

El fideicomiso (ley 24.441)

por

Luis Moisset de Espanés

(Revista del Notariado, 1995, Número extraordinario).

Esc. HIRSCH.- Desde hace largo tiempo el notariado ha tenido una particular atención sobre el instituto del fideicomiso y a través de diversas jornadas y congresos elaboró una nutrida doctrina. Hoy el contrato de fideicomiso está reglado y tenemos que comenzar a ponerlo en movimiento.

Para el análisis de este tema tenemos el privilegio de contar con la presencia del doctor Moisset de Espanés, a quien todos conocemos porque se trata de un eminente jurista y catedrático, autor de numerosos libros que han trascendido nuestras fronteras ya que ha sido distinguido en muchos países.

En nombre del Colegio de Escribanos le damos la bienvenida y le agradecemos profundamente el esfuerzo que ha realizado para estar con nosotros, pues sabemos de las múltiples ocupaciones que desarrolla, incluso como miembro del Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Córdoba.

Dr. MOISSET DE ESPANÉS.- Agradezco al Colegio de Escribanos de la Capital Federal por esta invitación a estar otra vez en su sala de conferencias.

Quizás no sea yo la persona más idónea para hablar del fideicomiso. Ha dicho muy bien el escribano Hirsch que el notariado argentino se ha preocupado en numerosas oportunidades del estudio de esta figura, e incluso hubo un proyecto elaborado por el notariado para propiciar su incorporación, porque aunque en el Código Civil existían algunas normas sobre dominio fiduciario, esta regulación de la figura por la ley 24.441 es la verdadera incorporación del fideicomiso al plexo

normativo de nuestro país. Esa preocupación del notariado hace que ustedes cuenten con figuras mucho más capacitadas que quien les habla, como -por ejemplo- el doctor Orelle.

Quizás una experiencia vivida hace ya tiempo me ayude en esta conversación a tratar de buscar algún enfoque, no para los más avezados de ustedes que han estado ya muy en contacto con la figura, sino para el resto del público que se encuentra ahora, casi por primera vez en razón de la sanción de la ley 24.441, con la necesidad de estudiar el fideicomiso.

Hace una treintena de años hice algunos cursos de derecho comparado en Estrasburgo que me pusieron en contacto con el derecho anglosajón y, en vinculación con el tema que hoy nos ocupa, con el **trust**, que entre nosotros se acostumbra asimilar al fideicomiso. El **trust** y el fideicomiso son, en realidad, dos figuras netamente distintas.

Fideicomiso

El fideicomiso, de raíz romana, al que hace referencia el Código Civil, es el que hemos analizado cuando estudiamos en la Facultad, y es la figura que se ha tratado de regular en algunos proyectos que se elaboraron en la Comisión de Legislación General de la Cámara de Diputados de la Nación para darle mayor efectividad. Es una figura donde el titular -**fiduciario**- es un verdadero propietario. Así en el artículo 2662 del Código civil el fideicomiso está mencionado como una de las formas de dominio imperfecto.

Trust

El "fideicomiso" que hoy se incorpora a nuestra normativa es una figura inspirada en el **trust** anglosajón, donde el fiduciario no es un verdadero propietario, aunque tenga la titularidad y operatividad de los bienes, sino que cumple una función totalmente diferente.

Ese contacto con el **trust** anglosajón me indicó que para estudiar normativas de la índole de la que hoy se incorpora a nuestro derecho civil -no sólo al derecho comercial, como en

otros países de Latinoamérica- resulta indispensable cambiar totalmente de enfoque, para tratar de ver cuales son los elementos propios del **trust** que se proyectan en este llamado fideicomiso.

En la Facultad estudiamos que el fideicomiso del artículo 2662 concedía al fiduciario la titularidad de un derecho real. Vimos entonces que los autores efectuaban una serie de disquisiciones sobre los alcances de las facultades del titular fiduciario, y luego de aquél -el fideicomisario- a quien irían a parar los bienes, para preguntarse si lo que existía era una limitación de tipo real o personal sobre la persecutoriedad que iba a tener el fideicomisario respecto a los bienes, en caso de que el titular fiduciario hubiese dispuesto de ellos indebidamente.

Existen numerosísimos trabajos, desde aquella publicación de Guastavino en el Libro Homenaje a Lafaille, o la última parte de la obra de Mosset Iturraspe sobre negocios fraudulentos, simulados y fiduciarios, más todos los tratados argentinos de derecho civil, donde se efectúa un análisis del fideicomiso desde el punto de vista de su antecedente romano, con las dos formas: la **fiducia cum creditore** y la **fiducia cum amico**. Pero nada de eso nos va a servir y sería inútil ponerse a repasar todos esos antecedentes.

En el **trust** anglosajón y en el fideicomiso incorporado por la ley 24.441 vamos a tener un verdadero patrimonio de afectación que, diría yo, casi no tiene un titular que ejerza sobre él un verdadero derecho real, porque el dador, el fiduciante, el que se desprende de bienes de su patrimonio para constituir el fideicomiso, queda prácticamente desligado de manera total de ese patrimonio; y quien recibe en fiducia los bienes solamente cumple una función gerencial o empresaria de administración, que incluso será remunerada, pero no es la función de un verdadero **dominus**, porque esos bienes no son de él. Y el beneficiario, o el fideicomisario -a quien en el futuro se le entregarán los bienes-, todavía no tiene ningún derecho real sobre los bienes fideicomitados.

Hace cincuenta años, en España, Claret Martín en un estudio de derecho comparado contrastaba la fiducia con el **trust**. Allí resumía, de manera bastante sintética, la existencia de algunos países en los cuales, aun empleando la denominación de fideicomiso habían incorporado el **trust** a su legislación.

Lo que sucede es que en este mundo en que se han acortado las distancias, donde se

han globalizado las necesidades económicas y multiplicado los contactos con otros países, sobre todo en materia comercial, nos enfrentamos con la necesidad de adoptar, o adaptar, las herramientas jurídicas utilizadas en esos países, para facilitar los contactos e intercambios comerciales, al contar con herramientas conocidas por quien, desde lugares dejenos, desea tomar contacto con nosotros. Y el **trust** es una herramienta de múltiples usos en los países anglosajones.

