

## ***El patrimonio fideicomitado. En procura de esclarecimiento***

**Por Jorge R. Hayzus**

Por lo que se sabe de la aplicación de la ley 24.441 en estos seis años transcurridos desde su sanción, parecería que los aspectos contractuales del fideicomiso no suscitan mayor controversia en el plano de su creación y funcionamiento. En cambio, se perciben diferencias significativas en la conceptualización de una “propiedad fiduciaria”, respecto de bienes que por voluntad del fiduciante pasan a ser del fiduciario.

A partir de una noción de “dominio imperfecto”, se trata de comprender y hacer entendible la aparición en el derecho argentino de estos extraños fenómenos:

a) El fiduciante transfiere bienes –de los cuales dispone como dueño– a un sujeto llamado fiduciario, para que éste ejerza la propiedad, *pero no de cualquier manera*.

b) El fiduciario es –durante el desempeño de su cargo– el que tiene el “control” y el manejo de los bienes; en el curso de su gestión se hace conocer como propietario en relación con terceros, quienes aceptan contratar válidamente con él. En actos de disposición transmite al comprador la propiedad *plena* del respectivo bien, siendo que él no tenía sino un derecho *imperfecto*.

c) Durante la vigencia del contrato, el fiduciario está sujeto a obligaciones frente a los beneficiarios, que condicionan su desempeño. Al término del fideicomiso debe entregarles los bienes que en ese momento tenga, para lo cual cumplirá con las formalidades del caso para constituirlos *plenos* de dichos bienes.

En definitiva, es como si la propiedad de los bienes fideicomitados estuviese “en tránsito” durante un tiempo más o menos prolongado (puede llegar a treinta años), para pasar del fiduciante a los beneficiarios. El vehículo es el fideicomiso y su conductor es el fiduciario, cuyo deber es llegar a la meta fijada por el contrato.

Esta transitoriedad esencial, que surge de la definición misma del art. 2662 del Cód. Civil<sup>1</sup>, produce algunas incertidumbres al momento de caracterizar la posición jurídica del fiduciario frente a los bienes, cuya propiedad inviste “para ejercerla” conforme lo dispone el art. 1° de la ley 24.441. Así, se ha planteado la cuestión de si los bienes ingresan al patrimonio del fiduciante, ya que dicho patrimonio es único y universal, como atributo de la persona. Carregal pensaba en 1982 que era así<sup>2</sup>, aunque matizaba su opinión indicando modalidades específicas que condicionan al fiduciario en el ejercicio de la propiedad. Pero la tendencia hacia el patrimonio separado ha

---

<sup>1</sup> El art. 2662 del Cód. Civil, modificado por el art. 73 de la ley 24.441, dice: “Dominio fiduciario es el que se adquiere en razón de un fideicomiso constituido por contrato o por testamento, y está sometido a durar solamente hasta la extinción del fideicomiso, para el efecto de entregar la cosa a quien corresponda según el contrato, el testamento o la ley”.

<sup>2</sup> Carregal, *El fideicomiso. Regulación jurídica y posibilidades prácticas*, p. 112.

prevalecido y la ley argentina la consagra expresamente (art. 14)<sup>3</sup>. Por otro lado, se afirma que tal separación configura un patrimonio autónomo, del cual el fiduciario no es propiamente dueño sino administrador sin carácter representativo<sup>4</sup>.

En este punto asoma el recuerdo del art. 1261 del Cód. Civil de la provincia de Québec, que sirve para destacar una diferencia fundamental. Dicha norma proclama la existencia de un patrimonio de afectación, autónomo y distinto del de las partes, sin atribuirlo a ninguna de ellas. Al contrario, se les niega expresamente todo derecho real, lo cual hace sentido respecto del fiduciante, que se desprende de los bienes, y de los beneficiarios, que sólo tienen una expectativa. El fiduciario también está excluido, pues dicho código adhiere a la teoría del patrimonio autónomo, de la cual son partidarios algunos autores argentinos citados anteriormente.

