

# VII Jornada del Notariado Novel del Cono Sur

Montevideo, Uruguay, 5 al 7 de agosto de 2004.

## **Tema 1: Fideicomiso.**

Coordinadores internacionales: Gabriel CURI y Alicia GONZÁLEZ BILCHE.

Comisión redactora: Silvana ALTERWAIN, Eloísa BACA MARTÍNEZ, Gabriel CURI, Daniela FLEHR, Sandra GODÍN, Alicia GONZÁLEZ BILCHE, María Victoria GONZALÍA, María INSAURRALDE, Natalia MARTÍNEZ DODDA, Sandra MELLO, Virginia PENINO, Verónica SANGUINETTI.

## **CONCLUSIONES**

### *Introducción*

El fideicomiso encontró consagración legal en el ámbito de los países del Cono Sur en la última década, vinculado especialmente a los temas de inversión y crédito, sin perjuicio de la posibilidad de aplicar el mismo a otras finalidades.

### **Propiedad fiduciaria**

Los modelos legislativos de los países del Cono Sur presentan similitudes en cuanto a la consagración del patrimonio fideicomitado como un patrimonio de afectación, separado y autónomo del patrimonio personal del fiduciario, y que por lo tanto no responde de las obligaciones personales del fideicomitente o fiduciante, fiduciario y beneficiario; y en la no recepción de las teorías de la doble propiedad ni de la consagración de la personalidad jurídica del patrimonio fideicomitado.

En cuanto a la naturaleza de la propiedad fiduciaria se sostuvieron tres posiciones:

- a) La que expresa que en Argentina se trata de una especie de dominio imperfecto, específicamente contemplado en los artículos 2661 y siguientes del Código Civil, como dominio fiduciario;
- b) La que la asimila a la propiedad ordinaria del Código Civil con limitaciones derivadas del negocio de fideicomiso que se limitan al plano obligacional;
- c) La que afirma que se trata de un derecho real nuevo, por tener diferencias sustanciales con el régimen de la propiedad ordinaria.

La Jornada entendió que todas las posiciones reseñadas tienen argumentos compartibles y criticables, no optando por ninguna de ellas.

## **Modalidades de fideicomiso**

Hay acuerdo en que la figura del fideicomiso se presenta como una herramienta útil aplicada al sector de la construcción, agropecuario, desintermediación financiera etc. Se entiende que es menester propiciar esta figura en estas modalidades a efectos de facilitar la inversión.

### **Fideicomiso de garantía**

Se presentaron dos posiciones:

a) Una mayoritaria, lo entiende como un instrumento útil que responde a las necesidades de la sociedad moderna, en función de ser una garantía autoliquidable, con menores costos de realización, y sobre un patrimonio independiente del personal del deudor;

b) Una minoritaria, entiende que vulnera principios tradicionales de nuestros contratos de garantía (prohibición de pacto comisorio, regla del duplo), e implica una desprotección de las garantías procesales, además de que puede significar la inmovilización del patrimonio en beneficio de sólo un acreedor, conspirando contra la circulación de los bienes, con los perjuicios que esto podría causar a la economía de mercado.

Existieron coincidencias en cuanto a que:

**a)** Es un instituto que no supe las garantías tradicionales;

**b)** En lo que respecta a la función de asesoramiento, es necesario tener en cuenta las necesidades concretas de las partes intervinientes, a los efectos de buscar el instituto que mejor se adapte a las mismas, sean éstas las garantías tradicionales o el fideicomiso;

**c)** En lo referido a la instrumentación, la escasa previsión legal deja librada a la autonomía privada la regulación de todos los extremos del negocio de fideicomiso, lo que realza la importancia de la intervención notarial;

**d)** Es deseable que el fiduciario sea designado de común acuerdo entre el fideicomitente y el beneficiario. La designación del fiduciario exclusivamente por el beneficiario, o la reunión de ambas calidades en el mismo sujeto (artículo 9b de la ley N° 17.703 en Uruguay) tiene la potencialidad de dar lugar a situaciones abusivas.

### **Fideicomiso testamentario**

El fideicomiso testamentario es una herramienta de suma utilidad para proteger el patrimonio de menores o incapaces (incluyendo para la delegación argentina a los

concebidos no nacidos, hayan sido éstos procreados dentro o fuera del seno materno - embriones crioconservados-), entre otras finalidades.

Las normas del fideicomiso testamentario deben armonizarse con el régimen sucesorio.

Por lo tanto, deben respetar los siguientes principios: protección de las legítimas a partir de las acciones legales correspondientes, prohibición de sustituciones fideicomisarias, régimen de incapacidades para suceder, prohibición absoluta de enajenar (Argentina), entre otros.

La delegación argentina postula:

**a)** Que se recomienda como excepción al principio de inviolabilidad de la legítima, el caso en el que los beneficiados o fideicomisarios sean herederos incapaces, tratándose de una postergación temporal razonable y justificada del goce de la legítima de los demás herederos, confiriéndole prioridad a la situación del incapaz;

**b)** Que en el fideicomiso testamentario es viable la reestructuración del mismo en sede judicial con la intervención de los sujetos con interés legítimo;

**c)** Que se recomienda la registración del fideicomiso testamentario para los ordenamientos que no lo consagren expresamente, y que la publicidad del mismo se logre en el sucesorio.