Por eso es que con el nombre de fideicomiso, sobre todo en los países de América latina -Costa Rica, Panamá, México, Venezuela, Colombia- comenzaron a ingresar, en el ámbito del derecho comercial primero, figuras a las que se denominaba "fideicomiso", a pesar de ser totalmente distintas del fideicomiso romano clásico. El empleo de estas figuras redituara múltiples beneficios -y quizás también algunas desventajas- al facilitar en especial la actividad de empresarios y comerciantes.

En el proceso de evolución de los últimos tiempos, más allá del proyecto del notariado tucumano, en el que participó el Doctor Fernando López de Zavalía -conocido por todos ustedes-, se plasmó un proyecto de reformas que fue aprobado por la Cámara de Diputados en 1993, donde solamente se modificaba el artículo 2662 del Código civil, y -sobre todo- resulta un antecedente valiosa la normativa incluida en el Proyecto de la Comisión designada por el Ministerio de Justicia, que dedica una veintena de artículos -entre el 1296 y el 1314- a regular el fideicomiso, inspirándose en proyectos elaborados por comercialistas que tomaban como ejemplo el **trust** anglosajón. Quien recorra ese Proyecto de Reformas al Código Civil encontrará valiosas notas ilustrativas de cuales han sido las fuentes de los artículos.

La ley 24.441, en la parte del fideicomiso civil -la parte del fideicomiso financiero no la voy a analizar por falta de tiempo- si bien no calca las normas del mencionado Proyecto del Poder Ejecutivo (que está en el Senado, descansando plácidamente por el momento), tiene un estrecho parentesco con ellas.

En las notas de ese Proyecto es fácil advertir que con frecuencia se apela a la última legislación sobre "fideicomiso" que podía conocerse, que es la contenida en el Código de la provincia canadiense de Quebec, que para nosotros reviste elevado interés por las razones que paso a señalar muy someramente.

En esta confluencia de dos culturas jurídicas vemos cómo una figura inspirada en una concepción totalmente distinta como es la del mundo anglosajón, se proyecta en los países de derecho continental romanizado, empieza a ingresar y se va adaptando.

Uno de los primeros lugares en que se produce este fenómeno es, precisamente, en la provincia canadiense de Quebec, que tenía la característica, por su raíz francesa, de mantener una legislación de tipo continental, a pesar de estar inserta en un país del “*common law*”. Quebec, pues, tenía su código civil, del siglo XIX, inspirado en el Código civil napoleónico. Se produce allí un encuentro fructífero de las dos líneas de ideas: la que viene del derecho romano y se plasma en las legislaciones de tipo continental, y la del “*common law*”.

En la provincia de Quebec se modifica su Código, que no conocía el “*trust*”, para incorporar con el nombre de *fiducia*, en el texto francés, y de “*trust*” en el texto inglés, una serie de normas que regulaban el funcionamiento del fideicomiso.

Esto ocurrió hace tiempo, y el fideicomiso, esta nueva forma de fiducia que reciben nuestros países, es el “*trust*”, con los aportes de la experiencia práctica que se aplica cuando se sanciona el nuevo Código Civil de Quebec en 1994, donde se lo regula mucho más detenidamente. Esta normativa, que contiene las normas más modernas sobre fideicomiso, fue conocida por los miembros de la comisión del Poder Ejecutivo y está citada con frecuencia en las notas como fuente de algunas de las soluciones que se adoptaron y que luego pasan a la ley argentina. Algunas otras soluciones no se adoptaron.

La ley de Quebec es mucho más extensa e incluso prevé aspectos que nosotros dejamos sin contemplar y que posiblemente cuando tengamos que solucionarlos pueda ser útil recurrir a esos antecedentes.

Voy a traer a colación algunas de las normas de la legislación de Quebec para comprender lo interesante que es esa figura, plasmada ahora en nuestro país por la ley 24.441.

En primer lugar, allí el “*trust*”, o fiducia, o fideicomiso, está ubicado dentro de un título que trata de los patrimonios de afectación. Ya de por sí el título nos está indicando esa característica esencial y propia de esta fiducia: es un patrimonio de afectación a un fin.

Dentro de los patrimonios de afectación en Quebec, el primer capítulo se destina a una figura

que conocemos muy bien, las fundaciones, que son patrimonios de afectación, y el segundo capítulo a la fiducia o “*trust*”.

La primera norma de ese capítulo nos da las características de la fiducia, que llega hasta nosotros por esa vía. Nos dice que la fiducia, el fideicomiso, resulta de un acto por el cual una persona, el constituyente, transfiere de su patrimonio a otro patrimonio que él constituye, bienes que afecta a un fin particular y que un fiduciario, el segundo sujeto, se obliga, por el hecho de su afectación a tener y administrar.

Aquí están las características típicas y esenciales del contrato que, generalmente, ha de ser la fuente que da nacimiento al fideicomiso y en el que intervienen, en esta etapa inicial, dos sujetos: el titular de los bienes, que se separan de su patrimonio para formar el patrimonio de afectación, y el que los recibe, que se compromete a administrarlos, y esos bienes están afectados a un determinado fin que se va a realizar por vía de la administración del que los recibe.

Dentro de la figura del “*trust*” existe un tercer sujeto -ya vamos a ver que nuestra ley, en alguna medida, modifica este aspecto- que es el beneficiario del fin que se ha propuesto el fideicomiso, el fideicomisario.

Mientras desaparece el constituyente, quedan el patrimonio afectado, el administrador y el beneficiario. Y en el Código de Quebec resalta algo que, aunque nuestra ley no lo diga, es muy real. El artículo siguiente dice que el patrimonio fiduciario, formado por los bienes transferidos en fiducia, constituye un patrimonio de afectación autónoma del patrimonio del constituyente, del patrimonio del fiduciario y del patrimonio del beneficiario, sobre el cual ninguno de ellos tiene un derecho real. Así, categóricamente, lo dice el Código Civil de Quebec.

