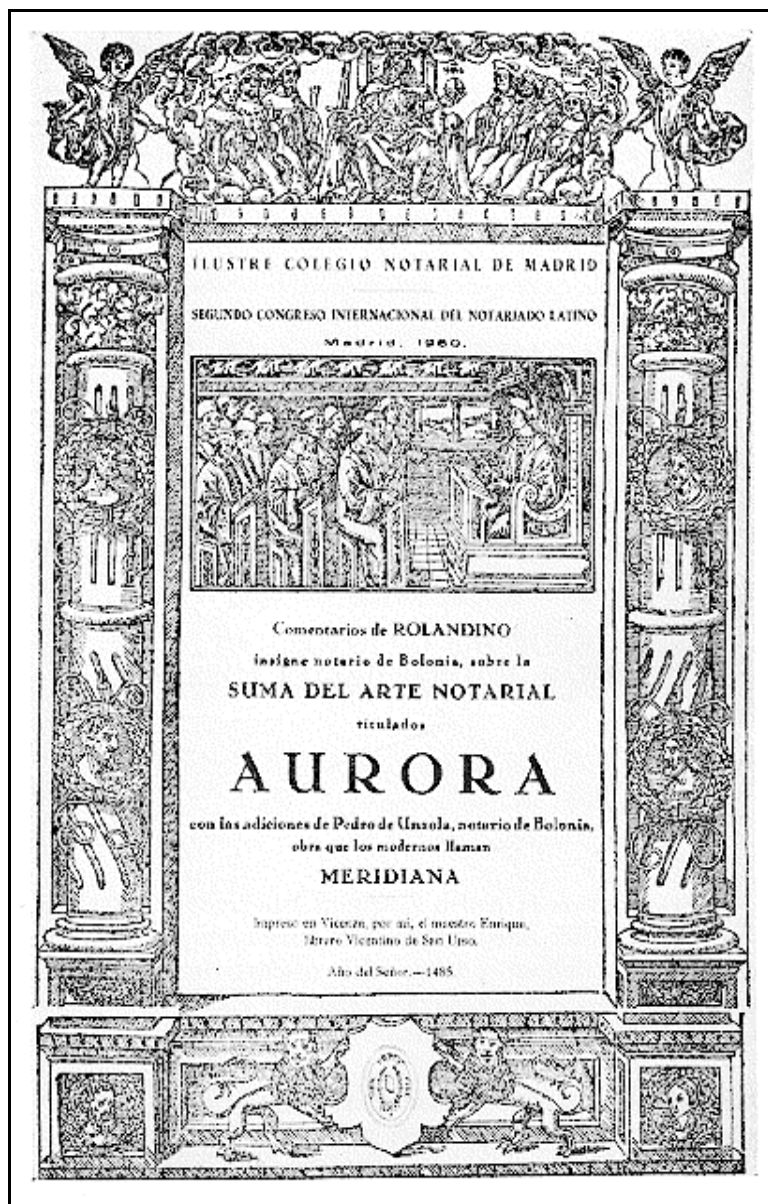


REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal



CURSO SOBRE LEASING INMOBILIARIO, DERECHO DE SUPERFICIE Y FIDEICOMISO INMOBILIARIO(*) (136)

ALBERTO M. AZPEITÍA

CLASE DEL 23 DE ABRIL DE 1985

DERECHO DE SUPERFICIE

1) Al tratar este tema debo recordarles sintéticamente las consideraciones generales de la clase anterior, respecto de los objetivos jurídicos,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

económicos y sociales, comunes a los derechos del leasing inmobiliario, superficie y fideicomiso. Asimismo, los caracteres comunes a dichos derechos, respecto a la cosa inmueble, a la escritura pública por aplicación del art. 1184 del Cód. Civil, a la necesaria e ineludible intervención notarial, al orden público presente en los tres derechos, a la necesaria inscripción registral para la oponibilidad a terceros interesados cumpliendo con el art. 2505 del Cód. Civil, a la vocación de derecho real que tienen los tres institutos, a la necesidad de su legislación con ventajas tributarias y fiscales, con plena autonomía jurídica; teniendo en cuenta la posibilidad de acceder a una legislación civil y comercial unitaria, por lo menos en obligaciones y contratos; y finalmente, al marco financiero y de ineludible intervención estatal, sin perjuicio del ejercicio de dichos derechos por los particulares, sobre todo en el mercado inmobiliario y de construcción de viviendas.

II) Nuestra legislación: Bien sabemos que nuestro ilustre codificador Dalmacio Vélez Sársfield, prohibió, por el art. 2614, que los propietarios de bienes raíces pudieran constituir sobre ellos derechos de superficie. No trae nota aclaratoria el código, y la fuente de Freitas no lo trata. Como derecho que incide en el tema diremos que también prohibió que el propietario de edificios pudiera dividirlos horizontalmente entre varios dueños; y aquí sí que tras nota explicativa que nos dice que Vélez conocía la propiedad horizontal, y según él, los perjuicios al embarazar el tráfico inmobiliario; dice textualmente: "...la propiedad del que ocupa el suelo (en tales casos) no puede ser definida...". No es sorprendente esta actitud legislativa de Vélez al prohibir la superficie como derecho, porque en el siglo pasado, la corriente codificadora no era partidaria del derecho de superficie, salvo en muy pocos casos; en cambio, nos hallamos ahora en tiempos de resurgimiento del referido instituto. El pensamiento de Vélez surge claramente en las notas de los arts. 2502 y 2503: "...los escritores españoles se quejan de los males que habían producido los derechos reales sobre una misma cosa . . . algunas veces uno era propietario del terreno y otro el de los árboles que en él estaban. Algunas veces uno era propietario del pasto que naciera, y otro el de las plantaciones que hubiesen hecho. ..", y así sigue enumerando los perjuicios de tales derechos.

En honor de la capacidad legislativa de Vélez y de sus conceptos jurídicos, debemos decir que, parecería tener razón en lo que dice, no sólo porque otros artículos del código armonizan en el sentido del dicho romano: superficies solo cedit, como ser el art. 2524, inc. 3°, que nos habla de la accesión como modo de adquirir el dominio, y dentro de ésta, los arts. 2587 al 2591 que tratan de la edificación, siembra y plantación en concordancia con el 2518 que define la extensión del dominio de un inmueble, sino porque en el Anteproyecto, Bibiloni no lo trata, y lo prohíbe expresamente en su art. 4° del título IV, y en cuanto al Proyecto de 1936, lo prohíbe en el art. 1473; asimismo, Llambías, en el Código proyectado en 1954, no lo considera, tal como lo hace De Gásperi en su Anteproyecto de 1964, para el Paraguay. No obstante, la reseña que más adelante haremos del derecho comparado, nos dice claramente que en los modernos tiempos las necesidades

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

sociales de vivienda en el marco de situaciones económicas y financieras determinadas, imponen el derecho de superficie y sus variantes jurídicas como instituto capaz de dar soluciones al referido problema.

III) Dado el poco tiempo que disponemos para esta clase y lo extenso del tema, obviaremos las referencias históricas del derecho de superficie y su definición, transcribiendo íntegramente la nota de Vélez al art. 2503: "El derecho del superficiario consistía en poder hacer obras, como edificar casas, plantar árboles, etc., adherentes al suelo, sobre las cuales tenía un derecho de propiedad, independiente del de propietario del terreno, el cual, sin embargo, podía por derecho propio, hacer sótanos y otros trabajos subterráneos bajo de la misma superficie que pertenecía a otro, con tal que no perjudicase los derechos del superficiario, así como el superficiario no podía deteriorar el fondo del terreno. En Roma, según las reglas del derecho civil, la propiedad de la superficie no podía ser distinta de la propiedad del suelo, lo que importaba decir no sólo que el propietario del suelo venía a ser propietario de todas las construcciones y plantaciones que él hubiese hecho con los materiales de otro, o que un tercero hubiese hecho en el suelo con sus materiales, sino también que el propietario del suelo no podía enajenar la superficie en todo o en parte, separándola del suelo; y si él, por ejemplo, hubiese vendido su casa solamente, sin vender el suelo, el adquirente no venía a ser el propietario de ella. Mas después, el derecho pretoriano concedió al adquirente de la superficie una acción y un interdicto especial, cuando se tratase de una concesión a perpetuidad, o por un largo tiempo. El derecho de superficie desde entonces, como una desmembración del derecho de propiedad, podía ser transmitido y enajenado en todo o en parte, gravado con usufructo o servidumbre, venir a ser el objeto de una acción de partición entre los herederos si estaba indiviso, y susceptible de ser adquirido por prescripción (ley 1, parágrafos 6 al 9 del Digesto). Hemos juzgado que era más conveniente aceptar el derecho puro de los romanos y estar a las resoluciones generales sobre lo que se edificase y plantase en suelo ajeno. El derecho de superficie desmejoraría los bienes raíces y traería mil dificultades y pleitos con los propietarios de los terrenos. . ." Hasta aquí la nota de Vélez.

IV) En cuanto a la naturaleza jurídica de este derecho de superficie, así como su constitución, sus elementos reales y formales, su contenido con los derechos y obligaciones del propietario del suelo, y los derechos y obligaciones del superficiario; y también así su extinción y efectos accesorios, surgirán claramente del tratamiento del derecho en los foros internacionales que detallaremos; y sobre todo, el análisis del derecho comparado y sus aplicaciones en un cuadro bastante claro de las perspectivas legislativas que le corresponde en nuestro medio y de las soluciones que aportará para atenuar el déficit habitacional. Y no se piense que la situación económica por la que atravesamos, con su agobiante depreciación monetaria, impedirá su aplicación. Por el contrario, en razón de que la intervención de los poderes públicos puede estar dada por el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

ofrecimiento del derecho de superficie gratuito, sobre terrenos fiscales, a empresas constructoras solventes, la actividad de la construcción generará trabajo, ocupación, rentabilidad, y con su efecto multiplicador por demás conocido en nuestro mercado, en los diversos ramos industriales y comerciales, atraerá capitales genuinos para tal fin. En definitiva, que podrá ser una buena solución para satisfacer las necesidades de vivienda a grandes masas de población con bajos ingresos.

V) Convenciones - congresos - jornadas: Este derecho de superficie ha sido poco tratado hasta la fecha, pero poco a poco se va acentuando su análisis y discusión en simposios internacionales, y próximamente, a nivel nacional, en las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil a realizarse en Corrientes del 31 de julio de 1985 al 4 de agosto; en la comisión 4, de derechos reales, el tema es "Derecho de superficie". La importancia del tema está dada por la trascendencia de estas jornadas que, tradicionalmente, reúnen a los más esclarecidos juristas argentinos, por estar convocadas por los institutos de derecho civil de todas las facultades de derecho del país.

En lo internacional debemos mencionar, como más cercanos, a la IV Convención del Instituto Jurídico de la Unión Interamericana de Ahorro y Préstamo para la Vivienda realizada en Bogotá, Colombia, el 30 de abril de 1981, que recomendó, como solución del problema de la vivienda, la implantación del derecho de superficie con calidad de derecho real autónomo en los países que no lo tuvieron configurado. El tema vuelve a debatirse en la V Convención de la UNIAPRAVI realizado en Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, en abril de 1982 y las conclusiones y recomendaciones son similares. En ambas han participado juristas de nuestro país.

VI) Congreso Internacional de Derecho Registral: Realizado en Madrid en octubre de 1984, en su segunda comisión el tema tratado fue "El derecho de superficie y el registro", y aquí consideraremos algunos aspectos de la ponencia española . . .