El caso es que la ley argentina, en sus arts. 14 y 15, establece la separación del patrimonio fideicomitado y la inmunidad del mismo respecto de los acreedores del fiduciante, del fiduciario y de los beneficiarios, pero atribuye a la transferencia de los bienes el sentido de convertir al fiduciario en dueño “para que ejerza la propiedad”, sujeto a las obligaciones fiduciarias que le impone el contrato, entre ellas, la de atender con dichos bienes el pago de deudas generadas por la propia existencia del fideicomiso<sup>5</sup>. Activos y pasivos configuran un patrimonio distinto del patrimonio particular del fiduciario, acerca del cual éste deberá rendir cuentas<sup>6</sup>.

De tal modo ocurre que una persona, al aceptar el encargo del fiduciante, asume el rol de “propietario a título fiduciario” respecto de bienes que no se confunden con los suyos propios y cuyo destino está predeterminado en el contrato. Se dan entonces dos órdenes diferentes en la relación del mismo titular respecto de los bienes y de los terceros. De lo que es propio, el fiduciario dispone a su arbitrio. Respecto de lo que le ha sido fideicomitado, debe ajustarse a las disposiciones del contrato y responde por su gestión.

La naturaleza del contrato de fideicomiso pone de manifiesto, por un lado, las obligaciones del fiduciario en cuanto a su desempeño como tal “en ejercicio de la propiedad”, y por otro, la segregación de un “fondo” cuyo manejo está orientado hacia determinadas finalidades en interés de terceros<sup>7</sup>. De lo que se trata en última

---

<sup>3</sup> A tal efecto, el contrato redactado con debida inclusión de los elementos esenciales que prescribe el art. 4° establecerá la materia del fideicomiso (inc. a); fijará el destino de los bienes (inc. d) y le indicará al fiduciario lo que tiene que hacer (inc. e). Con la aceptación de los beneficiarios (art. 3°) el fiduciario sabrá ante quiénes responde. A partir de allí, el fiduciario ejercerá la propiedad fiduciaria dentro de la configuración dada por el contrato de acuerdo con los principios generales de los arts. 12 a 18 de la ley.

<sup>4</sup> Giraldi, *Fideicomiso*, p. 28 a 31; Farina, *Contratos comerciales modernos*, p. 378. Sebastián Alfredo García Menéndez analiza el régimen de la ley 24.441, conforme al cual el fiduciario es tratado como dueño, aunque el dominio fiduciario no lo habilite para actuar con las facultades inherentes al derecho de dominio (*Evolución histórica del fideicomiso y del trust. Reflexiones sobre el dominio fiduciario*, ED, 188-1087 y siguientes).

<sup>5</sup> Es ilustrativo al respecto el comentario de Martín Roque Caldano, *Alcances del dominio fiduciario*, ED, 190-617 a 621.

<sup>6</sup> La rendición de cuentas es una obligación ineludible del fiduciario, que deberá cumplir según lo prevea el contrato, con una periodicidad no mayor a un año. Ver art. 7°, comentado por el autor en *Fideicomiso*, p. 126.

<sup>7</sup> La expresión “fondo” no debiera ser interpretada en sentido técnico sino figurativo, en alusión a una masa de bienes y no necesariamente a una “cosa” determinada. Así como en materia sucesoria se habla del “acervo hereditario”, en un fideicomiso se trata de un conjunto de bienes y deudas,

instancia es de saber si el fiduciario ha obrado como dueño de conformidad con el contrato, demostrando que ha sido fiel al encargo. Lo dicho trata de expresar la visión “subjetiva” del fideicomiso en lo que concierne al fiduciario. Es distinta la visión “objetiva” que tienen los terceros (entre ellos, el Fisco) respecto del patrimonio fideicomitado y del fiduciario como titular de él.