Nosotros no decimos lo mismo, pero en nuestra ley, tal como está organizada, surge, sin duda, que esos bienes constituyen un patrimonio diferente y que no puede ser afectado por las vicisitudes que corran los patrimonios ni de quien dio en fiducia, ni de quien lo recibió para administrarlo, ni del destinatario final.

El análisis de la normativa demuestra que eso es así, y también que quien recibe los bienes en fiducia, aunque pueda disponer de ellos -lo puede hacer dentro de las condiciones y finalidades de la fiducia-, después de la afectación cumple las funciones de un administrador, con poderes de

disposición.

Adviertan la curiosidad que paso a relatar brevemente.

Cuando por primera vez tomé contacto con lo que estoy exponiendo, le encontré más parecido con unos “derechos reales” -así se los denominaba- que hoy prácticamente no existen y se daban en los sistemas socialistas. En esos sistemas había, o hay -los hay para quienes consideran que aún subsisten algunos países regidos por el sistema de derecho socialista; los había para quienes estiman que ha desaparecido- un “fondo común” de propiedad social del Estado.

Sin embargo ciertos bienes de propiedad social podían adjudicarse a entidades como las cooperativas, u otras dependientes del Estado, constituyendo sobre esos bienes, a favor de la entidad que los recibe, un derecho real que se denomina de “administración operacional”. Es decir que la entidad titular de esos bienes solamente tenía su “administración operacional”, que incluía algunas facultades de disposición.

En nuestro caso las facultades de quien recibe los bienes en fiducia son exactamente las de una “administración operacional”; son más parecidas a las de un administrador que a las de un verdadero propietario.

Digo esto de manera introductoria para que ustedes sepan que no tienen que aproximarse al fideicomiso -tal como está regulado en la ley 24.441- con una visión romanista, sino con la del “*trust*”.

Cuando se adentren en la ley van a encontrar una particularidad, que Orelle critica sosteniendo que no era necesaria: en lugar de la figura “triangular”, compuesta por a) el que constituye el fideicomiso; b) el que recibe los bienes en fiducia para administrarlos; y c) el beneficiario, a quien se los transmitirán cuando transcurra el plazo o se cumpla la condición, la ley argentina contempla cuatro posibles sujetos, porque permite diferenciar: c) el beneficiario “actual”, mientras el fideicomiso se está cumpliendo, de d) el destinatario final de los bienes, sujetos que aunque muchas veces suelen coincidir, pueden dentro de nuestras previsiones legales dissociarse.

De manera que puede haber cuatro polos: a) quien da los bienes; b) quien los administra; c) quien se beneficia con el producido de esos bienes mientras están bajo administración; y d) el destinatario final de los bienes. Ésa es la forma en que se configura nuestro fideicomiso, a diferencia

del “*trust*” anglosajón.

El art. 1° de la ley dispone:

“Habrá fideicomiso cuando una persona (fiduciante) transmita la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (fiduciario), quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato (beneficiario), y a transmitirlo al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario”.

Es decir que “beneficiario” y “fideicomisario” serían dos figuras distintas, a diferencia del “*trust*” anglosajón donde están superpuestas.

De ahí en más la ley prácticamente se olvida del dador de los bienes o fiduciante. Fue parte del contrato y luego desaparece. La única presencia que podría tener sería, como lo permiten en el “*trust*” casi todos los países que practican esa figura -y nada lo prohíbe en la ley argentina- como beneficiario o, además de dador ser el fideicomisario. El fiduciante, que entregó los bienes, puede al final ser receptor de los mismos o puede constituirse, en el intermedio, en beneficiario, con la limitación de que no debería ser beneficiario único; incluso, en algunos casos y en algunas legislaciones, hasta podría ser -junto con otro- fiduciario o administrador de esos bienes.

Pero nuestra ley no contiene más referencias al fiduciante, salvo en los artículos 14 y 15, para resaltar el hecho de que esos bienes que se separaron de su patrimonio, ya no lo integran más, y que no responden por las deudas que él pueda tener. Dice el art. 14:

“Los bienes fideicomitados constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario y del fiduciante”.

Y el art. 15 establece:

“Los bienes fideicomitados quedarán exentos de la acción singular o colectiva de los acreedores del fiduciante...”, porque es un patrimonio distinto.

Queda a salvo la acción de fraude, porque en ese caso los acreedores podrán interponer la vieja acción pauliana, pero para que ese acto por el que se constituyó el fideicomiso sea inoponible a los acreedores, éstos tienen que demostrar los requisitos de dicha acción y que hubo un acto fraudulento.

Aparte de estas dos referencias la ley no se ocupa más del fiduciante porque los bienes

salieron de su patrimonio y formaron uno distinto. Su participación estuvo en el contrato, que suele ser la forma principal de dar nacimiento al fideicomiso, aunque no es la única forma, porque el fideicomiso puede constituirse también por vía testamentaria.

Ustedes recordarán la vieja condena que existe en el Código a la sustitución fideicomisaria por vía testamentaria para evitar que se ataquen las legítimas. Por supuesto que éste no es un caso de sustitución fideicomisaria, donde se pretenda burlar la herencia de los bienes, sino que es la constitución de un fideicomiso dentro de los límites en que se puede disponer de los bienes en el testamento, respetando las legítimas. Si el fiduciante no tuviese herederos, podrá disponer en el testamento de todos sus bienes para constituir un patrimonio de afectación del tipo del fideicomiso; si tuviese herederos, solamente podrá hacerlo dentro del margen de la porción disponible, sin afectar las legítimas.

¿Qué matices diferenciales existen entre la constitución del fideicomiso por contrato, o por testamento? Nuestra ley nada dice, pero tenemos que preocuparnos por analizar el problema. Si es un contrato, un principio general -que no es necesario que la ley repita- establece que debe participar la otra parte del contrato, es decir el fiduciario. El beneficiario está al margen; no se le pide que participe en el contrato. Ese contrato tendrá que reunir una serie de requisitos que marca la ley.