"Quinto: Separar registralmente el derecho de superficie de la propiedad del suelo con vistas a la posterior consolidación del dominio y se vayan haciendo constar las vicisitudes jurídicas de la propiedad superficiaria; y tal separación tabular debe mantenerse mientras no haya transcurrido el plazo establecido, incluso en caso de reunión de ambos derechos (del concedente y del superficiario) en una misma persona si el respeto a gravámenes o situaciones jurídicas impone su subsistencia. (Concuerda con el art. 8º de la Ordenanza Inmobiliaria Alemana de 1935 que impone un folio especial.)

"Sexto: La utilización del derecho de superficie, como medio para la prestación de un servicio público sobre bienes, que siendo en su origen privados, se cedan a las administraciones públicas, reteniendo el cedente el derecho de superficie, es compatible con la naturaleza de esta institución, si bien se aconseja el establecimiento de garantías que aseguren la efectiva prestación del servicio y el mantenimiento de las instalaciones o edificios.

"Séptimo: Las nuevas concepciones jurídicas imponen la configuración del

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

tus aedificandi, como derecho autónomo cualquiera que sea su origen. Ello exige que se dicten disposiciones tanto sobre los negocios jurídicos de que es susceptible como sobre su desarrollo posterior en forma de dominio pleno, de propiedad compartida o de superficie. Las características de este derecho hacen imprescindible la inscripción de los negocios relativos al mismo".

Es interesante tener en cuenta la ponencia argentina, pues el análisis del derecho de superficie fue hecho por una comisión presidida por el doctor Jorge Horacio Alterini, joven maestro del derecho, y los distintos puntos de la ponencia reflejan su pensamiento respecto de este instituto. Por otra parte, fue el mismo jurista que defendió su tesis en el congreso madrileño en la respectiva comisión.

I. Frente a la renovada importancia que han adquirido distintas exteriorizaciones del derecho real de superficie en la realidad contemporánea, es conveniente que el legislador regule su régimen, máxime en los sistemas de numerus clausus, pues en estos últimos el silencio legislativo provoca la imposibilidad de su aplicación.

II. La configuración legal debe efectuarse tanto para el ámbito de la administración pública, como para el de las relaciones entre los particulares, a través de normas que contemplen una estructuración imperativa de sus lineamientos fundamentales, que no desconozcan la autorregulación de los intereses, pero que la subordine al respeto ineludible de los aspectos de orden público de la institución.

III. En las manifestaciones superficiarias deben distinguirse las negociaciones separadas del suelo y de lo construido sobre o debajo de él, del derecho de edificar. Las mencionadas negociaciones se enderezan desde un principio a conformar modalidades de derechos reales sobre la cosa propia. En cambio, el derecho de edificar que nace como derecho real sobre un inmueble ajeno - ya el suelo (proyectándose en el sobresuelo o en el subsuelo), ya la construcción existente en él - tiene como finalidad traducirse posteriormente en el derecho de propiedad de lo construido - superficiario, horizontal.

IV. Si bien el derecho de propiedad sobre las construcciones debe perdurar por el tiempo que contemple cada legislación, con sujeción al contexto que la inspire, es conveniente que el derecho real de edificar (ius aedificandi) esté expuesto a extinguirse por el no uso durante el plazo que se establezca, para no extender indefinidamente la desmembración del dominio del inmueble afectado, porque el propio desinterés del beneficiario demuestra la inutilidad de prolongarla.

V. Aunque la constitución convencional de las distintas expresiones superficiarias puede ser gratuita u onerosa, es recomendable que se admita para el caso del otorgamiento del derecho real de edificar que la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

contraprestación, si existiera, pueda consistir en la asignación al constituyente de titularidad en lo edificado.

VI. Es admisible la matización de los derechos superficiarios con la provisión de condiciones resolutorias ajustadas a las finalidades perseguidas, satisfaciéndose la debida publicidad registral.

VII. La deseable consolidación de los derechos de los propietarios afectados y de los derechos reales superficiarios, hace recomendable que ante el supuesto de enajenación de los primeros o de los segundos se contemple un adecuado derecho de preferencia para la adquisición por los titulares de unos u otros.

VIII. Al extinguirse el derecho de propiedad sobre la construcción superficial, el propietario del suelo debe afrontar las compensaciones al superficial, si fueran pertinentes, por las obras que realizara y que subsistieran.

IX. La trascendencia de los intereses públicos y privados comprometidos por las manifestaciones superficiarias agudiza la necesidad de hacer efectivas las declaraciones de Buenos Aires (apartado VII de la Carta): "Los medios adecuados para alcanzar la publicidad registral radican en que la legislación prevea los siguientes aspectos fundamentales: a) Que en todo acto o negocio jurídico inscribible intervengan siempre profesionales especializados, pues su particular preparación les permitirá examinar con espíritu crítico y valorativo el conjunto inescindible de hechos, actos, negocios y titularidades que siempre se presentan como necesarios para alcanzar estos resultados. b) Que todo acto o negocio inscribible es necesario que se formalice en documento auténtico, garantizándose de esta manera la legitimidad, legalidad y certeza del derecho"; y de San Juan de Puerto Rico (tema III, punto 2): "Como norma general, para las relaciones de derecho privado, se proclama como sistema ideal de instrumentación de los derechos inscribibles el de intervención de funcionario especializado (notario público), y como rechazables: a) el sistema de instrumentación privada (salvo casos excepcionales); b) el sistema de intervención del registrador es la instrumentación, acerca de la intervención de profesionales del derecho en la instrumentación de las situaciones jurídicas registrables y de la autenticidad exigida para esos instrumentos."

X. La publicidad registral de las mutaciones jurídico - reales que conllevan las expresiones superficiarias debe reflejarse en el número de folios que mejor armonice con las peculiaridades de las diferentes técnicas registrales.

Como puede apreciarse, la ponencia argentina es clara y contempla todos los supuestos que han estudiado la moderna doctrina y las legislaciones más avanzadas. El ius aedificandi es expuesto con meridiana claridad. Lamentablemente, las conclusiones del congreso no receptan la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

terminología y pureza de la ponencia argentina y ello puede apreciarse con su sola lectura:

1º) El derecho sobre la edificación así como otros aprovechamientos del suelo, sin perjuicio de su posible configuración como facultad normal del derecho de propiedad, puede encajarse jurídicamente en otras figuras como la comunidad de propiedad horizontal o el derecho de superficie.

2º) La institución del derecho de superficie se caracteriza por la distinción, como separados, del derecho sobre el suelo y el derecho sobre la edificación.

3º) La propiedad superficiaria separada de la del suelo puede ser conveniente para abrir posibilidades en el tráfico inmobiliario privado, para facilitar la política de suelo de las administraciones públicas o para la creación de equipamientos.

4º) Es recomendable, dada la utilidad de la figura jurídica del derecho de superficie, que en los países que no la recogen en su ordenamiento o que tienen establecido el sistema de *numerus clausus*, se lleve a cabo la regulación imperativa del derecho de edificar y de la propiedad superficiaria como separada de la del suelo, así como de sus características posibles de temporalidad, de reversibilidad, de adquisición preferente y de tráfico jurídico independizado.

5º) Dada la configuración de este derecho y, especialmente, para la debida protección de los terceros, es conveniente la inscripción registral de la relación superficiaria, de su constitución, contenido, transmisión, gravamen y extinción.

6º) La trascendencia de los intereses públicos y privados derivados del derecho de superficie, reitera la importancia de la doctrina contenida en el apartado VII de la Carta de Buenos Aires y en el tema III, punto 2 de las conclusiones de Puerto Rico.

El exponente español en la comisión, don Francisco Mesa Martín, jurista destacado, en un comentario crítico a las conclusiones del congreso, dice: "Desde una perspectiva positiva, hay que aplaudir el hecho mismo de dar entrada, sin tapujos ni disimulos, al instituto superficiario dentro del cosmos universalista del derecho. Sin timideces, se han superado viejos prejuicios que obliteraban el reconocimiento pleno del derecho de superficie."

VII. Legislación comparada: la nueva función de la institución:

1) Alemania: El derecho de superficie o *Erbbaurecht* quedó regulado inicialmente en el Código Civil (BGB) en los arts. 1012 a 1017, desarrollándose posteriormente en el reglamento del 15 de enero de 1919, el cual ofrece una muy completa y detallada regulación. Debe tenerse

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

también presente, el párrafo o art. 873 del Código Civil, que se refiere a la transmisión de la propiedad, en este caso el derecho de superficie, pues es necesario el acuerdo (einigung) y la inscripción en el registro (eintragung).

Las características básicas son: es un auténtico derecho real susceptible de reversión, puede constituirse a título oneroso o gratuito, la inscripción registral tiene carácter constitutivo, su objetivo es siempre edificatorio y puede ser en superficie o subterráneo, plazo máximo 99 años, y se concede generalmente por los poderes públicos.

J. W. Hedemann, en su Tratado de derecho civil alemán (vol. II, Derechos Reales) analiza la institución y el derecho positivo, y dice que el propietario queda buenamente excluido del aprovechamiento ordinario del suelo, y sobre todo conserva el capital que representa el valor de dicho suelo, a lo que se añade una eventual plusvalía del mismo; y por su parte, el superficiario se coloca en una situación muy favorable, porque sin desembolsar el capital necesario para la compra del terreno, se mueve en él, en tanto que dura su derecho de superficie, como verdadero dueño. Aclara que la nueva legislación alemana preceptúa un tipo especial de superficie "para remedio de la escasez de viviendas de las clases menesterosas". A ello se agrega más recientemente un tipo especial, "el derecho de superficie para la reconstrucción": el propietario de un edificio habitable, destruido, no toma el mismo sobre sus hombros la tarea de reconstruirlo, sino que la traspassa a otro, concediéndole un derecho de superficie.

2) Italia: La institución aparece regulada en el Código Civil de 1942, arts. 952 a 956, en líneas generales, y desarrollada por la ley 865 del 22 de octubre de 1971 que establece: plazo mínimo 60 años y máximo 99 años, determinación del precio de cesión de las viviendas, canon renovable. Las necesidades prácticas del urbanismo y la construcción llevaron a esas modificaciones del Código Civil, que suponen un gran avance respecto del derecho de superficie en particular. Como principales innovaciones podemos citar la preferencia a las concesiones de terrenos en derecho de superficie en zonas residenciales y la posibilidad de constituirse a favor de entidades públicas, en cuyo caso no tendrá limitación temporal.

EL magistrado del Tribunal de Nápoles, doctor Aldo Fiale, en su reciente obra Diritto urbanístico, analiza las disposiciones legislativas en materia urbanística y edilicia, que es particularmente extensa y fragmentaria, y que se aumenta día a día con nuevas disposiciones, y logra un cuadro evolutivo y completo, con una exposición orgánica de la normativa vigente, destacando la utilidad del derecho de superficie en el suelo y el subsuelo.

3) Suiza: El Código Civil reguló el derecho de superficie, pero muy parcamente, dedicando los arts. 675 y 779 que lo configuran como un derecho de servidumbre que confiere a su titular el derecho de hacer una construcción o una obra encima o debajo de la superficie del inmueble gravado y de conservarla en propiedad particular, o bien de adquirir la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

propiedad particular sobre un edificio ya existente. Es importante señalar las figuras afines del derecho de superficie, en el derecho suizo, que dan la posibilidad de derogar el principio de accesión, por los medios del derecho real de servidumbre, por los del derecho de obligaciones o por los del derecho público; así lo consigna el catedrático de derecho civil de la Universidad de Salamanca, coctor José Luis de los Mozos, esclarecido jurista y autor prolífico en la materia.

