el fiduciario son limitadas, el dominio es imperfecto; se deja expresa constancia de que el bien ingresa en un patrimonio separado del fiduciario y que pueden ser demandados los terceros adquirentes de mala fe sobre la base de acciones reales. Y Muñoz nos habla de que es un caso de "patrimonio de afectación", un patrimonio que está afectado a un fin, que de ninguna manera se confunde con el resto del patrimonio del fiduciario.

Para terminar, debemos preguntarnos nuevamente: ¿Son superables estas diferencias? ¿No ha quedado esta institución demasiado traspasada del espíritu inglés, un espíritu muy distinto del nuestro, un modo de ver las cosas desde un ángulo jurídico muy diverso? ¿Es posible su adaptación?

Pienso que sí, porque el numerus clausus o serie cerrada existe sólo en los derechos reales, pero no en los negocios que pueden dar origen a los derechos reales. El obstáculo que se desprende de aceptar sólo la triple

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

causalidad en la transmisión del dominio: la causa solvendi, la causa donandi y la causa credendi, configura una postura romanista que está también, como diría Barassi, en la arqueología jurídica; hay que admitir que el dominio se puede transmitir también por otras causas, como la que se deduce del fideicomiso: para administrarlo y darle un destino en la fiducia cum amico, de la cual hablaban los romanos.

De donde surge que no hay dificultades insalvables de tipo jurídico. El problema en debate es más bien de otro tipo; de la trascendencia o relevancia que su incorporación pueda tener en el tráfico. No vaya a ser de esas normas legales que son letra muerta, de esas instituciones que nadie utiliza, como dice muy bien López Olaciregui: uso, habitación, inclusive, anticresis. Que son de muy poco uso. Porque se las estudia mal, o se las desconoce, y, además, porque es una materia un tanto compleja y no de la simplicidad que quiere el hombre común.

Es interesante observar que en el Brasil se ha planteado esta polémica. Inclusive hubo dos tendencias. Un sector de juristas brasileños, con Waldemar Ferreira a la cabeza, opina que es innecesaria, que no se siente la necesidad de darle carta de ciudadanía, porque con la comisión civil, con el mandato sin representación, con el contrato a favor de terceros, se logra el mismo propósito que con el negocio fiduciario o fideicomiso latinoamericano. En cambio, otro sector sostiene que es provechoso, que tiene amplitud, que a la institución hay que dejarla vivir y no declararla muerta antes de nacer. Es la opinión de Adaime, comentada por Sousa Lima.

CONCLUSIÓN

Las opiniones tan valiosas de los juristas doctores López Olaciregui y Mosset Iturraspe, así como el proyecto de ley de fideicomisos del doctor Guillermo Michelson y los trabajos ininterrumpidos producidos tanto en el ámbito notarial como en el bancario, son coincidentes en el sentido de una regulación de la figura del fideicomiso en nuestro medio, que evidentemente se halla en mora con relación a las grandes soluciones que podría aportar a los medios económicos y financieros, entre otras, para paliar el crónico déficit habitacional que padece el país, calculado en un número superior a los tres millones de viviendas, según las últimas estimaciones.

En esa misma línea se encuentra el Banco Hipotecario Nacional, institución señera en el derecho inmobiliario argentino, con un caudal de experiencia recogido desde muy larga data en todos los ámbitos del país, en la aplicación de los más diversos planes de codificación y de préstamos hipotecarios para tales fines o para la adquisición de viviendas para las clases sociales de medios económicos limitados.

El Banco Hipotecario Nacional considera al fideicomiso como una herramienta idónea para lograr con su aplicación las estrategias convenientes, tendientes a obtener una sensible disminución de los costos de los solares destinados a la erección de conjuntos habitacionales, desalentando con su intervención fiduciaria expectativas de carácter

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

especulativo en los valores venales de los inmuebles y de los costos reales de la construcción de viviendas de todo tipo, descontando la confianza que genera en el público su prestigio como fiduciario.

Pese a los reparos que se le han opuesto a algunos de los aspectos doctrinarios que se advierten en las leyes de adaptación del trust del derecho anglosajón en los ordenamientos de los países de América Latina, y especialmente en México, país éste donde mayor evolución y profundidad ha alcanzado el fideicomiso moderno, es innegable la muestra positiva y favorable, después de medio siglo de vigencia en ese país, por el óptimo servicio que ha prestado, entre otros, para la solución de problemas como el de la vivienda de las clases sociales menos pudientes. No puede, entonces, desconocerse que las necesidades actuales de los pueblos reclaman también remedio de las clases dirigentes, de los hombres de Estado y de los juristas y economistas, que no pueden desoírse ni postergarse. Ante tales premisas, y como todas las instituciones jurídicas, el fideicomiso moderno se encuentra en una etapa de perfectibilidad, en cuyo andamio el fideicomiso mexicano ha recorrido un trecho importante que no puede desconocerse, y que irá, sin duda alguna, decantándose a través de la labor constante de sus estudiosos, de la experiencia recogida en su aplicación, y de las correcciones que vaya reclamando el medio en el que se encuentra implantado.

Será el modelo al que necesariamente deberán recurrir los países que, como el nuestro, no cuentan aún con el instituto del fideicomiso.