¿Es suficiente para que quede constituido el fideicomiso, en nuestro derecho, con que medie la aceptación del fiduciario y cargue por ello con las obligaciones que la ley le impondrá?

Estamos hablando de dos cosas: por un lado el contrato, y por otra del patrimonio de afectación. En países como Canadá, donde por aplicarse el principio del derecho francés de la transmisión consensual -*mero consensu*- resulta evidente que la sola aceptación del fiduciario es suficiente para que quede constituido el fideicomiso y los bienes salgan del patrimonio del dador y pasen a este patrimonio de afectación que él tiene que administrar.

¿Sucederá lo mismo en nuestro sistema jurídico, aunque la ley nada diga al respecto? Recordemos que en nuestro sistema, para que haya transmisión de la propiedad es menester la tradición; entonces, frente al silencio de la ley y por aplicación de los principios generales, para que se produzca la constitución del patrimonio de afectación no bastará con la aceptación del fiduciario,

sino que también será menester que se realice la tradición de los bienes.

Adviertan ustedes que la ley emplea con precisión el vocablo “bienes”, como objeto del fideicomiso, pues el objeto de este contrato son los bienes que van a constituir el patrimonio de afectación; todo bien que pueda integrar un patrimonio, no sólo cosas.

En el viejo fideicomiso del Código, cuando se habla de “dominio fiduciario” dentro de un sistema de derecho romanista, se está pensando en un fideicomiso sobre cosas, que son las que pueden ser objeto del derecho de dominio. En la ley 24.411 la noción es más extensa y el patrimonio fideicomitido puede integrarse con cualquier tipo de bienes, tanto materiales como inmateriales, siempre que entren en la categoría de bienes o derechos patrimoniales.

La ley se ocupa del beneficiario -distinguiéndolo del fideicomisario- y nos dice, en primer lugar, que puede ser tanto una persona física o jurídica. Esto convierte al fideicomiso en una herramienta empresaria muy útil, porque afectado este patrimonio a un tipo de empresa, designado un administrador -que es el fiduciario-, con lo que se obtenga de la administración se puede beneficiar a cualquier persona jurídica, no sólo a personas físicas. El fideicomiso puede ser una verdadera empresa separada, con el destino de beneficiar a una persona física o jurídica e, incluso, puede haber uno o varios beneficiarios.

Les decía que al momento de celebrar el contrato de fideicomiso no se había tenido en cuenta para nada al tercero, que era el beneficiario; pero para que pueda recibir el beneficio, es menester que lo acepte. Aunque se haya realizado una estipulación a favor de un tercero (lo que es perfectamente viable), si éste no la acepta, no será el destinatario de los beneficios.

Si los beneficiarios no aceptasen el beneficio que rinda el fideicomiso, ¿quiénes serán los destinatarios de esos beneficios? Aquí ven ustedes la diferencia entre nuestro modelo de fideicomiso y el “*trust*” que, como dijimos, es triangular, mientras que el nuestro es cuadrangular.

En el segundo artículo se dice que, de no aceptar lo beneficiarios designados en el contrato, será beneficiario del fideicomiso el sujeto que se ha establecido como destinatario final de los bienes, al prever que “**si ningún beneficiario aceptare, todos renunciaren o no llegaren a existir, se entenderá que el beneficiario es el fideicomisario**”. Pero si tampoco aceptase el fideicomisario, o no llegase a existir, los bienes revierten en el fiduciante (art. 2, tercer párrafo).

El contrato de fideicomiso

La ley exige que se cumplan una serie de requisitos que resultan esenciales.

Hace tiempo escribí un artículo sobre el principio de especialidad y determinación, que se publicó en la Revista del Notariado, de la Capital. La especialidad es indispensable para que puedan surgir obligaciones y existir derechos. Los distintos elementos esenciales de una relación jurídica tienen que estar determinados, o ser determinables, porque de lo contrario no existe relación jurídica.

La ley comienza poniendo el acento sobre la necesidad de determinar especialmente esos elementos para que haya fideicomiso, y pide: **“La individualización de los bienes objeto del contrato”**. Si no se individualizan los bienes que integran ese patrimonio, no hay patrimonio de afectación; pero da un margen: si esos bienes no pudieran individualizarse de manera actual, por lo menos debería efectuarse una descripción al momento correspondiente de hacerla:

“En caso de no resultar posible tal individualización a la fecha de celebración del fideicomiso, constará la descripción de los requisitos y características que deberán reunir los bienes”.

Este tema se vincula con el principio de subrogación que existe en el fideicomiso, porque siendo éste un derecho que puede recaer sobre una universalidad de bienes, es decir todo un patrimonio -no como el viejo dominio fiduciario romanista, que recaía solamente sobre una cosa- puede haber una subrogación real, una sustitución de bienes por otros; pueden venderse unos e ingresar otros adquiridos en su reemplazo con lo que se ha obtenido de esa venta. El fideicomiso admite esa sustitución de unos bienes por otros; está pensado con un sentido de evolución empresarial, es decir permitir la evolución del patrimonio dentro de la necesaria y adecuada administración de los bienes, por lo que prevé: **“La determinación del modo en que otros bienes podrán ser incorporados al fideicomiso”**.

El plazo de duración.

La ley pone algunos límites; establece que en el contrato debe estipularse cuál es el límite dentro del margen que la ley ha fijado como posible. El plazo sólo puede extenderse más allá de esos límites cuando el beneficiario del fideicomiso sea un incapaz, caso en el cual podrá ampliarse mientras éste viva. Dice la ley:

“El plazo o condición a que se sujeta el dominio fiduciario, el que nunca podrá durar más de 30 años desde su constitución, salvo que el beneficiario fuere un incapaz, caso en el que podrá durar hasta su muerte o el cese de su incapacidad”.

Por supuesto, para completar la cuadrangulación a que me he referido, en el contrato tiene que determinarse quién es el beneficiario y quién es el destinatario de los bienes para el momento en que cese el fideicomiso porque en este caso, y tal como ha sido concebida la figura, son también elementos esenciales de la relación jurídica y tienen que quedar perfectamente determinados, no pueden faltar en el contrato, y si faltaren el contrato no sería válido.