La regulación citada manifestó sus deficiencias al desarrollarse el turismo en el país (varios autores coinciden en este análisis, entre ellos, el jurista y registrador español doctor Pedro J. Amengual Pons). Se observó que existía una serie de construcciones que, de hecho, estaban en terrenos públicos, por ser las municipalidades suizas los mayores propietarios del suelo urbano, haciéndose necesaria una más amplia normativa del derecho de superficie para reglamentar el régimen de aquellas. Desde 1926 se intentó una nueva y moderna regulación, y después de varias interrupciones, tuvo lugar en la ley del 19/3/65. Esta distingue el "derecho de superficie distinto", esto es, derecho de superficie propiamente dicho, y el "derecho de superficie no distinto" o servidumbre personal irregular, atendiendo, mas que al derecho real, a su titular.

4) Bélgica: Está regulado por una antigua ley especial del 10 de enero de 1824 (hay que tener en cuenta que también Bélgica cuenta desde el siglo pasado con uno de los mejores trabajos catastrales y ello importa en esta institución). La citada ley distingue que la inscripción registral tiene carácter constitutivo, plazo de concesión 50 años, se concede generalmente por los poderes públicos, al extinguirse, indemnización de las obras a cargo del propietario del suelo. Se completa la legislación con la ley del 29 de marzo de 1962, orgánica del arreglo del territorio y del urbanismo.

5) Holanda: Regulado en el Código holandés como derecho real, inscripción registral constitutiva, puede ser perpetuo pero generalmente el plazo es de 75 años, indemnización de las obras a cargo del superficiante, posibilidad de anticipar la finalización del derecho de superficie, por cambio de destino y previa indemnización.

6) Inglaterra: Uno de los países donde mayor uso se hace del derecho de superficie, aunque de una manera peculiar, puesto que la encontramos unida con frecuencia con el arrendamiento: la figura se denomina léase o building léase, que tiene una duración mínima de 21 años y al final el terreno vuelve al propietario. El régimen vigente está contenido fundamentalmente en "actas" de 1845, 1925 (propiedad de la tierra y su registración), 1927 (tenencia de la tierra y posesión), 1934 (construcciones), 1946 (construcciones y adquisiciones de tierras), y 1951, todo lo cual no es válido o no se aplica a Escocia e Irlanda del Norte. Se trata de un derecho real, enajenable y transmisible, con plazo de 30 a 80 años y el superficiario tiene la posesión de la tierra y la propiedad de lo construido pagando un canon acomodado a los ingresos que percibe.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Hay una reforma por acta de 1967, con condiciones más ventajosas para el superficiario o locatario, según los casos.

7) Bulgaria: Ley sobre propiedad del 8 de febrero de 1951 que trata del derecho de superficie, siendo destacable que se fija al superficiario un plazo de construcción de 5 años, caso contrario, se revierte el derecho al propietario y también reversión gratuita de lo construido al finalizar el plazo.

8) Rusia: En su Código Civil del 31 de octubre de 1922, trata el derecho de superficie en los arts. 71 a 84. El suelo se excluye del "comercio privado" y el Estado, propietario del mismo, concede el denominado "derecho de edificación": plazo 65 años para construcción de fábrica - otorgado en escritura pública bajo pena de nulidad (datos del autor español Juan V. Fuentes Lojo en su obra Suma de la propiedad por apartamentos, Madrid, 1978, citado por Gerencia Municipal de Urbanismo del Ayuntamiento de Madrid, 1984). Determina igualmente los plazos de iniciación y finalización de la obra, y exige el aseguramiento del cumplimiento de los fines, tanto a efectos de construcción como de conservación y transmisión.

9) Francia: La doctrina francesa, entre otros autores, Marty y Raynaud en su Droit Civil y Ripert y Boulanger en su Tratado de derecho civil dicen, que si bien el derecho de superficie en el Código Civil es controvertido (por ejemplo, Laurent) surge del art. 553 "que el derecho de accesión rige si no se prueba lo contrario", y por tanto surge un derecho de superficiario distinto al del propietario. Pero más claramente surge el derecho en la ley del 16/12/64 denominada bail á construction - arrendamiento para la construcción - que aparece como una fórmula de actuación urbanística, que tiene por finalidad permitir a los constructores disponer de terrenos en buenas condiciones económicas para que el costo de los mismos no grave el costo final de la construcción: el plazo de duración del derecho es de 60 años y a falta de pacto, la reversión gratuita del suelo y de la edificación, al propietario.

También ha sido desarrollado en la ley de "Concesiones inmobiliarias" del año 1967, que tiene por finalidad luchar contra los abusos que se derivan del arrendamiento de locales comerciales; se complementa con una ley del 30/6/72 en la que se prohíbe las enajenaciones dominicales de patrimonio público, a la que se agrega una ley del 31/12/75 que amplía el plazo del derecho de superficie hasta 99 años. A la citada legislación deben agregarse las normas que integran el Código de Urbanismo: ley 1328/75, ley 1285/76 y decreto 756/77 con disposiciones propias de ciertas utilidades de superficies construidas y su registración.

10) Países nórdicos: En general es una compraventa sujeta a plazos, que tiene una duración; el respectivo derecho de superficie, de 80 años en Dinamarca y 50 años en Suecia; en cuanto a Finlandia, el derecho está vinculado a las determinaciones del planeamiento urbanístico.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

11) Estados Unidos: El derecho de superficie, en la legislación, teniendo en cuenta la defensa de los patrimonios inmobiliarios de las corporaciones locales, determina: su no enajenación y el plazo máximo de duración 99 años, y en los casos de instalaciones industriales, se reduce a 75 años.

12) Austria: El Código austríaco de 1811 recogía, aunque en forma un tanto oscura, este derecho, al establecer en su art. 1125: si la propiedad es dividida, de modo que a una persona le corresponda el suelo, con el uso del subsuelo, y a otra, solamente el uso transmisible hereditariamente de la superficie.

Como dice Jerónimo González y Martínez, el ilustre jurista español, todas las discusiones respecto al derecho de superficie alcanzaron en Austria una influencia decisiva, cristalizando en la baurechtsgesetz del 26/4/12 que supuso un gigantesco paso en la solución del problema de la vivienda, y que sirvió de inmediato antecedente de la ordenanza alemana de 1919, arriba comentada .

Esta importante ley contempla el derecho de superficie (baurecht) como un derecho real, enajenable y transmisible por herencia, que puede tener por objeto, tanto la construcción de un edificio, como recaer sobre el ya construido comprendiendo aún este último caso, en el derecho de superficie. Pero, ha de referirse a una construcción autónoma (casa - habitación, fábrica, vía férrea o bodega), pero no a una porción de un edificio o a un piso. El titular del derecho de superficie no está facultado para disponer a capricho del suelo, sino que sus facultades se refieren exclusivamente a la edificación y al uso de los terrenos accesorios (jardines, huertos, etc.) . Asimismo, la facultad de disposición del superficiario puede limitarse con prohibiciones de alcance meramente obligacional. Puede constituirse a título gratuito o mediante la entrega de un precio, pero lo normal es la prestación periódica de un canon, contentándose el dueño del solar con esto y con la "plusvalía" que adquiere la finca como consecuencia de la construcción, ya que a la terminación del derecho de superficie, fijada como mínimo en 30 años y como máximo en 80, permitiendo la renovación o prórroga, lo edificado cede al suelo, pero con la obligación por parte del dueño de pagar la indemnización convenida, o la cuarta parte del valor de las edificaciones en defecto de pacto. En el registro fundiario figura el baurecht como una carga de la finca, no teniendo eficacia real sin la inscripción. Pero para disponer del mismo, no basta con esta inserción, hace falta una inscripción "separada", para que por su analogía con las fincas, pueda ser hipotecado, enajenado o gravado. Por lo demás, en lo que no haya sido dispuesto en el título constitutivo, se aplica al derecho de superficie, por analogía, lo dispuesto para el usufructo. Por último se extingue por convenio de los interesados, por transcurso del tiempo para el que se constituyó, por denuncia pactada, por comiso (que se permite por atraso de dos años en el pago del canon), por prescripción y por expropiación.

13) Túnez: Por ley Nº 65 del 12 de febrero de 1965 se promulgó el Código de los Derechos Reales, el cual, en su artículo 12, 1º, enumera al derecho

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de superficie entre los derechos reales inmobiliarios, en razón de que la anterior legislación francesa lo preveía; pero en su art. 191, lo prohíbe, a partir de la fecha de vigencia de dicho código, juntamente con la enfiteusis, con la renovación de locaciones enfiteúticas, así como los derechos de "enzel" y "kirdar", muy particulares de dicho pueblo tunecino. Es decir, que no ha aceptado la moderna tendencia al uso del derecho de superficie.

14) Japón: El Código Civil japonés del 27 de abril de 1896 reguló especialmente el derecho de superficie en el libro III (Del derecho de costas), a continuación del condominio y antes de la enfiteusis, pareciendo adelantarse a lo que iba a significar el suelo en su regulación jurídica, años después.

15) China: En su Código Civil del 23 de mayo de 1929 reguló específicamente el derecho de superficie en el libro III ("Del derecho de cosas"), a continuación del derecho de propiedad e inmediatamente anterior a una especie de censo denominado yung - tien, al que sigue la regulación de las servidumbres, dedicando a la superficie los arts. 832 al 841.

16) Etiopía: En su moderno Código Civil del 5 de mayo de 1960, si bien regula el derecho de superficie en el libro III ("De los bienes"), "reglas especiales de la propiedad inmobiliaria", arts. 1214 y 1215, dedica, además, el capítulo IV del mismo libro, en los arts. 1535 a 1552, a regular, con criterio moderno, los problemas de la planificación jurídica del suelo.

17) Portugal: En su Código Civil de 1966, regula específicamente el derecho de superficie en su libro III ("Derecho de cosas"), arts. 1524 y siguientes, acogiendo las nuevas orientaciones jurídicas del suelo.

18) Derecho civil musulmán: Siguiendo la obra de la catedrática argentina doctora Teresa M. Estévez Brasa, cuando trata la extensión del derecho de propiedad, se refiere al derecho de superficie diciendo que es aceptado por todos los ritos el principio superficies solo cedit análogamente al derecho argentino, por lo que no sería posible su constitución. Pero tiene una facultad singular el propietario musulmán, la llamada ba'i al hawa, esto es, la venta del aire, facultad de comprometer una suerte de desmembramiento de la propiedad en las fundaciones piadosas. En realidad significa la cesión de un derecho de superficie sobre tierras de un Waqf, por lo general extensas e inmovilizadas tierras por instituciones públicas o religiosas; el adquirente del aire se compromete a la construcción y al pago de un canon a perpetuidad.

Como puede extraerse, hasta aquí, la conclusión es que son los países de fuerte influencia anglosajona aquellos que históricamente han hecho una mayor utilización práctica de la figura a partir de las clásicas concepciones de la enfiteusis y el arrendamiento. Y que la efectividad del derecho depende en gran parte de su uso masivo por los poderes públicos, que ven

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

así cómo los patrimonios locales cumplen la función para la que fueron creados, sin salir del dominio de la órbita pública. En este sentido, puede citarse el caso de los municipios "pioneros" en su utilización, como Amsterdam o Estocolmo, el cual, ya a fines de la década del 70, era titular de casi las tres cuartas partes de su ejido, el caso de Gran Bretaña donde las comunas son propietarias de cerca de 200.000 hectáreas .

Mayoritariamente se recoge, en la legislación descripta, que el derecho de superficie es tratado como un derecho real, transmisible y susceptible de gravamen, con clara vocación de objetivo finalista.

VIII) Derecho positivo español: Hemos dejado al final del estudio del derecho comparado a la legislación española, no sólo por su régimen normativo, sino además por el extraordinario desarrollo doctrinario, con autores tales como José Puig Brutau, José Castán Tobeñas, Alfonso de Cossío y Corral, Luis Diez Picazo, Juan Vallet de Goytisolo, Manuel Albaladejo, Diego Espín Cánovas, entre otros, a los que se agregan los citados anteriormente hasta aquí en ese curso.