### **Acciones de terceros frente a la constitución del fideicomiso**

El fideicomiso no presenta particularidades distintivas respecto de ningún otro negocio jurídico, en cuanto a su potencial utilización en fraude a la ley y a los derechos de los terceros. Las acciones de éstos se ejercerán conforme a los requisitos exigidos por cada ordenamiento jurídico.

### **Responsabilidad del fiduciario**

Las legislaciones argentina, paraguaya y uruguaya coinciden en fijar como estándar de evaluación de la conducta del fiduciario al “buen hombre de negocios”, concepto proveniente del derecho comercial; y en impedirle la exoneración de responsabilidad en caso de dolo o culpa grave, y de la obligación de rendición de cuentas.

Existe coincidencia en que el estatuto de la ley de relaciones de consumo (especialmente en cuanto a la nulidad de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión), es aplicable al fideicomiso cuando el mismo constituye una relación de consumo, en virtud de ser el fiduciario un proveedor de servicios, y el fideicomitente y/o beneficiario un destinatario final de los mismos.

Dentro del haz obligacional generado por el contrato de fideicomiso, el fiduciario puede asumir tanto obligaciones de medio como de resultado. En virtud del principio de la

autonomía privada, es legalmente posible elevar una obligación de medio a la categoría de obligación de resultado.

## **Tema 2: Circulación de documentos extranjeros (sentencias y poderes).**

Coordinador internacional: Alejandro Diego MÍGUEZ.

Secretaria: Rosa Elena DI MARTINO.

Coordinadora Nacional por Uruguay: Martha SZEINBLUM.

### Comisión redactora:

Alejandro Diego MÍGUEZ, Rosa Elena DI MARTINO, Martha SZEINBLUM, María José BENTOS CASTRO, Ezequiel CABULI, María Rosa del Milagro MARTÍN, María Luciana MOSCONI, Milka RAPPÀ FORMENTO, Alfonso GUTIÉRREZ ZALDÍVAR.

Relatora: María José BENTOS CASTRO.

## **CONCLUSIONES**

**1)** Se recomienda que las organizaciones notariales de cada uno de los países del Cono Sur publiquen, en las páginas web institucionales, los supuestos en que se exigen poderes especiales expresos y/o específicos, según el derecho vigente en cada Estado.

Asimismo, se detallan los casos en que existan limitaciones o exigencias especiales de normas que afecten la vigencia de los mismos.

**2)** Para los casos en que deba actuarse en un Estado extranjero con un poder especial irrevocable otorgado en la República Argentina -artículo 1977 del Código Civil argentino-, el mismo debe calificarse de acuerdo al orden jurídico de dicho país, y por lo tanto debe cumplir con los requisitos establecidos por su normativa, a saber: ser conferido para un negocio especial, limitado en el tiempo y en razón de un interés legítimo de los contratantes o de un tercero.

**3)** En los países del Cono Sur en los que no existan registros de poderes que acrediten la vigencia de los mismos, se recomienda extremar las diligencias para informarse de posibles sustituciones o revocaciones. Para el caso argentino se aconseja solicitar el testimonio original del poder y consultar al notario ante el cual se extendió el poder original, o al archivo colegial donde se halle depositado el protocolo.

**4)** En los países del Cono Sur ratificantes de la Convención Interamericana sobre Régimen Legal de Poderes para ser utilizados en el Extranjero (CIDIP I) rigen sus normas. En cuanto a las formas extrínsecas, éstas establecen: a) que el poderdante podrá elegir entre la ley del lugar del otorgamiento o la ley del lugar donde haya de ejercerse el mismo; b) que en caso de que la ley de este último exigiere solemnidades esenciales para la validez del poder -vgr. exigencia de escritura pública-, regirá dicha ley; c) que cuando en el Estado en que se otorga el poder es desconocida la solemnidad especial que se requiere, conforme a la ley del Estado en que haya de ejercerse, bastará con que se cumplan los siguientes requisitos: el poder deberá contener una declaración jurada o aseveración del otorgante de decir verdad acerca de su identidad, nacionalidad, edad, estado civil y domicilio, así como el derecho que tuviere para conferir el mismo en representación de otra persona física (sustitución). En caso de que el otorgante sea una persona jurídica, se deberán agregar copias certificadas u otras pruebas acerca de su existencia y de las personas que ejercen su representación. En ambos casos, la firma deberá estar certificada por el funcionario competente.

**5)** Se recomienda que en aquellos estados del Cono Sur, en los que se requiere la orden previa del juez competente para la protocolización de contratos instrumentados en un Estado extranjero, por los que se transfieran, modifiquen o extingan derechos reales -vgr. Argentina, Paraguay-, aquella exigencia judicial sea eliminada.

**6)** Se recomienda a los países del Cono Sur que simplifiquen el régimen de legalizaciones de documentos notariales, introduciendo un trámite sencillo de una única legalización que se realice ante la autoridad que ejerza la superintendencia del notariado en cada Estado.

**7)** Las sentencias extranjeras que frecuentemente contempla el notario son las de divorcio. A éstas, se aplica la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros (CIDIP II), en los Estados que lo hayan ratificado.