Finalmente ese contrato, dadas las características que va a cumplir el fiduciario, debe estipular con claridad cuáles son las obligaciones a cargo de este administrador de los bienes que se han puesto en su titularidad y también debe prever la forma de sustituirlo si por una u otra causa cae. La cesación del fiduciario en sus funciones no pondrá fin al fideicomiso, no lo va a extinguir mientras sea posible la designación de otra persona para cumplir la función de administración de los bienes.

La cesación del fiduciario y la extinción del fideicomiso son dos cosas distintas. El fideicomiso tiene un plazo de duración, o una condición, que le va a poner fin; mientras el fideicomiso subsista es menester que haya un fiduciario que lo administre, y si éste cae por alguna causa, hay que proveer a su reemplazo para que alguien atienda la tarea de administración de los bienes que integran ese patrimonio de afectación.

Como el tiempo se me va, voy a pasar a un aspecto que me preocupa sobremanera, no sólo con respecto al fideicomiso, sino también con relación al *leasing*, y es el problema de las limitaciones a las responsabilidades, en particular a las del fiduciario. En el caso del *leasing* se trata de las limitaciones a la responsabilidad de quien entrega los bienes en *leasing*, pero no voy a hablar de ese tema, simplemente señalo que existe.

La ley tiene finalidad netamente empresaria, y frente a ciertos excesos que estamos cometiendo los juristas y los jueces, en especial en materia de responsabilidad por daños, marca una línea que pretende poner freno a esos excesos.

En las últimas épocas, sobre todo en nuestro país, se ha vuelto casi un lugar común hablar ya no de responsabilidad civil, sino de derecho de daños, y decir que a todo víctima hay que resarcirla de alguna forma; buscar una persona que se haga cargo de reparar el infortunio que han sufrido las víctimas.

Eso es muy loable y todos deseamos que ninguna víctima quede sin reparación. Pero hay que tener cuidado; no sea que en el afán de dar reparación a las víctimas, engendremos nuevas víctimas, porque se corre el riesgo de poner la reparación a cargo de alguien que no debería hacerse cargo de la reparación, y resulta víctima de la exorbitación del derecho de daños.

Esto nos está pasando con frecuencia, en algunos ámbitos con más facilidad que en otros; por ejemplo, cuando se busca hacer responsables a las compañías de seguros. Se parte de la base de que las compañías de seguros son ricas, tienen fondos. ¿Cómo no hacerlas responsables? Hay jueces que pareciera nos sentimos inclinados a encontrar siempre responsabilidades en las compañías de seguros. O, aún más grave, que el responsable es el Estado, que siempre es solvente. ¿Cómo no vamos a encontrar alguien solvente que responda por los daños?

Días pasados leí un fallo. Se trataba del caso de una vice directora de un colegio que en horas de trabajo salió con su vehículo particular y llevó por delante a un tercero. La víctima dirigió la acción de indemnización contra el Estado, ya que como la vice directora dejó constancia en un acta que el accidente se produjo mientras de dirigía al Ministerio de Educación a buscar una planilla, el juez falló interpretando que se trata de un hecho del dependiente en ocasión de sus funciones, por el que se provoca a un daño a un tercero. A mi entender no existe un nexo de causalidad adecuado; sin embargo existe el fallo por el que se condena al Estado.

Es muy fácil exorbitar las cosas y, en esos movimientos pendulares, nos hemos ido a un extremo donde hacemos responsable a cualquiera, para lograr que la víctima sea reparada. Las reacciones también son pendulares y llevan al otro extremo; se procura dictar normas que exoneren de responsabilidad a la empresa para que pueda funcionar sin problemas. Vemos entonces

que en un momento se la hace responsable por todo, y luego se trata de que no sea responsable de nada.

Esa forma de proceder se refleja en algunos aspectos de esta ley. El artículo 14, después que establece que los bienes del patrimonio fideicomitido constituyen un patrimonio separado tanto del fiduciante como del fiduciario, agrega:

“La responsabilidad objetiva del fiduciario emergente del art. 1113 del Código Civil se limita al valor de la cosa fideicomitida cuyo riesgo o vicio fuese causa del daño si el fiduciario no pudo razonablemente haberse asegurado”.

Pese al límite que pone esta última expresión, la norma está marcando una línea de pensamiento que pretende proteger no sólo al fiduciario, sino a la empresa que se realiza por medio de este patrimonio de afectación, limitando totalmente la responsabilidad por el daño que se haya causado con la cosa dañosa.

Sería suficiente destacar que el patrimonio del fiduciario es distintos a los bienes fideicomitidos para llegar a la conclusión de que los daños causados por cosas que integran el patrimonio dado en fideicomiso no se extienden de ninguna manera a su patrimonio, así como tampoco se extiende la quiebra. Pero se ha ido más allá y tal como está redactada la norma no se refiere sólo a la separación de patrimonios, que tendría como consecuencia lógica que todos los bienes del patrimonio fideicomitido respondieran por el daño que causase una de las cosas que integran ese patrimonio, sino que pretende que esa responsabilidad se limite solamente al valor de la cosa que ocasionó el daño.

En las reuniones de investigación que efectuamos en nuestra Cátedra¹ se puso un ejemplo: el

¹. Aprovecho la oportunidad para agradecer la colaboración brindada tanto por el Dr. Orelle, como por los miembros de la Cátedra de Derechos Reales de Córdoba, con quienes nos reunimos semanalmente a estudiar y debatir problemas, reuniones que me resultan muy útiles, pues en ellas mucho aprendo por las ideas que aportan quienes la integran.

patrimonio dado en fideicomiso está integrado, junto a otros bienes, por una maceta colocada en el balcón de un inmueble que cae y lesiona o mata a un transeúnte. Si aplicásemos literalmente la norma que comentamos, el fideicomiso solamente respondería por el valor de la maceta.