En el Código Civil español no está regulada de modo expreso la superficie pero la doctrina admitía su existencia al amparo de la posibilidad de crear derechos reales en la legislación española, receptora del *numerus apertus*; y por otra parte, si el Código no la regula, tampoco desconoce su existencia, pues resulta aludida por el art. 1611, apartado 3. Pero en el sistema del Código es difícil concederle sustantividad propia, pues debe considerársele comprendida en la referencia del art. 1655, a los foros "y cualesquiera otros gravámenes de naturaleza análoga" y, por tanto, regirse, si es por tiempo indefinido, por las reglas de la enfiteusis, y si por tiempo limitado, por las de arrendamiento. Don Jerónimo González Martínez decía en 1922: "Para el estudiante español el derecho real de superficie es una supervivencia medioeval a la que conceden los juristas una docena de líneas y el Código Civil una mención, que casi es un epitafio, «en el art. 1611»". Sin embargo, el documentado y magnífico estudio de don Jerónimo González Martínez produjo un verdadero renacimiento teórico de la institución, que desde entonces fue tratada por los autores, no con una docena de líneas, sino con amplia extensión.

La legislación hipotecaria que, en España, al contrario de otros países, siempre estuvo separada de la civil, fue más respetuosa con el derecho de superficie. La ley hipotecaria de 1861, en cuya exposición de motivos ya se intuyó un concepto moderno del derecho de superficie, con una visión más amplia, contempló su existencia como derecho autónomo fuera de la figura gemela de enfiteusis. Así en el art. 107 que regulaba los bienes que podían hipotecarse con restricciones, incluyó en su párrafo 5 "los derechos de superficie, pastos, leñas y otros semejantes de naturaleza real" y fue el art. 27 del Reglamento Hipotecario de 1863, seguido por el de 1870, el que concibió el derecho de superficie como propiedad separada del suelo, al disponer que en toda inscripción relativa a fincas, en la que el suelo pertenezca a una persona y el edificio o plantación a otra, se expresaría con claridad esa circunstancia y es así como esos preceptos hipotecarios

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

permitieron a la Dirección General de los Registros y del Notariado demostrar en varias resoluciones, a través del tiempo, que el concepto clásico del derecho de superficie, si no era muy corriente, tampoco era desconocido en la práctica jurídica española.

Fue con el florecimiento del urbanismo, y al proliferar en términos insospechados la edificación, cuando aparece una regulación sistemática del derecho de superficie en la ley del Régimen del Suelo y Ordenación Urbana del 12 de mayo de 1956 - arts. 157 a 161 -, reformada por la ley N° 19 de 2 de mayo de 1975 y real decreto N° 1346/76. Con anterioridad a esta última reforma es preciso citar como normas vigentes relativas al derecho de superficie, el art. 11, ap. 5 de la ley de Montes del 8/6/57; y los importantísimos arts. 16 y 30, 2° del Reglamento Hipotecario, introducidos en su reforma 17/3/59. Para tipificar el derecho de superficie, de acuerdo con el tratamiento que se le da a tan diversas disposiciones, debemos decir: 1°) derecho de superficie urbanístico por un lado conforme los arts. 171 a 174 de la Legislación del Suelo; 2°) derecho de superficie como figura general o de derecho común; 3°) derecho de superficie urbana; 4°) derecho de superficie rústica.

Las notas distintivas del derecho de superficie urbanístico surgen claramente en un "pliego de condiciones técnicas que regirán para la adjudicación directa, con concurrencia de ofertas, de la concesión gratuita del derecho de superficie en terrenos de propiedad municipal", que en estos días hace el ayuntamiento de Madrid, a través de su Gerencia Municipal de Urbanismo: ofrecimiento de suelo clasificado como "residencial"; si bien ha venido realizando la misma figura jurídica para suelos con destino a "equipamientos" y también con relación al suelo "industrial". En este caso, la concesión del derecho de superficie es para la construcción de viviendas, y los beneficiarios serán, en un 60 por ciento, familias cuyos ingresos no superen en 3,5 veces el salario mínimo interprofesional y no dispongan de otra vivienda en propiedad; el otro 40 por ciento a familias no incluidas en dicha limitación. Y los concursantes podrán ser entidades promotoras solventes, que deberán hacer constar el tipo de construcción, lista de futuros usuarios, etcétera.

En el contenido de derechos y obligaciones que consigna el ofrecimiento citado, el "superficiante" cederá el derecho de superficie para construir sobre dichos terrenos conforme al aprovechamiento urbanístico que tengan en ese momento, reservándose el municipio aquellos incrementos de edificabilidad que pudieran producirse en el futuro, en virtud de los cuales el ayuntamiento podrá construir sobre las construcciones ya existentes. La cesión será gratuita y por el plazo de 75 años, contados a partir de la inscripción en el Registro de la Propiedad correspondiente, de la escritura pública. En el plazo de 6 meses, el superficiario deberá presentar el proyecto de edificación, y deberá finalizar las obras en el plazo de 30 meses; en cualquier caso, el plazo no excederá de 5 años. El incumplimiento provocará la resolución del derecho del superficiario; y el pliego enuncia una larga estipulación para el caso que el superficiario hubiera constituido hipoteca u otros gravámenes. A la finalización del

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

contrato, por el transcurso de 75 años, el ayuntamiento hará suyo, sin indemnización alguna lo edificado, y quedarán resueltos los derechos personales o reales existentes sobre el derecho de superficie extinguido. Dada la finalidad de la concesión, será condición indispensable que en la escritura de concesión del derecho de superficie, se reserve o constituya a favor del ayuntamiento concedente, un derecho de tanteo inscribible en el Registro de la Propiedad, por virtud del cual aquél podrá adquirir cualquiera de los pisos - viviendas, en que se haya dividido la propiedad superficiaria que se venda, adjudique en pago, o por cualquier otro título inter vivos se enajene, por primera vez, o en sucesivas enajenaciones. La concesión del derecho de superficie se formalizará en escritura que se otorgará ante el notario que corresponda en turno oficial. Dicho título, para la eficaz constitución del derecho, se inscribirá en el Registro de la Propiedad.

Como se ve, la ley del Suelo ha dado, preferentemente sus normas para los derechos de superficie concedidos por el Estado y entidades públicas, y deja amplia libertad de pacto para los concedidos por los particulares.

La crisis de la vivienda, tan acusada en España, y el encarecimiento excesivo de los terrenos aptos para edificar han determinado que se busque uno de los remedios en elevar más los edificios existentes, añadiéndoles nuevos pisos, o en profundizar sus cimientos, habilitando plantas subterráneas. Todo ello ha dado lugar a la aparición de nuevos derechos reales, que en algunas de las legislaciones comparadas integran el derecho de superficie y en otras derechos análogos legislados separadamente; con la complejidad de las respectivas titularidades, pues uno puede ser superficiante, otro superficiario, otro tener el derecho de subedificación y otro el derecho de sobreedificación, aunque las más de las veces, se reúnen en parte.

En su obra El derecho de sobreedificación y subedificación, el autor Bartolomé Domenge Amer, de Palma de Mallorca, en 1983, nos ofrece un amplio panorama de la cuestión, enumerando sus ventajas y desventajas y la aplicación analógica del derecho de superficie con la normativa vigente. Pero, además, conforme lo remarca el extraordinario jurista don Ramón de la Rica y Arrenal, en sus Comentarios a la ley hipotecaria, el apartado 2º del art. 16 del nuevo Reglamento Hipotecario contempla la figura: "El derecho de elevar una o más plantas sobre un edificio o el de realizar construcciones bajo su suelo, haciendo suyas las edificaciones resultantes que, sin constituir derecho de superficie se reserve el propietario (*ius aedificandi* sobre cosa propia) o en caso de enajenación del todo o parte de la finca, transmita a un tercero, será inscribible conforme a las normas del N° 3 del art. 8º de la ley. En la inscripción se hará constar: a) las cuotas que hayan de corresponder a las nuevas plantas... b) las normas de régimen de comunidad..." Domenge Amer destaca que estos derechos se han vinculado a la figura de la propiedad horizontal, al establecerse que este régimen es forzosamente el punto de llegada de la institución que comentamos.

Una nueva e importante modalidad del derecho de superficie es el llamado "volumen edificable", que podría abrir grandes campos a ese derecho.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Desde la ley del Suelo de 1956 se habla de él, no ya como una cualidad de las parcelas, sino "como un verdadero derecho de contenido económico" al decir de varios autores. Puede comprarse o cederse entre propietarios de diferentes solares, distribuirse de diversas formas dentro de una misma parcela. Con el volumen edificable ha nacido una nueva fuente de especulación; incluso se ha propuesto como posible coadyuvante a la solución del problema urbanístico, en opinión de González Berenguer y Torres Lana, este último en su tesis doctoral. El problema que surge es el de la registración, que podrá reflejarse como una mera circunstancia de hecho o cualidad de la finca con constancia instrumental, o mediante la toma de razón de las células urbanísticas o licencias de edificación que prevé la legislación. Narciso de Fuentes Sanchís entiende que deberá hacerse mediante nota marginal; sin embargo, Pedro J. Amengual Pons prefiere la inscripción, y analiza el problema de si gozaría de la protección registral. Este último dice que, en el supuesto de transmisión del puro ius aedificandi con un "volumen edificable determinado", será ineludible la constitución de un derecho de superficie.

IX) Necesidad de legislar en nuestro país: Al comienzo de esta clase hemos anotado nuestro derecho positivo y la ausencia de regulación del derecho de superficie. No obstante, existen preocupaciones al respecto: En un trabajo que aparece en la Revista del Notariado 781, del año 1982, los escribanos Francisco Fontbona y José Guglietti, al tratar en un interesante trabajo el derecho de superficie, concluyen: "Creemos que del examen de todo lo expuesto surge, en forma incontrovertible, que tanto para fomentar el aumento de la vivienda, como por la simplificación de los trámites documentales y, en especial, la reducción eventual de sus costos, resulta recomendable la implantación de un régimen fácil, equitativo y liberal de la propiedad superficiaria en su forma más moderna y que congenie y sea compatible con las normas de urbanismo, especialmente en cuanto facilite y posibilite el mayor volumen de lo edificable por parte del propietario superficiario. Lo propio es aconsejable en todas las formas de la llamada sobreelevación." Nos adherimos, nosotros, expresamente al pensamiento de los autores citados.

Un diputado de la Nación, el escribano Marcelo Arabolaza, ha adelantado en la concreción de los deseos antes expresados, presentando en la Cámara, en el año anterior, un proyecto de "Ley de planeamiento urbano y acceso a la vivienda mediante los derechos de superficie y habitación". Los fundamentos que acompañan al proyecto son muy estimables, porque además del conocimiento jurídico del autor expone su propia experiencia al frente de una comuna bonaerense, aunque no lo diga expresamente. Conozco la preocupación intelectual del señor diputado; tanto es así que ha tenido la gentileza de facilitarme bibliografía. Necesitaríamos una clase para el análisis crítico del proyecto, pero como es de público conocimiento, al mismo los remito. No obstante, digamos que el derecho de superficie se cedería sobre inmuebles de propiedad estatal, con derecho no sólo a la superficie, sino también a La subconstrucción y sobreelevación. El

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

superficiario debe cumplir determinadas obligaciones para acogerse a los beneficios legales.

Si bien el tema de la sobreelevación se ha tratado en la propiedad horizontal, han de tenerse en cuenta los despachos mayoritario y minoritario respecto a la naturaleza personal de ese derecho, producidos en la XXV Jornada Notarial Bonaerense, Mar del Plata, 1983 y reseñados en la Revista del Notariado 791, del mismo año.