La separación entre patrimonio propio y patrimonio fideicomitado con referencia a la persona del fiduciario es un rasgo estructural del fideicomiso, tal como surge de la ley. Dicha separación enfatiza el sentido del fideicomiso como “estipulación a favor de terceros”<sup>8</sup>, pues es precisamente para identificar y proteger el interés de los beneficiarios que se aíslan los bienes fideicomitados y las operaciones a que den lugar. Al mismo tiempo ayuda al fiduciario en su tarea, no sólo al momento de rendir cuentas sino también en el desarrollo de su gestión, ya que –si tiene la precaución de revelar su carácter fiduciario– los actos que realice no repercutirán sobre su situación personal<sup>9</sup>. En este aspecto, se advierte que la unidad del patrimonio particular del fiduciario permanece indemne<sup>10</sup>.

Es de notar también que la coexistencia de patrimonio propio y patrimonio fideicomitado no implica un desdoblamiento de aquél (en cabeza del fiduciante), sino algo muy diferente. Nuestra ley no permite que una persona se instituya fiduciario de una parte de sus bienes en virtud de un “acto propio” para beneficio de terceros. Siempre ha de haber una transmisión de propiedad, del dueño actual a otra persona, con la cual haya celebrado un contrato válido, dándole efecto mediante el cumplimiento de los requisitos legales para la transferencia de los bienes conforme a su naturaleza (art. 12, ley 24.441).

Se sigue entonces que el fiduciario, al contratar con el fiduciante, acepta ser titular de un patrimonio distinto y separado del propio (haciendo lo necesario para mantener la segregación de ambos). Actuará a partir de allí como propietario “a título fiduciario”, en cumplimiento de un encargo específico para beneficio de terceros.

La noción del patrimonio separado, afectado a los fines del fideicomiso, abre paso a otra de sus características esenciales, en tanto dicho patrimonio es susceptible de evolucionar a lo largo del tiempo. El fiduciario tiene facultades de disposición y las ejercerá en la medida indicada por el contrato (art. 12, ley 24.441, concordante con el art. 13). La doctrina ha admitido sin reticencia que los bienes fideicomitados no necesariamente han de permanecer como eran al origen, para ser entregados “tal cual” a los beneficiarios cuando se cumpla el plazo o la condición. Puede ser conveniente que las rentas sean reinvertidas o que un bien sea reemplazado por otro que el fiduciario salga a comprar con el producido de la venta del primero. El ejemplo típico se da en la administración de carteras de valores mobiliarios.

---

siendo los primeros determinados, determinables y futuros (art. 4°, incs. a y b), susceptibles de aumentar con otros provenientes del giro del patrimonio (art. 13), que son tratados como una universalidad y quedan expuestos a la acción de los acreedores del fideicomiso (art. 16).

<sup>8</sup> La estipulación a favor del tercero (art. 504, Cód. Civil) expresa cabalmente el sentido del fideicomiso y así lo reconoce la doctrina, siguiendo a Giraldi, *Fideicomiso*, p. 47, con la plena adhesión del autor.

<sup>9</sup> Kiper - Lisoprawski, *Obligaciones y responsabilidades del fiduciario*, p. 146.

<sup>10</sup> Dice el art. 16: “Los bienes del fiduciario no responderán por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso”.

Este proceso de sustitución se entiende en el marco de un patrimonio cuya gestión lleva a cabo el fiduciario como prudente hombre (o mujer) de negocios. Muchas veces el interés de los beneficiarios requiere tal gestión del fiduciario. La ley reconoce expresamente el alcance de las facultades de este último en ese sentido, al disponer en su art. 13 que los bienes adquiridos –sea con el dinero de rentas o con el producido de una enajenación– se incorporen al fideicomiso bajo el régimen del contrato. A esto se le llama “*subrogación real*”<sup>11</sup>, expresión algo metafórica que indica bastante bien de qué se trata. Así como una persona se subroga en los derechos de otra persona, una “cosa” ocupa el lugar de otra bajo la misma calificación jurídica que correspondía a ésta.