Sin duda esta norma va a originar dificultades a la doctrina y jurisprudencia, más aún con el confuso agregado de **“si el fiduciario no pudo razonablemente haberse asegurado”**. ¿Se refiere a que no pudo saber que la cosa era riesgosa o viciosa, y que por ello no contrató un seguro? ¿O a que no pudo encontrar asegurador, porque para ciertas cosas no se los consigue? ¿O se refiere solamente a que no haya tomado medidas para asegurarse? Y si el fiduciario no contrató un seguro y los jueces interpretan que no hay razonabilidad ¿van a agredir su patrimonio por considerarlo culpable? Vean ustedes todos los matices que puede presentar esta norma, que sin duda procura proteger tanto al administrador de los bienes -fiduciario- cuanto al patrimonio fideicomitado, y que en su aplicación práctica va a generar muchos problemas, en cuanto configura una irrazonable limitación de la responsabilidad.

Dice luego el artículo 15:

“Los bienes fideicomitados quedarán exentos de la acción singular o colectiva de los acreedores del fiduciario...”.

Está remarcando la independencia de los dos patrimonios; el patrimonio de afectación, del fideicomiso, no va a ser afectado si el fiduciario que nos es más que un administrador o gerente, sufre persecución de sus propios acreedores. Esa persecución estará limitada a los bienes del fiduciario, y no afecta a los bienes que integran el fideicomiso, aunque estén inscriptos a nombre del fiduciario, condición que debe cumplirse cuando se trata de bienes registrables. Agrega luego el mismo artículo 15:

“ ... Tampoco podrán agredir los bienes fideicomitados los acreedores del fiduciante, quedando a salvo la acción de fraude. Los acreedores del beneficiario podrán ejercer sus derechos sobre los frutos de los bienes fideicomitados y subrogarse en sus derechos”.

Vemos, pues, que sólo los acreedores del beneficiario gozan de acción contra el fideicomiso, pero limitada al valor de los frutos que debe entregarse a ese beneficiario; los del fiduciante y

fiduciario no tienen ninguna posibilidad de dirigirse contra los bienes que constituyen el fideicomiso.

Señores: pido disculpas por no haber podido, en el tiempo razonable de exposición, referirme a todo lo que hubiere deseado. Pido también disculpas por mis ignorancias sobre el tema pues en este momento estoy, junto con ustedes, tratando de estudiarlo (aplausos)

Escribano Hirsch.- A continuación vamos a dar lectura a las preguntas formuladas por los participantes.

Pregunta: ¿Tiene el heredero forzoso la acción reivindicatoria -art. 3955 del Código civil- contra el fideicomisario cuando el objeto del fideicomiso es un inmueble y se afecta su legítima, y acción de reducción contra el beneficiario?

La pregunta se refiere al fideicomiso contractual, no al testamentario, donde ya se sabe cuál es el patrimonio.

Dr. Moisset de Espanés.- En los actos de disposición de carácter contractual, mientras la persona que eventualmente pueda sentirse afectada no sea todavía heredero, no tiene legítima; sólo podrá ejercitar estas acciones luego del fallecimiento del causante. Recién en ese momento se podrá determinar si el acto afectó o no su legítima, y se deberá analizar si se trató de un acto a título gratuito u oneroso.

Los bienes que se separan del patrimonio para constituir un fideicomiso no sólo pueden serlo de manera gratuita. Si así fue, puede suponerse que tendrá acción en cuanto hubiera sido afectada la legítima. Nada dice la ley, pero por aplicación de los principios generales podría ejercitarse la acción.

Pregunta: ¿Por qué el fiduciante no puede ser el **único** beneficiario?

Dr. Moisset de Espanés.- Simplemente, porque la ley lo ha dispuesto así. Otras leyes, como la de

Quebec, no ponen esa limitación.

Inclusive en el viejo fideicomiso del Código, cuando la doctrina efectuaba disquisiciones sobre el destino final de la cosa, solía afirmar que si ese destino era el de restituirla al constituyente no se trataba de un fideicomiso, sino solamente de un dominio revocable. No hay obstáculo alguno para constituir un dominio revocable, sujeto por ejemplo a la condición de que la cosa vuelva al patrimonio del constituyente si cae en la indigencia.

Por tanto, si puede constituirse un dominio revocable con esa condición, ¿por qué no podría constituirse un fideicomiso sometido a una condición semejante? Parecería que no hay razón suficiente, sino simplemente el hecho de que la ley ha puesto esa limitación.

¿Por qué el legislador ha establecido esta norma, con una solución que no es común a otras leyes? No lo puedo saber, porque no he integrado la comisión redactora. Simplemente diría que no hay una razón de peso explicitada hasta ahora, y que no concuerda con otras soluciones del derecho comparado, ni con la sistemática general del dominio revocable, en la cual se inserta además el fideicomiso cuando se efectúan modificaciones al art. 2670.

Pregunta: ¿El fiduciario puede ser al mismo tiempo beneficiario, y el beneficiario podría serlo a título oneroso?

Dr. Moisset de Espanés.- No es frecuente que el beneficiario lo sea a título oneroso. No parece ser ésta la finalidad que inspira los negocios en los que se acude al fideicomiso, pero nada se opondría a que el beneficiario lo fuera a título oneroso. Sin embargo, hay que tener en cuenta cuál será el real beneficio, si el título es oneroso, y también determinar cuál será el destino que debe darse a la “contraprestación” característica de los actos onerosos. Adviertan además que si hay onerosidad total, es decir si la carga impuesta al beneficiario es equivalente a los bienes que recibe, no es un verdadero beneficiario, sino que este carácter corresponderá al destinatario de la “contraprestación” que se ha impuesto al beneficiario.

Paso ahora a la primera parte de la pregunta.

Me da la impresión, por la sistemática de la ley, que el fiduciario no puede ser

simultáneamente beneficiario, incluso por las obligaciones que se le imponen de rendir cuenta por su actividad de mero administrador. La posición de fiduciario, no la de fiduciante, no podría coincidir con la de beneficiario.