Ese derecho personal de sobreelevar ha dado lugar a una disposición técnico - Nº 4 del 1º de junio de 1984 del Registro de la Propiedad de la Provincia de Buenos Aires: sus fundamentos son confusos jurídicamente, pues incursiona en la legislación de fondo, y en su art. 1º dice, que será inscribible en el folio real y dentro del rubro destinado a la descripción del inmueble; pero el art. 3º parece aclarar la cuestión desde el punto de vista de los derechos reales, aunque no aclara si el registro toma razón de su enajenación, si bien lo publicita al fotocopiar la matrícula.

Para el mismo caso, en la Capital Federal, el Registro, en el decreto 2080/80, arts. 119 a 121 dice que si los reglamentos de la copropiedad y administración horizontal lo incluyen, los asientos registrales consignarán tal circunstancia; las observaciones anteriores son válidas para estas disposiciones, por cuanto nos consta personalmente que el Registro toma razón del derecho personal de sobreelevar, pero luego no toma razón de su enajenación por no tratarse de un derecho real: la cuestión es discutible porque se debería tomar nota sucesivamente, ya que se lo hizo en primera instancia. La solución en un Registro y en otro, corre por las vías de la ley de prehorizontalidad 19724, que ustedes conocen. Por último, repetiría acá lo que expresa Amengual Pons al final de uno de sus trabajos: "Y terminamos ya, con el resquemor que deja siempre el tratar temas tan extensos, de si es más interesante lo que hemos dicho, o lo que hemos tenido, forzosamente, que omitir."

CLASE DEL 24 DE ABRIL DE 1985

FIDEICOMISO INMOBILIARIO

l) En esta última clase nos referiremos a un instituto que comparte los objetivos del leasing inmobiliario y del derecho de superficie, en cuanto hace a que si logramos tipificarlo, permitirá su aplicación correcta y evitará recurrir a sustitutos jurídicos, que para el presente caso pudiera ser la simulación (art. 955, Cód. Civil); podrá, además, dar soluciones económicas y sociales, como lo expresó el escribano Luis Correa Larguía al tratar del fideicomiso inmobiliario como un recurso aplicable a la solución de la crisis habitacional (Revista del Notariado 760).

Asimismo, el instituto comparte los caracteres comunes enunciados en la primera clase, y si el objeto del fideicomiso incluye un inmueble, son válidos; sobre todo, los que hacen a la intervención notarial, la escritura pública, la registración para su oponibilidad a terceros, entre otros. Pero, sobre todo, el ámbito bancario y financiero en que se desenvuelve el instituto, nos

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

refirma en la posición de lege ferenda, de un único tratamiento legislativo de las obligaciones civiles y comerciales, como ya lo expresamos.

Para clarificar conceptos vertidos en las clases anteriores debemos decir que al tratar de esos tres institutos, sobre todo el leasing y el fideicomiso, una cosa es el "negocio jurídico" que nos lleva posteriormente al "contrato" respectivo, y dentro de él quedará enmarcado el "instituto jurídico", que en los tres casos queremos situarlo en el campo de los derechos reales, otorgándole la "tipicidad" a que obliga su esencia jurídica.

También aclaremos que no venimos a formular soluciones en una conferencia, sino a dar una clase, lo que implica transmitir información de primera fuente, lo más fidedigna posible, y la mayor cantidad que pueda servirles para seguir estudiando las figuras jurídicas expuestas, elaborando nuevas ideas y proyectos, que ello sí nos puede llevar a las pretendidas soluciones.

Y para terminar estas consideraciones previas debemos decir que aquí también nos encontramos con un instituto de gran complejidad: lamentablemente, por un lado, porque no resulta fácil adentrarse en su conocimiento, lo que puede llevarnos por caminos equivocados en su aplicación; pero por otro lado debemos decir felizmente que sea complejo, porque ello permite atender a múltiples aspectos de la realidad negocial.

II) Tratando de esquematizar un poco la cuestión, por un lado nos ocupamos del "dominio fiduciario", como derecho real de dominio imperfecto, con vigencia y aplicación actual conforme nuestro Cód. Civil que lo preceptúa claramente en su art. 2662 y concordantes, y por otro lado trataremos del "fideicomiso" como institución civil y comercial compleja con múltiples variantes, con basamento jurídico romano, desarrollo anglosajón y proyecciones latinoamericanas.

Respecto a las múltiples variantes del fideicomiso, las puntualizó el doctor Mosset Iturraspe en la mesa redonda que se realizó en la VII Convención de este Colegio, en el año 1978, y al mismo tiempo nos dijo de su complejidad, porque le preocupaba " . . . y mucho, que esta figura, en todos los tiempos, ha sido enemiga de someterse a un molde jurídico. O sea, ha pretendido siempre escapar a todo encasillamiento: es indócil. Y esta indocilidad, que se traduce en no querer tipificarse jurídicamente, se debe, para algunos, a que en el derecho inglés hay muchas especies de fideicomiso: el público, el privado, el mortis causa, el legal, el voluntario, etc.; hay toda una gama de negocios, razón por la cual es imposible su encasillamiento ... por otro lado, es un negocio que se presta al fraude a la ley. .."; por eso decimos nosotros, el orden público debe estar presente al legislarlo. Pero además esas especies se aumentan si la figura se analiza desde diversos ángulos, y para ello aclaremos la denominación de cada uno de los sujetos intervinientes en cualquier fideicomiso: 1) el dueño de los bienes, objeto del fideicomiso, es el fideicomitente o constituyente o fiduciante, o dómimo originario o primario; 2) quien recibe los bienes en una situación secundaria o intermedia y es el eje de la figura, se denomina dómimo fiduciario, o fiduciario; 3) por último, quien recibe definitivamente los bienes es el beneficiario, o fideicomisario.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Esta terminología la precisamos porque en un Proyecto Limantour del mexicano Estañol, presentado al Congreso mexicano en 1905, se denominaba a las instituciones comerciales intermedias "fideicomisarios", cuando lo correcto es llamarlos "fiduciarios"; ello fue tomado equivocadamente por nuestra ley de Debetures N° 8875 de 1912, y se repite en alguna otra legislación, como más adelante veremos.

III) Bien, yendo a las variantes o distintas especies de fideicomiso, ellas surgen según el objeto, ya sea mueble o inmueble (art. 2311, Cód. Civil) o bienes (art. 2312, Cód. Civil). Su finalidad puede dar lugar a fideicomiso de garantía, de inversión, de auxilio, arts. 338, 341, 351 LSC de vigilancia, arts. 348 LSC y 53 y 156, ley 19551, fideicomiso de voto, con la sindicación de acciones, tiempo compartido en inmuebles para vacaciones, y la figura, también se da, en los llamados fondos comunes de inversión.

Desde el punto de vista de los sujetos, el fideicomitente puede transferir los bienes irrevocablemente o bien reservarse una facultad de sustituir al fiduciario; el fiduciario a su vez puede ser titular de un dominio imperfecto o propietario de otro carácter, o bien ser un simple mandatario; y en cuanto al fideicomisario puede ser un sujeto pasivo o bien tener la facultad de exigir el cumplimiento del negocio fiduciario. Asimismo, según las legislaciones, podemos encontrarnos frente a un negocio de estipulación para terceros (nuestro art. 504, Cód. Civil), o la constitución de un patrimonio de afectación, o un patrimonio familiar, o una aparente fundación (no exactamente nuestra tipificada en la ley 19836).

IV) Derecho romano: Se atribuye, por algunos, el origen de los fideicomisos a los derechos griego y egipcio, cuando, desarrollada la institución de los testamentos, se hubo de buscar un modo de conservar la propiedad en la familia, para evitar que la unidad patrimonial se rompiera en el curso de sucesivas generaciones. Pasó al derecho romano y tuvo en él origen la substitutio fideicommissaria, fideicomiso sucesivo y gradual de familia, del cual son derivación las sustituciones fideicomisarias que tuvieron gran desarrollo en la Edad Media, y que fueron prohibidas en las codificaciones del siglo pasado como en nuestro código en el art. 3724 que lleva nota aclaratoria de Vélez. Sin embargo, parece reeditarse parcialmente en algunos códigos, como ser el portugués de 1930, y en el italiano de 1942 en su art. 692, conforme el análisis que de este instituto hace José Castán Tobeñas en su obra Familia y propiedad. Aparece así, en Roma, también el fideicomiso como una liberalidad mortis causa, a la que Augusto somete al control jurisdiccional de los cónsules, que termina por ser confundida con los legados. Se trataba de que el causante encargaba a una persona de su confianza - fiduciario - la transmisión de toda o parte de su herencia, para que a su vez la transmita al verdadero heredero o legatario, a quien más adelante se le dieron acciones para obligar al cumplimiento del fiduciario a la entrega de bienes.

Pero por otro lado, en Roma, aparece también el pactum fiduciae, esto en dos variantes: 1) pacto de fiducia cum creditore, en que el deudor entrega al

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

acreedor la propiedad de una cosa en garantía de la obligación que los vinculaba, con cargo de devolvérsela cuando pagaba; 2) pacto de fiducia cum amico, que al decir de Messineo es un negocio fiduciario de custodia o de administración, para poner a resguardo seguro determinados bienes. En ambos casos está presente la fiducia, es decir, la confianza, la persona de confianza del constituyente, y cumplirá restituyendo los bienes o entregándolos al beneficiario que corresponda. Esta fiducia deberá estar presente siempre en los negocios fiduciarios aunque se trate de personas jurídicas.

Citando a los autores Navarro Martorell y Groselli, nuestro jurista Mario Alberto Carregal expresa que se ha dicho con razón que estos negocios fiduciarios, del derecho romano, son los más interesantes por su proyección social, los más oscuros dogmáticamente y tal vez los más antiguos. Por esa misma razón, el jurista romanista español y profesor de la Universidad de Navarra, Álvaro D'Ors, le llama al fideicomiso y a la fiducia que con él se relaciona, las "instituciones desventuradas" en la historia del derecho.

Queda por último examinar en el derecho romano los fideicomisos testamentarios por causas piadosas, en el campo de las memorias sepulcrales, que implicaban una personalidad jurídica fundacional, un patrimonio fundacional; esto es, la afectación de bienes a un fin determinado, que vemos como concepto modernamente desarrollado, en esta temática del fideicomiso, por Planiol, que nos habla de un "patrimonio de afectación".

V) Derecho anglosajón: Los ingleses, con una mayor flexibilidad para extraer del derecho romano nuevas formas prácticas, llegaron a un resultado muy congruente, con la aproximación de la fiducia al fideicomiso. Analizando Mosset Iturraspe en la oportunidad arriba señalada, las instituciones inglesas y la doble jurisdicción del common law y la equity law (unificadas a partir de 1875), expresa: "...el derecho inglés ha sido más fiel a la tradición romana...", comparándolo con la recepción que ha tenido el instituto que estudiamos en el derecho continental.