Los historiadores del *trust* norteamericano explican que la índole de los bienes fideicomitidos fue cambiando con el tiempo, mientras el plazo de los fideicomisos (en principio, testamentarios o de beneficencia) llegaba a ser tan extenso como para requerir una administración activa del acervo. Esto no ocurría mientras la principal forma de riqueza era la tierra y el *trust* versaba sobre propiedad inmueble. Hoy en día, cuando los activos de una persona –y, por ende, del fideicomiso que instituya– son intangibles, como las acciones, los derechos creditorios y otras modalidades de inversión, la función del fiduciario está mucho más ligada al mercado y presupone un diligente seguimiento de su evolución.

En esta corriente, la subrogación real viene a servir de sustento a la actividad comercial por parte del fiduciario y pone de manifiesto la individualidad del patrimonio fideicomitado, que no sería operativa si no fuera por la separación del mismo respecto del patrimonio del fiduciario y también de otros fideicomisos que éste tuviese a su cargo.

Cabe concluir que –en el plano patrimonial– el fideicomiso argentino se apoya en dos principios con amplio reconocimiento en el derecho comparado: a) el de la separación y la inmunidad de los bienes, según los arts. 14 y 15, y b) el de la gestión del fiduciario, conforme a los arts. 6° y 17, todos orientados hacia el interés de los beneficiarios. Dicho interés se mantiene durante la vigencia del fideicomiso por la rendición de cuentas y por la posibilidad de intervenir en juicio si el fiduciario no fuese diligente (art. 18).

En cuanto a la situación jurídica de los beneficiarios respecto de los bienes fideicomitados, hay que referirse necesariamente al contrato, pues allí están definidos el *qué*, el *cuánto* y el *cómo* recibirán lo que les corresponde. De acuerdo con las estipulaciones del contrato los beneficiarios podrán, si fuese necesario, hacer valer su derecho mediante el ejercicio de una acción personal dirigida contra el fiduciario. Éste será el mismo desde el origen del fideicomiso, o tal vez otro designado en su reemplazo. No importa, pues en todo caso la acción está fundada en el contrato y la discusión estará enmarcada por sus disposiciones. El beneficiario nunca es dueño de bienes fideicomitados mientras no le sean entregados, ni tiene a su alcance ninguna *acción real* para conseguirlos<sup>12</sup>. Es éste el corolario del patrimonio fideicomitado y de las obligaciones contractuales del fiduciario.

---

<sup>11</sup> Puerta de Chacón, *El dominio fiduciario en la ley 24.441. ¿Nuevo derecho real?*, en Maury de González (dir.), “Tratado teórico-práctico de fideicomiso”, p. 108.

<sup>12</sup> Esta afirmación apunta a desautorizar todo intento de asimilación del fideicomiso al *trust* anglo-norteamericano en lo que se refiere a la caracterización de los derechos del beneficiario bajo el



---

concepto de “*beneficial ownership*”. Ya lo decía Mantilla en *Una introducción al fideicomiso*, LL, 1995-B-790, y lo repite en *Fideicomiso*, p. 44, pues se trata de una cuestión clave. Respecto de la falta de toda “acción real”, es muy pertinente el análisis comparativo que realiza el profesor George L. Gretton, de la Universidad de Edimburgo, en su notable artículo titulado *Trust without equity*, “The International and Comparative Law Quarterly”, vol. 49, 2000, p. 599 a 620. En Escocia nunca se ha manifestado la dicotomía inglesa de la propiedad “*legal*” del fiduciario y la “*equitable*” del beneficiario. El profesor Gretton usa el derecho escocés como puerta de entrada al fideicomiso en los sistemas romano-continenciales, que rastrea hasta la Unión Sudafricana.