Más aún; nuestra ley reduce las facultades del fiduciario y como contramedida le impone el beneficio de una retribución, a diferencia de otras leyes para las cuales su actividad se presume gratuita y sólo se le remunera cuando hay pacto expreso. En nuestra ley hay la presunción de que debe fijársele una remuneración, pero también debe rendir cuenta de sus funciones.

Yo diría que, en principio, no puede ser constituido como beneficiario.

Pregunta: ¿Puede concursarse o decretarse la quiebra del propio patrimonio de afectación?

Dr. Moisset de Espanés.- No, la ley es clara al respecto. La ley contiene una norma que establece cómo debe efectuarse la liquidación de los bienes cuando ellos no alcanza. El art. 16 dice:

“... La insuficiencia de los bienes fideicomitidos para atender a estas obligaciones no dará lugar a la declaración de su quiebra. Y en tal supuesto y a falta de otros recursos provistos por el fiduciante o el beneficiario según previsiones contractuales, procederá (el fiduciario) a su liquidación, la que estará a cargo del fiduciario, quien deberá enajenar los bienes que lo integren (el patrimonio) y entregará el producido a los acreedores conforme al orden de privilegios previstos para la quiebra...”.

Es decir se procede a la liquidación extrajudicial, sin quiebra, pero aplicando para repartir los bienes los principios que rigen en la quiebra.

Pregunta: ¿Puede el titular de un patrimonio constituir y afectar su patrimonio a fideicomiso y determinar un beneficiario en forma directa por existir razones y causas verdaderas para reconocer un dominio fiduciario?

Dr. Moisset de Espanés.- Me gustaría que el escribano Colman Lerner precise el sentido de su

pregunta.

Esc. Colman Lerner.- Cómo no.

Puede ocurrir que hoy en día alguien tenga un patrimonio que, en realidad, lo tenía en fideicomiso antes de la existencia de la ley.

Si bien no es el verdadero titular del dominio, lo tiene a su nombre, y debe entregarlo a un beneficiario.

Dr. Moisset de Espanés.- Es lo que la mayor parte de nuestra doctrina, erróneamente, llama una simulación relativa lícita. Es decir, yo estoy figurando como titular, pero no lo soy, aunque no se dice que la cosa ha sido dada en fideicomiso, porque nadie utiliza ese término.

Esc. Colman Lerner.- El titular registral está actuando como administrador.

Dr. Moisset de Espanés.- Pero con titularidad.

Esc. Colman Lerner.- Sí, con titularidad de dominio.

Dr. Moisset de Espanés.- La pregunta es: ¿qué tendría que hacer esa persona...?

Esc. Colman Lerner.- ¿Puede unilateralmente fijar la realidad, y declarar que ese patrimonio que él tiene corresponde a un fideicomiso?

Dr. Moisset de Espanés.- ¿Es decir que la declaración de él sirviese para constituir el fideicomiso?

Esc- Hirsch.- Es un reconocimiento de la simulación realizada.

Dr. Moisset de Espanés.- Reitero que estamos frente a lo que se llama una simulación relativa lícita.

Fulano puso a mi nombre alguno de sus bienes y mi actividad se limita a ser un fiduciario, que luego deberá entregar los bienes a un tercero, o restituírselos.

Dentro de las previsiones de la ley vigente los bienes tienen que salir del patrimonio de un dador y yo procuro en este instante regularizar las cosas y decir: ese acto fue la constitución de un fideicomiso y pido se ajuste a la ley vigente.

Esto daría lugar a una serie de problemas. Dentro del *trust* o fideicomiso hay dos formas de constitución: implícita o expresa. Nuestra ley ha adoptado la norma de que el fideicomiso debe ser expreso y tiene como fuente un contrato o un testamento. Si concurriesen las dos voluntades, donde quedase claramente puesta de manifiesto la existencia del contrato, quizá yo aceptaría como válido ese “reconocimiento”: el que transmitió los bienes y el que los tiene ahora a su nombre concurren y dicen que han celebrado un fideicomiso, que puede ajustarse a la nueva normativa y pedimos que quede comprendido en ella, cumpliendo con los otros requisitos esenciales que la ley prevé, es decir determinar el plazo o condición, el contenido de los bienes, el fin perseguido y el beneficiario, porque si no lo hacen no pueden constituirse un fideicomiso. No sería suficiente la sola voluntad de quien tiene en este momento los bienes, porque de acuerdo a las previsiones legales el fideicomiso tiene una fuente: testamento o contrato y dentro del ámbito contractual deben concurrir dos voluntades, no basta con una. Tiene que participar también quien entregó los bienes y decir que es cierto que su voluntad fue darlos en fideicomiso; pero aún por vía de reconocimiento tendrían que completarse los otros requisitos que exige la ley.

Pregunta: ¿Cuál es la diferencia entre el beneficiario y el fideicomisario? ¿Qué norma legal los define y diferencia?

Dr. Moisset de Espanés.- Hay varias normas legales que hacen referencia a este problema. Beneficiario es el que durante la vigencia del fideicomiso recibe las ventajas, es decir los frutos que producen esos bienes; el fideicomisario es el sujeto a quien los bienes se van a entregar cuando finalice el fideicomiso. Las dos personas pueden coincidir, o no. En otras leyes esas dos personas coinciden obligatoriamente; en la nuestra existe la posibilidad de disociarlas.

Pregunta: ¿Cuáles son los puntos relevantes del fideicomiso financiero y qué expectativa existe sobre su desarrollo.

Dr. Moisset de Espanés.- Señalé que iba a acotar mi exposición al fideicomiso civil. No tengo suficiente experiencia en el fideicomiso financiero y no quiero hablar de lo que no sé. Tengo que estudiar todavía ese tipo de fideicomiso y me parece una falta de respeto al público exponer sobre algo que aún no conozco.

Pregunta: El derecho del beneficiario del fideicomiso a recibir el bien una vez cumplido el plazo o condición: ¿es parte de la prenda común de sus acreedores? Es decir, en caso de quiebra del beneficiario, ¿qué posibilidades tienen los acreedores de ejecutar ese beneficio o de beneficiarse ellos con ese beneficio?