La fiducia romana, la "confianza romana", se traduce en la institución peculiar que tratan los tribunales ingleses de equidad, y que se denomina trust. Pero el antecedente del trust aparece en el siglo XIII con la creación de los uses, que consistían en una transmisión de tierras por actos entre vivos o en forma testamentaria a favor de un prestanombre, que las poseía en provecho del beneficiario. Desde la aparición del use hasta la vigencia del trust pueden distinguirse cuatro períodos que transcurren durante siglos; aparece así en el siglo XVI una "ley de uses", hasta que en la segunda mitad del siglo XVII aparece el trust y se desarrolla, limitándose la "ley de uses"; apareciendo en 1893 el dictado de la "Trust Act.", que constituía una recopilación de las decisiones de los tribunales de equidad en esta materia. La particularidad que distingue al trust está dada en que supone una propiedad funcionalmente dividida, que recae simultáneamente sobre la misma cosa o bienes: el trustee que es considerado el propietario legal (legal title), es decir el fiduciario; y el cestui que trust o beneficiario o

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

fideicomisario, que es considerado el propietario en equidad, porque este último goza de la protección de sus derechos frente a los adquirentes que conocen la existencia del trust o frente a los herederos del trustee. El sujeto que pone en marcha el trust es el settler o constituyente o fideicomitente. El objeto del trust es el conjunto de bienes (especificados) afectados a un fin determinado por el settler y transmitidos al trustee: los bienes pueden ser muebles o inmuebles, corporales e inmateriales, que estén en el comercio. Los bienes raíces y las acciones emitidas por sociedades, son los que con más frecuencia constituyen el objeto del trust. Los bienes no sólo deben quedar separados del patrimonio del settler sino que también lo estarán del patrimonio del trustee, pues no deben confundirse con el resto de sus bienes ni con los bienes del beneficiario, el que si bien es considerado el propietario en "equidad", carece de facultades de disposición sobre los mismos. Las facultades del trustee, respecto de los bienes, no pueden ser tan amplias que impidan a los tribunales determinar si ha habido o no abuso en su gestión.

Precisando la terminología, Mosset Iturraspet dice que en el derecho anglosajón debe decirse "negocio fiduciario" o "fideicomiso" cuando nos referimos al trust, y no por el contrario, decir "contrato fiduciario" o "contrato de fideicomiso", porque en el derecho inglés "contrato" y trust son dos instituciones totalmente distintas, que se originaron en épocas diversas, tuvieron un desarrollo diferente y se resuelven por procedimientos y criterios que no coinciden; los primeros son atendidos por los tribunales del common law y los segundos por los del equity law. En manera alguna estas ideas coinciden con las nuestras - dice el citado jurista -, y agrega: ". . . debemos receptarlo (el fideicomiso) ateniéndonos a nuestras tradiciones jurídicas...". Como resulta lógico, el trust o fideicomiso anglosajón se trasladó a los EE.UU. donde se manejó y maneja con fluidez en las combinaciones financieras usuales y necesarias en el desarrollo de sus modernas industrias lo que constituye, en parte, el progreso material de ese país. Trabajos doctrinarios importantes son los del autor Austin Wakeman Scott en 1927 sobre el Derecho de los trusts, y en 1935 aparecen los dos primeros volúmenes, completándose después nueve, de lo que llamaríamos Recopilación del derecho de los trusts, publicado por la American Law Institute. Y también en 1927, aparece publicado un artículo de Pierre Lepaulle - al que citan todos los autores - que es la primera interpretación monográfica de un autor francés, doctorado en París y en Harvard, de la institución del trust norteamericano. A posteriori en 1932, publica su Tratado en la materia, y en su capítulo de "La determinación de la naturaleza del trust" asienta que el settler transmite determinados bienes, total o parcialmente al trustee; éste es el único designado como propietario, y define primeramente, en 1927, el trust en estos términos. "El trust es una afectación de bienes garantizada por la intervención de un sujeto de derecho que tiene la obligación de hacer todo lo que sea razonablemente necesario para realizar esa afectación y que es titular de todos los derechos que le sean útiles para cumplir dicha obligación." Y en su Tratado de 1932 dice: "El trust es una institución jurídica que consiste en un patrimonio

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

independiente de todo sujeto de derecho, y cuya unidad está constituida por una afectación que es libre dentro de los límites de las leyes en vigor y del orden público."

Comentando estas definiciones, El doctor Roberto Molina Pasquel catedrático de la Universidad Nacional Autónoma de México, aclara sobre el término "afectación", y apoyándose en autores tales como el eminente jurista panameño doctor Ricardo Alfaro con su Proyecto de ley de 1924, que ratifica sus ideas en 1946, en el jurista inglés Maitland, publicados sus escritos en Cambridge en 1938, en Remo Franceschelli que publicó en Padua en 1935 en términos coincidentes, explica Pasquel que la *rè*s en el trust es propiedad lisa y llana, propiedad total, propiedad conforme a la ley, del trustee, es decir, que la esencia del fideicomiso radica en la "transmisión" de la propiedad del settler al trustee. Todo esto dicho para aclarar la situación con respecto al referido desdoblamiento de la propiedad entre el trustee que tiene un legal title y el fideicomisario que tiene un equitable title.

Y para despejar toda duda, ratifica el autor y jurista mexicano: "...la llamada dualidad de jurisdicciones en los países anglosajones, más pertenece a la historia que al presente: common law y equity law fueron jurisdicciones suplementarias en su origen y complementarias en la actualidad, integrantes de un único fuero, adjetivados ya en una acción civil única, en materia federal norteamericana."

La mejor demostración de la posibilidad del trust, o una institución semejante, dentro de un sistema romanista o de derecho civil, consiste en la Ley del Estado de Luisiana de la Unión Americana, que heredó su sistema jurídico del sistema de codificación napoleónica de sus colonizadores, los franceses. Es decir: es unijurisdiccional, y en él no rige la common law. La Louisiana Trust Estates Act define al trust y norma su creación, funcionamiento y extinción, con las mismas palabras del Restatement (recopilación del American Law Institute, ya citada); y reafirma Molina Pasquel: "...sabemos que funciona igual que en el resto de la Unión."

VI) Recepción latinoamericana del fideicomiso o trust anglosajón: Luego de lo dicho hasta aquí resulta más fácil comprender cómo a través de México se desarrolla el instituto en América latina, y cómo los autores citados son directa o indirectamente quienes influenciaron en la legislación mexicana.

1. México: La actuación en el país de Compañías Norteamericanas de Trust, que se intensificó con la construcción de ferrocarriles, desarrolló el comercio, y preocupó a las autoridades mexicanas, quienes consideraron que el fideicomiso sería un instrumento que aumentaría el caudal de medios y formas de trabajo en su economía. Esto, dicho en la exposición de motivos del Proyecto Limantour, enviado al Congreso en 1905; a partir de allí, las fechas de 1924, 1925, 1931, 1932 con la Ley General de Títulos y Operaciones, con modificaciones en 1941 y 1952, evolucionando así de una simple instrumentación para asegurar el cumplimiento de negocios futuros, a una enajenación fiduciaria con los fines más diversos. La recepción

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

sucesiva del instituto se basó en las obras de Alfaro, Lepaulle y otros, y finalmente, sobre el Restatement of law of trust, de la American Law Institute, con el propósito de facilitar el crédito y la venta, tornando simples operaciones financieras complicadas. Posible solamente en el sector bancario, ha facilitado el fideicomiso los trabajos públicos financiados con bonos de garantías por fideicomisos impuestos. La práctica actual se desvía de la norteamericana; se usa principalmente con fines de garantía sustituyendo a la hipoteca y a la prenda y para colocar capitales ociosos. Al presente se orientan hacia la creación de fondos comunes de inversión.

Por razones de tiempo no es posible examinar en detalle la legislación mexicana, que en su art. 346 dice: "En virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fideicomisaria."

Y en su art. 349: "Sólo pueden ser fideicomitentes las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para hacer la afectación de bienes que el fideicomiso implica, y las autoridades judiciales o administrativas competentes, cuando se trate de bienes cuya guarda, conservación, administración, liquidación, reparto o enajenación corresponda a dichas autoridades o a las personas que éstas designen."

Son válidas las argumentaciones doctrinarias arriba expuestas sobre lo que debe entenderse como "patrimonio de afectación".

2. Venezuela: Se halla vigente una Ley de Fideicomisos del 23/7/56 con 31 artículos y un decreto complementario de 1966. En su art. 1º dice que "el fideicomiso es una relación jurídica por la cual una persona llamada fideicomitente transfiere uno o más bienes a otra persona llamada fiduciario, quien se obliga a utilizarlo en favor de aquél o de un tercero llamado beneficiario". Como puede apreciarse, la terminología es clara.

En su art. 3º impone el documento auténtico para la constitución intervivos, así como para la aceptación del fiduciario, que puede ser en acto separado. Por su art. 5º dispone la inscripción en el Registro Mercantil. El art. 8º permite que se sustituya el fiduciario sucesivamente, con la salvedad de que al momento de la constitución existan. Y por el art. 12, sólo podrán ser fiduciarios las instituciones bancarias y las empresas de seguro. En arts. 14 y 15 preceptúa sobre las obligaciones del fiduciario, quien deberá cumplirlas "con el cuidado de un administrador diligente". Por el art. 19, todo fideicomiso será remunerado. Si la remuneración debe fijarla el juez, no excederá del 15 por ciento. El art. 23 dice que puede ser constituido en favor de uno o varios beneficiarios. Asimismo expresa, a renglón seguido, que el fideicomitente puede autodesignarse como beneficiario. El art. 24 enuncia los derechos del beneficiario, entre ellos exigir al fiduciario el fiel cumplimiento. Por último, el art. 28 dice que el fideicomitente puede reservarse el derecho de revocar el fideicomiso.

3. Colombia: Presenta dos cuerpos normativos: el Código Civil, arts. 794 al 821, y el Código de Comercio, arts. 1226 al 1244. En el primero se habla de una propiedad fiduciaria, constituida por fideicomiso, término con el que

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

se designa también el objeto fiduciado; admite la libre disposición de la propiedad por parte del fiduciario, pero siempre con la carga de eventual devolución; a pesar de esto designa el derecho del fiduciario como usufructo. El fideicomisario por su parte no tiene derecho alguno, aunque podrá exigir las providencias conservatorias oportunas, y su simple expectativa no es transmisible a sus herederos. En cuanto al Código de Comercio, expresa que "la fiducia mercantil es un negocio jurídico" y la normativa es muy similar a la ley venezolana, ratificando en su art. 1228 que la fiducia constituida entre vivos deberá constar en escritura pública registrada según la naturaleza de los bienes.

4. Chile: Aquí el Código Civil de Bello ha sido más explícito que el nuestro, pues consagra los arts. 732 al 763 a la llamada "propiedad fiduciaria" la que está "sujeta al gravamen de pasar a otra persona, por el hecho de verificarse una condición". La constitución de la propiedad fiduciaria se llama fideicomiso. Este nombre se da también a la cosa. La traslación de la propiedad a la persona en cuyo favor se ha constituido el fideicomiso se llama "restitución". Y aquí aparece una explicación para el término "restituir a un tercero" que utiliza nuestro art. 2662 y que provoca dudas, si se trata de entregar la cosa a un tercero o aparentemente restituirla al fideicomitente. Llamativamente el art. 736 dice: "Una misma propiedad puede constituirse a la vez en usufructo a favor de una persona y en fideicomiso a favor de otra." En el 739: "Toda condición de que penda la restitución de un fideicomiso, y que tarde más de 15 años en cumplirse, se tendrá por fallida". Hay aquí un plazo de caducidad, pero no aclara qué pasará con los bienes, si se consolidan en cabeza del fiduciario. En el 742 establece la posibilidad de condominio fiduciario y de dos o más fideicomisarios. Art. 751: "La propiedad fiduciaria puede enajenarse entre vivos o transmitirse por causa de muerte, pero en uno y otro caso, con el cargo de mantenerla indivisa, y sujeta al gravamen de restitución . . . "

Álvaro D'Ors refiere que no tiene noticias, en el año 1982, de aplicación práctica de estos preceptos.

5. Bolivia: El art. 1409 del Código de Comercio reconoce el fideicomiso como un negocio inter vivos o mortis causa, por el que una persona transmite bienes a un banco, que se obliga a enajenarlos en provecho de un beneficiario. En el art. 1410 reconoce tales bienes como un "patrimonio autónomo" y en los siguientes, hasta el 1427, se trata de otros pormenores de la institución.

6. Costa Rica: Tanto el Código de Comercio (1964) como la ley orgánica del sistema bancario nacional (1953) admiten los contratos de fideicomiso. También aquí parece aceptarse la figura del negocio fiduciario, con transmisión al fiduciario de la propiedad, aunque se constituya un "patrimonio autónomo", pudiendo ser fiduciaria cualquier persona física o jurídica; pero aquí con un derecho del fideicomisario para exigir el cumplimiento del fideicomiso y reintegrar los bienes indebidamente

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

enajenados por el fiduciario. Los arts. 633 a 662 del Código de Comercio presentan una amplia reglamentación de esta institución.

7. Guatemala: El Código de Comercio de 1970 dedica los arts. 766 a 793 al fideicomiso; también aquí como fiducia, es decir, con transmisión de bienes afectados a fines determinados, aunque el fiduciario esté obligado a no excederse en su derecho. El fideicomisario tiene derecho de exigir el cumplimiento y de impugnar los actos abusivos del fiduciario y pedir el reintegro de los bienes indebidamente enajenados.

8. Honduras: Los arts. 1033 a 1062 del Código de Comercio reglamentan también el fideicomiso como negocio fiduciario exclusivo de los establecimientos bancarios, con transmisión de la titularidad dominial a favor del fiduciario, la obligación de limitarse a los actos exigidos por el cumplimiento del fideicomiso, y posible impugnación por parte del fideicomisario de los actos excesivos del fiduciario.

9. Panamá: Hay una ley especial sobre fideicomiso de 1943, con 38 artículos, que sucedió a la de 1925 que concretó el Proyecto Alfaro arriba citado. En esta nueva ley se configura ese contrato, como mandato irrevocable, en virtud del cual se transmiten determinados bienes a una persona llamada fiduciario, para que disponga de ellos conforme lo ordena el que transmite, llamado fideicomitente, a beneficio de un tercero llamado fideicomisario, el cual puede ser persona física o jurídica; tiene prohibición de disponer el fiduciario en forma distinta o contraria a la establecida en el fideicomiso.

VII) Luego de este panorama normativo, a través de América latina, veamos sucintamente qué nos dice el derecho positivo europeo:

Alemania: El BGB no lo trata; consultado J. W. Hedemann en su Tratado de Derecho Civil, trata del fideicomiso familiar, con el problema derivado por la derogación total de la legislación del III Reich y reemplazada por la legislación posterior a 1947, con influencia americana, pero no proporciona detalles del derecho positivo. Se ocupa además del negocio fiduciario y de la propiedad fiduciaria y si bien lo tipifica, lo trata con disfavor, como si fuera un negocio simulado. Posteriormente se ocupa del treuhander, esto es fiduciario, en los bancos hipotecarios, en la hipoteca de garantía de títulos al portador, en la deuda inmobiliaria de propietario, en la constitución de prenda y en el desarrollo de la relación pignoratícia, pero no enuncia normas, y sólo analiza las figuras del deudor y acreedor y sus relaciones, no tipificando en ningún momento el negocio fiduciario o el fideicomiso como lo hemos visto hasta aquí.

Francia: Su art. 896 del Código Civil prohíbe, como nuestro 3724, la sustitución fideicomisoria testamentaria, pero ninguna otra referencia trae sobre fideicomiso. Consultado Ripert y Boulanger en su Tratado de Derecho Civil, no se refieren al fideicomiso o la fiducia. Tampoco el Código de Comercio, ni la legislación sobre derecho bancario; esta última trae

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

diversas instituciones para movilizar el crédito y garantizarlo, pero los autores René Rodière y Jean Louis Rives - Lange, no mencionan el fideicomiso.

Italia: En el Código Civil de 1942, en sus arts. 692 a 699, trata en esa sección segunda de la sustitución fideicomisoria testamentaria, permitiéndola con ciertos límites, que acá no analizaremos.

Suiza: En el Código de las Obligaciones, sólo al normar sobre los contratos trae una nota al pie sobre el "contrato fiduciario", que pueden pactar las partes, pero lo refiere a la doctrina alemana para el caso. En cambio, en el Código Civil, en el art. 487 se refiere a la sustitución vulgar testamentaria, y en los arts. 488 a 491 permite la sustitución fideicomisoria, con ciertas limitaciones, diciendo al final: "el que deviene propietario, tiene el cargo de restitución". Y aquí nuevamente aparece el verbo "restituir".

España: Ya hemos referido lo expresado por Castán Tobeñas respecto del fideicomiso del patrimonio agrario y familiar; faltaría destacar lo que él llama "leyes desvinculatorias" que trataron de paliar lo gravoso de las sustituciones fideicomisorias, y es así que no podrán pasar del segundo grado o que se hagan en favor de personas que viven al tiempo del fallecimiento del testador: esto está desarrollado en los arts 781 a 786 del Código Civil, no existiendo a la fecha legislación en el Código de Comercio y leyes complementarias.

VIII) Convenciones - congresos - jornadas: En una separata de la Revista del Notariado 760 del año 1978, el escribano Luis Correa Larguía nos da noticia de los congresos notariales y el fideicomiso: "El notariado ha tenido ocasión de expresar su opinión favorable con relación al fideicomiso inmobiliario. En la Quinta Reunión Jurídico Notarial celebrada en Rosario, 1972, diciendo que es una figura apta para la concreción de determinados actos jurídicos que demanda la actividad comercial 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 el XII Congreso Internacional del Notariado Latino 1973, Argentina, 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.

En el XIV Congreso Internacional del Notariado Latino, Guatemala, 1977, la delegación argentina incluía en su ponencia el tratamiento del Proyecto Michelson.

Asimismo citamos el Primer Congreso de Abogados del Banco de la Nación Argentina, 1977, y el Seminario Latino Americano sobre Fideicomiso, México, 1978; en ambos, representantes de bancos del país se ocuparon del instituto demostrando creciente interés por su aplicación.

VII Convención Notarial: De este Colegio, realizada en 1978; en ella, como siempre, se constituyó una mesa redonda y el tema propuesto fue "El

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

fideicomiso inmobiliario", participando el escribano Correa Larguía como coordinador, y entre otros, el doctor Mosset Iturraspe, de quien hemos transcrito ya algunas de sus ideas; el doctor Edgardo Marcelo Alberti, como saben, juez de la Cámara Comercial de Apelaciones, se ocupó de los problemas de falencia de los sujetos intervinientes en el fideicomiso; el doctor López Olaciregui analizó el art. 2662 y concordantes del Cód. Civil y dijo que el instituto del fideicomiso había que rescatarlo de la inercia estéril en que yace, trayendo a colación la expresión de Héctor Lafaille, de que era "una institución desperdiciada", comentario que recogió Elías P. Guastavino en un valioso ensayo muy conocido sobre el tema. También, luego de otras valiosas intervenciones en la mesa redonda de los doctores Falbo y Orelle, el doctor López Olaciregui dijo que conviene legislar el fideicomiso, porque la base contractual del código es muy insegura; a lo que respondió el doctor Mosset Iturraspe: "Entiendo que conviene receptar esta figura; empero, por las características que señalé, conviene hacerlo de un modo típico, vale decir, dándole tipicidad jurídica".

Jornadas de Estudio, Madrid, 1979: "El fideicomiso en México y su viabilidad en España". En las recensiones de la Revista Notarial 850, el doctor José María Chico y Ortiz hace una reseña sintética, pero a la vez muy informativa de los trabajos e ideas que se debatieron allí. Nos habla así, que hubiera deseado plantear en las jornadas el eterno problema del reflejo registral del negocio fiduciario. Entre varias ideas que rescata, enunciamos la de que el fideicomiso es algo más que un servicio bancario; de la utilidad de su empleo y sus diversos campos de proyección; de la posible incorporación al Derecho Bancario Español a pesar de lo restrictivo de la legislación; de la Seguridad Social y los fondos de pensiones en relación con el fideicomiso; de los problemas fiscales que plantea la figura y las posibles soluciones.

XXIV Jornada Notarial Bonaerense: Realizada en 1981, en Necochea; en la comisión II fue tratado el instituto como negocio jurídico, el negocio fiduciario, y se consideró que es innumerable la cantidad de supuestos que admite la versatilidad, pues, de los negocios fiduciarios, deseándose legislar un mecanismo de utilización masiva; se habló de la necesaria seguridad para las partes y los terceros, etc., concluyendo que habrá negocio fiduciario cuando el fiduciante encarga al fiduciario la realización de cometidos particulares que tenga como beneficiarios a terceros. . . Debemos aclarar aquí que el término "encarga" lleva a una polémica superada en los países cuyos derechos más arriba hemos anotado, pues si se dice "encarga", estamos hablando de mandato y no de negocio fiduciario. No obstante, más adelante dicen las conclusiones que, si se transmitiera la propiedad, el dominio resultante lo será en calidad de imperfecto... Esto ya lo dice nuestro Código, pues el art. 2662 está legislado en el título VII del libro tercero titulado "Del dominio imperfecto". Sí entendemos correcta la conclusión de que la condicionalidad dominical debe trascender al plano registral. También se concluye que el fideicomiso

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

debe considerarse como un patrimonio de afectación sustraído de la prenda común de los acreedores, que el negocio fiduciario debe tener un tratamiento preferencial, y por último se propone la utilización del fideicomiso en la venta de automotores como parte de pago; esto último se había propuesto dos años antes en la VIII Convención de este Colegio al tratar el tema automotor.

IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil: Realizadas en Mar del Plata en noviembre de 1983; ya he remarcado en otra clase la importancia jurídica de estas jornadas por participar todos los Institutos de Derecho Civil del país y reunir a los más esclarecidos doctrinarios argentinos en la materia. En la comisión 4 de derechos reales, se trató el tema "Régimen jurídico del dominio imperfecto y en especial del dominio fiduciario", y numerosas ponencias se presentaron, siendo el debate prolongado y apasionado, arribándose a una extensa conclusión mayoritaria con algunas disidencias parciales; citaremos sólo el número de votos. Enunciamos las conclusiones más sugestivas:

- Dada la naturaleza de derechos reales de los dominios imperfectos, su régimen jurídico queda sometido a la muy dominante incidencia del orden público (unanimidad).

- Los únicos supuestos de dominios imperfectos en el Cód. Civil argentino son el dominio desmembrado, el dominio revocable y el dominio fiduciario (unanimidad) .

- El dominio fiduciario no sólo está permitido y definido por el Cód. Civil argentino, sino que existen directivas legales suficientes para poder aplicarlo (25 votos a favor, 2 en contra).

- 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 (unanimidad).

- La tipicidad del dominio fiduciario en el Cód. Civil argentino impide que coincidan total o parcialmente las calidades de fideicomitente; de fiduciario y de fideicomisario (22 a favor, 6 en contra).

- El dominio fiduciario puede recaer sobre cosas muebles e inmuebles resolutorias explícitas o a plazos resolutorios explícitos (unanimidad).

El dominio fiduciario puede recaer sobre cosas muebles e inmuebles (unanimidad).

- 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 (unanimidad) .

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

- En ningún caso están permitidas las sustituciones fideicomisarias (unanimidad).

- 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. 2670/2672, Cód. Civil - (unanimidad).

- 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 (unanimidad).

- 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, Cód. Civil - (unanimidad).

- El fideicomisario está legitimado para la promoción de acciones reales (19 a favor, 7 en contra).

- La adquisición del dominio por el fideicomisario se configura a través de su aceptación acompañada por la tradición traslativa del dominio (19 a favor, 6 en contra).