Dr. Moisset de Espanés. El lenguaje utilizado en la pregunta incurre en imprecisiones; habla del fideicomisario y del beneficiario, mezclando ambas cosas, y se refiere al caso de quiebra del beneficiario.

Hay leyes de “*trust*” que en sus normas prevén la posibilidad de que los acreedores del fideicomisario puedan sustituirlo si éste no ejercita sus derechos.

No deseo en este momento dar una respuesta apresurada; no he visto ninguna norma expresa en la ley 24.441, pero si no existe el principio general me lleva a decir que si el fideicomisario, o el beneficiario, que ya han aceptado esa estipulación a su favor, no ejercitarán las acciones para recibir los frutos, o en su momento los bienes, los acreedores por aplicación de los principios generales de la acción subrogatoria podrían colocarse en su lugar y reclamar que pasen a él, para poder cobrar sus acreencias.

Pregunta: Si el constituyente dispone por testamento de todo su patrimonio para constituir un fideicomiso en beneficio quienes son sus herederos forzosos, ¿podrían estos sentirse agraviados en

su legítima?

Dr. Moisset de Espanés.- Yo diría que ese acto, en nuestro sistema, lesiona las legítimas. No se puede disponer de todos los bienes, perjudicando de manera inmediata a los herederos forzosos, aunque se estipule que al finalizar el fideicomiso se les entregarán esos bienes, porque se les está quitando en este momento la propiedad plena.

Participante.- Pero el causante también podría incluir una cláusula por la que los herederos no puedan disponer de los bienes por un término.

Dr. Moisset de Espanés.- Sí, pero solamente por el término que fija la ley; son cláusulas que tienen un límite temporal.

Pregunta: ¿No sería posible que el Dr. Moisset de Espanés ampliara el tema en otra charla?

Dr. Moisset de Espanés.- Ésta es una picardía del escribano Hirsch, sobre la cual ya tenía algún antecedente; por eso he venido preparado para defenderme.

Lamentablemente no puedo volver a Buenos Aires en los plazos que ustedes tienen. Estoy presidiendo la Junta Electoral de la provincia de Córdoba, y los problemas que allí se suscitan me tienen totalmente atrapado. El sábado pasado, a las 12 horas, venció el plazo para la presentación de listas; ahora estamos con el problema de su oficialización, para lo cual se han verificado las condiciones de todos los candidatos, que no son poca gente, ya que tenemos la renovación de toda la Cámara de Diputados, de la mitad del Senado, y la elección de gobernador y vice, además de comicios en más de doscientas municipalidades que, aunque por primera vez tienen juntas electorales propias, nosotros actuamos como última instancia en apelación. Son temas que tienen que resolverse con inmediatez, de modo que hasta después de las elecciones estoy prácticamente imposibilitado de hacer otro viaje a esta ciudad. Además tengo otro compromiso asumido, entre el 24 y el 31 del mes próximo para concurrir a un congreso en Arequipa. Sería muy grato para mi

retornar a este seminario, porque estoy procurando continuar con el estudio del tema, pero no podré hacerlo.

Esc. Hirsch.- Lo lamentamos todos.

Pregunta: En caso de quiebra ¿los acreedores del fiduciante pueden accionar si el fideicomiso fue constituido a título gratuito?

Dr. Moisset de Espanés.- El art. 15 de la ley expresa que queda a salvo la acción de fraude que, como ustedes saben, tiene una serie de condiciones. Entiendo que si se constituye un fideicomiso a título gratuito durante el período de sospecha los acreedores lo pueden atacar.

Pregunta: ¿Qué efecto tiene la revocación prevista en el art. 25 de la ley?

Dr. Moisset de Espanés.- La revocación allí prevista hace que los bienes no vayan al fideicomisario, sino que vuelvan al fiduciante.

Esc. Brandi.- ¿No obstante lo que dice el art. 26?

Dr. Moisset de Espanés.- El art. 26 no puede comprender la cláusula de revocación, que es expresa. La revocación extingue el fideicomiso y se tiene como si no hubiese existido. Las previsiones del art. 26 no son aplicables al inciso b del art. 25.

Pregunta: En el caso de la pregunta sobre si el beneficiario puede serlo a título oneroso, ¿no sería el caso del comprador de un departamento?

Dr. Moisset de Espanés.- La figura del “*trust*”, que ahora se trae como fideicomiso, es muy amplia y maleable y rompe todos los esquemas.

En la hipótesis que usted propone el fideicomiso sería utilizado por una empresa de construcción, colocando como destinatario final al adquirente del departamento; se transmiten los bienes a quien construya y administre los departamentos, y el beneficiario podría serlo a título oneroso.

Evidentemente estamos frente a una figura que trae aires nuevos en nuestras formas de contratar y tenemos que ir adaptándonos a nuevas realidades, porque introduce una herramienta jurídica con la que no hemos trabajado.

Este fideicomiso no tiene nada que ver con el viejo fideicomiso romano. La propiedad que crea no tiene titular, porque aunque se ponga a nombre del fiduciario, éste no es el dueño sino nada más que un administrador. Es un patrimonio distinto, separado del patrimonio del fiduciario, que no quiebra. Es un patrimonio de afectación, que nos obliga a pensar de manera diferente en muchas cosas.

Por eso decía que la relectura de disposiciones como las que se encuentran en el modernísimo Código Civil de Quebec, que es del año pasado y que son el reflejo de la experiencia de la aplicación del “*trust*”, o fideicomiso, en un país cuyo derecho tiene una raíz de sistema continental, nos será sumamente útil, porque nos mostrará como se produce esa adaptación de herramientas del “*common law*”, del derecho anglosajón, a los derechos continentales.

He leído muchas previsiones en el Código de Quebec que dan solución a problemas, que si bien no están planteados en nuestra ley, se van a presentar y muy posiblemente van a ser resueltos de manera coincidente a como se prevé en Canadá.

Esc. Hirsch.- Sólo nos resta reiterar nuestro agradecimiento al Dr. Moisset de Espanés.

-Aplausos prolongados.