Corresponde aclarar que no pude participar del debate por razones de enfermedad, y de ahí que no es el caso de poder expresar cómo se llegó a determinadas conclusiones o disidencias. Me complace destacar que la presidencia de la comisión estaba a cargo del doctor Jorge Horacio Alterini, y ello le da suma importancia a cada una de las conclusiones. Asimismo, debe dejarse anotado que sólo participaron civilistas, por lo que sólo se discutió sobre la temática de nuestro art. 2662 del Cód. Civil y artículos concordantes. De tal manera, que el tema fue muy estricto y para nada se amplió al negocio fiduciario, salvo la escueta referencia al pacto de fiducia.

Por último, quedaría por referenciar otros simposios, tales como la V Convención del Instituto Jurídico de la Unión Interamericana de Ahorro y Préstamo para la Vivienda, Bolivia, 1982, y la VI Convención del mismo instituto, Madrid, 1983, donde presentó sendos trabajos sobre el fideicomiso el escribano Correa Larguía quien concluye uno de ellos con el siguiente y perentorio párrafo: "Teniendo en cuenta que las leyes de este

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

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 (Proyecto Michelson de 1967) 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."

IX) Derecho nacional: En primer lugar, nuestro Cód. Civil que en su art. 2662 dice: "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 resolutive, para el efecto de restituir la cosa a un tercero." La transcripción que más arriba hicimos de las conclusiones de las Jornadas Nacionales de Derecho Civil, en Mar del Plata, 1983, nos exime, en lo civil, de mayores comentarios. Solo a efectos de una mayor clarificación traeremos las ideas del doctor Jorge Horacio Alterini, que lucen en el Código Civil Anotado de Llambías: "Algunos autores han sostenido que esta figura es imposible en el derecho argentino, pues estaría prohibido todo tipo de fideicomiso aun el singular (Segovia); para Salvat no tiene aplicación; otros, como Lafaille, Bibiloni, Argañarás, se pronuncian en favor de la existencia del instituto ... nos inclinamos decididamente por su existencia jurídica habida cuenta de que el art. 2661 alude a él y el art. 2662 lo caracteriza y aun el art. 2841 lo presupone. La prohibición de los fideicomisos universales por el art. 3724 no debe invocarse para impedir los fideicomisos singulares . "

En las leyes bancarias, en particular la 21526 de entidades financieras, está contemplado el instituto, si bien en una forma muy escueta cuando se ocupa de las facultades que tienen las diversas instituciones:

Art. 21: Bancos Comerciales: podrán realizar todas las operaciones que no les sean prohibidas, y el fideicomiso no lo está.

Art. 22, inc. g): Bancos de Inversión: podrán actuar como fideicomisarios (y aquí aparece la terminología equivocada que hicimos referencia al principio y que traía la ley de debentures de 1912 N° 8875 y que quizás se copió del Proyecto Limantour de México en 1905 que proyectó el jurista Estañol); y, al final, el inciso dice que podrán cumplir otros "encargos fiduciarios", y como no existe norma que lo aclare, nada podemos decir.

Art. 23, inc. g): Bancos Hipotecarios: cumplir mandatos y comisiones; dentro de esa amplitud podría caber el negocio fiduciario; ¿cuál?, no lo sabemos porque no está legislado.

Art. 24, inc. i): Compañías financieras: igual que Bancos de Inversión.

Art. 25, inc. g): Sociedades de Ahorro y Préstamo para la Vivienda: igual que los Bancos Hipotecarios.

Art. 26, inc. e): Cajas de Crédito: igual que los Bancos Hipotecarios y Cajas de Ahorro y Préstamo para la Vivienda.

En cuanto a la a la ley de Sociedades Comerciales N° 19550 en su sección VIII, al tratar de los debentures, en sus arts, 325 y siguientes que no fueron modificados por la ley 22903, se ocupa en parte del instituto en la forma siguiente:

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

1) En la exposición de motivos se explica que el lenguaje técnico empleado sustituye el defectuoso de fideicomisario, por el de fiduciario. El primer fiduciario debe ser un banco, con lo que se introduce un elemento que ha de inspirar más confianza... Por último, en relación al régimen de la quiebra, se establece por el art. 351 que el fiduciario tendrá a su cargo las funciones que el síndico y el liquidador cumplen en aquella regulación.

2) El art. 338 habla de la celebración de un "contrato de fideicomiso" y el art. 339 de la forma y contenido del contrato de fideicomiso; el contrato se otorgará por instrumento público; a pesar de cierto detalle, no podemos decir que ello sea la regulación del instituto, sino que es una emergencia legislativa para el caso de los debentures, pero que sigue vigente el vacío normativo. Es interesante que, además de imponer el instrumento público, obliga a la inscripción en el Registro Público de Comercio; pero no confundir; porque no se registran los bienes sino solamente el contrato portador de derechos personales .

3) Los arts. 341/342 se ocupan de la capacidad del fiduciario y sujetos a designar.

4) Los arts. 343/344 tratan del fiduciario, no como tal, sino como representante o mandatario, pues se le aplican los incs. 1° y 3° del art. 1881 del Cód. Civil, y esto ya confunde el instituto.

5) El art. 345 enuncia las facultades del fiduciario; no aclara si se trata como tal o como mandatario.

6) El art. 346 lo coloca al fiduciario como administrador de la sociedad y de los bienes sociales bajo inventario.

7) El art. 347 hasta el 352 dibuja La figura del fiduciario como liquidador y/o administrador.

8) Los arts. 353/354 tratan de la remoción del fiduciario y/o su designación .

9) El art. 359 preceptúa sobre la responsabilidad del fiduciario. Puede apreciarse que mucho no nos aclara legislativamente la normativa enunciada, y muy por el contrario puede conducir a errores jurídicos en su aplicación, y quizás a nulidades.

En la ley 19551, de Quiebras y Concursos, tenemos un artículo, el 142, que dice: "Cuando existan en poder del fallido bienes que le hubieren sido entregados por título no destinado a transferirle el dominio..." Y al no tener regulado el instituto y previsto los casos de falencia del fiduciario, ¿cómo deberá procederse en caso de fideicomiso? ¿Aceptará la masa de acreedores que los bienes no pertenecen al fallido?, ¿o argumentarán que

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

sí se le transfirió un dominio imperfecto, pero dominio al fin? Y el fideicomisario, ¿cómo queda protegido? Los doctrinarios hablan genéricamente - no para este caso particular - de patrimonios autónomos o separación de patrimonio y que existen dos esferas de relaciones: la interna entre los sujetos del fideicomiso, y la externa de esos mismos sujetos con los terceros (Hedemann).

X) Proyectos de legislación: Ya hemos mencionado el "Proyecto de ley sobre fideicomisos" que tiene nota de elevación con exposición de motivos del 22 de diciembre de 1967 y lleva las firmas de sus autores: Guillermo Michelson, Carlos C. Malagarriga, Gervasio R. Colombres y Héctor Alegría, quienes tomaron como base el anteproyecto que el doctor Guillermo Michelson presentó al directorio de Yacimientos Petrolíferos Fiscales. El solo análisis de la exposición de motivos nos llevaría mucho tiempo, a lo que se podría agregar el dictamen que la Federación Argentina de Colegios de Abogados presentó el 25 de marzo de 1969 por sus autores Salvador Perrotta, Carlos A. Campolongo y Daniel I. Parodi. Contiene el Proyecto 27 artículos, y en su art. 1º define: "Por el fideicomiso se transmite el dominio de determinados bienes a un fiduciario, para que proceda respecto de ellos conforme lo disponga el fideicomitente en el acto constitutivo." Muy bien la terminología y clarito lo de la transmisión del dominio. En el art. 3º, según el objeto, si se trata de muebles serán únicamente los de importación; quizás aquí cabría la figura del leasing; si son inmuebles, el fideicomiso se constituye para la promoción de construcciones destinadas a ser regidas por la ley 13512, o a la realización de planes de construcción de viviendas individuales o colectivas comprendidas en proyectos aprobados por la Superintendencia Federal de la Vivienda u otros organismos estatales de finalidad similar. Esto último tuvo una momentánea concreción en la Dirección General de Préstamos Personales con Garantía Real por resolución del año 1958, por la cual la entidad asumía el carácter de fiduciaria durante la riesgosa etapa de la prehorizontalidad; el método empleado tuvo suficiente operatividad, pero fue dejado de lado en el año 1963, no por razones jurídicas - como nos los dice Correa Larguía que documenta el caso - sino porque eran muchas las solicitudes acumuladas... El proyecto que comentamos estipula, entre otros aspectos, la remoción del fiduciario; y en el art. 17 dice que "extinguido el fideicomiso, el fiduciario debe restituir al fideicomitente los bienes cuyo dominio no haya enajenado conforme al encargo..."

XI) Aplicaciones del fideicomiso: Además de la referencia de la Dirección General de Préstamos Personales ya citada, la histórica Corporación de Transportes de la Ciudad de Buenos Aires, cuando fue liquidada por las leyes 14065 y 14501, lo hizo por intermedio de "fideicomisarios" utilizando la mala terminología, pues lo que debió designar era "fiduciarios". Los clubes de banco también constituyeron en algunos momentos de nuestra historia económica, toda una institución fideicomisoria, por cuanto se utilizó a los bancos acreedores, por parte del Banco Central, como

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

entidades reunidas en un club fiduciario a efectos de liquidar determinados bienes y resarcirse el Banco Central de las deudas acumuladas por ciertos deudores, por ejemplo, caso Sasetru, público y notorio. En documentación bancaria que hemos analizado, se utilizaba la figura del art. 2662 del Cód. Civil para su constitución, estructurando después facultades y obligaciones de los fiduciarios análogas a las normas ya transcriptas de la ley 19550 para debentures. Desconocemos los resultados de su aplicación.

XII) Registración del fideicomiso: Si se constituye el fideicomiso que preceptúa el art. 2662 del Cód. Civil y se trata su objeto de un inmueble, conforme al art. 1184 se impone la escritura pública y el cumplimiento del art. 2505 para su registración: se trata de un dominio imperfecto, derecho real incuestionable, pero la ley 17801 no es explícita al caso, y si bien por ser un derecho real debiera inscribirlo como tal, porque tiene condiciones resolutorias en su título, por la norma del art. 33, segundo párrafo el autorizante debe pedir expresamente que se inscriba como tal, si no será inscripto como dominio simple y llano, o no será inscripto. A título de ejemplo, tenemos por un lado el decreto 2080/80, con sus normas registrales locales para la Capital Federal, que en su art. 99 se refiere a cómo se practicarán los asientos cuando se haya solicitado como dominio fiduciario, y sólo tendrá efecto registral a partir de la anotación que los interesados petitionen al respecto. Ustedes ven que estas normas generan problemas adicionales al fideicomiso si se lo quiere utilizar.

EL NOTARIO COMO CENTRO DE IMPUTACIÓN DE COMPORTAMIENTOS PROFESIONALES. ETAPAS DE SU PRESTACIÓN FEDATARIA. LÍMITES Y CONDICIONAMIENTOS(*) (137)

ARTURO BALASSANIAN

Al estudiar este tema tuve en cuenta la ley 9020 de la provincia de Buenos Aires, sancionada el 23 de marzo de 1978, considerada como un verdadero código notarial pues legisla sobre los distintos aspectos referidos al notariado y su función, dignos de considerarse.

Ella tiene sus antecedentes en las leyes bonaerenses 5015, 6191 y 8585; amplía y detalla con más claridad las diferentes situaciones reguladas con anterioridad.

El notario debe cumplir diversas etapas en su función; las referidas a nuestra materia y con relación a las operaciones en ejercicio, siguiendo el esquema adoptado por Etchegaray(1)(138), son las siguientes:

1. Asesoramiento
2. Imparcialidad
3. Secreto profesional
4. Ética notarial
5. Calificación